

## Werk

**Titel:** Die Proceßvoraussetzungen im Reichscivilproceß

**Autor:** Schwalbach, Th.

**Ort:** Tübingen ; Leipzig

**Jahr:** 1880

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1880\\_0013](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013) | log29

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

#### XIV.

### Die Proceßvoraussetzungen im Reichsivilproceß.

Von

Herrn Dr. Th. Schwalbach,  
in Straßburg.

---

Bülow's Lehre von den Proceßvoraussetzungen <sup>1)</sup> ist gegenüber dem modernen Recht ein Programm geblieben. Das Bülow'sche Werk hat helles Licht über den römischen Civilproceß verbreitet, es hat die Verwirrung in der gemeinrechtlichen Proceßtheorie aufgedeckt. Die Zerstörungsarbeit, die verrichtet werden mußte, war eine gewaltige; das neue Gebäude, zu dessen Aufführung damals (1868) weitblickende Anweisungen gegeben wurden, hat sich noch nicht erhoben. Daß für den dem Tode geweihten sg. gemeinrechtlichen Proceß die Lehre von den Proceßvoraussetzungen nicht mehr ausgestaltet wurde, daß diese Aufgabe auch für keinen der particularrechtlichen Proceße <sup>2)</sup> gelöst worden ist, muß zwar bedauert werden, ist

---

1) Bülow, die Lehre von den Proceßeinreden und Proceßvoraussetzungen.

2) Für den österreichischen Civilproceß liegt eine Untersuchung vor: Heyßler, „Die Proceßvoraussetzungen im österreichischen Recht“ in Grünhuts Zeitschrift I. S. 114—151. Wenn auch der österreichische Civilproceß nur eine Modifikation des gemeinrechtlichen ist, hätte Heyßler sich m. E. doch noch mehr von der überlieferten gemeinrechtlichen

aber kaum zu verwundern. Um so mehr sollte jetzt das neue für ganz Deutschland geltende Proceßrecht zur Ausführung jener Gedanken anreizen, deren Vollendung freilich erst dann zu erwarten sein wird, wenn über alle einzelnen Proceßvoraussetzungen so gediegene Untersuchungen vorliegen, wie die in Wach's „Princip des gewillfürten Gerichtsstandes“<sup>3)</sup> über einen Theil der Zuständigkeitslehre gegebene. Bisher ist von den Auslegern des neuen Rechts fast nur der Name der Proceßvoraussetzungen gebraucht und Bülow's Buch angeführt worden. Im übrigen arbeitet man nicht mit der Bülow'schen Theorie, sondern hält sich an die Einzelbestimmungen der Gesetze. Und dies ist zur Zeit das einzig Richtige; denn — was nicht allen Bearbeitern der R.C.P.D. völlig zum Bewußtsein gekommen sein dürfte — weder der Begriff noch die einzelnen Arten der Proceßvoraussetzungen lassen sich einfach aus dem alten gemeinen Recht in das neue hinübernehmen, und die Folgen der verschiedenen Proceßmängel mußten bei der völligen Umgestaltung des Verfahrens zum Theil andere werden<sup>4)</sup>. Bevor daher ein Commentar bei der einzelnen Gesetzesstelle den Ausdruck „Proceßvoraussetzung“ als einen wirklich inhaltvollen verwenden kann, wären sämtliche die Proceßvoraussetzungen betreffende Normen einer zusammenfassenden Betrachtung zu unterwerfen. Ein erster Versuch dazu wird hiermit vorgelegt, allerdings nicht viel mehr als ein motivirter Protest gegen die kritiklose Anwendung oder doch Allegation der Bülow'schen Theorie bei der Erklärung der R.C.P.D.

In dem Aufsatz über „Wiederaufnahme des Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit“<sup>5)</sup> wurde als Ergebnis der modernen

---

Doktrin frei machen sollen, als in dem sehr beachtenswerthen Aufsatz gesehen ist.

3) In Bd. 62 dieser Zeitschrift S. 373.

4) So groß ist die Wandlung, daß für das tiefere Verständniß des neudeutschen Rechts die noch so wenig bearbeitete Geschichte des französischen Civilprocesses wahrscheinlich ein ergiebigeres Hülfsmittel werden wird.

5) Bd. 63 dieser Zeitschrift S. 128. — Ohne der von mir behaupt-

Proceßgesetzgebung eine Verminderung der Proceßvoraussetzungen hingestellt: „Nach der C. P. O. ist für die Gültigkeit eines Urtheils geradezu die einzige Voraussetzung, daß es von einem Gericht gegen eine Partei ergeht“. Dieser Satz soll weiter unten eine nähere Erläuterung finden. Aber es ist für den Begriff der Proceßvoraussetzungen nach Bülow's eigener Andeutung<sup>6)</sup> nicht wesentlich, daß ihr Mangel Nichtigkeit des Urtheils zur Folge haben müsse. Was die Zulässigkeit einer Sachentscheidung, bez. überhaupt eines Verfahrens in der Streitfache bedingt, nicht bloß was die Gültigkeit des Urtheils bedingt, dürfen wir Proceßvoraussetzung nennen. Dieß angenommen, ist das Ergebniß der neueren Proceßordnungen nicht eine so weitgehende Verminderung der Proceßvoraussetzungen, sondern hauptsächlich eine Abschwächung ihrer Bedeutung, eine Verwandlung der *leges perfectae* in *minus quam perfectae* oder zum Theil sogar *imperfectae*, — der *impedimenta dirimentia* in *impedientia*.

### I. Das Proceßrechtsverhältniß

und die Bedeutung der Proceßvoraussetzungen im allgemeinen.

#### A.

Die Uebereinstimmung darüber, daß „Civilproceß“ nicht

---

teten Homogenität der Wiederaufnahme des Verfahrens, der Gleichartigkeit von Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage Abbruch zu thun, führt doch die gegenwärtige Abhandlung zu einem Unterschied zwischen Nichtigkeits- und Restitutionsgründen. Bei beiden handelt es sich um objektive Mängel des Proceßes, um deren willen ein gültiges Urtheil der Aufhebung unterliegt. Aber in den Fällen des § 542 (Nichtigkeitsklage) durften die betreffenden Richter gar kein Urtheil fällen (N. 1—3), oder überhaupt nicht über die Sache erkannt werden (N. 4); in den Fällen des § 543 (Restitutionsklage) sind die Mängel des Verfahrens solche, die es wahrscheinlich machen, daß der Inhalt des Urtheils eine Verletzung des materiellen Rechts statuiren würde, mag nun dieser Inhalt durch strafbare Handlungen herbeigeführt sein, die nachher gerichtlich festgestellt werden (N. 1—5), oder auf einer Stoffammlung beruhen, deren der Partei nicht zur Last zu legenden Unzulänglichkeit später gerichtlich oder urkundlich klargestellt wird (N. 6. 7).

6) N. a. D. S. 9.

nur ein Verfahren, sondern auch ein Rechtsverhältniß bedeute, und daß dies Rechtsverhältniß seine bestimmten Entstehungs-, Fortbestands- und Endigungsbedingungen habe, läßt Raum für die tiefgehendsten Meinungsverschiedenheiten betreffs der Natur dieses Rechtsverhältnisses, wie betreffs der Fragen: welches im einzelnen dessen Voraussetzungen seien, und in welchem Sinne es von ihnen abhängig gedacht werden müsse. Noch scheint mit dem „Proceßrechtsverhältniß“ nur ein zusammenfassender Name für die Complication höchst verschiedenartiger Rechtsbeziehungen gewonnen zu sein, die in dem concreten Proceße zwischen den beiden Parteien einerseits, zwischen jeder einzelnen Partei und dem Gerichte andererseits, stattfinden. Die dem Kläger wie dem Beklagten gegenüber concret gewordene Richteracht und -pflicht und das proceßrechtliche Verhältniß zwischen den Parteien ergeben drei zweiseitige Rechtsverhältnisse. Diese sind nicht nur durch die Identität der Subjekte und die Beziehung auf dasselbe Object, die *res in judicium deducta*, verbunden, sondern stehen auch, da sie zusammen einen Proceß ausmachen, in so allseitiger Wechselwirkung, daß die innere Entwicklung eines jeden die der beiden andern bedingt und durch deren innere Entwicklung bedingt ist. Spricht man darum von einem dreiseitigen Rechtsverhältnisse, so läßt sich doch von diesem kaum etwas sagen, das nicht erst aus der Betrachtung der Factoren, deren Produkt das Ganze ist, combinirt werden müßte.

Nehmen wir nun den einen Factor, das zwischen den Parteien bestehende Proceßrechtsverhältniß, heraus, so ist nicht weniger als sein ganzer Inhalt zweifelhaft. Ist es ein Verhältniß gegenseitiger Rechte und Pflichten? Wohl manchem zur Ueberraschung hat gerade Bülow, durch den die Natur des Proceßes als Rechtsverhältniß so nachdrücklich in den Vordergrund gestellt worden ist <sup>7)</sup>, es neuerdings scheinbar unmöglich gemacht, den Proceß als Rechtsverhältniß aufzufassen. Denn so, wie man sich dies Rechtsverhältniß wohl meistens dachte, als Inbegriff gegenseitiger Verpflichtung zu

7) U. a. D. S. 1 ff.

den die Erledigung des Rechtsstreites bezielenden Handlungen, besteht es nach Bülow's Ausführungen <sup>8)</sup> im heutigen Rechte nicht. Zu den Proceßhandlungen sind die Parteien nicht verpflichtet, sondern berechtigt; Unterlassung dieser Handlungen hat nicht Zwang oder Strafe, sondern Ausschluß von denselben zur Folge. Stehen sich demnach die Parteien nicht mit gegenseitigen processualen Ansprüchen und Verbindlichkeiten gegenüber, giebt es nur, auf beiden Seiten, Rechte auf eigene Handlungen, — wo ist dann das rechtliche Band zwischen den Gegnern, wo das Proceßrechtsverhältniß?

Wir sind nur dann genöthigt, diese Frage zu beantworten, wenn wir uns zu Bülow's neuer Lehre bekennen. Darum erst noch einige Worte zur Rechtfertigung unseres Anschlusses an dieselbe, eine Auseinandersetzung, die auch für den Fall geboten erscheint, daß unsere Grundauffassung sich nicht völlig mit derjenigen Bülow's decken sollte.

Der Satz: der Beklagte hat im Proceß nur Rechte, keine Pflichten — kann nicht so gemeint sein, als wäre die Erhebung der Klage immer nur Entstehungsgrund von Rechten, Machtzuwachs, Bereicherung, für den Beklagten. Die Anstellung einer unbegründeten Klage beeinträchtigt vielmehr seine Freiheit in empfindlicher Weise. Sie bringt ihn in eine Zwangslage, indem sie ihn nöthigt, entweder sich durch geeignete Proceßführung zu wehren, oder sich einer Verurtheilung auszusetzen, die dem Kläger einen materiellen Anspruch gegen ihn giebt; ja, auch wenn er sich wehrt, unterliegt er vielleicht. Ist dagegen der Klagantrag materiell berechtigt, so kann dem Beklagten kein solcher Nachtheil erwachsen; vielmehr springt der Vortheil in die Augen, daß er durch den Proceß möglicherweise eine Abweisung des Klägers erwirken, sich selbst also von einer Verbindlichkeit ohne Erfüllung befreien kann. Denn wenn der Beklagte sich auf den Proceß einläßt, geräth nunmehr auch der Kläger in eine Zwangslage: er kann durch

8) Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Bd. 62 dieser Zeitschrift, S. 1 ff. — Auch B o l g i a n o vertritt für die fraglichen Versäumnißfolgen den Präclufionsgedanken (Handbuch des Reichscivilproceßrechts I. S. 427 f.).

Unthätigkeit oder trotz aller Thätigkeit durch ungünstige Entscheidung um sein Recht kommen, — eine Gefahr, in der er sich nicht befindet, wenn er unberechtigt klagt. Ebenso haben innerhalb des Proceßes ergehende Eideszuschiebungen oder Recognitionsanträge je nach dem materiellen Verhältniß, das freilich für die Betheiligten subjektiv ungewiß sein mag, die entgegengesetzte Wirkung: entweder dem Gegner eine lästige Alternative aufzudrängen oder ihm eine günstige Chance zu bieten.

Wo nun einer Partei die Wahl gestellt ist, entweder eine gewisse Proceßhandlung vorzunehmen, oder ihr Recht zu verlieren, bez. verurtheilt zu werden, ist darum doch eine Pflicht zur Bornahme jener Handlung nicht vorhanden. Auch auf dem privatrechtlichen Gebiete kommt eine solche Gebundenheit vor, etwas entweder zu thun oder einen bestimmten Nachtheil zu erleiden, ohne daß jenes Thun Pflicht wäre. Wird ein unlagbares Versprechen durch gültige Verabredung einer Conventionalstrafe zu einem thatsächlich bindenden gemacht, so nimmt die juristische Betrachtung keine Rechtspflicht zur Bornahme der principaliter versprochenen Handlung an, sollte die Conventionalstrafe auch noch so hoch sein. Aber auch wo das Gesetz selbst an die Unterlassung einer Handlung Nachtheile knüpft, macht es hiermit allein noch nicht die Handlung dem Bedrohten zur Pflicht; Beweis die Klagenverjährung. Zahlreich sind die Beispiele aus dem Privat- und öffentlichen Recht, wo die zur Erlangung von Vortheilen oder Abwehr von Nachtheilen erforderlichen Handlungen nur innerhalb gewisser Fristen oder Termine zulässig sind, ohne daß jemand von einer Pflicht zur Bornahme dieser Handlungen spräche, weil ihre Unterlassung einen Verlust zur Folge hat<sup>9)</sup>.

Das Recht hat eben, nach Trendelenburg's Ausdruck, nicht nur eine logische und physische Seite, sondern ist zunächst ethischer Natur. Das ethische Moment ist auch für den

9) *B. D. actiones temporales*, Ignition der *honorum possessio*, Unterbrechung einer Erfindung; Einsprache gegen Wählerlisten, Schöffenerlisten; Strafanträge.

Begriff der Rechtspflicht maßgebend. Nicht überall da besteht die Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten, wo die Rechtsordnung an das entgegengesetzte Verhalten Nachteile knüpft, — sondern nur da, wo jenes Verhalten im Sinne des Rechts das gerechte, bezw. das objektiv zweckmäßige ist, wo es als sittlich nothwendig oder als vollkommenste Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses vom Gesetz, den „Normen“, befohlen, das andere Glied der Alternative dagegen nur in zweiter Linie als Surrogat oder Straffolge in Aussicht genommen wird.

Daß nun im heutigen Proceß keine einzige Handlung im obigen Sinne einer Partei zur Pflicht gemacht ist, daß erst durch die Verurtheilung und durch obrigkeitliche Befehle in der Executionsinstanz Verpflichtungen entstehen, in den vorhergehenden Stadien aber Thätigkeit und Unthätigkeit, sowie die verschiedenen denkbaren Thätigkeiten der Partei als gleichberechtigte Möglichkeiten in's Auge gefaßt und mit gesetzlichen Folgen ausgestattet sind, daß insbesondere die Passivität des Beklagten nicht *contumacia*, sondern friedlichste Unterwerfung ist, das wollen wir nach Bülow's Darlegung nicht wiederholen und können wir hier gegen die eingehende und lehrreiche Polemik Wach's<sup>10)</sup> nicht vertheidigen.

Wir läugnen weder die „zwingende Kraft der Klage“ noch die „Gebundenheit des Beklagten durch das Gesetz“ (Wach), wir lehnen selbst das Wort „Einlassungszwang“ nicht ab, aber uns scheint der Pflichtbegriff dadurch ausgeschlossen, daß das Gesetz irgendwelches Verhalten des Beklagten weder bei Strafe befiehlt noch eventuell erzwingt, daß es überhaupt von ihm nichts erwartet, sondern ihn auf die Klagerhebung hin ohne weiteres in die Beklagtenstellung versetzt. Sein „Eintreten in den Proceß“, seine „Betheiligung“ ist ein über ihn verhängter Zustand; er wird Proceßsubjekt ohne seinen Willen, ohne daß er etwas dazu thun kann. Der Einwand, daß bei solcher Auffassung der Proceß wie ein

10) „Präklusion und Kontumaz“ in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. VII. S. 130 ff.

Naturereigniß mit elementarer Gewalt über den Beklagten hereinbrechen, ist nicht erheblich, da diese Gestaltung des Proceßes aus dem Bedürfniß der Rechtsordnung hervorgegangen ist. Man könnte ebenfogut gegen das Institut der Verjährung Widerwillen hegen, weil es die ideale Rechtswelt dem Zahne der Zeit unterwerfe.

Degenkolb, schon vor der Veröffentlichung von Bülow's Präclusionstheorie ein Bekämpfer derselben<sup>11)</sup>, erkennt an, daß der Einlassungszwang a priori nicht nur als Pflicht, sondern auch als Haftung bestehen oder beides zugleich sein könne<sup>12)</sup>. Im heutigen Recht bestehe aber noch die Einlassungspflicht als Erklärungspflicht bei Freigabe der Erklärungsform. Das Schweigen des Beklagten werde als Zugeständniß der Klagthatsachen behandelt, weil es entweder wirklich so gemeint sei, oder weil der Beklagte schuldhafter Weise die Erklärung unterlasse. Nur aus der Pflicht zur Erklärung rechtfertige sich die Behandlung des Schweigens als Erklärung. „Die Passivität gilt eben dem Rechte nur als scheinbar. Der Erklärungspflicht gegenüber giebt es keine reine Passivität der an sich erklärungsspflichtigen Partei.“ Der eben angeführte Satz scheint uns einen auf dem strafrechtlichen Gebiete ziemlich überwundenen Irrthum zu wiederholen, daß nämlich die Pflichtwidrigkeit einer Unterlassung diese zur Handlung machen könne. Was Degenkolb gegen den Gedanken der Präclusion sagt, würde unseres Erachtens zu viel beweisen. „Ist daher die einseitige Behauptung des Klägers an sich noch nicht eine genügend festgestellte, so kann sie es auch nicht dadurch werden, daß der Beklagte von der Klagbeantwortung und damit von der Möglichkeit des Bestreitens ausgeschlossen wird.“ Dies spräche selbst gegen das alt-gemeinrechtliche *eremodicium*. Denn wenn der Kläger den Klaggrund beweist, ist doch sein Anspruch in keiner Weise genügend festgestellt und dürfte es auch dadurch nicht werden,

---

11) Einlassungszwang und Urtheilsnorm §. 2: Der Einlassungszwang im heutigen Recht.

12) *U. a. D. S.* 16 f.

daß die Einreden des Beklagten abgeschnitten werden. Wenn das Gericht aber in diesem Falle, trotzdem es Bestreitung des Anspruchs fingirt, denselben als durch den Beweis der Klagthatfachen festgestellt ansehen muß, warum soll es im neuen Proceß nicht Thatfachen als unbestritten, also keines Beweises bedürftig behandeln, die in der That nicht bestritten werden?

Der Proceß kommt zu Stande nicht durch freiwillige Erfüllung oder zwangsweise Verwirklichung einer Defensionspflicht, sondern auf Grund der allgemeinen Gesetzes- und Gerichtsunterworfenheit der Parteien. Der Beklagte steht jederzeit unter dem Rechte und den Behörden des Staats. Durch die Klagenhebung tritt in Gemäßheit des objektiven Proceßrechts eine concrete Gebundenheit für ihn ein, die ihn thatfächlich zu gewissen Handlungen nöthigen mag, weil ihm sonst Nachtheil droht. Seine Gebundenheit kann dadurch eine engere, festere werden, daß er proceßhindernde Einreden verwirkt. Ein Handelnsollen und =müssen, eine Rechtspflicht entsteht erst durch das Urtheil, als privatrechtliches *judicatum facere oportere*. Auf der andern Seite begründet auch der Kläger für sich selbst schon durch die Klagenhebung eine gewisse Gebundenheit. Er kann die Streitsache nicht mehr beliebig anderweit anhängig machen, die Klage nicht mehr zurücknehmen ohne kostenpflichtig zu werden. Auch ohne eine Handlung des Beklagten kann er durch juristisch unrichtiges Urtheil des Gerichts nach § 296, Abs. 2 um sein Recht kommen. Und er selbst darf nicht völlig unthätig bleiben, ihm droht nach § 295 Versäumnisurtheil, wenn er ausbleibt und der Beklagte erscheint. Durch die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache wird der Anspruch des Klägers von der Fortsetzung des Processes abhängig. Erst die Einlassungshandlung des Beklagten stellt das Verhältniß gleicher gegenseitiger Abhängigkeit her.

Die Gebundenheit der Proceßpartei ist eine Abhängigkeit ihrer materiellen Rechtslage (hinsichtlich der Streitsache) theils von eigenen, theils von gegnerischen, theils von richterlichen Proceßhandlungen. Das Proceßrechtsverhältniß zwischen den

Parteien besteht eben darin, daß jede von den Proceßhandlungen der andern und ihrer eigenen Proceßthätigkeit abhängig ist, daß sie durch jedes Angriffs- und Vertheidigungsmittel der andern in eine kritische Lage gebracht wird und ebenso durch ihre Handlungen die Lage der Gegenpartei und ihre eigene Lage afficirt, — alles dies in Beziehung auf die res in judicium deducta. Man kann sagen: das Proceßrechtsverhältniß ist das aut condemnari aut absolvi oportere, die concrete Aussicht auf ein Urtheil. Es entsteht wenn, und besteht darin, daß jede Partei als Folge der eigenen und der gegnerischen Handlungen eine Entscheidung der Streitsache zu hoffen und zu fürchten hat.

Das eben bezeichnete Verhältniß zwischen den Parteien ist nur das eine von den drei zweiseitigen Verhältnissen, aus denen, wie oben bemerkt, das Ganze des Processes als Rechtsverhältniß hervorgeht. Die relative Selbständigkeit dieser Verhältnisse zeigt sich in folgenden Erscheinungen. Wird eine Klage erhoben, die wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, unprorogirbarer Unzuständigkeit des Gerichts oder Proceßunfähigkeit einer Partei nicht zur Entscheidung über den behaupteten Anspruch führen kann, so ist zwischen den Parteien keine rechtliche Beziehung hergestellt. Beide können ohne Gefahr den Termin versäumen, keine kann ein Urtheil über das Sachgesuch verlangen. Dagegen hat der Kläger allerdings das Richteramt wirksam angerufen, eine concrete Richterpflicht ist ihm gegenüber begründet, er findet Gehör und Urtheil, wenn auch letzteres eine Abweisung seines Proceßgesuchs sein muß. Nach dem Grundsatz des wechselseitigen Gehörs kann in dem vom Kläger erlangten Termin auch der Beklagte verhandeln, aber er hat kein selbständiges Recht darauf; durch die Zurücknahme der Klage fällt auch für ihn der Termin weg.

Umgekehrt kann für die Parteien jene beiderseitige Gebundenheit und Anwartschaft auf Sachentscheidung bereits eingetreten sein, ohne daß noch der Richter (als Individuum, nicht als „fungibles“ Gericht) in den Proceß eingetreten ist, der über die Sache entscheiden darf und soll. Da es Pflicht des Gerichts ist, für Ersatz des gesetzlich ausgeschlossenen oder

rechtmäßig abgelehnten Richters durch eine einwurfsfreie Person zu sorgen, erscheint das Zustandekommen eines zum Sachurtheil führenden Proceßes trotz der anfangs vorliegenden Ablehnungsgründe als nothwendige Folge der Klageerhebung. „Relative Fähigkeit“ und „Uubefangenheit“ des Richters bedingen nicht die bindende Kraft der Klage. Der Mangel dieser Erfordernisse verzögert höchstens das Verfahren und nicht einmal immer.

Demnach sind zu unterscheiden:

1. die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit, von welchen abhängt, ob das Gericht überhaupt mit der Klage befaßt und wenigstens zur Prüfung und Entscheidung über das Proceßgesuch veranlaßt wird;

2. die Voraussetzungen des zwischen den Parteien stattfindenden Proceßverhältnisses, ihrer Aussicht auf Sachentscheidung;

3. die Voraussetzungen in der Person des Richters, von welchen abhängt, ob er zur Erfüllung der richterlichen Aufgabe in dem bestimmten Proceß berufen ist.

Die Rechtshängigkeit setzt weiter nichts als die Erhebung der Klage voraus; für die gegenseitige Gebundenheit der Parteien ist die Rechtshängigkeit, außerdem Zulässigkeit des Rechtswegs, Zuständigkeit des Gerichts und anderes, doch nicht das sofortige Vorhandensein eines einwurfsfreien Richters erforderlich; den letzteren verlangt erst das Ganze des Proceßes.

Nur die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit sind dafür maßgebend, ob überhaupt irgend ein gerichtliches Verfahren stattzufinden hat, sollte dies auch nur darin bestehen, daß der Kläger z. B. wegen zweifelloser Unzulässigkeit des Rechtswegs kurzer Hand abgewiesen würde. Die sonstigen Proceßvoraussetzungen sind nicht Bedingungen für das Verfahren überhaupt, — wird doch oft gerade zur Feststellung, ob die Proceßvoraussetzungen vorliegen, eine Verhandlung nothwendig; sie sind auch nicht für die Zulässigkeit eines den eingeklagten Anspruch betreffenden (meritorischen) Verfahrens schlechthin bedingend, — denn bald darf, bald soll auf die Ver-

handlung der Hauptsache eingegangen werden, bevor das Dasein der Proceßvoraussetzungen feststeht, ja sogar wenn ihr vorläufiges Nichtvorhandensein feststeht. Handlungen, welche keinen Aufschub gestatten, hat der abgelehnte (und wohl auch der nicht abgelehnte gesetzlich ausgeschlossene) Richter vorzunehmen (vgl. C.P.D. § 47). Mit Zustimmung des Beklagten kann die Hauptsache verhandelt werden, obwohl er proceßhindernde Einreden vorschützt, und ohne seine Zustimmung kann dasselbe geschehen, obwohl das die proceßhindernde Einreden verwerfende Urtheil die Rechtskraft nicht erlangt hat (C.P.D. § 248). Proceßunfähige, nicht legitimirte gesetzliche Vertreter und gesetzliche Vertreter, welche die zur Proceßführung erforderliche Ermächtigung nicht beibringen, können vorläufig zur Proceßführung zugelassen werden (§ 54). Nur darin zeigt sich in solchen Fällen die Bedeutung der fehlenden Proceßvoraussetzungen, daß das stoffliche Ergebniß eines solchen Verfahrens, wenn der Mangel nicht beseitigt wird, nicht Urtheilsgrundlage werden darf, daß das Verfahren insofern nichtig, rechtlich unbeachtlich ist, wie bei wesentlichen Proceßurtheilen, z. B. Verletzung der vorgeschriebenen Oeffentlichkeit (vgl. § 313. N. 6), daß das trotzdem ergehende Urtheil mitfammt dem Verfahren der Aufhebung unterliegt.

Auch im classischen römischen Civilproceß sind nach Bülow's eigener Darstellung die Proceßvoraussetzungen nicht Voraussetzungen des Verfahrens überhaupt, sondern nur seiner zweiten Hälfte, des Verfahrens in *judicio*, und der proceßualischen Consumtion. Da nach dem heutigen Rechte erst das Endurtheil in die privatrechtliche Lage der Parteien *novum in re* eingreift, kann es nicht unangemessen erscheinen, wenn im allgemeinen nur die Statthastigkeit des Urtheils über den eingeklagten Anspruch, nicht aber die Statthastigkeit des Verfahrens oder eines bestimmten Theils desselben von dem Dasein der Proceßvoraussetzungen abhängt. Es kommt hierzu, daß in jedem Stadium des Verfahrens Proceßvoraussetzungen wegfallen, Proceßhindernisse eintreten können, so daß in dem Zeitpunkt, wo der sachliche Stoff zur Streitentscheidung

vorliegt, allemal noch die Zulässigkeit einer solchen in Frage kommen kann.

Durch die Bezeichnung der Proceßvoraussetzungen als proceßrechtlicher Bedingungen für die Zulässigkeit der Sach-Entscheidung schützen wir uns wohl gegen das Mißverständniß, dem Bülow's Proceßvoraussetzungen bei Menger<sup>13)</sup> begegnet sind. Menger macht Bülow den Vorwurf, aus der ungemein großen Zahl der processualischen Ansprüche und Thatbestände ganz willkürlich eine Gruppe herausgehoben zu haben, die sich in nichts von den übrigen unterscheidet, nämlich „die Voraussetzungen des Ladungsanspruches in der engsten Bedeutung des Wortes“. Canstein<sup>14)</sup> hat hierauf bereits erwiedert, daß es sich bei den Proceßvoraussetzungen nicht um die Thatfachen zur Erzeugung eines einzelnen processualen Anspruches, sondern um die Grundlage des ganzen Proceßrechtsverhältnisses handelt. Menger kennt nun freilich kein Proceßrechtsverhältniß, sondern nur „eine große Zahl von selbständigen processualen Ansprüchen“, aber er wird vielleicht zugeben, daß die Bedingungen, von denen die Statthaftigkeit der Sach-Entscheidung abhängt, Hervorhebung verdienen. Nach der R.C.P.D.<sup>15)</sup> ist die Ladung außergerichtlich, die Thätigkeit des Gerichts beschränkt sich auf die Terminbestimmung, eine Prüfung der Klage zwecks Gewährung oder Versagung der Ladung findet nicht statt. Es giebt also, wie auch schon nach französischem, hannöverschem, baierischem Recht, keinen Ladungsanspruch mehr, dessen Voraussetzungen in Frage kämen. Die Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens geschieht ohne Cognition der Gerichts. Nur ob das Verfahren zu einer Entscheidung der Streitfache führen wird, ist von „Proceßvoraussetzungen“ abhängig.

## II. Die Proceßsubjekte als Proceßvoraussetzungen.

Wichtige Urtheile und Hindernisse der Rechtskraft.

Soweit bis jetzt der Begriff der Proceßvoraussetzungen

13) System des österreichischen Civilproceßrechts I. S. 292 ff.

14) Kritische Vierteljahrschrift, Bd. XIX S. 55. 56.

15) § 233. S. die Motive zu § 225 des Entwurfs.

in der Literatur Annahme und Verwerthung gefunden hat, sind niemals das Gericht und die Parteien selber als Proceßvoraussetzungen genannt worden, obgleich sie bei einer weiteren, sprachlich völlig zulässigen Deutung dieses Ausdrucks die ersten und unerlässlichsten Proceßvoraussetzungen wären. Bei der Frage nach den Voraussetzungen des Proceßes dachte man sich das Vorhandensein der Proceßsubjekte als schon gegeben und faßte die Bedingungen für das Zustandekommen des Proceßes unter diesen gegebenen Subjekten ins Auge. Hiervon abzuweichen, liegt kein Grund vor; wird doch auch auf andern Gebieten der Rechtswissenschaft unter den Erfordernissen für die Begründung irgend eines Rechtsverhältnisses das Dasein des Subjekts oder der Subjekte, wo seine Nothwendigkeit sich von selbst versteht, nicht besonders aufgezählt. Wir weisen aber ausdrücklich auf diesen sprachlich nicht gebotenen engeren Sinn des Ausdrucks „Proceßvoraussetzungen“ hin, weil wir ihn uns zu Nuzen machen wollen. Denn von diesen Proceßvoraussetzungen können wir allgemein den Satz aussprechen, daß sie nicht die rechtliche Möglichkeit, sondern nur die Zulässigkeit einer Sach-Entscheidung, Recht und Pflicht des Gerichts dazu, bedingen.

Ueber die Proceßsubjekte als Bedingungen für die rechtliche Möglichkeit des Urtheils noch einige Bemerkungen:

1. Nur das Urtheil eines Gerichts ist ein gültiges Urtheil und ist das auch trotz Mangels von Proceßvoraussetzungen, d. h. nur die gesetzlich zu Rechte bestehenden Gerichte fällen Entscheidungen, die, selbst wenn sie gesetzwidrig ergangen sind, dennoch bis zu ihrer Beseitigung durch ein anderes Urtheil Kraft haben, und durch Ablauf einer Nothfrist unanfechtbar werden können. Dagegen würde z. B. das Urtheil eines nach G.B.G. § 16 nicht statthaften Ausnahmegerichts von den ordentlichen Gerichten als gar nicht vorhanden zu betrachten sein, es wäre dem Gesetze nach nichtig. Ebenso ist ein Revolutionstribunal, das etwa während eines Aufruhrs Proceße annimmt und entscheidet, kein Gericht im Sinne des Gesetzes. Seine Urtheile mögen thatsächlich vollstreckt werden, so lange der revolutionäre Zustand dauert;

nach Wiederherstellung der früheren Ordnung verlieren sie alle Macht. Auch wenn beide Parteien freiwillig vor der Revolutionsbehörde Recht suchten und gaben, kam doch kein Proceßrechtsverhältniß und keine *res judicata* zu Stande. Bezog sich eine von ihnen später vor einem ordentlichen Gericht auf jenes Urtheil, so würde die andere mit Recht erwiedern: *judicatum non esse*; denn es gibt keinen Conventionalproceß und noch weniger ein Conventionalgericht, auch lag kein Schiedsvertrag vor, wenn die Parteien sich jener Behörde als solcher unterwarfen.

Nur die Legitimität des Gerichts als Behörde hat diese Bedeutung, daß die Möglichkeit eines gültigen Urtheils dadurch bedingt ist. Ein Mangel in der Besetzung des als solches gesetzmäßigen Gerichts macht dessen Erkenntnisse nicht nichtig, sondern nur durch Rechtsmittel und Nichtigkeitsklage aufhebbar (C.P.D. §§ 501. 513 N. 1. 542 N. 1); ebenso wirken gesetzliche Ausschließungsgründe oder berechtigte Ablehnung, welche gegen einen bestimmten Richter vorliegen (§§ 513 N. 2. 3. 542 N. 2. 3).

Das zwischen den Parteien bestehende Verhältniß ist endlich in seiner Fortdauer von dem Dasein des dritten Proceßsubjekts als des individuellen Richters nicht abhängig. Stirbt der Richter oder einer der Richter oder hört sonstwie seine Thätigkeit auf, so kann zwar unter Umständen eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten (§ 222); es kann eine Wiederholung der mündlichen Verhandlung nothwendig werden (§ 280); doch kann auch der Proceß ohne Verzögerung verlaufen, wenn der wegfallende Richter rechtzeitig ersetzt wird, und die für das Urtheil maßgebende Verhandlung erst stattfinden soll. Keinesfalls hört die Rechtshängigkeit auf. Ein dem § 280 zuwider gefälltes Urtheil ist nicht nichtig. Falls aber der wegfallende Richter nicht ersetzt wird, ist entweder schon thatsächlich kein gerichtliches Urtheil möglich (beim monokratischen Gericht) oder der Fall nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichtshofs liegt vor.

2. Handelt es sich nun um ein legitimes Gericht und dessen richterliche Handlungen, so bieten die Erfordernisse einer

Handlung, die besonderen Erfordernisse einer gerichtlichen Handlung, noch spezieller die eines Urtheils, Stoff zu Untersuchungen, denen hier nicht nachgegangen werden soll. Hier kommt es uns nur auf den Satz an, daß die Gültigkeit eines Urtheils nicht von den Proceßvoraussetzungen, nicht davon abhängig ist, ob eine Entscheidung der Streitsache durch die betreffenden Richter ergehen darf. Doch ist darauf hinzuweisen, daß manchmal das Urtheil, obwohl als richterliche Handlung gültig, zur Rechtskraft nicht gelangen kann. Nach § 645 tritt die Rechtskraft der Urtheile „vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmter Frist nicht ein“, also auch nicht durch Verzicht auf Einspruch oder Rechtsmittel (§§ 311. 475. 529), wengleich die Motive zu § 599 des Entwurfs letzteres anzunehmen scheinen <sup>16)</sup>. Nur wo Rechtsmittel und Einspruch ausgeschlossen sind: bei contradictorischen Berufungsurtheilen der Landgerichte und contradictorischen Revisionsurtheilen des Reichsgerichts (obersten Landesgerichts), ist schon das verkündete Urtheil rechtskräftig <sup>17)</sup>. Bei allen andern Urtheilen setzt die Rechtskraft eine Parteihandlung voraus, nämlich die Zustellung des Urtheils, von welcher an Einspruch und Rechtsmittelfrist erst zu laufen beginnen. Ist nun das Verfahren unterbrochen oder ausgesetzt, oder ruht es, so darf kein Urtheil ergehen, (einzige Ausnahme

16) „Unter Umständen wird schon . . . ein nachgewiesener Verzicht zc. ihm (dem Gerichtsschreiber) die zur Ertheilung des Attestes (der Rechtskraft) nothwendige Ueberzeugung gewähren.“

17) In meiner angeführten Abhandlung, Bd. 63 dieser Zeitschrift findet sich S. 131. 132. ein Versehen. Ich überseh, daß auch die Einspruchsfrist erst von der Urtheilzustellung an läuft. Durch die Berichtigung dieses Fehlers werden die dort gegebenen Ausführungen über die verhältnißmäßig geringe Bedeutung des § 549, Abj. 3 verstärkt. Denn es muß nun heißen: Nur wo schon dem verkündeten Urtheil Rechtskraft zukommt, also nur bei legitinstanzlichen, contradictorischen Urtheilen, steht der Fall der mangelnden Parteivertretung den übrigen Wiederaufnahmefällen praktisch so schroff gegenüber, daß dort, so lange das Urtheil nicht zugestellt ist, die Nichtigkeitsklage in alle Ewigkeit gestattet bleibt, (nach Buchelt: der 30jährigen Klagenverjährung unterliegt), hier aber die Wiederaufnahme nach 5 Jahren ausgeschlossen ist.“

in § 226, Abs. 3), und Parteihandlungen in Ansehung der Hauptsache sind nichtig (§ 226, Abs. 2). Ein trotzdem erlassenes Urtheil ist zwar gültig, denn § 226 Abs. 2 erklärt nur die Parteihandlungen für kraftlos, und eine ipso jure-Nichtigkeit von Urtheilen ist in der R.C.P.O. überhaupt nicht zu finden. Aber wenn das Urtheil nicht gerade ein letztinstanzliches und contradictorisches ist, kann es, so lange das Verfahren nicht wieder aufgenommen ist, nicht rechtskräftig werden, weil keine gültige Zustellung möglich ist. Dasselbe Proceßhinderniß, insofern das Urtheil zwar proceßrechtswidrig, aber doch nicht nichtig ist, macht die Zustellung nichtig und verhindert dadurch den Eintritt der Rechtskraft. Es bedarf einer Aufnahme des Verfahrens um dem abzuhelfen.

Die Frage, zu deren Beantwortung diese Bemerkungen dienen sollen ist die: inwiefern das Dasein der Parteien Proceß und Urtheil bedingt? Ein Urtheil wäre sinnlos, es könnte keine praktische Folgen haben, wenn eine der beiden darin benannten Parteien niemals gelebt hat. Wie aber, wenn in Sachen eines Todten geurtheilt wird, und der Verstorbene Rechtsnachfolger hat? Es darf trotz Tod der Partei procedirt werden, wenn für diese ein Proceßbevollmächtigter bestellt war und das Verfahren nicht auf seinen oder des Gegners Antrag ausgesetzt worden ist, (§ 223: keine Unterbrechung des Verfahrens). Es darf auch, wenn keine solche Vertretung stattfand, wenn aber der Tod erst nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintrat, die auf Grund dieser zu erlassende Entscheidung verkündet werden (§ 226, Abs. 3), nur hindert die Unterbrechung des Verfahrens nach § 226, Abs. 2, die Wirkung jeder Zustellung, außer der Ladung zur Aufnahme und der Aufnahme selbst. In allen andern Fällen, z. B. wenn der Kläger, der (im amtsgerichtlichen Verfahren) keinen Proceßbevollmächtigten bestellt hat, noch vor bewirkter Zustellung der Klage stirbt, also den Zeitpunkt seiner Klageerhebung (§ 460) gar nicht mehr erlebt, oder wenn der Beklagte stirbt, bevor er einen Proceßbevollmächtigten ernannt hat, ist ein Urtheil unzulässig. Wenn aber doch eines ergeht; indem das Gericht, das von dem Todesfall noch nichts weiß, gegen den

Nichterschienenen das Versäumnißverfahren anwendet, so ist auch dieses Urtheil nicht ungültig, sondern nur, sofern es dem Einspruch unterliegt, der Rechtskraft nicht fähig, bis durch Aufnahme des Verfahrens von Seiten der Rechtsnachfolger oder gegen dieselben die gültige Zustellung des Urtheils, mit- hin Beginn und Ablauf der Einspruchsfrist, ermöglicht wird. Es bewirkt also die Nichtexistenz einer oder beider Parteien, wenn die betreffenden Personen nur überhaupt gelebt haben, und Rechtsnachfolger da sind, keineswegs Nichtigkeit des Urtheils. Die Aufnahme des Verfahrens nöthigt vielmehr den Rechtsnachfolger, sich durch Einspruch, bez. Berufung des Urtheils zu erwehren <sup>18)</sup>.

Die Möglichkeit eines den Parteien unbewußten Proceßes liegt hinsichtlich des Beklagten auf der Hand. Ein Versäumnißurtheil gegen ihn ist vollkommen rechtmäßig, wenn er zwar ordnungsmäßig geladen war, aber von der Ladung nichts erfahren hat. Er wird also verurtheilt, ohne zu wissen, daß er verklagt ist. Weniger nahe liegt die Möglichkeit eines Proceßes, von dem der Kläger, d. h. derjenige, dessen Name in der Klägerrolle figurirt, nichts weiß. Man denke sich jedoch folgenden Fall: B versucht sich von der Forderung des A mit Hilfe des C dadurch zu befreien, daß C, der dem Gericht und den Anwälten ebenso unbekannt ist wie A, sich für A ansgebend, die Forderung einklagt und dann im Termin auf den Anspruch verzichtet oder ausbleibt, so daß B ein den A abweisendes Urtheil erlangt. Wird das Urtheil dem A zugestellt, so ist er gezwungen, Einspruch, Berufung

18) Damit ein rechtskräftiges Urtheil für oder gegen Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei die Vollstreckungsklausel erhalte, braucht nur die Rechtsnachfolge offenkundig zu sein oder durch öffentliche Urkunden bewiesen zu werden (§ 665). Bei der Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, die in Ermangelung solcher Beweismittel nothwendig wird (§ 667) kann es sich um nichts anderes handeln, als wenn ohne Klage eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt wird. Der Schuldner wird daher nicht einfach geltend machen dürfen, daß ein Todesfall das Verfahren unterbrochen habe, sondern nur dann ist dieser Umstand von Belang, wenn in Folge desselben die Rechtskraft nicht eintreten konnte und die Vollstreckbarerklärung keine bloß vorläufige ist.

oder Nichtigkeitsklage nach § 542 N. 4 zu erheben, wenn er es sich vom Halbe schaffen will. Ist das Urtheil nebst dem vorhergehenden Verfahren nach § 501 oder § 553 aufgehoben, oder auch nur beim Einspruch das Gericht in Kenntniß von dem Betrug gesetzt, so wird es nur auf Begehren des A neue Verhandlung zulassen, nicht aber gegen dessen Willen auf Verlangen des B, da die nicht genehmigte Klageerhebung nun als nichtig erkannt ist.

### III. Uebersicht der einzelnen Proceßvoraussetzungen.

A. Nachdem ausgesprochen worden, wie minimal, nach unserer Ansicht über die Urtheilsnichtigkeit, die Erfordernisse für das Zustandekommen eines zunächst gültigen Urtheils sind, mag der Aufzählung der heutigen Proceßvoraussetzungen noch ein Verzeichniß derjenigen im gemeinen Recht richtig oder irrig angenommenen Proceßvoraussetzungen vorausgehen, die nach der R.C.P.D. als solche weggefallen sind. Nur da handelt es sich um den Mangel einer Proceßvoraussetzung, wo eine Entscheidung der Streitsache, Zu- oder Aberkennung des Klagebegehrens, unzulässig, wo vielmehr mit der Entscheidung bis zur Beseitigung des Mangels zu warten, oder der Proceß ohne solche Entscheidung zu beenden, die Rechtshängigkeit aufzuheben ist (*absolutio ab instantia*).

Demnach entfallen für das heutige Recht folgende Proceßvoraussetzungen, bez. Proceßeinreden:

1. Die *privatrechtliche Möglichkeit* des Klagebegehrens (daß der behauptete Anspruch als rechtlicher und klagbarer denkbar sei), sowie die *Schlüssigkeit* der Klage (die juristische *Deducirbarkeit* des rechtlich möglichen Klageantrags aus den dafür aufgestellten Thatsachen). Ihr Mangel kann nämlich nicht mehr wie im gemeinen Proceß zu einer Abweisung *a limine judicii* führen, weil die richterliche *Cognition* jetzt erst in der mündlichen Verhandlung beginnt, und auch nicht zu einer *absolutio ab instantia*, weil die R.C.P.D. diese nur als Folge derjenigen Mängel kennt, die nach § 247 „*proceßhindernde Einreden*“ begründen. Was das Gericht bei

unzulässigen oder unschlüssigen Klagen zu thun hat, ist nicht zweifelhaft. Wenn der Mangel offensichtlich ist, so macht schon die Vorlesung der Anträge im Termin den Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, ist also gemäß § 272 ein Endurtheil, natürlich Abweisung, zu erlassen. Bleibt der Beklagte aus, so ist gleichfalls nach § 296, Abs. 2 die Klage abzuweisen. Man könnte nun meinen: Von einer derartigen Klage droht demnächst dem Beklagten in keinem Falle ein Nachtheil, er braucht weder selbst zu handeln noch die Handlungen des Klägers zu fürchten, also besteht kein Proceßrechtsverhältniß. Gleichwohl ist es nicht einerlei, ob aus proceßrechtlichen Gründen eine Sach-Entscheidung nicht ergehen darf, oder ob aus privatrechtlichem Grunde die zulässige und gebotene Sach-Entscheidung auch bei unbestrittenen Klagthatfachen Abweisung sein muß. Denn wenn sich das Gericht über die maßgebenden materiellrechtlichen Sätze irrt, so ist gegen eine Verurtheilung nur Berufung, bez. Einspruch, nicht etwa die Nichtigkeitsklage statthaft, — und eine irriige Abweisung der Klage ist keine das klägerische Recht unberührt lassende absolutio ab instantia, sondern sie vernichtet den Anspruch, wenn sie rechtskräftig wird.

2. Die Einrede der Klageänderung. Läßt sich nämlich der Beklagte ohne Widerspruch in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage ein, oder entscheidet das Gericht, daß eine Klageänderung nicht vorliege<sup>19)</sup>, so tritt die neue Klage ganz an Stelle der alten. Andernfalls wird eben die neue Klage nicht Gegenstand dieses Verfahrens, aber die alte bleibt doch rechtshängig, und wenn sie der Kläger nicht aufrecht erhalten will, kann der Beklagte ihre Aberkennung nach § 298, § 277 oder § 272 bewirken.

3. Die Sachelegitimation ist in Uebereinstimmung mit der richtigen Theorie des gemeinen Rechts nicht als Proceßvoraussetzung hingestellt worden<sup>20)</sup>. Ebenso wenig giebt es aber

4. eine exceptio plurium litisconsortium,

19) Diese Entscheidung ist unanfechtbar, § 242.

20) Zeitschr. f. d. deutsch. Civilproceß v. Busch, Bd. I. S. 49.

welche Fitting<sup>21)</sup> und Bolgiano<sup>22)</sup> gegen § 247 als „proceßhindernde Einrede“ behaupten. Im § 59 der R.G.B.D. wird einer „nothwendigen Streitgenossenschaft“ gedacht. Aber die B.D. selber stellt keine solche auf, sondern bestimmt nur unter welchen Voraussetzungen Mehrere als Streitgenossen klagen oder verklagt werden können. Die „nothwendige Streitgenossenschaft“ des § 59 kann nur eine dem bürgerlichen Rechte ~~nothwendige~~ <sup>nothwendige</sup> sein<sup>23)</sup>. Ihre einzige processuale Folge ist eben im § 59 ausgesprochen und setzt voraus, daß die *litis consortes* schon wirklich als Streitgenossen processiren. Wird dem bürgerlichen Rechte zuwider bloß von einem *consors* oder bloß gegen einen Klage erhoben, so ist die natürliche Folge die Abweisung der Klage als einer materiell unberechtigten (*plus petitio*). Das Urtheil wird das Recht, welches der Kläger wirklich hat, ihm nicht absprecken, sondern die Klage, wie sie angebracht ist, nämlich als nur von einem oder nur gegen einen erhobene, abweisen, aber dieß ist eine Entscheidung über die *merita causae*, wie die Abweisung einer verfrühten Klage infolge materiell-dilatorischer Einreden. Der Beklagte, dessen Bertheidigung sich auf die *exceptio plurium litis consortium* beschränkt, verhandelt zur Hauptsache, er führt aus, daß Kläger nach dem materiellen Recht nicht fordern darf, was er fordert<sup>24)</sup>.

5. Der Mangel der Proceßvollmacht, nach § 84 im Parteiproceß von Amtswegen zu berücksichtigen und auch im Anwaltsproceß in jeder Lage des Rechtsstreits der Klage des Gegners ausgesetzt, ist darum nicht Proceßhinderniß, weil er der Entscheidung der Streitsache nicht im Wege steht. Die Gültigkeit der Proceßhandlungen des Vertreters ist von der

21) Reichsivilproceß § 39 Note 4.

22) Motive zu § 222 d. G.

23) Motive zu § 58 d. G.

24) Die Motive zu dem „Titel=Streitgenossenschaft“ citiren Pland's gegen die Existenz einer proceßhindernden *exc. pl. l. c.* gerichtete Erörterungen in seiner „Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten“. In den Berathungen der Justizcommission wurden zwar noch einige proceßhindernde Einreden, nicht aber diese, vorgeschlagen.

Vollmacht, bez. Genehmigung, abhängig. Auf Grund vollmachtenloser und nicht genehmigter Proceßführung darf das Urtheil nicht gesprochen werden, wohl aber ist von vornherein das Versäumnißverfahren gegen denjenigen zulässig, für den nur ein vollmachtenloser Vertreter auftritt. Vgl. die Motive zu § 83 des Entwurfs. Ueber § 85 der R.C.P.D. und über die für einen gesetzlichen Vertreter erforderliche Ermächtigung zur Proceßführung s. u. S. 416 f. 415.

6. Eine *exceptio praejudicialis* mit Rücksicht auf anhängige oder noch nicht anhängige Civil- und Strafproceße giebt es nicht mehr. Das Gericht ist an sich niemals verpflichtet, den Ausgang eines anderen Proceßes abzuwarten. Es ist nur zur Aussetzung des Verfahrens berechtigt: §§ 139 bis 141; nur mit Rücksicht auf eine anhängige Hauptintervention kann jede Partei des Hauptproceßes Aussetzung des letzteren fordern, § 62. Erst die Aussetzung selbst stellt ein Proceßhinderniß her.

B. Die Proceßvoraussetzungen, die in der R.C.P.D. anerkannt sind, kommen nur zum Theil schon bei Beginn des Proceßes, zum Theil erst in dessen Verlauf in Betracht. Die der ersteren Classe unterscheiden sich wieder darin, daß der Thatbestand gewisser Proceßvoraussetzungen entweder seiner Natur nach nicht wieder verloren werden kann, wenn er zur Zeit der Klagenenerhebung gegeben war<sup>25)</sup>, oder daß nach dem Gesetz sein Vorhandensein nur in diesem Zeitpunkt erforderlich ist<sup>26)</sup>, — daß der Thatbestand anderer Voraussetzungen dagegen für die ganze Dauer des Proceßes in Frage kommt. Die Proceßhindernisse sind entweder solche, die nur bei Beginn des Proceßes denkbar sind, oder solche, die auch nach Beginn des Proceßes eintreten können, oder solche, deren Entstehung erst im Laufe des Proceßes möglich wird. Des bequemeren sprachlichen Ausdrucks wegen zählen wir nicht die Proceßvoraussetzungen, sondern die Proceßhindernisse auf.

25) Erstattung der Kosten eines früheren Verfahrens. Nicht-Rechtshängigkeit der Sache zur Zeit der Klagenenerhebung.

26) Zuständigkeitsgründe, vgl. § 235 N. 2.

**I. Hindernisse, welche bei Beginn des Proceßes vorliegen, aber nicht mehr im Laufe desselben entstehen können:**

1. Unzuständigkeit des Gerichts, vgl. § 235 N. 2.
2. Rechtshängigkeit der Streitsache. Denn wenn der Kläger nach Erhebung der fraglichen Klage dieselbe Sache anderweit anhängig macht, entsteht selbstverständlich für die zweite, nicht für die erste Klage die Einrede der Rechtshängigkeit.
3. Mängel der Klage.
4. Nicht erfolgte Erstattung der Kosten eines früheren Verfahrens in derselben Sache, vgl. § 243, Abs. 4.

**II. Hindernisse, welche sowohl bei Beginn des Proceßes bestehen als auch nachträglich eintreten können.**

1. Unzulässigkeit des Rechtswegs. Von dem Gesetz, das irgend eine Art von Ansprüchen dem Schutze der Gerichte entzöge, würde es abhängen, ob die schon erhobenen Klagen durchgeführt werden dürften.

2. Gesetzliche Ausschließungs- oder Mißtrauensgründe gegen einen Richter, Wegfall eines Richters durch Tod u. s. w. (s. o. S. 404). Es können während des Proceßes Ereignisse eintreten, die den vorher nicht ausgeschlossenen und unverdächtigen Richter ausschließen oder verdächtig machen. Es kann ferner ein Wechsel im Richterpersonal einen ablehnbaren Richter an die Stelle eines einwurfsfreien bringen.

3. Unterbrechungsgründe. Von sämtlichen das Verfahren unterbrechenden Ereignissen und Zuständen ist es denkbar, daß sie schon bei Beginn des Proceßes eintreten oder bestehen. Ein Justitium kann zwischen der Terminsbestimmung und dem Termin selbst entstehen, eine Partei zwischen Einreichung und Zustellung der Klage sterben u. s. w. Von „Unterbrechung“ dürfte hier insofern gesprochen werden, als das „Verfahren“ immerhin schon im Gange ist. Jedenfalls müssen die Folgen der Unterbrechung: Wirkungslosigkeit der Parteihandlungen nach Maßgabe des § 226, Abs. 2, Unzulässigkeit eines Urtheils, hier erst recht gelten. Unterbrechungsgründe sind: Tod einer Partei, Verlust der Proceßfähigkeit, Wegfall eines ge-

gesetzlichen Vertreters<sup>27)</sup>, Tod des Anwalts, Konkurs einer Partei<sup>28)</sup>, Justitium. Von den ihnen entsprechenden Proceßvoraussetzungen müssen wir die Proceßfähigkeit und gesetzliche Vertretung etwas eingehender betrachten.

Nach § 54 hat das Gericht „den Mangel der Proceßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Proceßführung von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Proceßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Was für ein Urtheil hat aber zu ergehen, wenn die Frist ohne Beseitigung des Mangels verstreicht, und was hat das Gericht zu thun, wenn kein Grund vorliegt, die mangelhafte Proceßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zuzulassen? Die Motive zu § 54 sagen nicht, daß hier wie im Fall des § 85 der R.C.P.D. (§ 83 des Entwurfs) bei Nichtbeseitigung des Mangels das Versäumnißverfahren platzgreife. Dagegen erklärte der Vertreter der Regierungen in der Justizcommission zu § 54, Abs. 2: „es solle nach dem Entwurf, wenn Mängel der Proceßfähigkeit behauptet werden, das Contumacialurtheil ausgesprochen werden; kommt es zu einer neuen Verhandlung, und stellt sich heraus, daß der Betreffende den Mangel nicht beseitigen kann, so gelte die Partei als nicht erschienen, und es werde Contumacialurtheil erlassen.“

Wäre diese Auffassung richtig, so würden wir Proceßfähigkeit und gesetzliche Vertretung ebensowenig zu den Proceßvoraussetzungen rechnen, wie die Proceßvollmacht des gewillkürten Vertreters. Der Begriff der Proceßunfähigkeit wäre aufgehoben oder in den der Verhandlungsunfähigkeit, und zwar

---

27) Diese drei Thatfachen unterbrechen das Verfahren nur, wenn die Partei keinen Proceßbevollmächtigten hat.

28) Er ist nur Unterbrechungsgrund für ein die Konkursmasse betreffendes Verfahren.

der Verhandlungsunfähigkeit in eigenen Sachen, umgewandelt, wenn der Proceßunfähige, der ohne gesetzlichen Vertreter ist, wie ein Proceßfähiger gültig contumacirt werden, und nur nicht gültig verhandeln könnte. Gegen die Ansicht des Vertreters der Regierung spricht folgendes:

a. Verlust der Proceßfähigkeit und Wegfall des gesetzlichen Vertreters bewirken Unterbrechung des Verfahrens; dasselbe kann nicht aufgenommen werden, ehe die proceßunfähige Partei einen Vertreter, bez. einen neuen Vertreter hat (§ 219). Ist demnach hier kein Versäumnißverfahren zulässig, so kann es auch nicht zulässig sein, wenn von vornherein kein gesetzlicher Vertreter processirt.

b. Wenn die proceßhindernde Einrede der Proceßunfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung (§ 247 N. 6) für begründet erfunden wird, so ergeht absolutio ab instantia, wie wohl unbestritten ist. Ob nun über diese Einrede gesondert verhandelt und entschieden wird, oder nicht; ob überhaupt diese Einrede vorgebracht wird, oder das Gericht den Mangel von Amtswegen berücksichtigt, kann doch den Inhalt der Entscheidung nicht ändern. Erkennt das Gericht den Mangel, und wird er nicht beseitigt, so muß allemal absolutio ab instantia, Beendigung des Proceßes ohne Entscheidung der Streitfache, erfolgen.

c. Erginge gegen den Proceßunfähigen ein meritorisches Versäumnißurtheil, so unterläge es nach § 542 N. 4 der Nichtigkeitsklage. Es ist wahrscheinlich, daß auch im heutigen Proceß die „Nullitäten“ ex officio zu vermeiden sind.

Billiger Weise kann der Beklagte auch kein die Klage absprechendes Versäumnißurtheil gegen den proceßunfähigen Kläger, sondern nur Entbindung von der Instanz verlangen. Dem Interesse des Klägers gegenüber einem proceßunfähigen Beklagten wird dadurch genügt, daß diesem das Gericht einen curator litis bestellen muß, wenn er keinen gesetzlichen Vertreter hat. Versäumniß seitens des gesetzlichen Vertreters ist natürlich gültige Vertretung, also stets Versäumnißurtheil zulässig, wenn der Vertreter in den Proceß eingetreten ist,

und dies geschieht schon dadurch, daß an ihn zugestellt wird.

Auch wenn der gesetzliche Vertreter ohne erforderliche Ermächtigung zur Proceßführung klagt, ist un-  
sereß Erachtens das Gericht nicht befugt, die Klage in con-  
tumaciam abzuerkennen, sondern hat die Instanz aufzuheben.  
Wird dagegen dem gesetzlichen Vertreter des Beklagten die  
Ermächtigung zur Proceßführung verweigert, bringt er sie  
überhaupt nicht bei, so ist der Beklagte in contumaciam zu  
verurtheilen. Denn die Handlungen seines gesetzlichen Ver-  
treterers und auch dessen Verschmäñ gelten als die seinigen. Die  
wegen mangelnder Ermächtigung nichtige Proceßführung des  
Vertreterers steht dem Nichthandeln gleich. Der gesetzliche Ver-  
treter, der in Folge verweigerter Ermächtigung zur Proceß-  
führung passiv bleibt, vertritt durch dieses Nichthandeln den  
Beklagten so, wie es der Absicht der vorgesetzten Behörde  
entspricht.

Diese verschiedene Entscheidung derselben Frage, je nach-  
dem es sich um den Kläger oder den Beklagten handelt, hat  
ihren inneren Grund darin, daß man Kläger nur durch eine  
Handlung, Beklagter aber ohne sein Zuthun wird. Ist die  
Klagerhebung des gesetzlichen Vertreterers wegen mangelnder  
Ermächtigung nicht gültig, so hat das Gericht dies durch Auf-  
hebung der Instanz auszusprechen. Dagegen muß gegen den  
Beklagten, dessen gesetzlicher Vertreter nicht gültig verhandelt,  
Verschmäñurtheil zulässig sein; dieses unterliegt auch nicht  
der Nichtigkeitsklage, da der Beklagte in dem Verfahren nach  
der Vorschrift der Gesetze vertreten war.

Die Ansicht *Volgiano's*<sup>29)</sup>, daß im Falle mangelnder  
Ermächtigung zur Proceßführung eine Sach-Entscheidung nicht  
nur gegen beide Parteien zulässig, sondern auch als *contra-*  
*diktorisches* Urtheil anzusehen sei, wird schwerlich Anhän-  
ger finden. Nach *Volgiano* muß das Gericht bei ausdrück-  
lich erklärter oder „fingirter“ Verweigerung des Streitconsenses  
seitens der vorgesetzten Behörde nothwendig annehmen, „daß  
die Curatel die Klage für begründet hält, wenn der Curand

29) Handbuch des Reichs-Civilproceßrechts I. S. 124.

der Beklagte, und für unbegründet, wenn er der Kläger ist“, und darum soll es den Curanden in dem einen Fall verurtheilen, in dem andern abweisen. Das Gericht soll also die zu vermuthende Meinung der Curatelbehörde zum Urtheil erheben. Unseres Erachtens läßt aber das Gesetz nur folgende Wahl: entweder Aufhebung der Instanz oder Entscheidung der Streitfache; und wenn Sach-Entscheidung, entweder Verschäumnisurtheil oder Entscheidung auf Grundlage der mündlichen Verhandlung, nicht aber auf Grund eines völlig außerhalb des Proceßes liegenden Umstands.

Den Unterbrechungsgründen, — die auch diese Unterbrechung unserer Uebersicht über die Proceßhindernisse veranlassen, — ist gemeinsam, daß ihr Eintritt nach Beendigung einer mündlichen Verhandlung die Verkündung der auf Grund derselben zu erlassenden Entscheidung nicht hindert, §. 226 Abf. 3.

4. Mangelnde Sicherheit für die Proceßkosten, vgl. §§ 102—105, bes. § 103, § 104, Abf. 3.

III. Hindernisse, welche erst nach der Klagerhebung entstehen können: Suspension des Proceßrechtsverhältnisses durch gewisse Handlungen des Gerichts oder der Parteien.

1. Aussetzung des Verfahrens durch das Gericht nach den §§ 62, 139, 140, 223—225, 580 der R.C.P.D., oder nach landesgesetzlichen Vorschriften über Kompetenzkonflikte, vgl. C.G. zur C.P.D. § 15 N. 1.

2. Ruhen des Verfahrens nach §. 228, Abf. 1.

3. Einstweilige Zulassung eines vollmachtslosen gewillfürten Vertreters oder eines nicht zur Vertheidigung ermächtigten gesetzlichen Vertreters zur Proceßführung und Bestimmung einer Frist zur Beibringung der Vollmacht, Genehmigung oder Ermächtigung nach den §§ 85 und 54. Vor Ablauf der Frist oder Beseitigung des Mangels darf das Endurtheil nicht gesprochen werden, während vor der Zulassung des Vertreters Verschäumnisurtheil statthast war. Die einstweilige Zulassung des zur Proceßführung nicht ermächtigten gesetzlichen Vertreters des Klägers gehört nach dem oben Ausgeführten nicht hierher, ebensowenig wie die vorläufige

Zulassung eines Proceßunfähigen, weil in diesen Fällen auch vor der Zulassung keine Sach-Entscheidung statthaft ist, die Zulassung also nicht den Erlaß eines Versäumnisurtheils, sondern die absolutio ab instantia hinauschiebt.

4. Die f. g. Laudatio auctoris nach § 73, Abs. 1.

Die obige Zusammenstellung geht nicht ein auf die Voraussetzungen der besonderen Proceßarten, sowie der zweit- und drittinstanzlichen Proceße. Es ist leicht zu erkennen, welche von den Proceßvoraussetzungen des ordentlichen erstinstanzlichen Verfahrens sich für jene Prozeduren wiederholen, und über ihre besonderen Voraussetzungen bedarf es nicht des Zusammentragens zerstreuter Gesetzesstellen.

#### IV. Wirkungen der Proceßhindernisse. Berücksichtigung und Beseitigung.

A. Die oben nach einem mehr äußerlichen Eintheilungsgrunde angeordneten Proceßhindernisse zerfallen nach ihren inneren Unterschieden in ganz andere Gruppen. Zunächst sind als besondere Classe diejenigen Mängel hervorzuheben, welche nicht nur kein Proceßrechtsverhältniß, sondern nicht einmal Rechtshängigkeit entstehen lassen. Dies ist der Fall wenn die Klage nicht gültig erhoben ist, sei es nun daß der zugestellte Schriftsatz den zwingenden Vorschriften des §. 230 nicht entspricht oder daß die Zustellung nicht gültig bewirkt ist, oder daß eine Klage zugestellt wird, für die das Gericht den Termin noch nicht anberaumat hat. Ueber die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit behalten wir uns eine besondere Erörterung vor und betrachten hier nur die sonstigen Proceßvoraussetzungen.

I. Ein Theil der als Hindernisse genannten Thatbestände erhält seine proceßrechtliche Bedeutung, wird Hinderniß der Sach-Entscheidung, nur durch den Willen der interessirten Partei, meist des Beklagten, welcher Wille rechtzeitig geltend gemacht werden muß. Die betreffenden Proceßvoraussetzungen sind verzichtbar und verwirkbar, vgl. § 267 und die §§ 38. 39. 43. 73, Abs. 1. 102. 104, Abs. 3. 235, N. 1. 243,

Abf. 4. 247, Abf. 3 der C.P.D.; G.B.G. §§ 103, Abf. 1. 104, Abf. 1. 106. Dem entspricht es, daß diese Thatbestände nur auf Antrag der Partei, die von deren Willen unabhängigen Proceßhindernisse dagegen von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Letzteres ist nur hinsichtlich der Proceßfähigkeitsmängel ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben (§ 54, Abf. 1), folgt aber für diese zweite Kategorie allgemein aus der Pflicht des Gerichts, das Verfahren in Uebereinstimmung mit dem Gesetz zu leiten. Kommt es dieser Pflicht nicht nach, so kann die benachtheiligte Partei durch Rechtsmittel (§§ 501. 527), in einigen Fällen durch Nichtigkeitsklage, die Aufhebung des fehlerhaften Verfahrens bewirken. Von dem Satz, daß in die Prüfung verzichtbarer Proceßvoraussetzungen nur auf Antrag der Partei einzugehen ist, macht §. 465, Abf. 3 eine Ausnahme, indem er den Amtsrichter verpflichtet, den Beklagten vor dessen Verhandlung zur Hauptsache auf die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts aufmerksam zu machen. Das Recht des Gerichts geht nicht weiter als diese seine Pflicht; der Wille des Beklagten entscheidet.

Dagegen ist die Kammer für Handelsfachen befugt, eine vor die Civilkammer gehörige Sache auch ohne und gegen den Willen des Beklagten an die Civilkammer zu verweisen (G.B.G. § 103, Abf. 2), obwohl sie nur auf Antrag des Beklagten hierzu verpflichtet ist<sup>30)</sup>. Sie verwirkt diese Befugniß, wenn sie eine Verhandlung zur Hauptsache zuläßt und einen Beschluß darauf verkündet.

II. Von diesem Gegensatz, ob ein Proceßhinderniß ipso jure oder nur ope exceptionis wirkt, ist der andere unabhängig, ob die richtige Berücksichtigung eines Proceßhindernisses zur Aufhebung der Rechtshängigkeit führt oder nicht. Zur Aufhebung der Rechtshängigkeit kommt es wenn das Gericht nicht im Stande oder nicht berufen ist, das Hinderniß zu beseitigen: bei den Einreden der Unzulässigkeit des Rechtswegs, der Unzuständigkeit, der Rechtshängigkeit und der mangelnden Kostenerstattung für ein früheres Verfahren in derselben Sache.

30) W a c h in dieser Zeitschrift, Bd. 62 S. 403.

Hier hat das die proceßhindernde Einrede anerkennende Urtheil (§ 248) die Instanz zu beendigen. Im Falle der mangelnden Sicherheit für die Proceßkosten hat das Gericht zuerst die Beseitigung des Mangels zu versuchen. Es ordnet die Sicherheitsleistung mit Bestimmung einer Frist an. „Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären, oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen“ (§ 105). Bei Proceßunfähigkeit und mangelnder gesetzlicher Vertretung des Beklagten ist das Gericht verpflichtet den Mangel durch Bestellung eines Vertreters ad hoc zu heben, falls dies beantragt wird, und mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist (§ 55); das Gericht ist berechtigt, bei sonstigen Proceßfähigkeitsmängeln die absolutio ab instantia vor der Hand auszusprechen, die Proceßführung einstweilen zuzulassen, und eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu bestimmen (§ 54 Abs. 2). Ueberhaupt giebt dem Gericht sein Vertagungsrecht (§ 206) die Möglichkeit, Zeit zur Beseitigung eines Mangels zu gewähren.

Nur in den eben besprochenen Fällen, es sind die der „proceßhindernden Einreden“ kennt die R.C.P.O. eine absolutio ab instantia (§ 248). Bei der sachlichen Unzuständigkeit kann das Urtheil zugleich die Verweisung vor ein anderes Gericht enthalten, so daß die Streitfache rechtshängig bleibt. Das bloß sachlich unzuständige Amtsgericht hat auf Antrag des Klägers den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen, (§ 466).

Die Bestimmungen über die Kammern für Handelsfachen geben zu einem die Instanz aufhebenden Urtheil niemals Anlaß. Von einer Einrede der Unzuständigkeit ist hier nicht die Rede, sondern nur von der Verweisung von einer Kammer des Landgerichts an die andre.

III. Die unter I und II beschriebenen Gegensätze durchkreuzen sich, und außerdem bestehen noch andre wesentliche Unterschiede in der Bedeutung der Proceßvoraussetzungen und Hindernisse, die in folgendem Ueberblick hervortreten sollen.

Auszuweisen aus der Classe der Proceßvoraussetzungen waren diejenigen Thatbestände, deren Mangel die Sachentscheidung weder gänzlich noch zeitweilig unzulässig macht. Die Fälle, wo trotz angeblichen Mangels von Proceßvoraussetzungen sofort eine Sachentscheidung ergehen kann, auch wenn wegen ungültiger Proceßführung einer Partei das Urtheil ein Versäumnisurtheil sein muß —, gehören nicht hierher. Ebenso wenig werden wir die Fälle hierherziehen, wo im Interesse der Stoffsammlung Vertagung gewährt, also das Urtheil hinausgeschoben wird. Eigentliche Proceßfehler, in Folge deren das Verfahren nicht Urtheilsgrundlage werden darf, z. B. die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung (§ 513 N. 6), kommen ebensowenig für die Lehre von den Proceßvoraussetzungen in Betracht. Es bleiben uns

1. die Fälle, wo wegen Mängeln der Klage nicht einmal Rechtshängigkeit entstanden ist, also die Sache im Termin gar nicht aufgerufen werden braucht.

2. Die Fälle, wo weder gegen den Beklagten noch gegen den Kläger ein Versäumnisurtheil, noch auch contradictorische Entscheidung statthast ist, wo vielmehr bei nicht beseitigtem Mangel die Instanz aufzuheben ist: Unzulässigkeit des Rechtswegs, unprorogirbare Unzuständigkeit; — Proceßunfähigkeit und mangelnde gesetzliche Vertretung, sofern letztere Mängel schon zur Zeit der Klageerhebung vorliegen, also nicht bloß ein anhängiges Verfahren „unterbrechen“. — Hier ist keine der Parteien durch die Klage gebunden.

Eine ungleiche rechtliche Lage der Parteien zeigen

3. die Fälle, wo wegen nicht ordnungsmäßiger, insbesondere nicht rechtzeitiger Ladung oder nicht rechtzeitiger Mittheilung von Behauptungen und Anträgen mittels Schriftsatzes der Antrag des Klägers auf ein Versäumnisurtheil abzuweisen ist, während er selber auf Antrag des Beklagten contumacirt werden könnte. Die Bestimmungen des § 300 N. 2. 3. kommen was den ersten Termin betrifft lediglich dem Beklagten zu Gute. Sie können das Versäumnisurtheil gegen den Kläger nicht ausschließen, denn um dessen Abweisung in contumaciam zu erlangen braucht der Beklagte gar

nichts Thatsächliches mündlich vorzubringen und sein Antrag auf Abweisung ist so selbstverständlich, daß von einer Nothwendigkeit, denselben vorher rechtzeitig mitzutheilen, nicht die Rede sein kann. Der Kläger weiß auch ohne Klagebeantwortungsschrift, welchen Inhalt ein Versäumnisurtheil gegen ihn haben kann. Den Beklagten darf man nicht einem Versäumnisurtheil aussetzen, wenn ihm nicht genügende Gelegenheit gegeben ist, der gegnerischen Antrag und das thatsächliche Vorbringen kennen zu lernen, was im Fall seines Ausbleibens als zugestanden gelten soll. — In diesen Fällen besteht nicht nur die Rechtshängigkeit, sondern es ist contradictorische Verhandlung und Entscheidung, im Versäumnisfalle Vertagung zulässig, niemals Aufhebung der Instanz auszusprechen.

4. Die Fälle eigentlicher proceßhindernder Einreden: prorogirbare Unzuständigkeit, Rechtshängigkeit, mangelnde Sicherheit für die Proceßkosten, mangelnder Kostenersatz für ein früheres Verfahren in derselben Sache. Hier begründet trotz der Mängel die Klage schon das Proceßrechtsverhältniß. Aber der Beklagte, gegen den das Versäumnisverfahren zulässig ist, vermag, wenn er im Termin erscheint, auf Grund dieser Einreden Losprechung von der Instanz zu erwirken. Der Name von Einreden paßt nur auf diese „proceßhindernden Einreden“, welche nur für den Beklagten bestehen und nur auf seinen Antrag berücksichtigt werden.

Dagegen ist die rechtliche Lage der Parteien wiederum eine gleiche

5. wenn das Verfahren unterbrochen oder ausgesetzt ist oder ruht. Die Thätigkeit des Gerichts hört auf, die Proceßhandlungen einer Partei sind der andere gegenüber ohne rechtliche Wirkung, keine Partei kann durch Versäumnis Nachtheil leiden (§ 226), aber die Rechtshängigkeit dauert fort und jeder Partei steht unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmter Form die Aufnahme des Verfahrens frei.

6. Bei einstweiliger Zulassung eines vollmachtslosen gewillfürten Vertreters oder eines zur Verteidigung nicht ermächtigten gesetzlichen Vertreters (s. o. S. 415) muß mit

dem Urtheil bis zum Ablauf der zur Beseitigung des Mangels gegebenen Frist, bez. bis zu vorher geschehender Beseitigung des Mangels gewartet werden (§ 54). Vor der einstweiligen Zulassung des Vertreters ist ein Versäumnisurtheil gegen den Unvertretenen statthaft. Die Zulassung des Vertreters, obgleich sie das Verfahren im Gange hält, suspendirt doch das Proceßrechtsverhältniß. Denn erst nach der bezeichneten Frist kann wieder sei es auf Grund der Versäumnis, sei es auf Grundlage der nunmehr legitimirten oder rathabirten Proceßführung die Sache entschieden werden.

7. Ebenso wird durch Urheberbenennung (§ 73. Abs. 1) der Proceß gehindert. Der Beklagte darf die Verhandlung zur Hauptsache weigern, ist also vor Verurtheilung gesichert, bis der Benannte sich erklärt hat oder der hierzu bestimmte Termin verstrichen ist. Die Urheberbenennung ist jedoch wie die unter 4. genannten Einreden ein nur dem Beklagten dienendes Vertheidigungsmittel.

8. Die Fälle der Unfähigkeit oder berechtigter Ablehnung eines Richters gehören hierher, sofern man das Proceßrechtsverhältniß als ein dreiseitiges, und nicht das Gericht, sondern den individuellen Richter als das dritte Proceßsubjekt denkt. Die Rechtshängigkeit der Sache beim Gericht und die gegenseitige Gebundenheit der Parteien bestehen, ohne Rücksicht auf die gegenwärtig das Gericht darstellenden Personen. Die Mängel in der Person des Richters erscheinen in dieser Hinsicht nur als Umstände, die möglicher Weise zu einer Verzögerung Anlaß geben oder das Verfahren nichtig machen, hindern aber ebensowenig wie die entsprechenden Mängel des Gerichtsschreibers die Entstehung jener beiden Rechtsverhältnisse. Dafür daß ein individueller Richter in einer bestimmten Sache urtheilen dürfe, ist außer seiner „Fähigkeit“ und „Unbefangenheit“ noch Voraussetzung, daß er der maßgebenden mündlichen Verhandlung beigewohnt habe (§ 280).

B. Die Berücksichtigung eines Proceßhindernisses, also die Untersuchung, ob es vorliege, die Entscheidung und im Bejahungsfalle die Verwirklichung der ihm gesetzlich zukommenden Folge, kann die Gestalt eines besondern Vor- oder

Zwischenverfahrens annehmen, kann sich ungesondert im Hauptverfahren vollziehen, ja, als völlig interner Akt des Gerichts verlaufen, letzteres z. B. wenn ein Richter wegen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes durch einen andern ersetzt wird, ohne daß die Parteien von alledem etwas erfahren. Folgende Vorschriften sind hier zu erwähnen:

1. Wenn ein Richter als gesetzlich ausgeschlossen oder wegen Besorgniß der Befangenheit von einer Partei abgelehnt wird, bedarf es eines „Beschlusses“ des Proceßgerichts, oder wenn dasselbe durch die Ablehnung beschlußunfähig würde, des zunächst übergeordneten Gerichts. Es wird in diesem Falle ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Proceßvoraussetzung nothwendig, bestehend in dem Ablehnungsgesuch, der Glaubhaftmachung des Ablehnungsgrundes, der dienstlichen Äußerung des Abgelehnten, der Entscheidung und eventuell dem Rechtsmittel; denn gegen den Beschluß durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird das Gesuch als begründet anerkannt, so hat der Entscheidung noch die Ersetzung des abgelehnten Richters zu folgen. Wenn ein Amtsrichter das gegen ihn gestellte Ablehnungsgesuch für begründet hält, bedarf es keiner Entscheidung (§§ 44—46).

2. Wenn der Beklagte „proceßhindernde Einreden“ vorbringt, (§ 247 N. 1—6) und auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder das Gericht deren abgeforderte Verhandlung anordnet, ist über sie besonders zu verhandeln und durch „Urtheil“ zu entscheiden. Auch hier ist im Fall der Verwerfung der Rechtsmittelweg eröffnet, und zwar ist das verwerfende Urtheil in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen (§ 248).

C. Es wurde schon erwähnt, wie das Gericht, welches einen Proceßmangel erkennt, in manchen Fällen verpflichtet ist, ihn zu beseitigen, in andern Fällen eine Zeit lang auf seine Beseitigung warten und diese veranlassen soll oder darf. Das Gericht kann aber auch unbewußt dadurch einen Mangel beseitigen, daß es ihn verkennt, und daß diese irrige Entscheidung rechtskräftig wird. Die Rechtskraft ersetzt die fehlende

Proceßvoraussetzung ebenso, wie die Rechtskraft einer Verurtheilung den thatsächlich nie vorhanden gewesenen Klaggrund. Eine solche für den Proceß constitutive Rechtskraft ist nur denkbar in den eben unter B besprochenen Fällen, wo sie durch Versäumniß oder fruchtlosen Gebrauch der Rechtsmittel entsteht. Wenn dagegen z. B. ohne Ablehnungsgesuch dem Gericht Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei, so kommt der verneinenden Entscheidung keine Rechtskraft zu. Zwar ist sie durch Rechtsmittel nicht anfechtbar, denn Berufung findet nur gegen „Urtheile“ und Beschwerde nur gegen Zurückweisung von Gesuchen (und in besonders hervorgehobenen Fällen) statt, aber die Entscheidung ist, weil kein „Urtheil“, für das Gericht selbst nicht bindend und muß von Amtswegen abgeändert werden, wenn das Gericht seinen Irrthum nachträglich erkennt. Daß dagegen die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs, obwohl auch kein „Urtheil“, dennoch wahre Rechtskraft erlangen kann, schließen wir nicht allein aus der Zulassung eines Rechtsmittels gegen diesen Beschluß, sondern vor allem daraus, daß die Nichtigkeitsklage wegen Mitwirkung eines gesetzlich ausgeschlossenen oder der Befangenheit verdächtigen Richters dann nicht zulässig ist, wenn ein diesbezügliches Ablehnungsgesuch verworfen worden war, wohl aber stattfindet, wenn das Gericht (bezw. das ihm übergeordnete Gericht), ex officio auf die Prüfung eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes eingehend, dessen Vorhandensein verneinte, vgl. § 542 N. 2. 3.

Außer der vom Gericht veranlaßten oder von ihm selbst bewirkten Beseitigung von Proceßmängeln ist noch die Beseitigung durch freiwillige Parteihandlung oder Zufall denkbar. So kann in mannigfacher Weise die Zuständigkeit des Gerichts noch begründet werden, bevor der Beklagte auf Grund der anfänglichen Unzuständigkeit die absolutio ab instantia erwirkt hat. Der Kläger kann eine schon anderweit erhobene Klage zurückziehen, die geschuldeten Kosten eines früheren Verfahrens erstatten, von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung durch Erwerbung der Zuländerqualität frei werden u. s. w. Andre Proceßhindernisse wirken an sich nur verzö-

gernd, wie Unterbrechung, Aussetzung u. s. w. Von Beseitigung eines Proceßhindernisses durch Verzicht oder Verwirkung möchten wir nicht sprechen, wo der betreffende Umstand erst durch den Willen der Partei zum Proceßhinderniß geworden wäre, und ein solcher Wille noch nicht erklärt war.

D. Ist ein Proceßmangel auf keinem der bezeichneten Wege beseitigt worden, und erläßt das Gericht dennoch ein Urtheil in der Sache, so unterliegen Urtheil und Verfahren der Aufhebung mittels Berufung<sup>31)</sup> (Revision<sup>32)</sup> und in den Fällen des § 542 auch der Nichtigkeitsklage. Die Auslegung der N. 4 dieses § ergibt sich aus dem oben Ausgeführten. Es ist nicht anzunehmen, daß eine Partei Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen kann, weil sie die Bestellung eines Anwalts ganz versäumt hatte, also „nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war“; sondern nur der Mangel einer gesetzlichen Vertretung bei Proceßunfähigen und der Mangel der Ermächtigung eines gesetzlichen Vertreters zur Klage kann hier schlechthin gemeint sein, der Mangel eines Anwalts aber nur, sofern er nach § 221 Unterbrechungsgrund war, und gegen die Bestimmung desselben §, Abs. 2 ohne Ladung und Auforderung der Partei zur Bestellung eines neuen Anwalts ein Verfümmnißurtheil ergangen ist.

---

### Nachtrag.

Wach's „Vorträge über die Reichs-Civilproceßordnung“ berühren mehrfach die Lehre von den Proceßvoraussetzungen und lassen uns darum noch einige Bemerkungen zur Ergänzung der vorstehenden Ausführungen wünschenswerth erscheinen.

#### 1. Vertretung der Parteien nach den Gesetzen.

Der Anwaltszwang schafft unseres Erachtens keine

---

31) § 501.

32) §§ 513. 527, Abs. 2.

Proceßvoraussetzung. Die Gründe hiefür giebt Wach selbst, S. 61, an. Gleichwohl ist er anderer Meinung, weil ihm der Anwaltszwang bedeutet, „daß die Partei nichts anders als durch oder doch mit dem Berufsanwalt handeln kann“. „Sie ist im Termin nicht gegenwärtig, wenn sie ohne Anwalt erscheint, sie handelt nicht, wenn der Anwalt nicht handelt. Davon können die vorbereitenden Schriftsätze keine Ausnahme machen. Die Klageschrift ist processualische Handlung. Sie existirt weder für das Gericht noch für den Beklagten, wenn sie im Anwaltsproceß lediglich als Handlung der Partei erscheint. Wie auf sie hin eine Terminsanberaumung nicht erfolgen sollte, so kann wenn sie erfolgt ist, auf sie hin kein Versäumnißverfahren eintreten. Weder kann der erscheinende Beklagte das Versäumnißurtheil des § 295, noch der erscheinende klägerische Anwalt das Versäumnißurtheil des § 296 beantragen. Erscheinen freilich beide Theile angemessen vertreten, so würde das Rügen des Mangels der Anwaltsunterschrift gemäß § 267 nicht zugelassen werden können. Es wäre contra bonam fidem. Die Thatsache, daß der Anwalt die Klage nunmehr vorträgt und daß auf sie wie auf eine ordnungsmäßige Klage reagirt ist, löscht jedes materielle Interesse an der Rüge des Formfehlers aus. Es wäre denn auch nicht abzusehen, welche Folge an ihn geknüpft werden sollte. Weder die Abweisung wäre angebracht, noch die Vertagung begründet.“

Die letztere Milderung der von Wach vertretenen Ansicht erscheint uns vom Standpunkte dieser Ansicht aus unannehmbar, weil der Beklagte, der sich nicht auf richtige Officialthätigkeit des Gerichts in seiner Abwesenheit verlassen will, die Möglichkeit haben muß zur Rüge des Mangels durch seinen Anwalt aufzutreten, umso mehr wenn das Gericht schon den Mangel der Anwaltsunterschrift auf der Klage unbeachtet gelassen hat, also Gefahr vorliegt, daß es auch dem Anwalt, der in der mündlichen Verhandlung für den Kläger auftritt, ein Versäumnißurtheil gegen den ausbleibenden Beklagten gewähre. Tritt der Anwalt des Beklagten auf, um den Man-

gel der Anwaltsunterschrift auf der Klage zu rügen, so kann der Mangel doch nicht als nach § 267 geheilt gelten.

Aber wo spricht denn das Gesetz dem Anwaltszwang jene Bedeutung zu, auf Grund deren die §§ 121 R. 6, 230, 479, 480, 515, 516, 550, 551 für „inforrekt gefaßt“ erklärt werden müssen, da § 121 die Unterschrift des Anwalts nur instructionell fordert, und die andern §§ sie nicht unter den (erschöpfend aufgezählten) wesentlichen Bestandtheilen der Klage, Berufungsschrift, u. s. w. nennen? „Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Proceßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen“ (§ 74). Wortsin und Grund dieser Bestimmung gestatten uns, sie bloß auf das Handeln vor dem Gericht, nicht aber auch auf den außergerichtlichen, durch Privatzustellung an den Beklagten erfolgenden Akt der Klagenerhebung zu beziehen. Die Nothwendigkeit vor dem Gerichte durch einen Anwalt oder mit ihm zu handeln, wird die natürliche Folge haben, daß auch schon die Klage ein Werk des Anwalts und von ihm unterschrieben ist; aber ein Beweisgrund gegen die unzweideutigen §§ 121 R. 6, 230 u. s. w. kann aus § 74 nicht entnommen werden.

Wir bleiben darum bei der Ansicht, daß auch die landgerichtliche Klage ohne Anwalt erhoben werden könne und gegen den Kläger, der im Termin zur mündlichen Verhandlung noch keinen Anwalt bestellt hat, Versäumnisurtheil zulässig sei.

## 2. *Laudatio auctoris.*

Ohne in das Wesen dieses Instituts tiefer eindringen zu wollen, constatiren wir hier nur, daß Wach die Entlassung aus dem Streit nach § 73 Abs. 4 als absolutio ab instantia, völliges Ausscheiden des beklagten Detentor aus dem Proceß, auffaßt, (a. a. S. 82\*). Denn das den Detentor von der Klage entbindende Urtheil sei keine Abweisung des Klägers,

---

\*) Sollen auch die Einrede der Rechtshängigkeit und sonstige Wirkungen der letzteren bezüglich des Detentors aufhören?

es enthalte vielmehr den Ausdruck, daß der Detentor nicht verpflichtet sei die Beklagtenrolle zu übernehmen. „Das besorgt der dominus und zwar besorgt er es als die alleinige Partei.“ „Der Umstand, daß das Urtheil auch gegen den Detentor wirkt, erhält ihn so wenig in der Parteirolle, in die er wegen wirksamer Verweigerung der Einlassung in der That nie eingetreten ist —, als dieser Umstand den Singularsuccessor in die erhobene actio oder res litigiosa (§ 236, 237) um deswillen zur Partei macht, weil das Urtheil gegen ihn „wirksam und vollstreckbar“ ist.“

Unseres Erachtens ist der Detentor vor der Streitentlassung darum wirklich Proceßsubjekt, weil er nur durch seine Thätigkeit, Streitverkündung oder Selbstvertheidigung einer Verurtheilung entgehen kann. Die Entbindung von der Klage kann er ja auch nicht einmal schlechthin fordern, sondern sie ist nur zulässig, wenn der Benannte rechtzeitig die Behauptung des Beklagten als richtig anerkennt und freiwillig den Proceß übernimmt. Die Entbindung von der Klage ist zwar weder Aberkennung des Anspruchs noch Verurtheilung des Beklagten, gleichwohl aber eine auf die Streitsache bezügliche Entscheidung. Da sich auf sie die Wirksamkeit des den Benannten verurtheilenden Erkenntnisses gegen den Detentor gründet, kann man geradezu eine bedingte Verurtheilung des letzteren darin finden. Die „Entbindung“ von der Klage bindet den Beklagten an die Proceßführung des Benannten.

### 3. Heilung von Proceßmängeln durch Rechtskraft.

Wach spricht dem in § 248 genannten Zwischenurtheil die Fähigkeit zur Rechtskraft ab (a. a. O. S. 110. 111). Obwohl er auf S. 101 die Rechtskraft als „die Unabänderlichkeit der Dekrets für den dekretirenden und jeden anderen Richter, die bindende Kraft für die beteiligten Proceßsubjekte“, definirt, scheint uns doch nicht, daß diese Eigenschaft dem Zwischenurtheil des § 248 abgesprochen werden soll. Vielmehr will Wach wohl nur denselben Gedanken für das neue Recht aussprechen, der sich für den früheren gemeinen

Proceß bei Wegell (3. Auflage S. 663 \*) ausgeführt findet: daß solche Zwischenurtheile ihres Inhalts wegen nur der formellen Rechtskraft fähig sind. Materielle Rechtskraft soll nur als Anerkennung oder Verneinung des privatrechtlichen Anspruchs oder als „Feststellung“ nach § 231 denkbar sein.

Es ist aber nothwendig, privatrechtliche und proceßrechtliche Entscheidungen und sowohl bei diesen als bei jenen formelle und materielle Rechtskraft zu unterscheiden. Daß das Urtheil, welches das Vorhandensein einer bestrittenen Proceßvoraussetzung bejaht, der formellen Rechtskraft fähig ist, kann nicht bezweifelt werden. Es liegt schon darin ausgesprochen, daß dieses Urtheil hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist. In § 473 ist es als selbstverständlich unausgesprochen gelassen, daß das Zwischenurtheil, welches schon der Berufung unterlegen hat und, sei es bestätigt, sei es während der Rechtsmittelfrist nicht angefochten, oder durch Verzicht auf die Berufung bekräftigt worden ist, das dieses nicht nochmals mit dem Endurtheil der Berufung unterliege. Die Gesetze erwähnen rechtskräftige Urtheile, auch Zwischenurtheile, über Proceßvoraussetzungen, z. B. G.B.G. § 17 N. 4 C.P.D. § 36 N. 5. 6. \*\*)

Die materielle Rechtskraft der über eine Proceßvoraussetzung abgegebenen Entscheidung ist ganz entsprechend der

\*) „Somit hat sich der Satz — bestätigt —, daß aber allerdings solche unwiderrufliche Verfügungen auf erhobene Beschwerde vom oberen Richter zurückgezogen oder abgeändert werden können. Nun giebt es aber Umstände, welche die Appellation ausschließen, und der Eintritt solcher Umstände bewirkt daher, daß die bereits unwiderrufliche Entscheidung auch unanfechtbar wird oder, wie man dies ausdrückt, in Rechtskraft (Rechtskraft im formellen Sinne) übergeht. — Rechtskräftige Urtheile erlebigen entweder die Instanz oder bilden für das weitere Verfahren eine feste auch den Obergerichten bindende Grundlage.“

\*\*) § 293 will nur eine bekannte Kontroverse entscheiden, spricht also bloß von privatrechtlichen, nicht von proceßrechtlichen Judicaten. Auf die letzteren ist er aber analog anzuwenden. Beispiel: Ein Landgericht bejaht die Einrede der Unzuständigkeit, weil der Anspruch nicht über 300 Mark betrage. Wird diese absolutio ab instantia rechtskräftig, so wird es doch nicht der Entscheidungsgrund.

materiellen Rechtskraft des Urtheils über die Streitsache. Der Kläger, der als proceßunfähig zurückgewiesen wird, kann nur dann von neuem Klage erheben, wenn er seit dieser Entscheidung die Proceßfähigkeit erlangt oder einen Vertreter bekommen hat. Sonst wird durch Verweisung auf das rechtskräftige Urtheil jeder erneuten Verhandlung über die schon entschiedene Frage vorgebeugt. Ist umgekehrt die Proceßfähigkeit einer Partei rechtskräftig bejaht worden, so ist dies Urtheil nicht nur für die höheren Instanzen bindend, sondern es kann auch nicht die Nichtigkeitsklage des § 542 N. 4 erhoben werden. Auch diese wäre auf jenes Zwischenurtheil hin abzuweisen. Denn das Gericht ist an sein eigenes Urtheil nach § 289 gebunden. Eine nach diesem Zwischenurtheil eingetretene Proceßunfähigkeit begründet natürlich die Nichtigkeitsklage.

So hat das für den dekretirenden und jeden andern Richter unabänderliche Urtheil, welches das Dasein einer Proceßvoraussetzung bejaht, dieselbe constitutive, surrogirende Wirkung, wie die judicatsmäßige Feststellung privatrechtlicher Ansprüche, mit einem Worte: materielle Rechtskraft.

---