Werk

Titel: Ueber Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft

Autor: Schwalbach, Th.

Ort: Freiburg i/B. ; Tübingen

Jahr: 1881

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1881_0014|log20

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

256

VI.

Ueber Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft.

Von

Herrn Dr. **Th. Schwalbach**,
Privatdocent an der Universität Leipzig.

I. Die Rechtshängigkeit.

Wer mit Bülow der Ueberzeugung ist, daß nach dem heutigen Rechte das Proceßrechtsverhältniß einseitig durch den Kläger begründet werde, hat den Vorwurf zu gewärtigen, daß er die bloße Rechtshängigkeit schon für das Proceßrechtsverhältniß ansehe. Ich glaube zwar, mich gegen diesen Vorwurf hinlänglich geschützt zu haben [1]), halte aber eine eingehendere Besprechung des Rechtshängigkeitsbegriffs für wünschenswerth. Es gilt nicht allein, die bloße Rechtshängigkeit zu dem Proceßrechtsverhältniß in Gegensatz zu stellen, sondern es fragt sich auch, ob und wie „die Rechtshängigkeit an sich" von den sogenannten Wirkungen der Rechtshängigkeit zu unterscheiden sei [2]). Mit dieser Erörterung sollen Bemerkungen über Ent-

1) Meine Proceßvoraussetzungen im Reichscivilproceß, Bd. 63 dieser Zeitschrift, S. 399 ff. 420.

2) Gleich zum voraus möchte ich zeigen, daß mir nicht um müßige Wortspielerei zu thun ist: Nach C.P.O. §. 633 treten mit der Zustellung des Zahlungsbefehls die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein. Goldenring (das Mahnverfahren, in Buschs Zeitschrift für deutschen Civilproceß I.) versteht dies dahin, daß der betreffende Anspruch rechtshängig werde (S. 477); daraus würde unter anderem die Zulässig-

stehung und Untergang der Rechtshängigkeit, über ihre Wirkungen, insbesondere die daraus erwachsende Einrede, verbunden werden.

1. Die proceßbegründende Klageerhebung und die Bedeutung der Einlassung.

Wenn Bülow die proceßbegründende Thätigkeit in der Erhebung der Klage, nicht auch in der Einlassung des Beklagten findet, so kann damit nicht gemeint sein, daß diese einseitige Thätigkeit an sich und immer das Proceßrechtsverhältniß ins Leben rufe, — sondern die einseitige, wie die zwei-(oder drei-)seitige Thätigkeit kann solche Wirkung nur haben, wenn die Proceßvoraussetzungen vorliegen. Fehlt es daran, so wird bloß Rechtshängigkeit erzeugt.

Zunächst müssen wir dem Einwande begegnen, daß, auch wenn die Proceßvoraussetzungen gegeben sind, erst die (freiwillige oder erzwungene) Einlassung des Beklagten das Proceßrechtsverhältniß herstelle. Wach [3]) hat auf „zwei bedeutsame Gruppen von Streitfällen" hingewiesen, „in welchen die Klageerhebung allein nicht den Proceß wirkt: die Fälle, in denen eine verzichtbare proceßhindernde Einrede aufgegeben und freiwillig der Streit übernommen wird, und die andern, in denen ein richterliches Dekret die Ablehnung des Processes verwirft." So lange über proceßhindernde Einreden verhandelt wird, findet nach Wach nur contentio de ordinando judicio statt; die ordinatio judicii vollzieht sich erst durch das Fallenlassen der verzichtbaren proceßhindernden Einreden oder durch das die Proceßablehnung verwerfende Zwischenurtheil.

Die Frage nach dem Bestehen des Proceßrechtsverhält-

---

keit einer Haupt- oder Nebenintervention im Mahnverfahren folgen (S. 464), ein Ergebniß, das nicht allein mir befremdlich scheinen wird.

3) Präklusion und Kontumaz, Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht VII. S. 135 f. — Auf die allgemeineren Gründe für Bülow gegen Wach gehe ich nicht von neuem ein (s. meine angef. Abhandlung S. 394 ff.), doch möchte ich hier zeigen, wie die besonderen proceßrechtlichen Erscheinungen, die gegen Bülow ins Feld geführt werden, sich mit dessen Auffassung sehr wohl vertragen.

nisses ist für mich gleichbedeutend mit der Frage, ob die processualen Handlungen und Unterlassungen der Parteien rechtserheblichen Stoff zur Entscheidung des eingeklagten Anspruchs liefern. Deßhalb muß ich überall, wo das Gesetz gegen die ausbleibende Partei ein Versäumnißurtheil in der Sache selbst gestattet, das Proceßrechtsverhältniß als vorhanden annehmen. Also auch, wenn dem Beklagten verzichtbare proceßhindernde Einreden zustehen [4]). Der Beklagte, der sie vorschützt, zerstört

4) Betreffs der proceßhindernden Einreden in N. 3—5 des §. 247 C.P.O., betreffs des Rechts zur Ablehnung des befangenen Richters und des Rechts zur Urheberbenennung dürfte unzweifelhaft sein, daß ihr Bestehen den säumigen Beklagten nicht schützt. Betreffs der verzichtbaren Unzuständigkeit ist auf die Ausführungen Wachs und Fittings (in dieser Zeitschrift Bd. 62 S. 373 ff. Bd. 63 S. 223 ff.) und jetzt besonders auf Wachs Abhandlung: „Der gewillkürte Gerichtsstand" (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Rassow und Küntzel XXIV. S. 703 ff.) zu verweisen. An letzterer Stelle wird der Satz, daß bei prorogirbarer Unzuständigkeit der ausbleibende Beklagte zu verurtheilen ist, aufs glänzendste und gerade vom Standpunkt der Gesetzesauslegung vertheidigt. Doch lehnt Wach (S. 728) den von Fitting gezogenen Schluß ab, daß in den Fällen prorogirbarer „Unzuständigkeit" das Gericht als an sich zuständig anzusehen sei. Der aus G.V.G. §. 103 entnommenen Einwand gegen Fitting ist aber nicht schlagend. Die Kammer für Handelssachen kann nicht deßhalb als unzuständig für eine Nicht-Handelssache gelten, weil sie befugt ist, dieselbe an die Civilkammer zu verweisen. Daß die Fitting'sche Auffassung auf den Strafproceß nicht anwendbar ist, spricht nicht gegen ihre Richtigkeit für den Civilproceß, vielmehr erhält die der Sache nach bestehende Verschiedenheit durch Fittings Formulirnng einen geeigneten Ausdruck. Wach selbst leitet die im Versäumnißfalle eintretende Prorogation aus der auch dem unzuständigen Gerichte beiwohnenden Zwangsgewalt ab, kraft deren es (in prorogirbaren Sachen) den Beklagten zur Erklärung auf die Klage nöthigen könne (S. 729 f.). Aber wenn nur das zuständige Gericht den Einlassungszwang in der Sache selbst ausüben kann, (insbesondere durch die poena confessi), wenn andrerseits in den fraglichen Fällen das Gericht erst durch die Versäumung des Beklagten zuständig wird, — wie kann dann schon das erste Ausbleiben des letzteren nicht blos die Zuständigkeit, sondern sogleich auch die poena confessi herstellen, als wäre er von einem bereits zuständigen Gerichte geladen? Wachs Construktion würde trefflich auf diejenigen altfranzösischen Rechtsquellen passen, nach denen der Beklagte durch das erste défaut bloß die déclinatoires, durch das zweite die dilatoires verwirkt u. s. w. Für die von Wach vertre-

dadurch das Proceßrechtsverhältniß, das schon bestanden hat, das im Versäumnißfalle seine Macht gezeigt haben würde [5]). Er erneuert es, wenn er die Einreden aufgiebt und zur Hauptsache verhandelt. Ob die Proceßvoraussetzungen vorliegen und darum die Klageerhebung das Proceßrechtsverhältniß erzeugt hat, ob vorgeschützte verzichtbare Proceßeinreden begründet sind, also das etwa entstandene Proceßrechtsverhältniß wieder aufgehoben ist, — beides kann subjektiv ungewiß sein. Der Streit darüber ist eine contentio: an judicium ordinatum sit necne? Die richtige Entscheidung spricht dann aus, daß das Proceßrechtsverhältniß besteht oder nicht besteht; die unrichtige Entscheidung vernichtet ein vorhandenes oder schafft ein bisher nicht vorhandenes Proceßrechtsverhältniß.

So läßt sich auch von unserem Standpunkte aus erklären, „wie in sehr vielen Fällen die Klageerhebung kein judicium im Gefolge hat", wie in andern Fällen das richterliche Dekret den Proceß begründet. Ich möchte noch auf eine dritte Gruppe von Fällen aufmerksam machen. Auch abgesehen von dem Fallenlassen verzichtbarer Proceßeinreden und von der constitutiven Rechtskraft eines irrigen Zwischenurtheils, welches das nicht entstandene Proceßrechtsverhältniß als entstanden hinstellt, kommt es vor, daß die Klageerhebung nicht allein, sondern erst in Verbindung mit einem späteren Ereigniß den Proceß zu Stande bringt: so wenn der proceßunfähige Kläger zur vorläufigen Proceßführung zugelassen wird und dann sein gesetzlicher Stellvertreter in den Proceß eintritt; wenn erst nach der Klageerhebung, aber vor der mündlichen Verhandlung das Gericht zuständig wird; wenn ein gesetzlich ausgeschlossener Richter für seine Ersetzung durch einen einwurfs-

tene Auslegung der C.P.O. ist dagegen Fittings Construction nicht nur einfacher, sondern m. E. allein möglich.

5) In meinen „Proceßvoraussetzungen" (S. 412 ff.) hätte darum das Erheben verzichtbarer proceßhindernder Einreden, ferner die Ablehnung eines befangenen Richters, neben die Aussetzung des Verfahrens und die laudatio auctoris, zu denjenigen Proceßhindernissen gestellt werden sollen, die erst nach der Klageerhebung eintreten können. Es durfte nicht das Bestehen der betreffenden Einredegründe, die von selbst gar nicht wirken, als Proceßhinderniß angesehen werden.

freien Richter sorgt; — überhaupt, wenn die Klageerhebung dadurch convalescirt, daß Proceßvoraussetzungen ergänzt, Proceßhindernisse gehoben werden.

Für die von ihm aufrechterhaltene Bedeutung der Einlassung als der die Proceßbegründung vollendenden Handlung findet Wach [6]) einen Beweis darin, daß alle processualen Wirkungen der Klageerhebung nur bestehen unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß es zur Einlassung komme. Denn das Gesetz lasse alle und auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Klageerhebung ex tunc wieder wegfallen, wenn die Klage zurückgenommen werde. Gleiches müsse gelten, wenn der Beklagte mit proceßhindernden Einreden durchdringe. Hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirkungen kann ich nicht völlig zustimmen (s. u. S. 265 ff.); aber diese Deutung des Gesetzes selbst zugegeben, was beweist sie für das Wesen der Einlassung? Alle processualen Wirkungen der Klageerhebung und wenigstens diejenigen materiellen Wirkungen, welche als „Sicherung der Verurtheilung und ihres Umfangs" (Savigny), „Steigerung des klägerischen Anspruchs" (Windscheid) zusammenzufassen sind, — sie gelten nur für den betreffenden Proceß, sie fallen ex tunc auch in dem Falle weg, wenn nach der Einlassung der Proceß ohne Sachentscheidung endet. Gesichert ist das Ergebniß dieser Wirkungen erst in der rechtskräftigen Verurtheilung des Beklagten; durch die Einlassung werden sie nicht befestigt. Auch nach der Einlassung verschwinden sie spurlos, wenn die Klage (mit Einwilligung des Beklagten) zurückgenommen oder nach C.P.O. § 105 vom Gericht für zurückgenommen erklärt wird [7]). Diese Wirkungen treten also im Hinblick auf die zu erwartende Sachentscheidung, nicht im Hinblick auf die Einlassung ein [8]).

6) Grünhuts Zeitschrift VII. S. 141.

7) Im Laufe des Rechtsstreits kann der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verlieren; es kann die Voraussetzung, unter welcher der ausländische Kläger von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfallen; die geleistete Sicherheit kann sich als nicht hinreichend erweisen (§§. 103—104).

8) Sie würden ferner durch Erlöschen oder Verjährung des Processes ex tunc verschwinden, wenn diese Art der Proceßbeendigung in unserem Rechte vorkäme. — Nach classischem römischen Recht war die

Auch wenn der Proceß vor der Einlassung liegen bleibt, dauern sie solange, bis der Proceß durch Zurücknahme der Klage seine rechtliche Beendigung gefunden hat[9]).

Eine Wirkung ist es, welche die Einlassung in jedem Processe ausübt, welche der Einlassung ihrem Wesen nach zukommt: sie schließt die einseitige Zurücknahme der Klage aus. In besonderen Fällen begründet sie den Gerichtsstand der Widerklage[10]). Es ist nicht die Einlassung als solche, welche die Haftung des liti se offerens begründet, sondern das liti se offerre, welches in Wirklichkeit meistens, wenn nicht immer, schon in dem die Klageerhebung veranlassenden täuschenden Verhalten des Beklagten liegen wird[11]). Sollte ohne

„processuale Consumtion" eine unbedingte, unaufhebbare Wirkung der Litiscontestation, während die Befestigung der actiones temporales, vindictam spirantes, die Unschädlichmachung der usucapio u. s. w. nur für den contestirten Proceß galten und durch Erlöschen desselben verloren gingen. Jene Art der Consumtion ist nicht mehr rechtens; die Einrede der Rechtshängigkeit dauert selbstverständlich nur so lange wie der betreffende Proceß. Alle diese bloß für den begonnenen Proceß geltenden Wirkungen des Streitbeginns treten heute mit der Klageerhebung ein und können auch nach der Einlassung ex tunc fortfallen.

9) Hinsichtlich der Einrede der Rechtshängigkeit s. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts VIII. S. 417.

10) Wach a. a. O. S. 137. Weismann die Entwickelung der Principalintervention in Italien, Note 162, 163a, (Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abtheilung I. S. 240) vertritt die Ansicht, daß auch die Principalintervention erst nach der Einlassung des Beklagten zulässig sei. Dies werde allgemein übersehen. Ich glaube, daß viele, wie ich selbst, Anstoß daran genommen haben, daß § 61 C.P.O. nur einen anhängigen Rechtsstreit voraussetzt, ohne daß wir wagen, in das Wort „anhängig" einen dem Gesetz fremden Sinn hineinzulegen. Einen Anhaltspunkt für Weismanns Auslegung des § 61 würde allenfalls das Wort „Rechtsstreit" geben, (vgl. Drechsler in dieser Zeitschrift Bd. 62 S. 416 f. 418), da derjenige Streit, in welchem man interveniren will, erst mit der Einlassung beginnt.

11) Bei der heutigen (wie schon bei der spätrömischen) Einrichtung des Processes könnte nur ein ganz unvernünftiger Kläger jemand auf Herausgabe einer Sache verklagen, ohne ihn vorher dazu aufzufordern oder sich wenigstens zu erkundigen, ob der zu Belangende die Sache innehat. Schon Gajus sagt: requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desierit possidere (l. 36 pr. de R.

vorheriges liti se offerre des Beklagten gegen ihn geklagt worden sein, so wird dasselbe in dem vorbereitenden Schriftsatz des Beklagten stattfinden können: wenn er hier die Besitzfrage nicht verneint, bestärkt er den Kläger in seinem Irrthum, hält ihn von der Zurücknahme der Klage ab. In dieser schriftlichen Klagebeantwortung würde auch das discedere desjenigen stattfinden können, der die Klage auf sich leitete: ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, quum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, qui discessit (l. 25 de R. V. 6. 1). Freilich muß dieser Satz der l. 25 heute durchaus unbillig erscheinen, da schon die Klageerhebung, zu welcher der Beklagte Anlaß gegeben hat, dem Kläger Zeit, Mühe und Geld kostete. In der mündlichen Verhandlung ist jede Aeußerung des Beklagten über den ihm zugeschriebenen Besitz ein Verhandeln zur Hauptsache (ein, das discedere ausschließendes, judicium accipere), im Bejahungsfalle Geständniß einer Klagthatsache und als solches bindend.

Die der Einlassung als solcher stets zukommende Wirkung, daß sie die Zurücknahme der Klage von der Einwilligung des Beklagten abhängig macht, bezieht sich zunächst auf die Rechtshängigkeit und nur mittelbar auf das Proceßrechtsverhältniß. Auch wenn die Klage bei einem unbedingt unzuständigen Gerichte oder von einem Proceßunfähigen erhoben ist, verschließt die Einlassung nach § 243, Abs. 1 dem Kläger die einseitige Zurücknahme, so daß das Proceßrechtsverhältniß noch zu Stande kommt, falls das Proceßhinderniß gehoben wird, bevor eine Zurückweisung der Klage seitens des Gerichts stattgefunden hat. Man denke an den Fall, daß der proceßunfähige Kläger vorläufig zugelassen wird, der Beklagte ohne Vorbehalt zur Hauptsache verhandelt, und der später eintretende gesetzliche Vertreter die Klage zurücknehmen will. Nach § 243 kann er es nicht gegen den Willen des Beklag-

V. 6. 1). Wenn nun jemand böswillig den Kläger vom richtigen Beklagten ab- und auf sich lenkte, haste er schlechtweg (omnimodo), auch wenn er vor der litis contestatio die Sachlage aufklärte (l. 27 pr. eod. verglichen mit l. 25. 26).

ten. So ist die Rechtshängigkeit durch die Einlassung befestigt, noch bevor durch Ergänzung der fehlenden Proceßvoraussetzung die Klageerhebung (als Proceßbegründung) convalescirt.

Wenn aber zur Zeit der Klageerhebung die Proceßvoraussetzungen gegeben sind, dann ist auch der Kläger schon vor der Einlassung durch das Proceßrechtsverhältniß gebunden, dem sachlichen Versäumnißurtheil ausgesetzt, nur daß er die einseitig begründete Gebundenheit durch einen rechtzeitigen actus contrarius von bestimmter Form wieder aufheben kann; er ist also ungefähr ebensosehr und ebensowenig gebunden, wie der Beklagte, dem verzichtbare proceßhindernde Einreden zustehen [12]).

Die Einlassung wirkt nur dann zur Proceßbegründung mit, wenn verzichtbare proceßhindernde Einreden, die dem Beklagten wirklich zustehen, von ihm erhoben worden sind und später von ihm aufgegeben werden. Hier wird das vom Beklagten hergestellte Proceßhinderniß von ihm wieder beseitigt, und das Proceßrechtsverhältniß gelangt wieder zur Wirksamkeit, wie auch sonst aus der bloßen Rechtshängigkeit das Proceßrechtsverhältniß erwächst, wenn Proceßmängel durch irgendwelches Ereigniß gehoben werden. Ob nach vorgeschützter Ein-

12) Ungefähr, denn während der Beklagte im Termin erscheinen muß, um sich durch verzichtbare proceßhindernde Einreden vom Proceß zu befreien, kann der Kläger auch durch Zustellung eines Schriftsatzes vor dem Termin die Klage zurücknehmen, also sich das Erscheinen im Termin ersparen (§ 243, Abs. 2). Nach einer strengeren Meinung (Struckmann-Koch 3. Aufl. N. 5 zu § 243) bleibt trotz zugestellter Klagabstandsschrift der Termin bestehen, Versäumnißurtheil gegen den Kläger zulässig. Ich sehe nicht ein, wie das Gericht, da es doch den Rechtsstreit als nicht anhängig geworden ansehen soll, ein Urtheil in der Sache fällen darf. Die Vorschrift, daß Abschrift der Klagabstandserklärung sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, deutet darauf, daß das Gericht die ihm bekannte Thatsache der Zurücknahme auch in Abwesenheit des Klägers beachten soll. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift seitens des Klägers straft sich von selbst, wenn der Beklagte im Termin erscheint und, die Zurücknahme der Klage verschweigend, Versäumnißurtheil beantragt. Zweifelhaft ist, ob für einen etwaigen Kostenanspruch des Beklagten der Termin bestehen bleibt, oder Beklagter den Kläger zur Verhandlung dieses „Zwischenstreits" (§ 191) laden lassen muß.

rede der mangelnden Kostenerstattung (§ 247 N. 5 § 243 Abs. 4) der Kläger (oder ein Dritter für ihn) durch sofortige Zahlung die Einrede beseitigt, oder ob der Beklagte davon absteht, oder das Gericht sie verwirft, macht keinen wesentlichen Unterschied.

Während Bülow sich in den „Civilprocessualischen Fictionen und Wahrheiten" nur gegen die Annahme einer zweiseitigen Litiscontestation wenden zu müssen glaubte, lehrt Wach (a. a. O. S. 143 ff.) eine dreiseitige Proceßbegründung. Eine solche fand m. E. statt, wenn nach früherem gemeinen oder doch nach römischem Recht der unzuständige Richter dem ihn nicht bindenden Prorogationswillen der Parteien freiwillig beitrat. Ferner wenn der römischer Prätor, das jus civile ergänzend oder außer Kraft setzend, ein judicium gab, das er nach bestehendem Recht nicht zu geben brauchte. Dagegen kann die den ganzen Proceß durchziehende Erfüllung der Richterpflicht, nicht als Bestandtheil der Proceßbegründung gelten. Rechtsweigerung ist in allen Stadien des Processes möglich. Eine dreiseitige Litiscontestation, ein vom Kläger, Richter und Beklagten begründetes Proceßrechtsverhältniß hätte Wirkung und Werth doch nur dann, wenn auch im weiteren Laufe des Processes der Richter das Recht nicht weigerte. Unter dieser Voraussetzung hat aber heute schon die Klageerhebung gleiche Macht. Die ihr unmittelbar folgende Rechtsverweigerung hat keine andere Bedeutung als eine später geschehende. Eine der Klageerhebung vorausgehende oder vielmehr dieselbe hindernde Rechtsweigerung (Nichtanberaumung eines Termins, § 233, oder Nichtbestellung eines curator litis für den zu Verklagenden im Falle des § 55) würde freilich mehr bedeuten, da sie sich zwischen den Kläger nnd den Beklagten stellt, die Anhängigmachung der Sache unmöglich macht. Da aber nach erfolgter Terminsanberaumung, bez. nach Ernennung des Vertreters für den Beklagten, es im freiesten Belieben des Klägers steht, ob er davon Gebrauch machen und die Klage erheben will, so wird man jene pflichtmäßige (fast mechanische) Handlung des Gerichts, wodurch die Vorbedingung der Klageerhebung hergestellt wird, wohl nicht zur proceßbegründenden Thätigkeit zu rechnen haben. Wirkt doch auch der Gerichtsvollzieher bei der Begründung des Proceßrechtsverhältnisses mit, indem er die Klage zustellt, und gewiß wird niemand ihn als Subjekt des proceßbegründenden Rechtsgeschäfts denken.

2) Die Rechtshängigkeit an sich. — Wirkungen der Klageerhebung und Wirkungen der Rechtshängigkeit.

Das Gesetz nennt die Rechtshängigkeit als eine Wirkung der Klageerhebung (C.P.O. § 235, Abs. 1), und als Ursache bestimmter Wirkungen (§ 235, Abs. 2), ohne zu sagen,

was sie selbst sei. Sollte sie kein selbständiger Begriff, sondern ein bloßes Wort sein, das zwischen der Klageerhebung und den ihr zukommenden Wirkungen nur sprachlich vermittelte? Gegenüber der Klageerhebung würde dann der Inbegriff von deren Wirkungen durch „Rechtshängigkeit" bezeichnet; gegenüber den sogenannten Wirkungen der Rechtshängigkeit würde letztere selbst nur die Klageerhebung bedeuten [13]). Findet sich aber ein eigener Inhalt für den Begriff Rechtshängigkeit, so bleibt noch zu untersuchen, ob diese Rechtshängigkeit in Wahrheit als Ursache der ihr zugeschriebenen Wirkungen zu denken ist, oder ob die letzteren vielmehr neben der Rechtshängigkeit als Wirkungen der Klageerhebung aufzuzählen sind.

Die Selbständigkeit des Rechtshängigkeitsbegriffs gegenüber den Begriffen, die er in § 235 als Zwischenglied verbindet, zeigt sich einerseits darin, daß die Klageerhebung nur eine von den verschiedenen Entstehungsarten der Rechtshängigkeit ist [14]); — andererseits darin, daß die „Wirkungen der Rechtshängigkeit" auf dem Bestehen (nicht blos auf der Entstehung) der Rechtshängigkeit beruhen, daß sie durch jede Aufhebung der Rechtshängigkeit verschwinden, obgleich dadurch doch die Thatsache der Klageerhebung nicht ungeschehen gemacht wird, — daß sie also nicht unmittelbare Wirkungen der Klageerhebung sind.

Dies gilt von allen processualen „Wirkungen der Rechtshängigkeit" (§ 235, Abs. 2). Die materiellrechtlichen Wirkungen, welche in Folge der Klageerhebung (oder einer anderen, Rechtshängigkeit begründenden Handlung) eintreten, müssen wir sondern in eigentliche Wirkungen der

13) Diese Art der Verwendung eines Ausdrucks in der Gesetzessprache wäre nichts unerhörtes. Auch sonst kommt es vor, daß daß Gesetz einen wissenschaftlichen Ausdruck benutzt, ohne den in der Wissenschaft bis dahin darunter verstandenen Begriff aufzunehmen. Die Namen „Nothfrist" und „proceßhindernde Einrede" verbinden nur sprachlich das Subjekt (die einzelnen im Gesetz als Nothfristen, bezw. proceßhindernde Einreden, bezeichneten Fristen und Einreden, (vgl. § 201, Abs. 3, § 247, Abs. 2) mit den Prädikaten, mit dem, was bezüglich dieser Fristen und Einreden gelten soll.

14) S. unten 3. S. 269 ff.

Rechtshängigkeit, welche (wie die processualen) nur für den betreffenden Proceß Kraft haben[15]), und in solche Wirkungen, welche von der Klageerhebung als Thatsache, genauer: von einem in der Klageerhebung enthaltenen privatrechtlichen Thatbestande hervorgerufen werden. Diese Wirkungen stehen neben der Rechtshängigkeit, sind gleich ihr Wirkungen der Klageerhebung, werden von den Schicksalen der Rechtshängigkeit nicht berührt. Hierhin rechne ich die Unterbrechung der Klagenverjährung[16]), die Wirkungen einer in der Klageer-

15) Hierher gehört auch noch nach neuestem römischen Recht die Unschädlichmachung der Ersitzung, was mit Arndts, Brinz und Grueber gegen Windscheid festzuhalten ist, an dieser Stelle aber nicht füglich dargelegt werden kann (Literatur bei Windscheid Pandekten 5. Aufl. Bd. I. § 180 A. 7).

16) Die Unterscheidung zwischen Wirkungen der Rechtshängigkeit und unmittelbaren Wirkungen der Klageerhebung, die mir angesichts des § 243, Abs. 3 C.P.O. geboten scheint, fehlt bei Mandry (der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 18), Wach (a. a. O. S. 141 f.) Roth (Deutsches Privatrecht I. § 87 A. 106), Windscheid (a. a. O. §§ 108 124 ff.). Doch spricht nur Wach den Satz aus, daß alle „Wirkungen der Rechtshängigkeit" sowohl bei Zurücknahme der Klage, als bei Aufhebung der Instanz (ohne Sachentscheidung) ex tunc wegfallen. Mandry (S. 196 f.) bezweifelt den Satz für den letzteren Fall (Zurückweisung der Klage wegen proceßhindernder Einreden), nachdem er hervorgehoben, daß gewisse Wirkungen die Rechtshängigkeit überdauern, wenn sie ex nunc wegfällt. — Ich sehe hier einen Gegensatz, gleich dem zwischen Einreden aus vergangenen Thatsachen und Einreden aus Rechten (meine Abhandlung: Vom Verhältniß der Einreden zur Klagenverjährung in Iherings Jahrbüchern N. F. VII. S. 32). Die Wirkungen von Rechten oder rechtlichen Verhältnissen, Zuständen, wie die Rechtshängigkeit, sind den mechanischen Wirkungen continuirlicher Kräfte ähnlich (Spannung, Gleichgewichtserhaltung), die mit dem Fortfall der ursächlichen Kraft aufhören; die Wirkungen abgeschlossener Thatsachen sind entweder unvergänglich (Wirkung der Zahlung, der beendeten Klagenverjährung) oder werden doch nur durch eine neu auftretende Ursache vernichtet, sie ähneln der mechanischen Wirkung des Stoßes. — Die Unterbrechung der Klagenverjährung durch Klageerhebung sieht auch Windscheid § 125 A. 10 als ein Erreigniß an, das nicht wieder ungeschehen zu machen ist. Der einzige quellenmäßige Anhalt für ein ex-tunc-Wiederwegfallen der Unterbrechung im Falle der Abweisung angebrachtermaßen wird in l. 7 C. ne de statu def. 7, 21 gefunden, aus welcher von andern wenigstens soviel gefolgert wird, daß die Klageerhebung bei einem unzu-

hebung liegenden Mahnung [17]), die durch Klageerhebung vollzogene Ausübung eines Wahlrechts [18]).

Der eigene Inhalt des Rechtshängigkeitsbegriffs wird umschrieben durch die Worte: das Gericht ist mit der Sache befaßt. Dies bedeutet, daß eine concrete Richterpflicht entstanden ist, mag auch für den Beklagten, für den Kläger selbst noch keine Gebundenheit entstanden sein [18a]). Im einzelnen bedeutet es bald mehr, bald weniger. Wird z. B. ein vom Rechtsweg ausgeschlossener Anspruch eingeklagt, so braucht der Beklagte nicht auf die Klage zu achten. Dagegen muß der Richter, wie er schon die Terminsbestimmung nicht weigern

---

ständigen Gericht nicht unterbrechend wirke. Die Stelle ist wenig geeignet, diesen Satz zu begründen, weil sie unprorogirbare sachliche Unzuständigkeit, also einen ganz besonderen Fall, im Auge hat und zudem gar nicht von der Unterbrechung der Theodosianischen Klagenverjährung spricht. Vielmehr handelt es sich darin um zwei ganz verschiedene Fragen: 1) hat der Verstorbene unangefochten quasi ingenuus gelebt? 2) Sind seit seinem Tode 5 Jahre verflossen? Die erstere Frage wird nun von den Kaisern bejaht, weil bei dem ausschließlich zuständigen praeses provinciae keine Statusklage gegen den Verstorbenen erhoben worden ist. Daß nach Justinianischem Recht nur die beim zuständigen Richter angebrachte Klage unterbrechend wirken könne, ist demnach nicht zu beweisen. Das praktische Bedürfniß wird am besten durch die Gesetze befriedigt, die für den Fall mangelhafter Klageerhebung nur noch eine kurze Frist zu besserer Klageerhebung laufen lassen (Roth § 87. A. 104).

17) Der Schuldner kann dadurch in Verzug, der Besitzer einer fremden Sache in bösen Glauben versetzt werden, wenn auch nur unter gewissen Voraussetzungen.

18) Windscheid § 125 N. 3.

18a) Nach der Ansicht von Struckmann-Koch bezeichnet das Gesetz mit „Rechtshängigkeit der Streitsache" eine gewisse Gebundenheit der Parteien (N. 1 zu § 235). Für den Kläger bewirkt allerdings schon die bloße Rechtshängigkeit eine gewisse Gebundenheit, denn so lange diese Rechtshängigkeit dauert steht anderweitiger Erhebung derselben Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Aber diese Gebundenheit ist nicht Inhalt, sondern Wirkung der Rechtshängigkeit: weil und so lange das eine Gericht mit der Klage befaßt ist (Rechtshängigkeit), steht die Einrede anderweitiger Klage entgegen. Diese aus der Rechtshängigkeit erwachsende Beschränkung des Klägers ist sowenig Inhalt der Rechtshängigkeit, wie eine dem Grundeigenthümer obliegende Last Inhalt des Grundeigenthums ist.

konnte, den Kläger im Termin anhören und über das Proceßgesuch entscheiden, wenn auch die sofortige Abweisung die einzig zulässige Entscheidung ist. Ein gesetzlich ausgeschlossener Richter hat für vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts zu sorgen und so das Zustandekommen des Processes zu ermöglichen. In anderen Fällen darf das Gericht eine vorläufige Proceßführung unter Vorbehalt der Beseitigung des Proceßmangels zulassen (§ 54). Und wo das Gericht das Proceßgesuch unbedingt zurückweisen müßte, kann es doch geschehen, daß zwischen Klageerhebung und Verhandlungstermin der betreffende Mangel irgendwie gehoben wird. So kann der nur zur Zeit unzulässige Rechtsweg mittlerweile zulässig, das unzuständige Gericht zuständig, der Proceßunfähige proceßfähig geworden sein, oder im Termin der gesetzliche Vertreter erscheinen. Auf verschiedene Weise kann also auf Grund der bestehenden Rechtshängigkeit das Proceßrechtsverhältniß noch nachträglich zur Entstehung gelangen. War dagegen die Klageerhebung vollwirksam, und treten später Proceßhindernisse ein, so überdauert die bloße Rechtshängigkeit das Proceßrechtsverhältniß, wie es in jenen andern Fällen ihm voranging, und durch Beseitigung der Hindernisse kann das Proceßrechtsverhältniß wieder aufleben. Gerade weil die eine Rechtshängigkeit dann der früheren wie der späteren Gebundenheit der Parteien zu Grunde liegt, die Zwischenzeit zwischen beiden ausfüllt, die Einheit des Processes erhält, liegt es nahe, in solchen Fällen des Proceßrechtsverhältniß als bloß gehemmt, nicht als aufgehoben zu denken, — so namentlich in den Fällen des unterbrochenen, ausgesetzten oder ruhenden Verfahrens, wo von vornherein die Aussicht auf „Aufnahme" des Verfahrens besteht [19]).

Bei der Convalescenz einer nicht vollwirksamen Klageerhebung, wie bei der Heilung nachträglich eingetretener Pro-

19) Ferner wenn der Beklagte eine Zeit lang die Verhandlung zur Hauptsache ablehnen kann (§ 73, Abs. 1); wenn gegen eine Partei eine Zeit lang das Versäumnißurtheil unzulässig ist (§ 85, Abs. 1). Vgl. meine Proceßvoraussetzungen S. 410, N. 5. S. 416, N. 3 (über § 85); S. 427, N. 2 (über § 73).

ceßmängel, ist es nicht die Thatsache der Klageerhebung als solche, die es ermöglicht, daß das Proceßrechtsverhältniß noch zur Entstehung kommt, bez. wieder in Kraft tritt, — sondern das Erzeugniß der Klageerhebung, die Rechtshängigkeit. Denn nur solange letztere nicht durch gültige Zurücknahme der Klage oder schon erfolgte Abweisung des Proceßgesuchs aufgehoben worden ist, kann durch Beseitigung des Proceßmangels (ohne neue Klageerhebung) der Proceß noch zu Stande gebracht werden.

3) Die Begründung der Rechtshängigkeit.

Außer der Klageerhebung (§§ 230, 461) erzeugen noch folgende Handlungen Rechtshängigkeit:

a) Klageänderung. Dadurch, daß der Beklagte sie genehmigt oder sich doch auf die abgeänderte Klage mündlich einläßt, wird der neu erhobene Anspruch statt des eingeklagten rechtshängig (§ 235, N. 3. § 241), nach § 254 ex nunc. Wenn dagegen das Gericht die begründete Einrede der Klageänderung verwirft, wird es natürlich die in Wahrheit neue Sache als ex tunc anhängig behandeln.

b) Zulässige Erweiterung des Klagantrags, insbesondere incidente Feststellungsklage (§ 240, N. 2. § 253).

c) Incident-Widerklage (§§ 33, 251, Abs. 1. § 253), welcher die Geltendmachung der Compensationseinrede nicht gleichzustellen ist [20]).

In den Fällen a—c kann auch vor dem Landgerichte ein Anspruch (bez. Theil eines Anspruchs) mündlich, statt durch Klagezustellung, anhängig gemacht werden.

d) In amtsgerichtlichen Sachen entsteht Rechtshängigkeit durch den Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl (§ 636) und durch den Vollstreckungsbefehl (§ 640) im Mahnverfahren.

Ferner ermöglicht die C.P.O. die Erhaltung der Rechtshängigkeit beim Uebergang eines Processes vom Amtsgericht an das Landgericht und umgekehrt (§§ 466, 467, 249), beim Ueber-

20) Petersen in der Zeitschrift für Deutschen Civilproceß I. S. 93—103.

gang aus dem Urkundenproceß in's ordentliche Verfahren (§§ 559, 563). Es bedarf, wenn die Rechtshängigkeit solchergestalt vorbehalten worden ist, keiner neuen Klageerhebung zum Beginn des landgerichtlichen, bez. ordentlichen Verfahrens, und wird eine Unterbrechung in den Wirkungen der Rechtshängigkeit vermieden. Nur der letztere Vortheil besteht für den Uebergang landgerichtlicher Sachen aus dem Mahnverfahren in's ordentliche Verfahren im Falle des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl. Durch die Zustellung des Zahlungsbefehls treten nämlich die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein (§ 633). Gehört aber der betreffende Anspruch vor die Landgerichte, so erlöschen diese Wirkungen, wenn nicht binnen sechs Monaten, nachdem der Gläubiger von der Erhebung des Widerspruchs benachrichtigt ist[21]), die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben, also Rechtshängigkeit selbst hergestellt wird (§ 637)[20a]). War z. B. das Amtsgericht, also auch das übergeordnete Landgericht, zur Zeit des zugestellten Zahlungsbefehls örtlich zuständig, so gilt das Landgericht für eine innerhalb der sechs Monate erhobene Klage auch dann noch als zuständig, wenn der Zuständigkeitsgrund inzwischen fortgefallen ist, — kraft der eingetretenen und noch bestehenden Wirkungen der Rechtshängigkeit. Wird erst nach Ablauf der sechs Monate geklagt, so gelten die Rechtshängigkeitswirkungen für diesen Proceß erst von der Klageerhebung an; ebenso, wenn zwar innerhalb der sechs Monate, aber bei einem unzuständigen Gerichte geklagt, die Klage zurückgewiesen und eine neue Klage bei zuständigem Gerichte erst nach Ablauf der Frist erhoben worden ist. Beachtung verdient der Fall, wenn innerhalb der Frist bei unzuständigem Gericht geklagt und hier (durch Verzicht oder Versäumniß der Unzuständigkeitseinrede, oder durch Eintritt eines Zuständigkeitsgrunds) nach Ablauf der sechs Monate der Proceß doch noch zu Stande

20a) D. h. die vom Gesetz so genannten Wirkungen der Rechtshängigkeit, vgl. § 235. Keineswegs hat alles das zu gelten, was im Falle wirklicher Rechtshängigkeit gilt. Intervention soll durch § 633 gewiß nicht gestattet werden.

21) Ist kein Widerspruch erhoben, so greifen §§ 639, 640 und 641 ein, s. u. S. 272.

gekommen ist. Hier haben zwar äußerlich die seit zugestelltem Zahlungsbefehl bestehenden Rechtshängigkeitswirkungen keine Unterbrechung erlitten: dennoch ist festzuhalten, daß die aus dem Mahnverfahren stammenden Wirkungen nach § 637 erloschen[21a]), die jetzt bestehenden Wirkungen erst aus der wirklich begründeten Rechtshängigkeit erwachsen, also von der Klageerhebung an zu rechnen sind. Dies ist von Wichtigkeit, wenn z. B. der geltend gemachte Anspruch auf einer Bereicherung des Beklagten beruht[22]), oder wenn nach Landesrecht vom Beginn der Rechtshängigkeit an Proceßzinsen zu höherem Procentsatz, als bloße Verzugszinsen, laufen. Wird einer bei zuständigem Gericht innerhalb der sechs Monate erhobenen Klage die Einrede der Klageänderung mit Beziehung auf den Inhalt des Zahlungsbefehls entgegengehalten, so kann an sich der Kläger nicht gezwungen werden, entweder diesen letzteren Inhalt zu vertreten oder von der Klage abzustehen; denn es ist ja den Erfordernissen einer selbständigen Klageerhebung genügt; sondern nur, sofern der Kläger Rechtshängigkeitswirkungen aus jenem Zahlungsbefehl herleiten, z. B. die Zuständigkeit des Gerichts eben auf einen damals und jetzt nicht mehr vorliegenden Thatbestand gründen will, erhält die Frage Gewicht, ob der Klaginhalt mit dem Inhalt des Zahlungsbefehls übereinstimmt. — Anders ist es in amtsgerichtlichen Sachen. Hier gilt, wenn der Schuldner Widerspruch eingelegt hat, der Proceß als anhängig geworden seit Zustellung des Zahlungsbefehls (§ 636, Abs. 1). Jede Partei kann die andere zur mündlichen Verhandlung laden (§ 636, Abs. 2). Der Zahlungsbefehl hat nun die Bedeutung einer Klagschrift erlangt, die für die mündliche Verhandlung bestimmend ist. Ein anderer als der dadurch bezeichnete Anspruch könnte in der mündlichen Verhandlung nur auf dem Wege der Klageänderung (§§ 241, 242) oder der neuen Klageerhebung (§ 461), also nicht ohne Einwilligung des Beklagten (bez. ihn zwingende Entscheidung des Gerichts), vorgebracht werden. Uebrigens

21a) Denn es ist nicht innerhalb der sechsmonatigen Frist bei zuständigem Gerichte geklagt worden.

22) Windscheid I. § 128. N. 1. Anm. 4.

darf man nicht glauben, daß der Widerspruch, welcher dem Zahlungsbefehl ex tunc die Bedeutung einer Klage verleiht, selber einer Einlassung gleichkomme. Diese geschieht auch hier nur in der mündlichen Verhandlung. Wennschon der Beklagte den Kläger zur Verhandlung der Hauptsache laden darf (§ 636, Abs. 2), bleibt doch der Satz bestehen, daß bis zur wirklichen mündlichen Einlassung des Beklagten dem Kläger die Zurücknahme der Klage freisteht (§ 243, Abs. 1). Läßt der Beklagte den Kläger laden, so geschieht es vielleicht nur, um mittels proceßhindernder Einreden Aufhebung der Rechtshängigkeit zu bewirken. Also auch nachdem der Kläger geladen worden ist, kann er durch Zustellung eines Schriftsatzes oder beim Beginn der mündlichen Verhandlung sein Abstehen vom Proceß noch erklären. — Legt der Schuldner keinen Widerspruch ein, so entsteht in landgerichtlichen, wie in amtsgerichtlichen Sachen durch den dem Gläubiger gewährten Vollstreckungsbefehl (§ 639) Rechtshängigkeit, und zwar ist der nun beginnende Proceß gleich in der Lage, als wäre ein Versäumnißurtheil verkündet. Die Fortsetzung des Processes geschieht durch Zustellung des vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehls an den Schuldner, worauf Einspruch erfolgen kann u. s. w. (s. § 640). — Wenn dagegen weder Widerspruch erhoben noch der Vollstreckungsbefehl begehrt worden ist, so erlöschen (in amtsgerichtlichen, wie in landgerichtlichen Sachen) die anticipirten Rechtshängigkeitswirkungen zwei Wochen und sechs Monate, nachdem sie eingetreten sind (vgl. § 641 mit §§ 662. 663). Eine innerhalb dieser Frist erhobene Klage kann selbst dann nicht als Fortsetzung der im Mahnverfahren begonnenen Rechtsverfolgung gelten, wenn sie bei dem Amtsgericht des Mahnverfahrens erhoben wird, denn die einzig denkbare Fortsetzung wäre das Nachsuchen eines Vollstreckungsbefehls. Die vom Zahlungsbefehl herstammenden (anticipirten) Rechtshängigkeitswirkungen erlöschen nach § 641 auch dann, wenn mittlerweile Klage erhoben, also wirklich Rechtshängigkeit begründet wird; für den nun anhängigen Proceß sind die Rechtshängigkeitswirkungen vom Zeitpunkt der

Klageerhebung an zu rechnen [23]). Doch kann eben dieser Klageerhebung, wenn sie in die Frist des § 641 fällt, der Umstand zu gute kommen, daß kraft der noch nicht erloschenen Wirkungen des Zahlungsbefehls eine örtliche Zuständigkeit besteht, die sonst nicht mehr bestehen würde, deren Fortdauer nunmehr durch die Klageerhebung für den Proceß gesichert wird.

Betrachten wir die normale Begründungsart der Rechtshängigkeit, die Klageerhebung, so giebt das Gesetz zwar genaue Vorschriften darüber, wie letztere zu geschehen hat, läßt aber ausdrückliche Bestimmungen über die Folgen etwaiger Mängel öfters vermissen. Von dem Ausnahmefall des § 461 abgesehen geschieht die Klageerhebung durch Zustellung eines Schriftsatzes, der gewisse Bestandtheile enthalten *muß* (§ 230). Ein Schriftsatz, dem einer dieser Bestandtheile fehlt, ist nicht Klage im Sinne des Gesetzes: das Gericht darf also darauf keinen Termin anberaumen [24]). Wird dennoch ein Termin bestimmt und der Schriftsatz zugestellt, so kann diese Zustellung

---

23) Selbstverständlich sind auch unter den infolge eines Zahlungsbefehls eintretenden Wirkungen diejenigen, welche unmittelbar und selbstständig durch die Thatsache des Zahlungsbefehls hervorgerufen werden (z. B. Verzug des Schuldners), zu unterscheiden von den anticipirten Rechtshängigkeitswirkungen, und werden von dem Erlöschen der letzteren nicht mitergriffen, vgl. oben Anm. 16.

24) Wach, Vorträge S. 24 Anm. — A. M. Struckmann-Koch (3. Aufl. N. 8 zu § 230), welche zwar (N. 1 zu § 233, mit Anführung von Wach) hervorheben, daß nur auf eine wirkliche Klage Termin zu bestimmen ist, offenbar aber die Ansicht Wachs nicht theilen, daß ein Schriftsatz, dem das Petitum oder der Klaggrund fehlt, nicht anders zu behandeln sei, als etwa ein mit der Aufschrift „Klage" dem Richter unterbreiteter Liebesbrief. — An diesen drastischen Vergleich anknüpfend, möchte ich bemerken, daß das Nicht-Termin-bestimmen in solchen Fällen nichts der absolutio ab instantia oder dem a limine abweisenden Dekret ähnliches ist. Den erwähnten Liebesbrief in Empfang zu nehmen, wäre schon der Gerichtsschreiber nicht verpflichtet; auch zu einer „nur formellen Cognition" läge keine Veranlassung vor. Ist das eingereichte Schriftstück wegen wesentlichen Mangels keine Klage, so kann der Richter als solcher eben nicht thätig werden. Rückgabe des Schriftstücks und Belehrung dessen, der es einreichte, wären nicht Ausübung des Richteramts.

nicht Rechtshängigkeit begründen, weil sie nicht Klageerhebung ist[25]). Daß gegen den ausbleibenden Beklagten kein Versäumnißurtheil zulässig ist, wird wohl nicht bezweifelt. Dagegen fragt sich, ob der Kläger beim Ausbleiben des Beklagten Vertagung fordern kann oder neu klagen muß?[26]) ob der erscheinende Beklagte sich eine Nachholung der Klageerhebung im Termin gefallen zu lassen hat? ob wenigstens mit Zustimmung des Beklagten die Rechtshängigkeit im Termin noch begründet werden kann? Dieselben Fragen sind aufzuwerfen, wenn zwar der dem Gericht eingereichte Schriftsatz den Erfordernissen des § 230 entspricht, also mit Recht ein Termin anberaumt, die Klage aber nicht oder nicht gültig zugestellt worden ist.

a) Es könnte scheinen, als wären für den Fall, daß der Beklagte ausbleibt, diese Fragen durch § 300 beantwortet:

„Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnißurtheils ist zurückzuweisen, *unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei Vertagung beantragen*:

1) wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;

2) wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;

3) wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden."

Doch erhellt wohl schon aus dem Wortlaut des § („unbeschadet"), daß er gar nicht sagen will, *wann* der Kläger Vertagung beantragen darf[27]). Das „Recht, Vertagung zu beantragen", welches trotz mangelnden Rechts auf Versäum-

25) So auch *Struckmann-Koch*, N. 8 zu § 230.

26) Für das letztere *Wach*, Vorträge S. 25.

27) Wollte man den § so verstehen, daß in allen den Fällen 1—3 ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Klageerhebung Vertagung zu gewähren sei, so blieben immer noch die Fälle unentschieden, wo 1) ein von Amtswegen zu berücksichtigendes Erforderniß nach eigner Aussage des Klägers oder offenkundig fehlt, oder 2) die Ladung *gar nicht* er-

nißurtheil besteht, fällt zusammen mit der Rechtshängigkeit, welche trotz mangelnden Proceßrechtsverhältnisses besteht: es ist also nicht vorhanden, wenn die Klageerhebung an einem wesentlichen Mangel leidet.

b) Wenn der Beklagte erscheint und geltend macht, daß die Klage nicht gültig erhoben, ist der Kläger zurückzuweisen: er hat kein Recht auf Gehör erworben, da er (im Sinne des § 230) nicht Klage erhoben hat. Aus dem Nichtbestehen der Rechtshängigkeit folgt andererseits, daß der Beklagte keinen Anspruch auf Kostenersatz hat. Da nicht Klage erhoben war, brauchte er sich keine Kosten zu machen. Die Abweisung des Klägers ist ein bloßes Nichtzulassen, Nichtanhören desselben, entsprechend der Nichtanberaumung eines Termins (vgl. oben Anm. 24); sie kann nicht ein die Rechtshängigkeit aufhebendes Urtheil sein, da keine Rechtshängigkeit eingetreten ist[28]).

c) Es fragt sich, ob mit Zustimmung des erscheinenden Beklagten der Proceß als rechtshängig behandelt, bezw. im Termin selbst die Rechtshängigkeit begründet werden darf, obwohl keine gültige Klageerhebung vorliegt? In amtsgerichtlichen Processen wird, wenn der Termin in einen ordentlichen Gerichts fällt, durch den hier erfolgenden Klagvortrag den Erfordernissen einer selbständigen Klageerhebung ohnehin schon entsprochen (vgl. § 461), und gewiß ist anzunehmen, daß das Erforderniß des ordentlichen Gerichtstags, welches § 461 für eine weder durch Ladung noch durch Terminsbestimmung vorbereitete mündliche Klageerhebung aufstellt, hier durch die wirklich erfolgte Terminsbestimmung ersetzt ist, wenn der Ter-

folgt, oder 3) eine Behauptung oder ein Antrag gar nicht mitgetheilt ist, also eben, wenn dem zugestellten Schriftsatz der Klaggrund oder das Petitum fehlt.

28) Faßt man den § 300 so auf, daß er dem Kläger ein Recht auf Vertagung gewährt, (nicht bloß es unangetastet läßt, wo es besteht), so fragt sich nun: Wird es beim Ausbleiben des Beklagten gewährt, weil er nicht widerspricht, — oder wird es gewährt, obgleich er ausbleibt, also als nicht hinreichend in Kenntniß gesetzt zu vermuthen ist. Danach würde sich bestimmen, ob der erscheinende Beklagte die Nichtzulassung des Klägers oder nur Vertagung (bez. nicht einmal diese schlechthin), fordern kann.

min nicht auf einen ordentlichen Gerichtstag fällt. In landgerichtlichen Processen giebt die Zustellung von Anwalt zu Anwalt[28a]) ein Mittel, noch in der Sitzung selbst eine formgerechte Klageerhebung nachzuholen (vgl. § 181), und es kann dabei, wenn die Parteien einig sind, die Einlassungsfrist (§ 234) beliebig verkürzt, also, wenn der Beklagte sich gleich einlassen will, der Termin noch in dieselbe Sitzung gelegt werden (§ 202). Ob das Gericht eine solche eigentliche Nachholung der Klageerhebung wirklich verlangt oder sich an der Einigkeit der Parteien genügen läßt, macht praktisch wenig Unterschied[29]).

Man könnte a priori zu der Annahme geneigt sein, daß die Klageerhebung als processuale Handlung Proceßfähigkeit des Klägers zu ihrer Gültigkeit voraussetze. Dem ist nicht so. Proceßunfähigkeit und andere Umstände, welche ein anhängiges Verfahren zwar unterbrechen, d. h. das Proceßrechtsverhältniß außer Wirkung setzen, aber die Rechtshängigkeit bestehen lassen, hindern auch, wenn sie zu Anfang vorliegen, nicht die Entstehung der Rechtshängigkeit, sondern nur die des Proceßrechtsverhältnisses. Entweder kommt das letztere nachträglich noch zu Stande, oder die eingetretene Rechtshängigkeit wird vom Gericht wieder aufgehoben, sei es auf proceßhin-

28a) Wir setzen ja voraus, daß der Beklagte erscheint, d. h. durch einen Anwalt vertreten ist, und daß er, bez. sein Anwalt, die Nachholung der Klageerhebung zulassen will, also sich auch die Zustellung im Gerichtslokal gefallen läßt, vgl. §. 165.

29) Für den Fall, daß ein dem §. 230 nicht genügender Schriftsatz zugestellt worden ist, sprechen Struckmann-Koch (N. 8 zu § 230) von einer Nachholung des Mangels nach den §§ 240. 241. Aber diese §§. setzen eine gültige Klagerhebung voraus, sie behandeln die Ergänzung, Berichtigung, Aenderung der erhobenen Klage. — § 267, Abs. 1 kann hier (nach Abs. 2 desselben §) keine Anwendung finden. Denn niemand wird glauben, daß die Parteien mit Erfolg vereinbaren könnten, die Klage solle, statt durch Zustellung einer dem § 230 genügenden Schrift, mündlich vor dem Landgerichte erhoben werden. Das Landgericht darf eine andere Form der Klageerhebung, als die des § 230 nicht zulassen. Dadurch, daß der Beklagte die Mängel der Klageerhebung ungerügt läßt oder auf ihre Rüge verzichtet, wird die noch nicht bestehende Rechtshängigkeit nicht hergestellt.

dernde Einrede des Beklagten, sei es von Amtswegen. Nur diejenigen Unterbrechungsgründe hindern, (wenn schon anfangs vorhanden), auch die Begründung der Rechtshängigkeit, — welche die Zustellung an den Beklagten, also die Klageerhebung, unmöglich machen. Dies ist der Fall, wenn der Beklagte stirbt, bevor die Zustellung an ihn bewirkt ist. Tritt dagegen zwischen Terminsbestimmung und Zustellung ein Justitium bei dem Gericht ein, oder befindet sich der zu Verklagende im Concurs, so ist zwar nach § 226, Abs. 2 die Zustellung dem Beklagten gegenüber ohne bindende Kraft: dies schließt aber nicht aus, daß Rechtshängigkeit entstanden, d. h. das Gericht mit der Sache befaßt ist, und nach Beendigung des Justitiums, bez. gemäß den Vorschriften der Concursordnung, das Verfahren „aufgenommen" werden kann.

4) Die Aufhebung der Rechtshängigkeit.

Unsere Gesetze kennen weder eine gesetzliche Befristung[30]) noch eine Verjährung[31]) der Processe. Tod einer Partei, Wegfall von Proceßvoraussetzungen lassen die Rechtshän-

30) Wie der classische römische Civilproceß (Keller § 70) und italiänische Stadtrechte des Mittelalters (Wach, der italienische Arrestproceß S. 180 ff.).

31) Ob die s. g. „Verjährung der Litispendenz" nach l. un. C. Th. de act. cert. temp. fin. (4, 14) und l. 9 C. J. de praescr. XXX. (7, 39) eine reine Proceßverjährung ist, oder ob immer Proceß und Klagrecht zugleich untergehen sollen, ist aus diesen Constitutionen nicht mit einiger Sicherheit zu entnehmen. Handelte es sich darin wirklich um Proceßverjährung, so müßte einerseits nach 30, bez. 40jährigem Ruhen des Prozesses die Rechtshängigkeit auch dann fortfallen, wenn mittlerweile außergerichtlich die Klagenverjährung unterbrochen worden ist; andrerseits müßte in eben diesem Falle eine neue Klage nachher noch zulässig sein, da die Consumtion durch Litiscontestation nicht mehr gilt. Beide Constitutionen ziehen die außergerichtliche Unterbrechung der Klagenverjährung nicht in Betracht, denken sich actio und judicium als zusammen verjährend. — Daß Justinians l. 13 C. de judiciis (3, 1) weder Temporalität, noch Verjährung des Processes bedeutet, ist anerkannt (Wetzell, System 3. Aufl. S. 965 f.). Das Gesetz giebt in dem triennium einen Maßstab für die Leitung des contradiktorischen Verfahrens (§ 1), und macht die Zulässigkeit des Eremodicialverfahrens von dem nahe bevorstehenden Ablauf des triennium abhängig (§ 5).

gigkeit fortdauern. Die einzigen Aufhebungsarten sind Zurücknahme der Klage und Endurtheil, sei es, daß dieses zugleich Sachentscheidung, oder daß es nur Streitentlassung ist. Des Falls, daß eine Partei die andere beerbt, gedenkt die C.P.O. nicht; es läßt sich nicht ohne weiteres behaupten, daß die Rechtshängigkeit dadurch aufhöre, und einem Dritten, an den die Erbschaft etwa später vom Erben herauszugeben ist, die Aufnahme des Verfahrens nicht mehr möglich sei. Vergleich und Verzicht wirken proceßbeendend, sofern sie die Zurücknahme der Klage enthalten oder herbeiführen.

Das moderne Recht bevorzugt sicher erkennbare Beendigungsarten; es verlangt die ausdrückliche formelle Willenserklärung wie sie im Urtheil und in einer dem § 243 entsprechenden Zurücknahme der Klage zu finden ist. Aus dem Liegenlassen des Processes, aus der anderweitigen Klage oder Einlassung kann nicht mehr gefolgert werden, daß ein Proceß aufgegeben und wirklich beendet sei[32]).

Bezüglich des Zeitpunkts, in welchem die durch Urtheil aufgehobene Rechtshängigkeit endet[32a]) ist Folgendes zu bemerken:

Nur contradiktorische letztinstanzliche Urtheile üben die Urtheilswirkungen sofort (d. h. mit der Verkündung) und unbedingt aus[32b]). Bei allen andern Endurtheilen ist die Rechtskraft aufschiebend bedingt durch den unbenutzten Ablauf der zu ihrer Anfechtung bestimmten Nothfrist (§ 645). Und diese Bedingung ist keine solche, die innerhalb bestimmter Zeit sich erfüllen oder unerfüllbar werden müßte: denn so lange das

32) Ueber das vormalige gemeine Recht s. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 22 f. S. 288 ff. — Die französische péremption d'instance tritt nicht von selbst (de droit) ein, sondern muß auf Antrag vom Gericht ausgesprochen werden; sie wird geheilt (elle se couvrira), wenn vor Stellung dieses Antrags wieder Proceßhandlungen von einer Partei vorgenommen werden (Code de pr. c. 399).

32a) Im Fall der Zurücknahme der Klage bleibt der Kostenpunkt noch anhängig (§ 243, Abs. 3).

32b) Doch bleibt auch hier für Ergänzungsanträge Rechtshängigkeit bestehen (§ 292), die Frist für dieselben läuft erst von der Zustellung des Urtheils an. Siehe ferner §§. 290. 291.

Urtheil nicht zugestellt ist, fangen Einspruchs- und Rechtsmittelfrist nicht an zu laufen; die Zustellung aber hängt von dem Belieben der Parteien ab (§ 388). Daraus folgt: auch nach verkündetem Urtheil kann der Proceß liegen bleiben, die Rechtshängigkeit in infinitum fortdauern, und nach beliebig langer Zeit der Proceß wieder aufgenommmen werden, indem eine Partei der andern das Urtheil zustellen läßt, und nun Rechtsmittel, bezw. Einspruch eingelegt werden.

Aber selbst, wenn das Urtheil zugestellt, und nachdem die gesetzliche Suspensivbedingung erfüllt, die Rechtskraft also eingetreten ist, unterliegt letztere ein Jahr lang noch einem ungewissen Schicksal: sie besteht nur unter einer gesetzlichen Resolutivbedingung, deren Erfüllung erst nach Ablauf des Jahres unmöglich wird. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht, gleich Einspruch und Rechtsmitteln, ein Hinderniß für die noch nicht entstandene Rechtskraft; sie ist auch nicht ein selbständiger Proceß zur Verwirklichung eines privatrechtlichen Restitutionsanspruchs gegen das rechtskräftige Urtheil, ähnlich der Wiedereinsetzung gegen ein benachtheiligendes Rechtsgeschäft; sie ist auch nicht „Wiederaufnahme des Verfahrens", d. h. Klage auf Vernichtung eines früheren und Eröffnung eines neuen Verfahrens. Sie bezweckt Nachholung des in der Nothfrist versäumten Einspruchs- oder Rechtsmittels, führt also zur Fortsetzung des durch rechtskräftiges Urtheil beendeten Processes, zur Wiederherstellung der aufgehobenen Rechtshängigkeit. Diese Fortsetzung des Processes ist erst ein Jahr nach Eintritt der Rechtskraft völlig und allgemein ausgeschlossen (§ 212, Abs. 3).

Contradiktorische letztinstanzliche Urtheile, also mit (weder suspensiv, noch resolutiv bedingter) Rechtskraft von der Verkündung ausgestattet, sind die contradiktorischen Berufungsurtheile der Landgerichte[33]) und die contradikto-

33) Dies übersieht Haarmann in der Zeitschrift für Deutschen Civilproceß I. S. 385, der „contradiktorische Endurtheile zweiter Instanz" für revisibel hält. Betreffs der in der folgenden Anmerkung behandelten Frage meint Haarmann: „Sie (die contradiktorischen Endurtheile zweiter Instanz) werden jedoch sofort rechtskräftig, wenn die Re-

rischen Revisionsurtheile. Denn nur gegen diese sind weder Rechtsmittel noch Einspruch zulässig. Das contradiktorische Berufungsurtheil eines Oberlandesgerichts ist der Revision ausgesetzt, die im Sinne des § 645 immer dagegen zulässig ist [34]), — ebenso ein oberlandesgerichtliches, einen

---

vision nicht zulässig ist". „Es muß mithin der Gerichtsschreiber, welcher die vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen hat, über die Zulässigkeit der Revision befinden, oder der Ablauf der Revisionsfrist in jedem Falle abgewartet werden."

34) Ob sie etwa im Sinne der §§. 508. 509. 511. 521 unzulässig ist, ergiebt sich erst bei Verhandlung der wirklich eingelegten Revision. Bei der Zulässigkeit im Sinne des § 645 ist ganz abzusehen von der Wahrheit der Behauptungen, die zur Begründung des Rechtsmittels bei der Verhandlung desselben etwa aufgestellt werden müßten. Es ist anerkannt, daß in diesem Sinne die Berufung gegen jedes den Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil verwerfende Versäumnißurtheil erster Instanz zulässig ist, (vgl. §. 474 mit § 310), daß darum ein solches Versäumnißurtheil immer erst nach Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig wird, mag Versäumniß in Wirklichkeit vorgelegen haben oder nicht (Motive S. 393). Hinsichtlich der Revision ist nun zu bedenken: 1) In nicht vermögensrechtlichen Sachen ist sie unbedingt statthaft (§ 508). 2) In vermögensrechtlichen Sachen kommt der Werth des Beschwerdegegenstandes nicht in Betracht, „insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt" (§ 509, N. 1). Nun kann aber vor Einlegung der Revision niemand wissen, welche Gesetzesverletzung der etwaige Revisionskläger behaupten wird; ja nicht einmal der Schriftsatz, durch den die Revision eingelegt wird, muß diese Angabe enthalten, und, enthält er dieselbe, so ist sie nur „vorbereitend", nicht bindend. Erst in der mündlichen Verhandlung stellt sich heraus, auf welche Gesetzesverletzung der Revisionskläger sich stützt; ebenso erst hier, welchen Beschwerdegegenstand er behauptet, und welchen Werth desselben er glaubhaft machen kann. Da der Beschwerdegegenstand mehr werth sein kann, als der Streit- und Urtheilsgegenstand (Wetzell, 3. Aufl. S. 714 f.), so ist es auch aus diesem Grunde dem Gerichtsschreiber nicht möglich, die Zulässigkeit der Revision im einzelnen Falle vor Ablauf der Nothfrist zu verneinen und ein Zeugniß der Rechtskraft zu ertheilen. — Dem Gerichtsschreiber würde die Lösung schwieriger juristischer Fragen zugemuthet, wenn er hinsichtlich des Eintritts der Rechtskraft die Zulässigkeit der Revision nach den §§ 508. 509, Nr. 1 u. 2 zu beurtheilen hätte, und überhaupt ließen sich bloß zwei der dann unumgänglichen Fragen schon auf Grund der bisherigen Akten beantworten, nämlich die, ob ein ver-

Einspruch verwerfendes Versäumnißurtheil (vgl. § 529 mit §§ 474. 310).

5) Die Einrede der Rechtshängigkeit. — Materielle Funktion derselben.

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit hängen ihrem Begriffe nach nur vom Bestehen der Rechtshängigkeit, nicht vom Bestehen des Proceßrechtsverhältnisses, also nicht vom Vorhandensein sonstiger Proceßvoraussetzungen ab. Sie können daher nicht nur früher platzgreifen, als das Proceßrechtsverhältniß, sondern sie können mit der Rechtshängigkeit dasselbe überdauern: so bei Unterbrechung des Verfahrens. Das Gesetz macht davon keine Ausnahmen: also steht selbst, wenn bei dem mit der Klage befaßten Gericht ein Justitium eintritt, der anderweitigen Erhebung der Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen, — und wenn z. B. ein Proceßunfähiger bei

---

mögensrechtlicher Anspruch eingeklagt ist, und die, ob derselbe zur ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehört oder nicht. Für die andern Fragen giebt erst die mündliche Verhandlung der Revisionsinstanz den Entscheidungsstoff (vgl. Struckmann-Koch, N. 3 zu § 508). Es kann also zwar die Zulässigkeit der Revision im einzelnen Falle (für einen Rechtskundigen) von vornherein gewiß sein: wenn der streitige Anspruch ein nicht vermögensrechtlicher oder ein zur ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehöriger vermögensrechtlicher ist. Nie aber kann die Unzulässigkeit der Revision behauptet werden, bevor es zur Verhandlung derselben gekommen oder aber die Nothfrist verstrichen ist. Bei richtiger Auslegung des § 645 hat der um eine Rechtskraftbescheinigung angegangene Gerichtsschreiber immer nur zu prüfen: in welcher Instanz ist gesprochen? ist das Urtheil contradiktorisch ergangen, oder ist es ein Versäumnißurtheil, welches einen Einspruch verwirft, oder ein gewöhnliches Versäumnißurtheil? ist die Nothfrist verstrichen? ist Rechtsmittel, bezw. Einspruch eingelegt? Die letzte Frage ist zu verneinen, wenn der eingereichte Schriftsatz den dafür wesentlichen Erfordernissen (vgl. §§ 305. 479. 515) nicht genügt, vgl. die obenstehenden Bemerkungen über die Bestandtheile der Klagschrift (bei Anm. 24). A. M. Puchelt II. S. 483, nach welchem auch die „unförmliche" Berufung den Eintritt der Rechtskraft hemmt. Wer so die wesentlichen Bestandtheile der Berufungsschrift für entbehrlich hält, müßte auch dann Suspensiveffekt annehmen, wenn ein unbeschriebenes Blatt mit der Ueberschrift „Berufung in Sachen X gegen Y" zugestellt wird.

einem unbedingt unzuständigen Gericht klagte, ist die bei zuständigem Gerichte erhobene Klage des gesetzlichen Vertreters ablehnbar, so lange jene frühere Klage nicht abgewiesen oder zurückgenommen ist.

Die Einrede der Rechtshängigkeit setzt weder voraus, daß die Begründung des Proceßrechtsverhältnisses schon vollendet, d. h. daß die Klage vollwirksam, ohne Proceßmängel und Hindernisse erhoben worden ist[35]), noch setzt sie voraus, daß durch Einlassung des Beklagten dem Kläger die Befugniß zur einseitigen Zurücknahme der Klage entzogen ist[36]); sie setzt nur voraus, daß durch eine dem § 230 entsprechende Klageerhebung oder in den andern, oben genannten Formen[37]) Rechtshängigkeit begründet und noch nicht durch Zurücknahme der Klage oder rechtskräftiges Urtheil beendet ist. Sie macht den Grundsatz geltend, daß der Beklagte auf eine zweite Klage in derselben Sache bei einem andern oder bei demselben Gericht sich nicht einzulassen braucht, so lange die erste Klage rechtshängig ist, so lange also auf Grund dieser Rechtshängigkeit ein Proceßrechtsverhältniß entweder besteht, oder noch zur Entstehung kommen, bez. *wieder* entstehen, wieder zur Wirksamkeit gelangen kann[38]), oder doch noch nicht *entschieden* ist, daß dies nicht geschehen wird.

Hervorzuheben ist, daß die Einrede der Rechtshängigkeit nicht nur *vor*, sondern auch *nach* dem Endurtheil des ersten Processes bestehen kann: nämlich allemal dann, wenn gegen dieses Urtheil Rechtsmittel oder Einspruch noch zulässig sind. Und da für die letzteren die Nothfrist erst mit der Zustellung beginnt, diese Zustellung aber vom Belieben der Parteien abhängt, so folgt (nach § 645), daß bei *nicht zugestelltem* Urtheil, wie die Rechtshängigkeit, so auch die daraus erwachsende Einrede ewig dauern kann, da das Urtheil niemals rechtskräftig wird[39]), — während bei zugestelltem Urtheil und unge-

35) Oben 1. S. 257 ff.
36) Oben 1. S. 261 ff.
37) 3. S. 269.
38) Oben 2. S. 267 ff.
39) Daß auch der ausdrückliche und vollends stillschweigender Ver-

nutzt verstrichener Nothfrist die Rechtshängigkeit durch den Eintritt der Rechtskraft aufgehoben, die Einrede der Rechtshängigkeit durch die Einrede der Rechtskraft ersetzt, abgelöst wird. Es ergiebt sich hieraus eine materielle Funktion der Rechtshängigkeitseinrede: die Berufung auf ein Urtheil, das nicht zugestellt worden ist und auch nicht zu denen gehört, die schon mit der Verkündung rechtskräftig werden, ist nicht exceptio rei judicatae, sondern Einrede der Rechtshängigkeit. Wenn z. B. der verurtheilte Beklagte sofort freiwillig Urtheilssumme und Proceßkosten zahlt, hält vielleicht weder er noch der Kläger die Zustellung des Urtheils für nöthig. Das Urtheil wird daher nach § 645 nicht rechtskräftig, die freiwillige Unterwerfung des Beklagten hat diese Folge nicht. Wenn nun später der Kläger oder sein Rechtsnachfolger dieselbe Klage von neuem erhebt, so hat der Beklagte aus dem bezeichneten Grunde nicht die Einrede der Rechtskraft, aber aus demselben Grunde hat er die Einrede der Rechtshängigkeit, kann also Abweisung des Klägers durch proceßhindernde Einrede bewirken. War der Beklagte im ersten Proceß freigesprochen worden und hatte er die Zustellung des Urtheils für überflüssig erachtet, so hat derselbe ebenfalls gegen eine neue Klage nur die Einrede der Rechtshängigkeit. Der Kläger kann, bevor er seine zweite Klage erhebt, den Untergang dieser Einrede herbeiführen, indem er das Urtheil des ersten Processes noch zustellen läßt. Aber dann tritt entweder die unzerstörbare Einrede der Rechtskraft an Stelle der Rechtshängigkeitseinrede, oder der Kläger muß dem durch Berufung u. s. w. vorbeugen, ist also gezwungen, den alten zu seinen Ungunsten entschiedenen Proceß

---

zicht der Parteien auf Einspruch oder Rechtsmittel ein Urtheil nicht rechtskräftig macht, und noch viel weniger aus der bloßen Unthätigkeit der Parteien die Rechtskraft des Urtheils entstehen kann, folgt aus § 645, wonach Ablauf der Nothfrist zum Eintritt der Rechtskraft erforderlich, also die Zustellung des Urtheils, welche den Lauf der Nothfrist in Bewegung setzt, unerläßlich ist. Gegen die vermeintliche Selbstverständlichkeit der entgegengesetzten, mit § 645 unvereinbaren Ansicht richtet sich die folgende Abhandlung (II).

fortzusetzen, und immer noch von neuer Klage ausgeschlossen. Die Einrede der Rechtshängigkeit im Falle nicht zugestellten freisprechenden Urtheils schützt den Beklagten dann ebensogut, wie es die Einrede der Rechtskraft thun würde, — wenn der Kläger sich von der Fortsetzung des alten Processes (durch Rechtsmittel, bezw. Einspruch) nichts versprechen kann. Dies ist der Fall, wenn der thatsächliche Stoff in der ersten Instanz schon erschöpft und eine andere rechtliche Beurtheilung nicht zu erwarten ist; es ist ferner insbesondere bei oberlandesgerichtlichen Berufungsurtheilen der Fall, wenn zwar im Sinne des § 645 die Revision zulässig, aber nach den §§. 508. 511. 529 (vgl. § 474) unstatthaft ist; es ist allgemein der Fall, wenn auf Rechtsmittel oder Einspruch gültig und nachweislich verzichtet ist, denn obwohl solcher Verzicht nicht unmittelbar Rechtskraft herstellt (vgl. die folgende Abhandlung), so würden doch Rechtsmittel wie Einspruch auf Grund des nachgewiesenen Verzichts zu verwerfen sein.

Wenn in solchen Fällen die Einrede der Rechtshängigkeit nicht nur als Vorläuferin der exceptio rei judicatae auftritt, sondern sogar dauernd durch die erstere Einrede derselbe Zweck erreicht wird, dem die exceptio rei judicatae dienen würde, falls sie schon an Stelle der Rechtshängigkeitseinrede getreten wäre, — so werden wir an das Verhältniß der exceptio rei in judicium deductae zur exceptio rei judicatae erinnert. Ueberhaupt scheint es mir, als würde ein zu schroffer Gegensatz zwischen der exceptio rei in judicium deductae und der exceptio litis pendentis aufgestellt. Jene soll rein materielle, diese reine Proceßeinrede sein[40]). Aber beide stammen aus

40) Indem die exc. rei in judicium deductae den Untergang des Klagrechts geltend machte, die exc. litis pendentis die mehrfache gleichzeitige Verhandlung derselben Sache abwehrt. Die herrschende Ansicht sieht die erstere exceptio als schon vor Justinian verschwunden an. Neu und eigenthümlich ist die Meinung Wachs (Grünhuts Zeitschrift VII. S. 138), daß die Einrede der Rechtshängigkeit durch die Einlassung des Beklagten ihren Charakter verändere und von da an, wie die exc. rei in judicium deductae, die Proceßobligation gegen den Kläger geltend mache. Die C.P.O. kennt nur eine Einrede der Rechtshängigkeit, die nur auf der Rechtshängigkeit beruht. Die Rechtshängigkeit selbst

dem Proceßrecht. Der Satz: bis de eadem re ne sit actio ist ursprünglich Verbot einer zweiten legis actio, also der Wiederholung dieses Formalakts (Gajus IV. 108). Aus dem Satze: Nur ein Proceß über eine Sache! ergab sich, daß von der Litiscontestation an die Verwirklichung des klägerischen Rechts nur in diesem Processe, also bei Freisprechung des Beklagten, z. B. wegen plus petitio, oder beim Erlöschen des Processes gar nicht mehr eingeklagt werden konnte. Daher die Auffassung der Litiscontestation als privatrechtlicher, rechtsvernichtender Thatsache: tollitur obligatio litis contestatione (Gajus III. 180)[41]. Die Litiscontestation hatte also zwei Hauptwirkungen: sie zerstörte die actio, sie begründete das judicium. Die erstere privatrechtliche Wirkung verlor sie später, als nämlich das Proceßrecht gegen einen zweiten Proceß de eadem re nichts mehr einzuwenden hatte, vorausgesetzt, daß der erste Proceß irgendwie ohne Entscheidung der eadem res beendet war[42]. Der wesentliche Unterschied zwischen der Einrede der Rechtshängigkeit und der exceptio rei in judicium deductae beruht darauf, daß letztere auf die unabänderliche vergangene Thatsache der Litiscontestation gegründet, also selbst unvergänglich war, erstere dagegen eine Wirkung der Rechtshängigkeit ist, also mit der Rechtshängigkeit wegfällt. Beide entspringen aus proceßrechtlichen Sätzen: aber die exceptio rei in judicium deductae ist eine perpetua nec evitari potest; die Einrede der Rechtshängigkeit ist zwar keine Befristungseinrede, die nur auf bestimmte Zeit besteht (ad tempus nocet), aber wie alle aus Rechten, rechtlichen Verhältnissen oder Zuständen erwachsenden Einreden, fällt sie mit

---

wird freilich durch die Einlassung des Beklagten der einseitigen Verfügung des Klägers entzogen.

41) Es machte keinen materiellen Unterschied, ob die Consumtion ipso jure oder ope exceptionis stattfand, denn die Annahme, daß die exceptio rei in judicium deductae durch Verzicht oder sonstwie wieder hätte wegfallen können, ist unbegründet, s. meine Abhandlung in Iherings Jahrbüchern N. F. VII. S. 25 ff. bes. S. 35 ff.

42) Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht § 3.

diesem ihrem Grunde weg, kann also zwar ewig dauern, aber ist nicht nothwendig von ewiger Dauer. Eine materielle, auf den Anspruch selbst bezügliche Einrede ist sie nicht, da sie nicht der erfolgreichen Fortsetzung des wegen dieses Anspruchs anhängigen Processes, vielmehr nur anderweitiger Klageerhebung entgegensteht. Doch auch die auf res in judicium deducta gestützte Vertheidigung galt nur in einem etwaigen zweiten Proceß; das causa cadere in dem anhängigen Proceß erfolgte durch absolutio oder durch Erlöschen des judicium.

II. Werden Urtheile durch Parteiwillen rechtskräftig?

Während die Lehre von der sogenannten materiellen Rechtskraft, d. h. von den Wirkungen des rechtskräftigen Endurtheils, von vielen Seiten und in hervorragendster Weise bearbeitet worden ist, hat man der Lehre von den Voraussetzungen der Rechtskraft oder, wie man sagt: von der formellen Rechtskraft weit weniger Aufmerksamkeit zugewandt. Die diesbezügliche gemeinrechtliche Theorie und mehr noch die Auslegung, welche § 645 der R.C.P.O. gefunden hat, geben zu Bedenken Anlaß. Die praktische Frage, um deren willen die nachstehenden Betrachtungen angestellt werden, ist die, ob ein Urtheil, das einem Rechtsmittel oder dem Einspruch unterliegt, durch einen zulässigen Verzicht der Parteien auf solche Anfechtung unmittelbar und sofort rechtskräftig wird oder nicht.

1.

Unterdrücken wir vorläufig jeden Zweifel an dem Satze, daß nach dem vormaligen gemeinen Recht der Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel schon an sich, vor Ablauf des decendium, die Rechtskraft herstellte, so ist es doch keineswegs gleichgültig, ob man

1. solchen Verzicht den sonstigen Entstehungsgründen der Rechtskraft als grundsätzlich gleichberechtigt beiordnet,

oder 2. in diesem Verzicht den normalen Entstehungsgrund der Rechtskraft findet und eine anderweitig entstandene Rechtskraft aus „fingirtem Verzicht“ und „positiver Bestimmung“ herleitet,

oder 3. umgekehrt die Entstehung durch Verzicht als Ausnahme ansieht.

Die erste Auffassung liegt, wie mir scheint, den Darstellungen Savignys (System VI. S. 297 f.) und Wetzells (System 3. Aufl. S. 663. 705 f.), die dritte bei Renaud (Lehrbuch 2. Aufl. S. 462)[43]) zu Grunde. Als Vertreter der zweiten Auffassung seien Martin, Linde, Bayer, Osterloh genannt. So äußert sich Martin (Lehrbuch § 112): „Diese (die Rechtskraft) ist einigen wenigen Entscheidungsarten schon an sich durch specielle Gesetze verliehen und tritt alsdann sogleich bei Bekanntmachung der Entscheidung ein; bei den meisten aber wird sie erst durch Willensäußerungen der Parteien hervorgebracht, welche eine Unterwerfung unter das erfolgte Erkenntniß entweder wirklich zu erkennen geben oder doch die gesetzliche Fiktion derselben durch die Versäumung der zehntägigen Nothfrist begründen und das miteinander gemein haben, daß sie sämmtlich den Gebrauch ordentlicher Rechtsmittel ausschließen". Nach Linde (Lehrbuch § 366) erlangen die Urtheile Rechtskraft „in der Regel" durch ausdrückliche, stillschweigende oder gesetzlich fingirte Zustimmung der Parteien. „Deßhalb liegt der Grund der Rechtskraft nicht immer in der Voraussetzung der Untrüglichkeit des Richteramts". „Außerdem" sind rechtskräftig alle Entscheidungen, rücksichtlich welcher die Parteien schon vor Erlassung auf die Rechtsmittel verzichtet haben, ferner purificatorische Urtheile, Contumacialurtheile u. s. w. Bayer sagt (Vorträge § 139): „Ein Urtheil kann überhaupt auf doppelte Art rechtskräftig werden, nämlich I. durch den Willen der Parteien selbst, oder II. ohne ihren Willen kraft unmittelbarer gesetzlichen Vorschrift". Der Wille der Parteien hat entweder die Form des ausdrücklichen oder die des stillschweigenden Verzichts. Der stillschweigende Verzicht ist „ent-

43) „Die Regel, daß ein Urtheil jedenfalls erst mit Ablauf der Zeit für die Einlegung der Appellation rechtskräftig wird, erleidet jedoch zunächst eine Ausnahme in dem Falle eines vorher stattgefundenen Verzichts auf dieses Rechtsmittel". Vgl. auch Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprocesses (2. Aufl.) S. 182.

weder ein natürlicher oder ein gesetzlich fingirter". „Gesetzlich fingirt wird aber der Verzicht auf den Gebrauch oder die Fortsetzung ordentlicher Rechtsmittel in dem Falle, wenn eine Partei zehn Tage nach der Verkündung des Urtheils verstreichen läßt, ohne ein Rechtsmittel eingewandt zu haben, oder wenn sie nach geschehener Einwendung eine später eintretende Nothfrist in dem eingeleiteten Verfahren versäumt". Die Bevorzugung des Verzichts als Entstehungsgrund der Rechtskraft zeigt sich darin, daß der „gesetzlich fingirte Verzicht" von Bayer nicht unter II. gestellt, sondern als ein Fall der Wirksamkeit des Parteiwillens aufgezählt wird. Den tieferen Grund für diese, den Verzicht in den Vordergrund stellende Auffassung spricht Osterloh (Lehrbuch § 90) aus: „Nach der Natur der Rechte, welche den Gegenstand der Streitverhandlung bilden, und welche der willkürlichen Disposition der Parteien unterliegen, tritt diese Rechtskraft des Erkenntnisses . . . zunächst dann ein, wenn sich die Parteien dem publicirten Erkenntnisse ausdrücklich oder durch positive concludente Handlungen, aus denen diese Absicht deutlich erhellt, wenigstens stillschweigend unterworfen haben. Unterbleibt aber eine solche ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung, so wird dieselbe fingirt, sobald die Parteien die von der Eröffnung des Erkenntnisses an zu berechnende zehntägige Nothfrist unbenutzt verstreichen lassen" . . .

Diese Auffassung, als ob eigentlich nur der Verzicht oder doch in erster Linie der Verzicht im Stande sei, ein Urtheil rechtskräftig zu machen, gehört dem Kreise von Anschauungen an, gegen den Bülow in den „Civilprocessualischen Fiktionen und Wahrheiten" den Kampf eröffnet hat. Wie man lehrt, der Proceß komme durch die beiderseitige Erklärung des Streitwillens zu Stande, obwohl ein Proceß sich ohne jede Willensäußerung, ja, ohne Wissen des Beklagten abspielen kann, — wie hier die Fiktion der Litiscontestation den Widerspruch zwischen der Doktrin und dem geltenden Rechte verschleiert, so herrscht auch vielfach die Vorstellung, als folge die Rechtskraft nicht aus dem Wesen des Urtheils, als sei sie bei appellabeln Urtheilen nicht lediglich hinausgeschoben und durch

Nichtanfechtung binnen kurzer Frist bedingt, als bedürfe es vielmehr noch einer positiven Thatsache und zwar auch hier des Parteiwillens, um das Urtheil rechtskräftig zu machen. Daß durch Verzicht ein Urtheil rechtskräftig werde, gilt als selbstverständlich; daß es auch ohne Verzicht rechtskräftig werden oder sein kann, wird theils durch die Fiktion des Verzichts verhüllt, theils auf besondere gesetzliche Bestimmungen zurückgeführt. Es ist aber von der entgegengesetzten Ansicht auszugehen. Dem Richterspruch kommt seinem Wesen und Zweck nach materielle Rechtskraft zu, — wenn er kein bloßes Gutachten sein, nicht bloß die Ansicht eines Unparteiischen und Sachverständigen neben die entgegengesetzten Ansichten der Parteien stellen, wenn er vielmehr über ihnen stehend, den Streit aufheben, das Recht in concreto feststellen soll [44]). Dagegen ist die Einrichtung mehrerer Instanzen keine von der Idee des Rechts und Gerichts gebotene. Kannten doch das vorkaiserliche römische und das rein deutsche Recht die Appellation überhaupt nicht. Daß dieselbe Sache zweimal oder noch öfter verhandelt und entschieden werden darf, und erst nach Erschöpfung des Instanzenzugs der Richterspruch Rechtskraft erlangt, *das* ist eine „positive Einrichtung", bei der Vortheil

44) *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten § 99: „Aus dem Grunde der Constituirung des öffentlichen Richteramts ergiebt es sich, daß dasjenige, was bei dem Widerstreite der individuellen Urtheile der Parthieen über ihre Rechte von dem Richter als Recht erkannt wird, in dem Staate einzig als das wahre Recht betrachtet werden könne. Es muß nothwendig das Resultat der Richtersprüche, selbst wenn es von dem gelten sollenden (materiellen) Rechte noch so weit entfernt sein möchte, das in dem Staate einzig geltende (formelle) Recht der Parthien sein. Diese *Gesetzeskraft* der Richtersprüche (vis rei judicatae, Rechtskraft) würde in dem Augenblicke eintreten, wo der Richterspruch eröffnet worden ist, wenn nicht unsere Gesetze aus weiser Rücksicht auf die Unvollkommenheit menschlicher Institute und, um, so viel es möglich ist, auffallende Widerstreite zwischen dem förmlichen und wirklichen Rechte zu verhindern, das Recht mehrerer Instanzen eingeführt, und durch die Gestaltung der ordentlichen Rechtsmittel gegen die Sentenzen die Möglichkeit, binnen einer bestimmten Zeit diese Rechtskraft der Sprüche unterer Instanzen zu hemmen, eingeführt hätten".

und Nachtheil vom Gesetzgeber abgewogen werden müssen [45]), — nicht aber die materielle Rechtskraft selbst, deren Geltung nicht durch ihre „überwiegenden Vortheile" gerechtfertigt zu werden braucht [46]). Die Einführung oder das Sichentwickeln eines Instanzenzugs, — natürlich erst in einem ausgebildeteren Staatswesen möglich, — hat zur Folge, daß das erstinstanzliche, der Appellation ausgesetzte Urtheil nicht mehr gewiß und sofort Rechtskraft hat, sondern sie nur, wenn es unangefochten bleibt, also erst nach Ablauf der Frist, binnen welcher die Anfechtung gestattet ist, beschreitet [47]). Bloß für höchstinstanzliche und andere, aus irgendwelchen Gründen Rechtsmitteln nicht ausgesetzte Endurtheile bleibt es bei dem Ursprünglichen und Natürlichen, der unbedingten, unbefristeten Rechtskraft. Da es nun bei jenen appellabeln Urtheilen für die Parteien außerordentlich leicht ist, die Entstehung der Rechtskraft zu hindern, so liegt der Fehler nicht fern, die von den Parteien *nicht verhinderte* Rechtskraft, als durch sie *hervorgebracht* zu denken, — eine Ungenauigkeit in der Erfassung des juristischen Causalzusammenhangs [48]), die an

45) Wie es z. B. betreffs der Zulassung der Berufung gegen die Urtheile der Amtsrichter in unsern Tagen geschehen ist.

46) Gegen diese Betrachtungsweise Savignys s. Bülow in dieser Zeitschrift LXII. S. 75 ff., bes. S. 92 ff.

47) Bethmann-Hollweg, der römische Civilproceß II. S. 701: „Der Begriff der res iudicata ist dadurch wesentlich modificirt; dafür, d. h. für rechtskräftig entschieden kann eine Sache jetzt erst dann gelten, wenn eine Abänderung des Urtheils durch Appellation, sei es durch Ablauf ihrer Fristen, sei es durch Erschöpfung des geordneten Instanzenzuges, ausgeschlossen ist".

48) Gegen Ausdrücke, wie sententiam silentio corroborare, sententiae acquiescere, ist nichts einzuwenden, sofern sie nur eine Umschreibung für die Versäumniß des decendium und nicht eine juristische Construction sein wollen, aus der weitere Schlüsse gezogen werden dürften. Den Gedanken, daß im Falle versäumter Interpositionsfrist eine stillschweigende Willenserklärung Entstehungsgrund der Rechtskraft sei, trägt Harscher von Almendingen, [Metaphisik (sic!) des Civilprocesses S. 155 ff.] als ganz neu und seiner Meinung nach höchst fruchtbar vor. Gönner (Handbuch III. S. 173) unterscheidet Verzicht und Fristablauf als *verschiedene* juristische Thatsachen; rechtsphilosophisch sucht er „Strafen des Ungehorsams, Präclusionen, Beschluß der Sache, Rechts-

ſtrafrechtliche Irrthümer über „Begehung durch Unterlaſſung“ erinnert. Hat man aber für die Rechtskraft appellabler Urtheile, welche nach Erfüllung einer rein negativen Bedingung, (daß nicht binnen zehn Tagen appellirt werde), eingetreten iſt, einen beſondern Entſtehungsgrund außerhalb des Urtheils, nämlich den angeblichen Verzicht, ſo muß man das Bedürfniß fühlen, wo ohne Verzicht Rechtskraft eintritt, ebenfalls einen beſondern Entſtehungsgrund für die Rechtskraft zu ſuchen: ſie ſcheint dann dem Urtheil durch beſondere Geſetze ausnahmsweiſe verliehen zu ſein. Bei Martin und Linde wird gerade derjenige Fall, wo der Verzicht als poſitive Thatſache wirkt, der Fall nämlich, wo der vor dem Urtheil erklärte Verzicht das Urtheil zu einem letztinſtanzlichen macht[49]), der Gruppe von Fällen zugezählt, wo beſondere geſetzliche Beſtimmungen ſchon dem verkündeten Urtheil Rechtskraft verleihen; dagegen ſehen ſie eine Wirkung des Verzichts da, wo es nur auf die Verſäumung der Nothfriſt ankommt.

Wie eben erwähnt, machte ein vor dem Urtheil im Gericht erklärter Rechtsmittelverzicht das Urtheil nach römiſchem Recht inappellabel, und zwar der einſeitige Verzicht, natürlich nur für die verzichtende Partei. Daß die Auffaſſung zu Grunde liegt, der Richter erkenne hier für die betreffende Partei als letztinſtanzlicher, erhellt aus dem Zuſammenhang der angeführten Stelle von Ulpian:

pr: Tractandum est, a quibus appellare non licet.

§ 1: Et quidem stultum est illud admonere, a Principe appellari fas non esse, quum ipse sit, qui provocatur.

---

kraft“ durch den Verzichtsgedanken mit dem „Grundſatz der wechſelſeitigen Rechtsvertheidigung“ in Einklang zu bringen (I. S. 138), hier wird alſo nicht an das Rechtsgeſchäft des Verzichts gedacht, vgl. auch III. S. 190: „Inſoweit als Verzicht der Grund aller nachtheiligen Folgen iſt, welche aus verabſäumten gerichtlichen Handlungen entſtehen, leitet Bonifaz VIII. (c. 6 in VI° de app.) mit Recht auch bei verabſäumten Nothfriſten den Verluſt des Rechtsmittels aus einem Verzichte ab, und es iſt ſehr gleichgültig, ob man den Verzicht einen ſtillſchweigenden oder einen erdichteten nennt.“

49) L. 1 § 3 a quibus appellare non licet (49, 2).

§ 2: Sciendum est appellari a Senatu non posse Principem, idque Oratione Divi Hadriani effectum.

§ 3: Si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.

§ 4: Interdum Imperator ita solet iudicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio saepissime a Divo Marco iudices datos. An et alius possit ita iudicem dare, videbimus; et puto non posse.

Es ist zu bedauern, daß die R.C.P.O. diesen Fall des Rechtsmittelverzichts nicht behandelt hat [50]). Einen der Urtheilsverkündung vorausgehenden, vor dem Gericht erklärten Verzicht könnte das Gericht prüfen; es könnte sich, wenn es ihn gültig befindet, in dem Urtheil als in letzter Instanz erkennend bezeichnen. Ein solches Urtheil schon mit der Verkündung rechtskräftig sein zu lassen, wäre unbedenklich gewesen, während es bedenklich ist, einen nach Erlassung des Urtheils erklärten Verzicht das Urtheil rechtskräftig machen zu lassen [51]).

Ob appellable Urtheile [52]), deren Rechtskraft also nicht mit der Verkündung eintritt, sondern bedingt ist durch Nichteinlegung der Appellation innerhalb der Nothfrist, — ob diese auch vor Ablauf der letzteren durch den Willen der Parteien Rechtskraft erlangen können, das ist eine von den alten gemeinrechtlichen Quellen nicht beantwortete, von der R.C.P.O. meines Erachtens verneinte Frage.

Aus der Zulässigkeit des Verzichts auf die Appellation, aus seiner Verbindlichkeit für den Verzichtenden folgt noch

50) Nach den Motiven (zu C.P.O. § 475) S. 300 wollte man weder den einseitigen Verzicht vor dem Urtheil für bindend erklären, noch den vorherigen vertragsmäßigen Verzicht auf die Berufung ausschließen. Die Materie galt als eine civilrechtliche.

51) Denn während im ersteren Falle das Urtheil selbst sich als rechtskräftig bezeichnen würde, fiele im zweiten Falle dem Gerichtsschreiber, der das Zeugniß über die Rechtskraft zu ertheilen hat, die Untersuchung zu, ob ein Verzicht vorliegt und zu Recht besteht.

52) Zu denen das durch vorherigen Verzicht inappellabel gewordene nach Ulpian nicht zu rechnen ist.

nicht seine unmittelbare processuale Wirkung. Verlangt man nach dem „heutigen römischen Recht“ für die obligatorische Kraft eines Vertrags auch weiter nichts, als daß sein Inhalt nicht unmöglich, nicht rechtswidrig, nicht unsittlich sei, so versteht sich die dingliche, erbrechtliche, processuale, strafrechtliche u. s. w. Wirkung eines Vertrags niemals von selbst [53]). Es sind besondere Fälle, wo dem Vertrage mehr als obligatorische Wirkung zukommt: pactum hypothecae, Servitutenbestellung, Erbvertrag . . . Aus proceßrechtlichem Gebiete gehören hierher die Vereinbarung eines Gerichtsstandes und die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle. Diese begründen nicht bloß (oder überhaupt nicht) Handlungs- oder Unterlassungsobligationen, also eventuell Schadensersatzpflicht, sondern die erstgenannte Vereinbarung schafft einen der Unzuständigkeitseinrede entzogenen Gerichtsstand (C.P.O. § 38) [54]), und § 228 der C.P.O. kann in dem Titel über „Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens“ nicht bloß den Sinn haben, die ge-

---

53) Zur Stellung eines Strafantrags ist man nicht verpflichtet, der vertragsmäßige Verzicht darauf ist an sich nicht unsittlich. Dennoch glaube ich, daß einem Strafantrag Folge gegeben werden muß, auch wenn der Antragsteller vorher darauf verzichtet hatte.

54) Es ist zu bedauern, daß die Absicht der Motive S. 68 bezüglich der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes nicht im Gesetz ausgedrückt wurde. Aus den Worten des § 38 folgt nicht, daß die Parteien durch Vereinbarung den zuständigen Gerichten die Zuständigkeit entziehen können. Wenn nun bei einem zuständigen Gericht Klage erhoben wird, obwohl ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts für das betreffende Rechtsverhältniß vereinbart war, so kann der Beklagte aus dieser Vereinbarung nicht die Einrede der Unzuständigkeit, sondern nur einen etwaigen Entschädigungsanspruch ableiten. Freilich steht, wie die Motive sagen, § 38 der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes nicht entgegen: aber wo finden wir den Rechtssatz, der dieser Vereinbarung eine unmittelbar processuale Wirkung beilegte? der den Beklagten berechtigte, die bei einem gesetzlich zuständigen Gericht erhobene Klage auf Grund eines Privatvertrags abzulehnen? Interpretation und Praxis halten sich hier wie in ähnlichen Fällen an die aus dem Gesetz nicht nachweisliche „Absicht des Gesetzgebers“. Auf diese Verletzung der wissenschaftlich anerkannten Auslegungsgrundsätze scheint geradezu gerechnet worden zu sein.

nannte Vereinbarung für privatrechtlich bindend zu erklären. Der Vertrag über das Ruhen des Verfahrens erzeugt nicht nur die „Einrede des verfrühten Proceßbetriebs", sondern ist, wenn gerichtskundig, von Amtswegen zu beachten als eine Aufhebung (bezw. Hemmung) des Proceßrechtsverhältnisses, gleich der Unterbrechung und der Aussetzung des Verfahrens.

Der Verzicht auf die Appellation hatte sonst wie jetzt insofern processuale Wirkung, als die dem Verzicht zuwider eingelegte Appellation von vornherein, (schon vom Unterrichter), als unstatthaft zurückzuweisen war, wenn der Verzicht und seine Gültigkeit dem Unterrichter bekannt oder bewiesen waren, und als jedenfalls der Appellat, wenn es doch zur Introduction kam, und der Oberrichter sie zuließ, sich auf den Verzicht berufen und Abweisung der Appellation verlangen konnte. Dagegen ist weder in den römischen noch in den canonischen Quellen noch in deutschen Reichsgesetzen gesagt, daß vor Ablauf der Appellationsfrist Rechtskraft durch Verzicht entstehen solle. Durch keine Vorschrift dieser Quellen ist dem sicheren Merkmale der Rechtskraft, das in dem Ablauf der nicht benutzten Appellationsfrist liegt, das unsichere Merkmal gleichgestellt worden, das in dem Verzicht, als einem bestreitbaren Rechtsgeschäft, liegen würde. Den römischen Juristen ist ja der Begriff, wie der Ausdruck des transire in rem iudicatam fremd. Res iudicata lag vor, sobald das Urtheil gesprochen war[55]). Appellation war innerhalb zweier (bez. dreier) Tage gestattet, Execution (der Geldcondemnation) erst nach dreißig Tagen. Die Frage, ob der Verzicht das Urtheil schon vor Ablauf der Appellationsfrist rechtskräftig mache, hätte einen praktischen Sinn nur in dem (wohl nie vorgekommenen) Falle gehabt, wenn eine Partei vor Ablauf des biduum

55) Deßhalb wird auch nach heutigem gemeinem Civilrecht, wenn das Urtheil unangefochten geblieben und rechtskräftig geworden ist, das Datum der Urtheilsverkündung für den Beginn der Urtheilswirkungen maßgebend sein. Der Eintritt der Rechtskraft ist an die Erfüllung einer gesetzlichen Bedingung geknüpft (R.C.P.O. § 645); ob hinsichtlich der privatrechtlichen Wirkungen die Erfüllung dieser Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist nicht nach der C.P.O. zu entscheiden.

oder triduum schon in die Lage gekommen wäre, sich in einem andern Proceß auf res iudicata zu berufen und dies mit Beziehung auf einen Appellationsverzicht gethan hätte. Und hier wäre die Frage auch nur gewesen, ob sie sich schon auf res iudicata oder noch auf res in iudicium deducta zu stützen hätte. Justinian erweiterte die Appellationsfrist auf zehn Tage (Nov. 23), nachdem er schon vorher die gesetzliche Zahlungsfrist des Verurtheilten auf vier Monate verlängert hatte (l. 2 C. de usur. rei jud. 7, 54). Bei Verurtheilungen zu einem dare, tradere, restituere, exhibere wurde (regelmäßig) sofortige Erfüllung anbefohlen (§ 2 J. de off. iud. 4, 17); doch mußte gewiß das biduum oder triduum noch freier Ueberlegung des Verurtheilten offen bleiben. Nun hat Justinian bei Einführung des decendium nicht verordnet, daß der Verzicht solche Urtheile schon vor dem zehnten Tage vollstreckbar mache; sonst würde er auch eine Form vorgeschrieben haben, durch welche ein solcher Verzicht zuverlässig beurkundet worden wäre [56]). Eine Nachahmung der von Justinian selbst für Schiedssprüche eingeführten subscriptio partium lag nahe genug [57]). Die canonischen Quellen erwähnen den uns

---

56) Denn auch für einen dem Urtheil vorausgehendem Verzicht verlangt Justinian Schriftlichkeit, (auch Gegenseitigkeit l. 5 § 6 C. de temp. et repar. 7, 63 v. J. 529). Diese Constitution handelt im pr. und §§ 1—5 von den dies fatales, den gesetzlichen Terminen, für die Einführung der Appellation beim Oberrichter. Zum Schluß die Bestimmung: Sin autem partes inter se scriptura interveniente paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire vel ullum fatale observare, eorum pactionem firmam esse censemus. Es ist nicht wahrscheinlich, daß dabei an einen innerhalb des biduum oder triduum abgeschlossenen Vertrag gedacht sei. Ueber die Folgen des Vertrags sagt die Stelle nichts.

57) L. 4 § 6 C. de rec. arb. 2, 56 (a. 529): Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit *ἐμμένειν* vel *πληροφορεῖν* vel *διδόναι* — etsi non adiecerit *ὁμολογῶ*, et sic omnimodo per actionem in factum compelli ea facere, quibus consensit, d. h. der andre Theil kann auf Erfüllung klagen, auch wenn der Schiedsspruch nicht infolge beschworenen Schiedsvertrags erging (vgl. die vorhergehenden §§ der Stelle). Nach l. 5 pr. C. eod. (a. 530) erzeugt der (nicht vorher durch Eid u. s. w. bestärkte) Schiedsspruch actio und exceptio nur dann, wenn er

intereſſirenden Verzichtsfall nicht (Wetzell, Syſtem § 54. A. 20); hier und bei den alten Proceſſualiſten finden wir nur den Satz, daß das Urtheil, wenn die Appellation nicht eingelegt wird, nach zehn Tagen die Rechtskraft beſchreitet[58]). Die neuere Anſicht[59]), daß durch Verzicht auf die Appellation das

---

entweder durch subscriptio homologirt iſt, oder zehn Tage verfloſſen ſind, ohne daß eine Partei dem (künftig etwa anzugehenden) Richter (iudex, nicht arbiter) oder dem Gegner gegenüber gegen den Schiedsſpruch proteſtirt hat. — Als Juſtinian für die Appellation gegen Urtheile das decendium einführte, hat er nichts der subscriptio ähnliches für Urtheile geſchaffen; ſtillſchweigend Neuerungen zu treffen, war aber nicht ſeine Art. — Es iſt bemerkenswerth, wie Tancredus (Bergmann, p. 289) ſich an die Quellen hält, und nur von der sententia arbitri compromissarii ſagt, daß ſie expressa partium voluntate vel tacito decem dierum consensu zu einem Vollſtreckungstitel werde, während richterliche Urtheile bloß durch Zeitablauf die Rechtskraft erlangen und vollſtreckbar werden (p. 289).

58) S. c. 13, 15 X. de sent. et re jud. 2, 27, die Gloſſen hierzu und zur Rubrik. — Incertus auctor de ordine judiciorum (Haenel p. 51): Si quis ante sententiam omni renunciaverit appellationi, omnino amisit provocationis auxilium (vgl. oben S. 291). Sententia lata intra X dies executioni mandanda non est, in quibus deliberet is, contra quem pronunciatum est, utrum velit appellare. — Tancredus (Bergmann p. 289). — Gratia (ib. p. 384): Judex tamen intra decem dies sententiam exequi non debet, quia non transit intra illos in rem judicatam. — Durantis (L. II. part. III. de execut. sent. § 5) zählt die Fälle auf, wo ſchon vor Ablauf des decendium vollſtreckt werden kann; ebenſo behandelt Urbach (Muther p. 272s) die Fälle, wo das Urtheil ſogleich die Rechtskraft beſchreitet. Unſeres Verzichtsfalles gedenken ſie nicht, und eine Entſtehung der Rechtskraft innerhalb der zehn Tage hat keinen Platz in ihrem Syſtem, wonach das Urtheil entweder post decendium oder statim oder numquam rechtskräftig wird. — S. endlich Scaccia, de sententia et re judicata (gedruckt 1670; gl. XIV. qu. 2. n. 3), wo vorgeführt wird, auf welche Weiſe anders, als durch Ablauf des decendium die Rechtskraft entſtehen könne.

59) Sie findet ſich nicht bei Ludovici, Claproth; (bei Eſtor widerſprechen ſich § 897 und § 899). Gönner ſpricht nur von „Verhinderung der Rechtsmittel" durch Verzicht. Die Anſicht erhielt in Bayern 1753 Geſetzeskraft (ſ. d. folg. Anm.). Sie begegnet bei Danz, Liedefett, Harſcher v. Almendingen; hervorzuheben iſt, daß Hefter (Syſtem § 269) ſich davon frei gehalten hat.

Urtheil vor Ablauf des decendium rechtskräftig werde, tritt immer als rein theoretische Behauptung auf, ohne daß auf die praktische Gestaltung der Sache eingegangen wird. Fehlt es doch an jeder quellenmäßigen Grundlage. Was hat zu geschehen, wenn vor Ablauf der Frist Vollstreckung begehrt wird mit Hinweis auf einen angeblichen Verzicht der verurtheilten Partei? Soll der Richter, statt einfach den Kläger sich einige Tage gedulden zu lassen, sogleich in eine Untersuchung eintreten, ob ein solcher Verzicht geleistet und ob er gültig ist? Welche processualen Grundsätze (bezüglich des Gehörs für den Gegner u. dergl.) gelten für diese Untersuchung? Dieselbe erweist sich als eine ganz unnütze Mühe, wenn darüber das decendium verstreicht, ohne daß der Verurtheilte appellirt. Appellirt aber derjenige, der angeblich verzichtet hat, so kommt die Frage nach Bestand und Gültigkeit dieses Verzichts sowieso zur richterlichen Cognition. Will man nun dem Richter zumuthen, sich mit dieser Frage schon zu beschäftigen, ehe man noch weiß, ob überhaupt Appellation eingelegt werden wird, — bloß damit der Kläger ein paar Tage früher zur Vollstreckung kommt? zumal, da dieser Zeitgewinn mehr als ungewiß ist? Jede concretere Betrachtung der angeblich durch Verzicht unmittelbar eintretenden Rechtskraft muß uns in der Ueberzeugung bestärken, daß die Gesetze eine geeignete Form für solchen Verzicht hätten angeben müssen, wenn sie ihm gleiche Wirkung wie dem Ablauf der Nothfrist verleihen wollten [60]), — daß, wenn man es so ausdrücken will, für einen wirklich vorhandenen Verzichtswillen die Nichteinlegung der Appellation während der Nothfrist die einzige gesetzlich anerkannte Erklärungsform ist.

60) Particularrechtlich ist allerdings das letztere ohne das erstere geschehen: Bayerische Gerichtsordnung, Cap. XIV. § 11: „Wenn der Bescheid mit Worten oder Werken einmal agnoscirt oder wenigstens kein rechtmäßiges remedium juris ordinarium für die Partei mehr übrig ist, so erlangt derselbe vollständige Rechtskraft, zu Latein: vim rei judicatae."

Interessant ist die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals [61]) in unserer Frage, für welche die Allgemeine Gerichtsordnung in Th. I. Tit. 16 § 1 keine andere Grundlagen bietet, als das vormalige gemeine Recht. Das Gesetz sagt, daß durch Ablauf der Nothfrist Rechtskraft eintritt, — sagt nicht, ob vorher durch Verzicht Rechtskraft erzeugt werden kann. Ein Präjudiz des I. Senats v. 6. März 1843 (Pr. 1279) entschied, der ausdrückliche Verzicht könne innerhalb des Laufs der gesetzlichen Frist zurückgenommen und das Rechtsmittel noch eingelegt werden. Hier liegt die Auffassung zu Grunde, die ganze Nothfrist müsse den Parteien zur freien Ueberlegung bleiben, die Partei selbst könne sich nicht innerhalb der Frist schon des Rechtsmittels entschlagen. Das Plenum entschied am 18. Febr. 1856 (Pr. 2658): „Die ausdrückliche Erklärung einer Partei, sich bei einem im Civilprocesse ergangenen Erkenntnisse, gegen welches ein an eine Proceßfrist gebundenes Rechtsmittel zuständig ist, beruhigen zu wollen, kann auch innerhalb des Laufes dieser Frist nicht mehr zurückgenommen werden, sobald dieselbe einmal beim Gerichte abgegeben worden ist. Das Urtel beschreitet vielmehr in Folge dieser Erklärung die Rechtskraft." Man beachte, wie hier das Obertribunal, um dem Verzicht diese unmittelbar processuale Wirkung geben zu können, sofort eine authentische Form für denselben verlangt. Diese beiden Präjudizien stellen zwei Extreme dar: nach dem ersten bindet der Verzicht gar nicht, nach dem zweiten macht er das Urtheil rechtskräftig. Die richtige Ansicht dürfte nach dem oben Ausgeführten in der Mitte liegen. Die Rechtskraft tritt vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht ein [62]), aber auf Grund des nachgewiesenen Verzichts ist eventuell das Rechtsmittel abzuweisen.

Ungefähr den Standpunkt, den ich als denjenigen der römischen Quellen betrachte, vertritt Frantz (der preußische Civilproceß § 139, S. 20): „Andere Urtheile, welche nicht in letzter Instanz ergangen, erlangen die Rechtskraft erst dadurch, daß sie Urtheile letzter Instanz werden, indem die Parteien sie entweder nicht mit den zulässigen Rechtsmitteln angreifen (§ 1 Tit. 16 der Pr.O.) oder durch Compromiß das Urtheil sofort in letzter Instanz fällen lassen", — nur daß nach der l. 1 § 3 cit. 49, 2 nicht Compromiß erforderlich, sondern einseitiges profiteri genügend ist. Koch (der preußische Civilproceß § 343, S. 629) tritt dem Plenum des Obertribunals bei und bemerkt (Anm. 7): „Der Cod. Frid. III. 39 § 3 n. 3 sprach den Satz aus: Der Grund, warum nach Verlauf der Einlegungsfrist keine Berufung mehr zulässig ist, ist stillschweigende Gutheissung. — Ausdrückliche Zufriedenheitserklärung muß mithin die Rechtskraft sogleich zur Folge haben."

---

61) Entscheidungen XXXII. S. 12 ff.

62) So auch Rescript vom 10. Nov. 1836 (Mannkopff II. S. 70). Das O. T. geht von der Annahme aus, daß § 1 Tit. 16 der A.G.O. Th. I. andere Entstehungsweisen der Rechtskraft nicht ausschließen wolle.

2.

Im modernen Proceßrecht hat die Frage, ob das Urtheil vor Ablauf der Anfechtungsfrist durch den Parteiwillen Rechtskraft erlangen könne, an Bedeutung gewonnen. Wo das französische Contumacialsystem gilt, läuft nun auch für Versäumnißurtheile eine Frist, binnen welcher ihre Aufhebung verlangt werden kann. So werden nach der R.C.P.O. bloß die contradictorischen letztinstanzlichen Endurtheile sogleich mit der Verkündung rechtskräftig; für alle andern Urtheile besteht die Frage, ob sie durch Parteiwillen *vor* Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist zur Rechtskraft erhoben werden können. Und diese Frage ist im modernen Recht wichtiger, weil die Fristen, (nach der R.C.P.O. sogar die Einspruchsfrist), länger sind als das Justinianische Fatale. Für die Proceßrechte, welche die Frist erst von der Zustellung des Urtheils laufen lassen, fragt sich, ob diese Zustellung durch Verzichtleistung auf die Anfechtung des Urtheils überflüssig wird, indem die Rechtskraft hiedurch schon unmittelbar eintrete. Endlich ergiebt sich für die Gesetze, welche wie die R.C.P.O. die Urtheilszustellung, von welcher der Fristenlauf abhängt, dem Parteibetrieb überlassen, der Satz: wenn nur durch Ablauf der Frist Rechtskraft hergestellt wird, so kann nur das *zugestellte* Urtheil rechtskräftig werden. Unterbleibt die Zustellung, so tritt die Rechtskraft *nie* ein.

Völlige Sicherheit gegen eine nochmalige Klage erlangt der freigesprochene Beklagte nur, wenn er das Urtheil zustellen läßt und so den Ablauf der Anfechtungsfristen herbeiführt. Nicht bloß die Fristen für Rechtsmittel, für den Einspruch, für Ergänzungsanträge (§ 292) laufen von der Urtheilszustellung an, sondern im Falle des § 542 N. 4 auch die Nothfrist für die Nichtigkeitsklage. In den andern Fällen beginnt für die Wiederaufnahmeklagen (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) die Nothfrist nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils, und werden dieselben unstatthaft nach fünf Jahren von der Rechtskraft an gerechnet (§ 549). Die einjährige Frist, nach deren Ablauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht mehr

beantragt werden kann, wird vom Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet (§ 212, Abs. 3). Immer also ist es mittelbar oder unmittelbar die Zustellung des Urtheils, welche den die Urtheilsanfechtung ausschließenden Fristenlauf in Bewegung setzt. Läßt eine Partei das ihr günstige Urtheil dem Gegner nicht zustellen, und erfolgt auch von dessen Seite die Zustellung nicht, so kann jene Partei nach beliebig langer Zeit noch durch Einspruch oder Rechtsmittel überrascht werden, da die Präclusivfrist noch nicht zu laufen begonnen hat; es kann nach dem Tode einer oder beider Parteien noch eine Aufnahme des Verfahrens zum Zweck des Einspruchs oder Rechtsmittels stattfinden. Ist in der Zwischenzeit auf die Anfechtung des Urtheils Verzicht geleistet worden, und ist dieser Verzicht beweisbar, so sind Einspruch oder Rechtsmittel zurückzuweisen; aber daraus, daß die Gegenpartei bisher keinen Angriff auf das Urtheil unternahm, läßt sich nicht folgern, daß sie einen Verzichtswillen erklärt habe, mag ihre Unthätigkeit auch noch so lange gedauert haben. Es ist ja eben dem Belieben der Parteien überlassen, ob und wann sie den Lauf der Nothfrist veranlassen wollen.

Sehen wir von der Möglichkeit eines solchen, je später, desto ungelegener kommenden Angriffs auf das Urtheil ab, so ist es immerhin eine beachtenswerthe Frage, ob die siegreiche Partei, um ein rechtskräftiges Urtheil zu erlangen, das Urtheil zustellen lassen und das Ende der Nothfrist abwarten muß, oder ob ein Verzicht des Beklagten sie dieser Bedingung enthebt. Gleichwohl wird diese Frage in den modernen Prozeßordnungen nicht ausdrücklich entschieden.

Der Code de procédure civile sagt überhaupt nicht, wodurch und wann Rechtskraft eintritt; doch berechtigt eine Stelle des Titre du faux incident civil zu dem Schluß, daß der Code das acquiescement formel dem Ablauf der Rechtsmittelfrist gleichgestellt denkt:

> tant que le condamné sera dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation, ou qu'il n'aura pas *valablement et formellement acquiescé* au jugement (art. 241).

Die durch den Code nicht abgeänderte Bestimmung der Ordonnance civile von 1667 lautet (XXVIII. 5):

> Les sentences et jugemens qui doivent passer en force de chose jugée, sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est plus recevable, soit que les parties y eussent *formellement acquiescé*, ou qu'elles n'en eussent pas interjeté l'appel dans le temps ou que l'appel ait été déclaré péri.

Die Gerichte, denen die Ordonnance civile buchstäblichen Gehorsam anbefohlen und sogar alles Interpretiren verboten hatte (I. 7), faßten das formellement aquiescé folgendermaßen auf:

> Il n'est pas besoin pour cela d'un acquiescement formel; il suffit qu'il se puisse présumer par la conduite de la partie [63]),

und ebenso leicht nimmt man es mit dem acquiescement formel des Code [64]).

Nach der württembergischen P.O. (Art. 642) und

---

63) Jousse, Nouveau Commentaire zu XXVIII. 5. — Der Grund dieser Begünstigung des acquiescement war wohl nicht, daß man für den Fall freiwilliger Unterwerfung unter das Urtheil dessen Zustellung entbehrlich machen wollte, sondern er ergiebt sich aus der ungeheuren Länge der nach der Zustellung laufenden Rechtsmittelfristen. Nachdem das Urtheil erst dem Anwalt, dann der Partei zugestellt ist, läuft für den Appell eine zehnjährige, bei Kirchen, milden Stiftungen und andern Privilegirten eine 20jährige Frist. Läßt man 3 Jahre nach der Zustellung den Gegner formell zum Appell sommiren, so läuft von da ab nur noch eine 6monatliche Frist. Kirchen u. s. w. dürfen erst 6 Jahre nach der Urtheilszustellung sommirt werden. Stirbt der Gegner, so bedarf es gegenüber seinem Universal- oder Beneficialsuccessor neuer Sommation, die erst ein Jahr nach Eintritt der Succession geschehen darf. Gegen Minderjährige und im Dienst des Königs Abwesende läuft überhaupt keine Frist (XXVII. 12—17). Und dabei hält Jousse (zu den dix ans des art. 17) die Bemerkung für nöthig: Ces termes sont trop précis pour en vouloir changer la disposition en étendant jusqu'à trente ans la faculté d'appeler!

64) Auch die dreimonatliche Rechtsmittelfrist des Code (a. 443; seit 1862 auf zwei Monate verkürzt) ließ eine Erfrühung der Rechtskraft durch acquiescement wünschenswerth erscheinen.

nach der bayrischen (Art. 764) sind Urtheile rechtskräftig, wenn sie der Anfechtung durch Berufung oder Einspruch überhaupt nicht oder zur Zeit nicht mehr unterliegen. Der letztere Ausdruck kann sich ebensowohl auf den Fall des Verzichts als auf die Versäumniß der Frist beziehen. Die badische P.O. verlangt Ablauf der Nothfrist; dem Verzicht auf das zulässige, noch nicht ergriffene Rechtsmittel giebt sie keine unmittelbare Wirkung:

> § 371: Die Rechtskraft des Urtheils nimmt ihren Anfang vom Ablaufe der zur Anzeige der Appellation gesetzlich bestimmten Frist, wenn keine solche Anzeige erfolgt ist; andernfalls von der Eröffnung der im letzten Rechtszuge erfolgten Entscheidung oder von der Zeit an, wo der Rechtszug erloschen ist, oder wo auf das ergriffene Rechtsmittel verzichtet, oder dieses für verfallen erklärt und die Wiederherstellungsfrist abgelaufen ist.

Versäumnißerkenntnisse dürfen nicht vor Ablauf der Wiederherstellungsfrist vollzogen werden, sie seien denn vorläufig vollstreckbar (§ 221). Ferner hat § 946 des preußischen Entwurfs von 1864 eine Fassung, welche die unmittelbare Wirkung des Verzichts ausschließt:

> „wenn das Urtheil von der Partei weder mit dem Rechtsmittel der Berufung noch mit dem des ordentlichen Einspruchs angefochten werden kann, sei es, daß diese Rechtsmittel überhaupt nicht zulässig oder innerhalb der Nothfrist nicht eingelegt sind."

Auch die Motive zu diesem § bestätigen, daß eine dritte Entstehungsart der Rechtskraft: durch Verzicht auf das zulässige Rechtsmittel, innerhalb der Nothfrist — nicht gewollt worden ist. Der (s. g. hannöversche) Entwurf einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten läßt in § 642 (erster und zweiter Lesung) das Vollstreckungsverfahren stattfinden auf Grund

> „1) von Urtheilen, welche der Berufung überhaupt oder zur Zeit nicht mehr unterliegen,
> 2) . . . 3) von Versäumnißurtheilen nach unbenutztem Ablaufe der Frist für die Erhebung des Einspruchs".

Hier ist also für contradictorische Urtheile die Erzeugung der Vollstreckbarkeit durch Berufungsverzicht, wie es scheint, zugelassen, für Versäumnißurtheile dagegen wird der Ablauf der Einspruchsfrist gefordert, — wie ja auch die französischen Gesetze des acquiescement nur mit Bezug auf appellable, bez. durch requête civile oder Cassationsrecurs angreifbare Urtheile gedenken, dagegen für die Versäumnißurtheile art. 155 des Code de procédure civile bestimmt, daß sie nicht vor Ablauf der Frist für die opposition vollstreckt werden dürfen. Der norddeutsche Entwurf § 883 gewährt Vollstreckung

> „aus Endurtheilen, welche weder dem Einspruche noch der Berufung unterliegen oder durch diese Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar sind"

wie die württembergische und bayrische P.O. Schon der deutsche Entwurf von 1871 enthält jedoch in § 569 den Satz, der in § 645 der R.C.P.O. Gesetz geworden ist:

> „Die Rechtskraft der Urtheile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein".

Dieser Wortlaut kann weder den Eintritt der Rechtskraft durch Verzicht in sich enthalten, wie vorher angeführte Stellen, noch duldet er, wie die römischen und canonischen Quellenstellen oder die A.G.O. Preußens (§ 1 Tit. 16 Th. I.) neben sich den Satz, daß die Rechtskraft auch vor Ablauf der Frist durch Verzicht eintreten könne[65]). Zum Ueberfluß ergiebt sich noch aus den Motiven zu § 646 des Gesetzes, (schon aus den Motiven zu § 570 des Entwurfs von 1871), daß der Verzicht nicht als Entstehungsthatsache für die Rechtskraft angesehen worden ist. Die Feststellung der Rechtskraft ist nach den Motiven S. 394 so einfach, „daß sie ohne Be-

---

65) Abweichende Rechtssätze gelten im Strafproceß. Hier ist für sicheren und baldigen Eintritt der Rechtskraft dadurch gesorgt, daß Berufung und Revision binnen einer Woche von der Verkündung des Urtheils an zu erheben sind. Und § 344 St.P.O. will offenbar dem Rechtsmittelverzicht die unmittelbare Wirkung geben, die § 645 C.P.O. ausschließt, vgl. auch St.P.O. §§ 480. 481.

denken dem Gerichtsschreiber überlassen werden kann“ [66]). War ein Rechtsmittel überhaupt zulässig, so kann die Feststellung der Rechtskraft „nur auf Grund der weiteren Feststellung erfolgen, daß das Rechtsmittel nicht eingelegt ist. Hierfür ist ebenso wie bei dem Einspruche die rechtzeitige Einreichung des Schriftsatzes zum Zwecke der Terminsbestimmung der Art von entscheidender Bedeutung, daß, wenn diese nicht erfolgt ist, auch das Rechtsmittel nicht eingelegt sein kann. Es soll demnach in jedem Falle ein desfallsiges Zeugniß des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts genügen. Der angegangene Gerichtsschreiber braucht einen solchen Nachweis indessen nur, wenn er Zweifel hegt ob etwa ein Rechtsmittel eingelegt sei; er ist auch auf diesen Weg des Nachweises nicht beschränkt. Unter Umständen wird schon der Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten in die höhere Instanz, ein nachgewiesener Verzicht ꝛc. ihm die zur Ertheilung des Atteſtes nothwendige Ueberzeugung gewähren“. Hier wird also als die Thatsache, von welcher der Eintritt der Rechtskraft abhängt, durchaus nur der unbenutzte Ablauf der Frist gedacht. Ein nachgewiesener Verzicht kann nach Ansicht der Motive unter Umständen dem angegangenen Gerichtsschreiber die Ueberzeugung gewähren, daß das Rechtsmittel nicht eingelegt sei, kann also eine Anfrage beim Gerichtsschreiber des Rechtsmittelgerichts entbehrlich machen. Nicht ist die Meinung der Motive, daß der Verzicht vor Ablauf der Frist Rechtskraft herstelle.

Dagegen wird letzteres für selbstverständlich gehalten von v. Sarwey (II. S. 95) und von Struckmann-Koch (N. 1 zu § 645) [67]). Ich glaube, daß diese Selbstver-

---

66) Das wäre sie nicht, wenn es sich dabei um die Frage handeln könnte, ob gültig auf Einspruch oder Rechtsmittel verzichtet worden sei. Einfach ist die Prüfung, ob Einspruch oder Rechtsmittel innerhalb der Frist eingelegt worden sind oder die Frist ungenutzt verstrichen ist.

67) Unter Bezugnahme auf Petersen und Sarwey. In der 1. Auflage findet sich diese Bemerkung noch nicht.

ständlichkeit weder aus allgemeinen Grundsätzen noch geschichtlich nachzuweisen ist, daß sie im gemeinen Civilproceßrecht nur auf den beiläufig aufgestellten Ansichten neuerer Schriftsteller beruhte; jedenfalls schließt die Fassung des § 615 den angeblich selbstverständlichen Satz aus. Petersen (II. S. 554 f.) bezieht das Wort „zulässig" im § 645 auf die Zulässigkeit im einzelnen Fall:

> „Damit die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist, wird immer vorausgesetzt, daß ein Rechtsmittel in dem gerade vorliegenden Fall wirklich zulässig ist, und es ist der Gläubiger auch dann nicht gehindert, den Weg der Zwangsvollstreckung zu betreten, wenn der Schuldner, dem ein Rechtsmittel nach der C.P.O. überhaupt nicht oder nicht mehr zusteht, dessenungeachtet ein Rechtsmittel einlegt und die Zulässigkeit behauptet."

Aber unmöglich kann § 645 mit der „Zulässigkeit" die Zulässigkeit im einzelnen Falle gemeint haben; denn die concrete Unzulässigkeit einer Revision ergiebt sich immer erst bei der mündlichen Verhandlung derselben, die concrete Unzulässigkeit einer Berufung hängt wenigstens im Falle des § 474, Abs. 2 von deren künftiger Begründung (in der mündlichen Verhandlung ab), s. die Motive S. 393 und Anm. 34 der vorhergehenden Abhandlung. Wollte man selbst zugeben, daß auch für solche Urtheile, die nicht contradictorisch in letzter Instanz ergingen, bei concreter Unzulässigkeit von Rechtsmitteln und Einspruch die Rechtskraft nicht hinausgeschoben sei, so würde der Verzicht auf zulässige Rechtsmittel (Einspruch) doch nur dann Rechtskraft erzeugen können, wenn er vor der Verkündung oder wenigstens vor der Zustellung des Urtheils erklärt würde, so daß es gar nicht zum Beginn des Fristenlaufs käme. Denn mag man auch das Wort „zulässig" in § 645 auf die Zulässigkeit im einzelnen Fall deuten, so verlangt doch § 645 offenbar den Ablauf der Frist, die zu laufen begonnen hat, — ohne auf ein Unzulässigwerden des Rechtsmittels (Einspruchs) inmitten der Frist Rücksicht zu nehmen. Der Gegensatz zwischen der Fassung des § 645 und der des § 883 des norddeutschen Entwurfs ergiebt, daß das

Unzulässig werden des zunächst zulässigen Rechtsmittels, bez. Einspruchs nur dann Rechtskraft zur Folge hat, wenn es durch den Fristablauf geschieht, denn vor Ablauf der Frist tritt die Rechtskraft nicht ein, also nicht wenn die Zulässigkeit erst innerhalb der Nothfrist entsteht. Die Auslegung, welche den begonnenen Lauf der Nothfrist durch solchen Verzicht enden läßt, verträgt sich schlecht mit § 202, nach welchem Nothfristen nicht durch Parteivereinbarung abgekürzt werden können.

Sollte die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels (Einspruchs) noch in die Nothfrist fallen, so tritt nach Petersen (II. S. 555) sofort, nach dem klaren Wortlaut des § 645 erst nach Ablauf der Frist[68]) die Rechtskraft ein. Da die Zurücknahme des Rechtsmittels, dessen vorherige Einlegung und diese die Zustellung des Urtheils voraussetzt (§§ 477. 514), so handelt es sich hier nicht (wie beim Verzicht) um die Frage, ob nur das zugestellte Urtheil rechtskräftig werden kann[69]), sondern (wie nach vormaligem gemeinem Recht beim Verzicht) bloß um die Frage, ob im genannten Falle die Rechtskraft einige Tage früher eintritt oder nicht.

Die C.P.O. hat die Bestimmungen über Statthaftigkeit, Erfordernisse und Wirkungen eines Verzichts auf Rechtsmittel u. s. w. im allgemeinen dem bürgerlichen Rechte überlassen und nur bestimmt, daß der Verzicht auf Einspruch oder Rechtsmittel nach Erlassung des Urtheils einseitig erklärt werden kann, der Annahme seitens des Gegners nicht bedarf (§§ 311. 475. 529). Im bürgerlichen Rechte dürfte aber die Lehre vom Verzicht auf die Anfechtung von Urtheilen vielfach ohne sichere gesetzliche Grundlage sein und zudem die Anwendung einer solchen Lehre auf das Anfechtungssystem der C.P.O. sich nicht immer von selbst ergeben. Es möchte darauf hinzuweisen sein, daß von der C.P.O. nicht bloß Einspruch und Rechtsmittel, sondern auch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,

---

68) Anders im Strafproceß: St.P.O. § 482.

69) S. o. S. 299 f.

Wiederaufnahme des Verfahrens niemandem aufgedrungen, sondern nur innerhalb knapper Fristen zugelassen werden. Der Grundsatz: invitus agere nemo cogatur spricht für die Verzichtbarkeit aller Anfechtungsmittel in allen Sachen, zum wenigsten nach Erlassung des Urtheils. Wo die Interessen Dritter oder des Staats betheiligt sind, hat die C.P.O. für deren Schutz gesorgt (Nebenintervention in der Rolle des Streitgenossen: § 66. Mitwirkung der Staaatsanwaltschaft: §§ 569. 586. 595, Abs. 2. 597, Abs. 3 u. s. w. Ausgedehnteres officium judicis: § 597). Während ein wahrhaft nichtiges Urtheil nimmermehr durch den Willen der Parteien zu einem gültigen werden kann[70]), hat der Verzicht auf die heutige „Nichtigkeitsklage" keine andere Bedeutung als der Verzicht auf die Berufung, er schließt die Anfechtung eines gültigen Urtheils aus, welche ohnehin nur binnen kurzer Nothfrist gestattet ist; ein solcher Verzicht hat durchaus nichts bedenkliches, wenn die Parteien das Urtheil für gerecht halten oder seinen Inhalt wenigstens gelten lassen wollen.

70) Dagegen ist eben wegen der Nichtigkeit des Urtheils Vergleich über den dadurch nicht berührten Anspruch möglich (Ulpian l. 11 de transact. 2, 15).