Werk

Titel: Das Ende des Aktenversendungsrechts, eine Gerichtsverfassungsfrage

Autor: Bülow

Ort: Freiburg i. B. ; Tübingen

Jahr: 1882

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1882_0015|log5

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

I.

Das Ende des Aktenversendungsrechts, eine Gerichtsverfassungsfrage.

Von

Bülow.

Zu den Ueberresten des gemeinen Rechts, welche durch die Reichsjustizgesetzgebung beseitigt worden sind, gehört auch die Heranziehung der Juristenfakultäten zur Rechtssprechung im Wege der s. g. Aktenversendung.

Einst in weit ausgedehnter Anwendung, lange Zeit eine der förderlichsten Triebkräfte deutscher Rechtspflege und Rechtswissenschaft, konnte diese Einrichtung noch im Anfange unseres Jahrhunderts als „ein Palladium der deutschen Freiheit" gepriesen werden [1]) und auch bei Abfassung der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815 scheint sie der Gegenstand ähnlicher Hochschätzung gewesen zu sein, da eine, freilich eng verklausulirte Zusicherung ihres Fortbestehens für wichtig, vielleicht auch für unverfänglich genug gegolten hat, um Aufnahme unter die sparsam bemessenen Rechtsschutzgarantieen zu finden, die dort dem deutschen Volke verwilligt wurden [2]).

1) So äußert sich ein Schriftsteller, der sonst freilich kein so begeisterter Anwalt deutscher Freiheit war: Gönner, Handb. des gem. d. Proz. 2. Aufl. 1804 Bd. 1 S. 279.

2) Deutsche Bundes-Akte vom 8. Juni 1815 Art. 12 Abs. 4: „Bei den solchergestalt errichteten gemeinschaftlichen obersten Gerichten soll jeder der Parteien gestattet sein, auch die Verschickung der Akten auf eine

Das Aktenversendungsrecht war aber schon damals im Veralten begriffen und ist seitdem bald vollends in Verfall gerathen. Nur in einigen der kleinsten Gebiete Deutschlands hat es sich noch bis zum 1. Oktober 1879 zu behaupten vermocht. In den letzten Jahrzehnten hatten sich die juristischen Fakultäten kaum je mehr wegen der Ueberlastung mit Spruchsachen zu beklagen: die mehr oder minder angenehme Ueberraschung eines Akteneinlaufs wurde ihnen immer seltener zu Theil. Außerhalb der wenigen nächstbetheiligten Kreise war den jüngeren Juristengenerationen Verständniß, ja Kenntniß jenes Instituts im Entschwinden. Wohl mußten hervorragendere Fälle der Spruchcollegienpraxis schon vermöge der auf diese Weise erzielten Gründlichkeit wissenschaftlicher Behandlung hin und wieder noch die allgemeinere Aufmerksamkeit auf sich lenken [3]). Aber fast bedurfte es längerer rechtshistorischer Belehrungen, um das Wesen einer solchen Art von Justiz begreiflich zu machen und meistens blieb, unbeschadet aller gebührenden Anerkennung und Verwerthung ihres wissenschaftlichen Gehalts, doch die Ueberzeugung zurück, daß es mit ihr eine absonderliche, bedenkliche Bewandniß habe, — die Empfindung, daß ihr ein nicht mehr gerechtfertigtes, nahezu beleidigendes Mißtrauen gegen die eigene Leistungsfähigkeit oder gar die Zuverlässigkeit deutscher Gerichte zu Grunde liege.

Gewiß: das Institut der Aktenversendung war zur Aufhebung reif. Die Reichsgesetzgebung mußte es endlich allgemein beseitigen. Nicht etwa blos wegen der Unverträglichkeit mit dem neuen mündlichen Verfahren. Die Aufhebungsnothwendigkeit war von der veränderten Prozeßform unabhängig. Die Aufhebung war durch die Anforderungen an eine den jetzigen Verhältnissen entsprechende gleichmäßige Gestaltung des

---

deutsche Fakultät, oder an einen Schöppenstuhl, zur Abfassung des Endurtheils anzutragen."

3) Ich erinnere nur an drei der berühmtesten Spruchsachen aus den letzten vier Jahrzehnten; den Reichsgräflich Bentinck'schen Erbfolgestreit, den Lucca-Pistoia Eisenbahnstreit und den Eigenthumsersitzungsstreit Metzsch wider den Herzog von Anhalt betreff. das Rittergut Gollmenglin.

Gerichtsverfassungsrechts geboten: sie war deshalb unabweisbar, weil diejenigen Mängel oder Bedenklichkeiten der Gerichtsbesetzung, welche in früheren Zeiten die Zuflucht zu den Juristenfakultäten als das geeignetste Auskunftsmittel hatten erscheinen lassen, nicht mehr bestanden oder, wo noch Spuren davon übrig waren, ohne Schwierigkeit in einer die Selbstständigkeit, Würde und Harmonie des deutschen Gerichtswesens besser wahrenden Weise behoben werden konnten.

Die Lebensunfähigkeit des Instituts galt denn auch als so selbstverständlich, daß man es gar nicht mehr der Mühe für werth erachtete, viel Aufhebens mit ihm zu machen. Es ist aufgehoben worden ohne daß den Reichsjustizgesetzen irgend eine ausdrücklich hierauf abzielende Bestimmung eingereiht worden wäre [4]). Nicht einmal bei den Vorberathungen ist meines Wissens hierüber ein Wort verloren worden [5]). Es wurde zu Tode geschwiegen.

---

4) Vergl. die genaueren Ausführungen unten im Abschnitt VI.

5) In der Begründung des Entwurfs z. D. Gerichtsverfassungsgesetz findet sich bei der sorgfältigen Erwägung, welche besonderen Gestaltungen der Gerichtsbarkeit und des Richteramts beizubehalten oder zu beseitigen seien (S. 27—57), die Aktenversendung gar nicht erwähnt, blos auf S. 4 wird derselben als eines hie und da üblich gewesenen Ersatzes für eine vierte Instanz gedacht, aber unter der als selbstverständlich angenommenen Voraussetzung, daß an ihre Beibehaltung nicht zu denken sei. Auch in den Verhandlungen der Justizkommission des D. Reichstages, in denen doch ein anderes, die Beamtenrechtssprechung sehr wesentlich einschränkendes Institut die lebhafteste Befürwortung gefunden hat, ist mir keine Aeußerung begegnet, die sich der Spruchcollegienrechtssprechung angenommen hätte. Abgesehen davon, daß wohl wenige Commissionsmitglieder diese Einrichtung aus eigener Erfahrung kannten, ist diese Nichtachtung des praktischen Nebenberufs der Juristenfakultäten um so weniger befremdlich, als bei den meisten Mitgliedern der Commission gelegentlich der Debatte über die vorzuschreibende Dauer der juristischen Studien (Protokolle betreff. das Ger.V.G. S. 76—81) ein recht geringes Verständniß für die hohe, entscheidende Bedeutung zum Vorschein gekommen ist, welche die Juristenfakultäten in Erfüllung ihres Hauptberufes für die tüchtige Vorbildung der Richter und Anwälte und somit für eine tüchtige Rechtspflege stets gehabt haben und trotz jener rechtsgefährdenden Verkennung immer behalten werden. Vergl. hierüber die eindringlichen, unwiderleglichen Vorstellungen von L. Goldschmidt, das dreijährige

I. Die Streitfrage.

Nach der Geringschätzung, mit welcher dem Aktenversendungsinstitut sein Ende bereitet worden ist, scheint die Vermuthung nahe zu liegen, daß die Aufhebungsfrage ganz einfach und sicher abgemacht sei. Dies ist aber nicht der Fall. Es bestehen gewichtige Zweifel, ob das Aktenversendungsrecht wirklich mit dem 1. Oktober 1879 schon sein völliges Ende gefunden hat: es erhebt sich die Frage, ob nicht auch jetzt noch in einer erheblichen Zahl von Prozessen die Aktenversendung statthaft geblieben sei.

Die Frage betrifft diejenigen Civilprozesse, welche schon vor dem 1. Oktober 1879 in Gebieten, wo die Aktenversendung damals zu Recht bestand, anhängig geworden aber noch nicht zur rechtskräftigen Entscheidung gebracht waren.

Während man darüber einig ist, daß alle später eingeleiteten Prozesse der Aktenversendung entzogen sein müssen, besteht über die Behandlung der früher eingeleiteten und nach früherem Recht der Aktenversendung zugänglichen Prozesse eine gründliche Meinungsverschiedenheit. Es ist in solchen Prozessen auch noch während der beiden letzten Jahre des öfteren zur Aktenversendung gekommen. Einige Fakultäten haben ihr stattgegeben, von anderen ist der Antrag als unzulässig abgewiesen worden [6]). Voraussichtlich wird sich — zu-

---

Studium der Rechts- und Staatswissenschaften 1878, Gneist, die Studien- und Prüfungsordnung der deutschen Juristen 1878, Gierke, die juristische Studienordnung (Jahrb. f. Gesetzgebung Jahrgang I Nr. 1), die frühere Literatur s. bei Goldschmidt S. 9 und Gierke. — Für die Motive und Commissionsverhandlungen zur D. Civ.P.O. und ihrer Vorläufer war vollends kein Anlaß auf die Aktenversendung einzugehen.

6) Vor Kurzem (im August d. J.) ist auch die Tübinger juristische Fakultät in der Lage gewesen, sich in Folge einer von dem gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandesgericht zu Jena ausgehenden Aktenversendung über die besprochene Frage schlüssig zu machen. Es handelte sich um die Appellation gegen ein Urtheil erster Instanz, welches von einer andern Fakultät (Heidelberg) noch nach dem 1. Oktober 1879 erlassen war, während zwei andere Fakultäten (Erlangen und

mal die Spruchcollegienpraxis sich ja gewöhnlich keine Uebereilung zu Schulden kommen läßt — die gleiche Rechtsfrage auch fernerhin wiederholt erheben und es kann nicht ausbleiben, daß über kurz oder lang das Reichsgericht in endgiltig entscheidender Weise mit ihr sich wird zu befaßen haben. Und es steht die Rechtsbeständigkeit der ganzen Prozeduren auf dem Spiele. Die Verneinung der Frage würde die Nichtigkeit einer beträchtlichen Anzahl von Urtheilen zur Folge haben, eine Nichtigkeit, die sogar noch im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens geltend gemacht werden könnte [7]). Es erscheint daher angemessen, die Frage alsbald zur öffentlichen Verhandlung zu bringen.

II. Die Vorfrage.

Die Entscheidung der ganzen Frage ist lediglich und unmittelbar von der Beantwortung der Vorfrage abhängig, ob das Aktenversendungsrecht dem Prozeßrecht oder dem Gerichtsverfassungsrecht angehört.

Enthält das Aktenversendungsrecht eine rein prozessualische Befugniß, begründet es nur eine besondere Gestaltung des civilprozessualischen Verfahrens, so kann es nach § 18 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur D. C.P.O:

> „Auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze Anwendung"

keinem Zweifel unterliegen, daß in den vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Prozessen auch jetzt noch unter denselben Voraussetzungen, wie nach früherem Recht, die Akten-

---

Göttingen) die in 1. Instanz an sie ergangenen A.V. abgelehnt hatten. Unsere Fakultät hat sich auf meinen Antrag einstimmig gegen die Zulässigkeit der Actenversendung erklärt und die Abgabe des eingeforderten Berufungsurtheils verweigert. Doch bemerke ich, daß die Fakultät sonst nicht etwa für die hier entwickelten Rechtsansichten einzustehen hat, da ihr bei der Beschlußfassung blos ein kleiner Theil der in dieser Abhandlung enthaltenen Begründung vorlag.

7) S. den Beweis unten Abschn. VI.

versendung zugelassen werden müßte und es bliebe blos noch zu prüfen, ob nicht etwa in demjenigen Gebiete, aus welchem der einzelne Aktenversendungsfall stammt, die Landesgesetzgebung gerade in dieser Beziehung von dem im Abs. 2 des § 18 vorbehaltenen Recht (Ausdehnung der Civ.P.O. auf die anhängigen Prozesse) Gebrauch gemacht hätte [8]). Ist dagegen das Aktenversendungsrecht ein Bestandtheil des Gerichtsverfassungsrechts, begründet es eine besondere Gestaltung des Richteramts, so würde man sich mit gleicher Gewißheit dahin zu entscheiden haben, daß es jetzt auch nicht mehr in den früher anhängig gewordenen Prozessen zur Anwendung kommen könne, da die Bestimmungen des D. Gerichtsverfassungsgesetzes sofort und allgemein, ohne jeden Vorbehalt bezüglich der noch nicht vollständig abgeurtheilten Prozesse, mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft getreten sind und die Zulässigkeit der Aktenversendung dort nicht mehr anerkannt ist.

Ueber jene Vorfrage ist aber ein allgemeines Einverständniß noch nicht erreicht. Um es zu ermöglichen ist eine genauere Verständigung über das Wesen des Aktenversendungsinstituts, eine schärfere Bestimmung seiner juristischen Natur zu versuchen, als sie früher, so lange das Institut noch vollkommen und unbestritten zu Recht bestand, vorgenommen worden ist. Damals war ja wohl auch das Bedürfniß einer solchen Untersuchung noch nicht so dringend empfindlich, wie es eigenthümlicher Weise erst jetzt, nachdem der ferneren Existenz des Instituts ein Ziel gesetzt worden ist, sich eben aus Anlaß der besprochenen Meinungsverschiedenheit geltend macht. So bewährt sich hier wieder die allgemeine Erfahrung, daß die Wissenschaft oft dazu kommt, bereits abgestorbene Erscheinungen einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, als sie während

8) Daß dies durch irgend eine Landesgesetzgebung geschehen sei, ist mir nicht bekannt. In der Zusammenstellung der „Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Civ.P.O." von Wilmowsky und Levy 1880 findet sich keine solche Bestimmung. Ueber zwei gegensätzliche, das Aktenversendungsrecht auf die anhängigen Prozesse ausdehnender Ausführungsgesetze von Lippe und Schaumburg-Lippe s. unten Abschnitt VI.

ihres Bestehens erfahren hatten. Nur fügt es sich selten, daß die nachträgliche Prüfung so unmittelbar im Dienste sofort unabweisbar andringender praktischer Anforderungen steht, wie die hier in Anregung gebrachte!

III. Die rechtliche Natur der Aktenversendungsrechtssprechung. — Das Aktenversendungsrecht eine Beschränkung der Gerichtsbarkeit des Prozeßgerichts, Ueberweisung eines Theiles des Richteramts (Urtheilsfindung) an die Spruchcollegien. — Das Spruchcollegium ein der Gerichtsverfassung eingefügtes Hilfsorgan.

Es handelt sich ausschließlich um die Aktenversendung zum Rechtsspruche, im Unterschiede von der bloßen Einholung von Rechtsbelehrungen, wie sie von Gerichten, denen es an ausreichenden eigenen Rechtskenntnissen gebrach, in früheren Zeiten wohl öfters vorgenommen wurde, nunmehr aber seit Menschengedenken nicht mehr vorgekommen sein dürfte. Auch jene Rathserholung ist zwar hin und wieder mit dem Namen der Aktenversenduug belegt worden (s. g. consultative Aktenversendung) [9]), auch steht sie in einem unverkennbaren historischen Zusammenhange mit der Aktenversendungsrechtssprechung. Die beiden Einrichtungen sind jedoch von Grund aus verschieden und nichts ist so sehr geeignet, den Blick für die eigenartige rechtliche Beschaffenheit unseres Instituts zu schärfen, wie die Darlegung des deutlich ausgeprägten Gegensatzes, in welchem es zu jenem älteren ihm blos äußerlich ähnlichen Gerichtsgebrauche steht.

Die Einholung von Rechtsbelehrungen hatte weder in ihren Voraussetzungen noch ihren Wirkungen etwas Rechtsverbindliches. Die Gerichte waren zur Rathserholung

---

9) Vergl. über diese uneigentliche Aktenversendung: Sartorius, Revision der Lehre von der Aktenversendung, Zeitschrift für Civilr. und Prozeß Bd. 14 S. 219 ff., insbes. 230—239, ferner auch Fitting, Archiv f. civ. Pr. Bd. 47 S. 277. Dieser Vorgang hat juristisch so wenig etwas mit der Aktenversendung zum Rechtsspruche gemein, wie die Einholung von Rechtsgutachten Seitens eine Partei.

nicht rechtlich verpflichtet; sie waren aber auch nicht zur Rathsbefolgung verbunden. Das erwirkte Gutachten unterlag immer noch ihrer eigenen rechtlichen Nachprüfung: die Rechtsbelehrung überhob die Gerichte nicht der eigenen Entscheidung, sondern lieferte ihnen blos zu derselben eine Beihülfe, ein juristisches Entscheidungsmaterial, über dessen Richtigkeit, Zuverlässigkeit und Verwendbarkeit die Gerichte erst selber wieder zu befinden und zu entscheiden hatten.

In beiden Beziehungen verhält es sich mit dem Aktenversendungsinstitut, welches den Gegenstand der vorliegenden Erörterung bildet, grade entgegengesetzt. Schon in seinen Voraussetzungen trägt es ein jener „consultativen" Aktenversendung fremdes Rechtselement. Ob eine Aktenversendung zum Spruche Rechtens stattfinden soll, steht nicht lediglich im freien Ermessen des Gerichts, vielmehr giebt es bestimmte Voraussetzungen, unter denen die Parteien ein Recht auf die Rechtssprechung im Wege der Aktenversendung haben [10]). Noch vollständiger und durchgreifender tritt aber der Unterschied in den Wirkungen hervor. Der durch Aktenversendung eingeholte Rechtsspruch des Spruchcollegiums hat für das Prozeßgericht rechtsverbindliche Kraft: er beschränkt und ersetzt zu einem wesentlichen Theile die eigene Rechtssprechung des Prozeßgerichts. Hierin liegt der juristische Kernpunkt des ganzen Instituts. Von hier aus kann insbesondere auch die sichere Lösung des uns beschäftigenden Problems gewonnen werden.

Die Aktenversendung zum Rechtsspruche hat — es ist dies das unbestritten anerkannte Ergebniß einer weit zurück-

10) Vergl. Deputations-Abschied von 1600 § 16 und J.R.A. § 113. Ein solches Parteirecht blieb auch bis zuletzt in den Gebieten, wo das Aktenversendungsrecht sich erhalten hatte, in einem noch viel weiteren Umfange, als ihn Art. 12 der D. Bundesakte sicherte, anerkannt, meistens so, daß die Aktenversendung auch auf einseitigen Parteiantrag erfolgen mußte, unter besondern Umständen sogar ohne jeden Parteiantrag (z. B. im Fall der „Leuterung" und der »oberleuteratio saxonica«). S. die Nachweisungen bei Sartorius a. a. O. S. 250, Wetzell, System d. ord. Civilpr. 3. Aufl. § 44 S. 537, 538, Renaud, Lehrb. d. gem. d. Civilpr. 2. Aufl. § 28.

reichenden, längst fest abgeschlossenen theils gewohnheitsrechtlichen theils gesetzlichen Entwickelung [11]) — den Sinn, daß das Prozeßgericht, nachdem es den Prozeß bis zur Spruchreife hat bei sich verhandeln lassen, die Abfassung des Urtheils einer Juristenfakultät oder einem sonstigen Spruchcollegium überläßt und das von diesem Collegium abgefaßte Urtheil ohne Abänderung der darin enthaltenen Entscheidung so, als wenn es von dem Prozeßgericht selber gefällt wäre, zu publiziren hat. Das Prozeßgericht wird durch die Aktenversendung der eigenen Urtheilsfindung enthoben, es bleibt bei der Abfassung des Erkenntnisses selber unbetheiligt und darf das vom Spruchcollegium abgegebene Erkenntniß, auch wenn es der eignen rechtlichen Ansicht widerstreitet, nicht abändern, es verbleibt ihm blos die wortgetreue Verkündigung. Ob etwa und welche Ausnahmen von der Unabänderlichkeit des eingeholten Rechtsspruchs bestehen, ist nicht sicher ausgemacht. Aber auch die Schriftsteller, welche sich in dieser Richtung zu Concessionen verstehen, behaupten

---

11) S. hierüber Sartorius S. 239 ff., Wetzell § 41 S. 535, Fitting S. 276—278 und die von diesen Autoren angeführte übrige, das Aktenversendungsrecht dogmatisch behandelnde Literatur. Von hervorragender Bedeutung ist in dieser Richtung der Wortlaut des R. A. von 1570 § 85 und die Bestimmung des Conc. der R.G.O. von 1613 Th. II Tit. 4 § 15: „Es sollen aber solche neun räthe auch macht haben, die beschlossene Sachen und acta mit bewilligung beider Parteien auf eine unparteiische universität um verfassung des Urtheils zu schicken, doch sollen sie das verfaßt urtheil in ihrem selbstnamen eröffnen und aussprechen." Vgl. oben D. Bundes-A Art. 12: „— Verschickung der Akten — zur Abfassung des Endurtheils". Die herkömmliche und im Anfang des 19. Jahrhunderts gewöhnliche geschäftliche Behandlung der Spruchsachen hat eine ausführliche, den Rechtszuständen jener Zeit entsprechende Darstellung gefunden bei Elsäßer (Regierungsrath in Stuttgart), über den Geschäftsgang von der Versendung der Akten an Rechtskollegien 1791 (als Beilage zu Danz, Grundsätze des ordentl. Proz. 4. Auflage von Gönner herausgeg. 1806). Ueber die Abfassungsweise der Urtheile und ihre wahre rechtliche Bedeutung werden genauere Erörterungen unter Abschn. V. Nr. 2, über die geschichtliche Entwickelung des Instituts im Abschn. IV. Nr. 2 einige Bemerkungen nachfolgen.

nichts, wodurch dem oben aufgeführten Ergebniß der mindeste Eintrag geschähe. Wetzell (S. 539) erklärt „Abänderungen nur bei Vernachlässigung der üblichen Prozeßformen erlaubt" und erläutert dies (Anm. 64) durch die Beispiele von „Fristbestimmungen, Androhungen von Rechtsnachtheilen u. s. w." Damit ist deutlich zu erkennen gegeben, daß er bloß solche Anordnungen, welche eine mit dem Urtheile äußerlich in Verbindung gesetzte prozeßleitende Verfügung enthalten, aber durchaus nicht die rechtliche Entscheidung, die sententia selber der Abänderung Seitens des Prozeßgerichts für fähig hält. Am weitesten geht Sartorius, der die sehr gewagte, durch die von ihm angeführten Gründe nicht sowohl bewiesene als widerlegte Behauptung aufstellt, daß das Prozeßgericht die Urtheile der Spruchcollegien, die an irgend einem Nichtigkeitsgrunde leiden, unberücksichtigt lassen dürfe und solle [12]). Aber er macht den sehr beachtenswerthen Vorbehalt, daß in Folge jeder auf Parteiantrag stattfindenden (also jeder rechtsnothwendigen) Aktenversendung auch im Falle der Nichtigkeit des

12) Sartorius, Zeitschr. f. Civilr. 14 S. 242 sagt: „Uebrigens hat diese Unveränderlichkeit nach dem deutschen Civilprozesse doch einige Ausnahmen. Wenn nämlich ein Spruch-Collegium, etwa aus Unkenntniß der einschlägigen Particulargesetze, gegen da klare (!) Recht, contra jus in thesi, gesprochen hat oder sonst eine Nichtigkeit unterlaufen ist, so ist das Gericht nicht gebunden." Und dies soll durch folgende sich unmittelbar anschließende Behauptung bewiesen werden: „Das nichtige Urtheil hat ja nur ein faktisches oder unjuristisches Dasein auf dem Papiere, rechtlich und effektiv aber gar keinen Werth. Und daraus folgt, daß ein solches Urtheil von den Gerichten nicht blos unberücksichtigt gelassen werden darf, sondern soll, gleichviel ob dies die Parteien begehren oder nicht." Für diese Auffassung der Nichtigkeit werden lediglich Citate aus den römischen Quellen beigebracht, die aber nicht einmal entfernt dazu ausreichen, um sie auch nur vom Standpunkt des römischen Prozeßrechts zu begründen. Vollends ist sie dem deutschen Prozeßrecht widerstrebend. Die Argumentation von Sartorius ist nur ein Beleg für die praktischen Gefahren, die mit der theoretischen Gleichstellung der civilrechtlichen und civilprozessualischen Nichtigkeit verbunden sind. S. meine gegen diese Theorie gerichteten Ausführungen: „Civilprozess. Fiktionen und Wahrheiten" Archiv 62 S. 76 A. 62 und „Dispositives Civilprozeßrecht". Archiv 64 S. 25—28.

ersteingeholten Rechtsspruches das Prozeßgericht demselben nicht etwa sein eigenes Urtheil substituiren dürfe, sondern die Akten an ein anderes Spruchcollegium versenden müsse [13]). Damit ist also ebenfalls zugestanden, daß das zur Aktenversendung verpflichtete Gericht nie zur eigenen Aburtheilung, nie zur Aenderung des eingeholten Rechtsspruchs befugt ist. Die vermeintlichen Ausnahmen stellen sich somit nicht als Abweichungen von der Regel der Unabänderlichkeit, sondern vielmehr als Bestätigungen der ausnahmslosen Geltung dieser Regel heraus. Das Prozeßgericht wird vermöge des Aktenversendungsrechts stets von der eigenen Urtheilsfindung und Urtheilsabfassung ausgeschlossen.

Hiemit ist aber das für unsere Hauptfrage unmittelbar entscheidende Ergebniß gewonnen, daß das Aktenversendungsrecht eine Beschränkung der Gerichtsbarkeit des Prozeßgerichts enthält. Durch die Ausübung des Aktenversendungsrechts wird das zuständige Gericht einer ihm sonst zukommenden wichtigen, ja der wichtigsten richteramtlichen Funktion, der Urtheilsfindung, für den einzelnen Prozeßfall enthoben. Dieser Theil des Richteramts kann, sobald das Recht auf Aktenversendung gehörig geltend gemacht ist, nicht mehr vom Prozeßgericht selber versehen werden: er geht auf das vom Gericht, regelmäßig unter Mitwirkung der Partien, bestimmte Spruchcollegium über und wird von diesem unter eigener sittlicher und rechtlicher Verantwortung erfüllt.

Um zu einer genaueren Bestimmung dieser eigenartigen Gerichtsverfassungseinrichtung zu gelangen, ist noch besonders hervorzuheben,

1) daß das Judikationsrecht nicht in seinem ganzen Umfange dem Prozeßgericht entzogen, dem Spruchcollegium zugewiesen wird. Gerade in dieser Beziehung bedarf es einer sorgfältigen Unterscheidung und Abgrenzung und es scheint mir der Umstand, daß man sich hierüber bisher nicht

13) Ebendas. S. 242.

besser verständigt hat, der klaren Einsicht in das Wesen des Aktenversendungsrechts recht hinderlich gewesen zu sein [14]). Das Prozeßgericht scheidet in Folge der Aktenversendung nicht aus jeder Mitwirkung zum Urtheilsspruche aus. Nur die Urtheilsfindung wird ihm entzogen. Die Urtheilsverkündigung verbleibt ihm. Und letztere ist eine, wenn auch bei weitem weniger kritische und schwierige, doch zur Vollendung, zur rechtlichen Existenz des Urtheils ebenso wesentliche Thätigkeit, wie die erstere. Das Aktenversendungsrecht führt also zu einer eigenthümlichen Zersetzung und Vertheilung der richterlichen Urtheilsthätigkeit in zwei Elemente, in der Weise, daß das eine, innerlichere, intellektuelle, dem Spruchcollegium zugewiesen wird, das andere, äußerliche, autoritative, beim Prozeßgericht zurückbleibt. Prozeßgericht und Spruchcollegium wirken zur Erfüllung der Judikationpflicht, zur Ausübung des Judikationsrechts zusammen, so, daß zwar jede der beiden Behörden einen Theil der ganzen Aufgabe getrennt, von sich aus erledigt, ihre Thätigkeiten sich aber zu dem einheitlichen Resultate vollwirksamer richterlicher Urtheilsfällung zusammenschließen. Es findet eine Theilung des Richteramtes statt. Aus dem gesammten Inhalt des civilprozessualischen Richteramts wird ein mittleres Stück und zwar das juristisch bedeutendste, innerlichste herausgehoben und dem Spruchcollegium reservirt. Das ganze übrige officium judicis, Alles, was die Urtheilsfindung anbahnt und vorbereitet, sie zur vollen prozessualischen Rechtswirkung und zur praktischen Geltung fördert, bleibt dem Prozeßgericht ungeschmälert.

2) Durch die Aktenversendung werden nicht etwa selbständige Gerichtsbehörden eingesetzt. Die Spruchcollegien haben weder das Recht noch die Pflicht, Prozesse bei sich zur Einleitung und Verhandlung bringen zu lassen. Es fehlt ihnen nicht blos jede richterliche Zwangsgewalt, son-

14) S. die unten im Abschnitt V. folgende Auseinandersetzung mit den bisher verbreiteten dogmatischen Auffassungen des Aktenversendungsrechts.

dern sogar jede prozessualische Verfügungs-, Bestimmungs-, Anordnungsmacht. Auch soweit sie zur Rechtssprechung mitzuwirken haben, geschieht dies weder so, daß ihre Rechtshilfe unmittelbar von den Parteien in Anspruch genommen werden könnte, noch ist ihr Rechtsspruch schon selber mit einer die Prozeßsache ergreifenden, die Parteirechtsverhältnisse bestimmenden rechtlichen Kraft ausgestattet. Es gibt keine Competenz, kein Prozeßleitungs-, kein selbständig wirksames Judikationsrecht der Spruchcollegien. Die Juristenfakultäten erhalten durch die Aktenversendung nicht die Eigenschaft eines Gerichtscollegiums. Die Spruchcollegien sind keine Gerichte.

Wohl aber kommt ihnen ein wesentlicher und sehr wichtiger Bestandtheil der Gerichtsbarkeit und des Richteramts, die Urtheilsfindung und -abfassung zu eigenem Recht und zu eigener Pflicht zu. In jedem Aktenversendungsrechtsfalle wird dem Spruchcollegium dieses Stück der Gerichtsbarkeit verliehen. Die Verleihung erfolgt aber kraft der Rechtsordnung, welche die Einschiebung eines solchen Gerichtselements in die Gerichtsbehörden vorgesehen und sowohl die Voraussetzungen wie die Wirkungen derselben allgemein geregelt hat. Die Einschiebung geschieht in einer das Prozeßgericht in der Gerichtsbarkeit beschränkenden und dasselbe rechtlich bindenden Weise. Das Prozeßgericht darf jenen Theil des Richteramts nicht selber verwalten, es muß das vom Spruchcollegium gefundene Urtheil als rechtsgültig und richtig hinnehmen, sich aneignen und mit dem Stempel der vollen Gerichtsautorität versehen. Die Parteien treten zwar zum Spruchcollegium in keine unmittelbare prozessualische Beziehung, aber sie erhalten gegenüber dem Prozeßgericht das Recht darauf, daß dieses nicht selber das Urtheil findet, sondern es durch das Spruchcollegium finden läßt und zur vollen rechtlichen Geltung bringen hilft. Die Spruchcollegien sind allerdings keine Gerichte, aber sie sind richterliche Hilfsorgane. So lange das Aktenversendungsrecht bestand und noch besteht, waren und bleiben die Spruchcollegien dem Gerichtsorganismus als wesentlich er-

gänzende Elemente eingeordnet. Die deutschen Juristenfakultäten sind *als solche* zwar nichts anderes, als *wissenschaftliche Lehrkörper*, vermöge des Aktenversendungsrechts sind sie aber zugleich mit der *rechtlichen Fähigkeit* ausgestattet, unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen *Subjecte eines Theiles der Gerichtsbarkeit* zu sein. Jedes Spruchcollegium ist ein dem Gerichtswesen eingefügtes, vom Gerichtsverfassungsrecht vorgesehenes und zur Verwendung bereit gehaltenes Einzelglied des gesammten Gerichtsverfassungskörpers. —

Das gewonnene Ergebniß ist nunmehr noch gegen einige mögliche Bedenken sicher zu stellen.

IV. Vergleichung des Aktenversendungsrechts mit andern Gerichtsverfassungsinstituten.

Es könnte eingewendet werden, daß die hier entwickelte Auffassung des Aktenversendungsrechts zu einer Zersplitterung der Gerichtsbarkeit und folgeweise des ganzen Gerichtswesens führe, die nicht in Uebereinstimmung mit den sonst bekannten und anerkannten Grundzügen unserer Gerichtsverfassung stehe. Insbesondere könnte Anstoß daran genommen werden, daß auf diese Weise nicht blos in das Richteramt selber, sondern auch in den Beruf der Juristenfakultäten eine bedenkliche, schwer begreifliche Halbheit und Unentschiedenheit hineingetragen werde. Es stehe doch übel um eine Gerichtsordnung, die nicht mit fest und einheitlich, ständig organisirten Gerichtskörpern operire, sondern es darauf ankommen lasse, daß je nach dem Wunsche der Parteien die Richter, mit denen das zuständige Gericht ständig besetzt ist, um das wichtigste richterliche Recht gebracht werden und dieses einer Vereinigung von gar nicht mit Gerichtsgewalt ausgestatteten, nicht continuirlich richteramtlich thätigen Personen zufalle, einem Collegium, welches doch von dem Staate, dem es angehört, lediglich zu Lehrzwecken, nicht zum Richten eingesetzt und amtlich ermächtigt sei!

Hierauf sei vorerst mit dem offenen Zugeständniß erwidert, daß das Aktenversendungsrecht und die durch dasselbe bedingte

Beschaffenheit der Gerichtsverfassung allerdings eine recht eigenthümliche Rechtsbildung ist. Ja es ist sogar unumwunden anzuerkennen, daß das Aktenversendungsrecht in einem schwer zu behebenden Widerspruch mit den Anforderungen steht, die jetzt an die Einrichtung der Gerichtsverfassung gestellt werden müssen. Aber es sei auch verstattet daran zu erinnern, daß ja eben wegen dieser Anomalie, wegen dieser Mängel, wegen dieser Unverträglichkeit mit dem heutigen Rechtsbewußtsein das Aktenversendungsrecht abgeschafft worden ist. Der Umstand, daß uns jetzt jene Gerichtsverfassungseinrichtung sonderbar erscheinen muß, beweist höchstens, daß sie nicht mehr weiter bestehen sollte und mit Fug und Recht kürzlich vollständig ein Ende genommen hat, nimmermehr aber, daß sie nicht habe früher bestehen, nicht in alten Zeiten habe entstehen und sich noch theilweise standhaft bis auf unsere Zeit habe behaupten können.

Daß eine solche Gerichtseinrichtung möglich war, ist leicht zu erweisen. Denn es giebt ein Gerichtsverfassungsinstitut, in welchem sich ähnlich auffällige Erscheinungen ebenfalls vorfinden: Vertheilung des Richteramts zwischen ständigen richterlichen Beamten und zwischen Privatpersonen, denen erst für den einzelnen Prozeßfall richterliche Befugnisse verliehen werden — Zusammenwirken beider Gerichtselemente zur Rechtsprechung in der Weise, daß ein Theil der Judikationsaufgabe ausschließlich von dem letzteren in einer für das erstere rechtlich maßgebenden und verbindenden Weise versehen wird. Und dieses Institut besteht noch jetzt zu Recht: es ist durch das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz bestätigt und neu geordnet. Es ist dies das Schwurgerichtsinstitut. Ferner hat es früher eine Civil- und Strafgerichtsverfassung gegeben, die sogar vollständig, in ihrem ganzen Umfange auf eine solche, der hier besprochenen Gerichtseinrichtung sogar noch genauer entsprechende Theilung des Richteramts gegründet war. Es ist dies die alte deutsche Gerichtsverfassung.

1. Die Schwurgerichtsverfassung.

Auch den Geschworenen ist ein Theil des Richteramts zugewiesen und doch bilden sie keine selbständigen, fest organi-

sirten und ständig fungirenden Gerichtsbehörden, erhalten vielmehr ihre richterlichen Befugnisse erst und blos für den einzelnen Rechtsfall. Auch auf ihre Zuziehung hat die Partei ein Recht und die hier ebenfalls bestehende Parteibefugniß, zur Auswahl mitzuwirken, wird sogar in ganz analoger Weise, durch Ablehnung ausgeübt. Auch die Geschworenen haben nicht die ganze Judikationsaufgabe zu besorgen, sondern nur ein Stück derselben. Auch ihnen fehlt es an jeder Prozeßleitungsbefugniß, an allem Zwangsrecht, an einer unmittelbar und selbständig rechtswirksamen Entscheidungsmacht: ihr Wahrspruch wird erst durch den hinzutretenden Spruch der richterlichen Beamten und durch dessen Verkündigung zur Vollendung und einer das strafprozessualische Rechtsverhältniß erledigenden Folge gefördert. Aber auch hier ist der Beamtengerichtskörper, dem dieses anders geartete Gerichtselement eingeordnet ist, an dessen Mitwirkung und an das, was es innerhalb seines rechtlichen Wirkungskreises für richtig erkannt und erklärt hat, rechtlich gebunden.

Somit blieben denn nur Unterschiede, wie etwa die, daß die Zuziehung der Geschworenen absolut, die der Spruchcollegien meistens nur dispositiv vorgeschrieben ist, — daß den Geschworenen ein erheblich beschränkterer Theil des Judikationsrechts zufällt, als den Spruchcollegien, — daß die Geschworenen nichts vom Recht zu verstehen brauchen und gewöhnlich auch nichts verstehen, während die Spruchcollegien mit Männern besetzt sind, welche die Rechtskunde zu ihrem Lebensberufe erwählt haben und (das ist wohl keine zu unbescheidene Behauptung) das Recht sogar besser verstehen *sollten*, wie die Mitglieder des Prozeßgerichts, — daß die Geschworenen erst in jedem einzelnen Falle durch das Loos auf der Geschworenenbank zusammengeführt werden, während die durch das Aktenversendungsrecht herangezogenen Spruchbehörden vollkommen, fest und beständig organisirte, zur gemeinsamen Erfüllung eines zwar sonst nicht spezifisch richterlichen, aber die zum Richteramt erforderlichen Kenntnisse intensiv pflegenden, verbreitenden, fördernden Berufs vereinigte Collegien sind —: Unterschiede, die aber doch wohl nicht geeignet sind, den Beweis zu er-

schüttern, daß wir in dem Geschworeneninstitut ein in wesentlichen Grundzügen durchaus homogenes auf eine recht ähnliche Theilung des Richteramts abzielendes Gerichtsinstitut haben, wie es in der Einrichtung der Spruchcollegien zum Vorschein gekommen ist[15]).

Sicherlich wird aber durch jene Verschiedenheiten der für unser Problem allein entscheidende Punkt überhaupt nicht betroffen. Was man auch sonst von der größeren oder geringeren Aehnlichkeit in der juristischen Grundanlage der beiden Institute halten mag, so läßt sich doch nicht der zwingenden Schlußfolgerung entrinnen, daß, wenn es wahr ist, daß die Geschworenen mit einem Theile des Richteramts ausgestattet und ein wesentliches Glied der Gerichtsverfassung sind, dies auch von den Spruchcollegien gelten muß. Ja, wenn an der gerichtsverfassungsrechtlichen Natur des einen von beiden Instituten gezweifelt werden könnte, wäre der Zweifel bezüglich des Geschworeneninstituts eher möglich, als bezüglich des Aktenversendungsrechts. Denn die Spruchcollegien haben nicht blos sämmtliche für das Richteramt begriffswesentlichen Merkmale mit den Geschworenen ge-

15) Der einzige Unterschied, der tiefer in die hier in Betracht kommende rechtliche Grundanlage der beiden Institute einschneidet, ist der zuerst hervorgehobene, daß nämlich die Zuziehung der Spruchcollegien in den für die Aktenversendung vorgesehenen Fällen nicht immer zu erfolgen hat, sondern meistens von einem Parteiantrage abhängig ist. Auch hieraus folgt aber nichts, was gegen die gerichtsverfassungsrechtliche Natur des A.V.R. spräche. Denn es wäre sehr irrig, wenn man etwa dem Gerichtsverfassungsrecht eine völlige oder auch nur vorwiegende Unempfänglichkeit gegen dispositive Rechtsregelung imputirte. Das Mißverständniß des Grundsatzes jus publicum privatorum pactis mutari non potest, welches recht geeignet wäre, auch in dieser Richtung irrezuführen, habe ich schon bei einer anderen Gelegenheit zu widerlegen gesucht: „Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung" in dieser Zeitschr. Bd. 64 S. 1 ff., insbes. S. 100—109. Ueberdies genügt ein Blick in das D. Gerichtsverfassungsgesetz, um sich zu überzeugen, daß es reichlich mit dispositiven Rechtsnormen durchsetzt ist: ein besonders hervorragendes Beispiel einer parteidispositiven Gerichtsverfassungsbestimmung, die der hier besprochenen Einrichtung sich genau annähert, findet sich in § 103 des G.-V.-Gesetzes.

meinsam, sondern mehrere für das Richteramt besonders in Betracht kommende Eigenschaften finden sich bei dem ersteren sogar in gesteigertem Grade und völligerem Maße vor. Wie bei der Vergleichung gezeigt worden ist, haben die Spruchcollegien sowohl ein erheblich umfassenderes Judikationsrecht, als die Ausstattung mit rechtswissenschaftlicher Bildung und den Vorzug einer festen, ständigen berufsmäßigen Organisation vor den Geschworenen voraus [16]).

2. Die alte deutsche Gerichtsverfassung. Die Spruchcollegienrechtsprechung ein Abbild der alten deutschen Urtheilsfindung.

Noch größer ist die Aehnlichkeit, die zwischen unserem Institut und der Grundanlage der ganzen alten und mittelalterlichen deutschen Gerichtsverfassung besteht. Die dem Aktenversendungsrecht zu Grunde liegende Theilung des Richteramts ist sowohl was ihren rechtlichen Charakter überhaupt, als auch was die qualitative Vertheilung der Gerichtsbarkeit anlangt, so genau mit der des germanischen Gerichtswesens übereinstimmend, daß es erstaunlich ist, wie es hat kommen können, daß die Gleichartigkeit beider Einrichtungen so lange übersehen worden ist. In dem Aktenversendungsrecht ist die altdeutsche Vertheilung der gerichtlichen Funktionen zwischen „Richtern" und „Urtheilern" auf das treueste abgebildet. Was sich in dem überkommenen Bilde anders darstellt, ist äußerlich

16) Die Vergleichung führt ungesucht zu einer relativen Kritik des Schwurgerichtsinstituts und wird auf diesem Wege zu einer Bestätigung der überzeugenden Darlegungen von Binding, die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichts 1876 (vergl. die Abhandl. desselben Verf. im 32. Bde. der Preuß. Jahrb. „der Kampf um die Besetzung der deutschen Strafgerichtsbank") und der die Vorzüge des Schöffengerichts vor dem Schwurgericht deutlich herausstellenden Schriften von Hugo Meyer, die Frage des Schöffengerichts 1873, Schwarze, das deutsche Schwurgericht und dessen Reform 1865, Hye-Glunek, über das Schwurgericht 1864 (vgl. ferner die übrige bei Binding a. a. O. S. 13 und 14 angeführte Literatur).

aufgetragenes Beiwerk, unter dem die Züge des Originals scharf und deutlich erkennbar erhalten geblieben sind.

Die Aktenversendungsrechtsprechung ist nichts anderes, als die vom mündlichen ins schriftliche Verfahren, von der öffentlichen Dingstätte in die Schreibstube und das Sitzungszimmer verpflanzte, von den ungelehrten Urtheilern auf die Rechtsgelehrten übertragene Urtheilsfindung des alten deutschen Rechts.

Jene Urtheiler, jene Gerichtsbeisitzer, Schöffen u. s. w. hatten gerade so, wie später die Spruchcollegien die volle und ganze Urtheilsfindung zu eigenem Recht und eigener Pflicht, aber sie griffen auch, gerade so wie diese, in den Prozeß blos auf vorgängige Urtheilsfrage des Richters ein, von der sich die Aktenversendungsform nur durch ihre Schriftlichkeit unterscheidet: die Aktenversendung ist eine vom mündlichen Verkehr inter praesentes auf den brieflichen Uebermittelungsweg inter absentes hinübergedrängte Urtheilsfrage. Wie den Spruchcollegien, so fehlte es einst auch den Urtheilern an der Gerichtsgewalt und allem was damit zusammenhängt, eigener Prozeßleitungsbefugniß, Vollstreckungsmacht u. s. w. Wie die Spruchcollegien, so treten auch jene Urtheiler in keinen direkten, sondern nur in einen durch den Richter vermittelten Prozeßrechtsverkehr mit den Parteien. Aber auch dort war der Gerichtsherr und der richterliche Beamte nicht weniger wie hier von der eigenen Entscheidung über ein streitiges Recht ausgeschlossen: er mußte ebenfalls die Mitwirkung der Urtheiler herbeiführen: er war „verpflichtet, Auskunft über das bestehende Recht, den richtigen Rechtssatz da zu erholen, wo sie sicher zu finden ist“ [17]). Und der Richter war nach altem deutschen Recht genau so an das von den versammelten Gerichtsgenossen, wie später an das vom Spruchcollegium gefundene Urtheil gebunden und

17) Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter 1879 Bd. 1 S. 87.

gehalten es zu verkünden: „Der Richter hat auf den Inhalt des Urtheils keinen Einfluß. Er ist vielmehr verpflichtet, das gefundene und bevollwortete Urtheil seiner weiteren Thätigkeit zum Grunde zu legen. Dieser wichtige, die Gerichtsgewalt in ihrer Ausübung wesentlich auf das rechte Maß beschränkende, Grundsatz beherrscht nicht blos das Landrecht, sondern alle Kreise des Rechts“ [18]).

So hat sich noch für das kleine Gebiet des Aktenversendungsrechts der alte deutsche Grundsatz bis auf unsere Tage in voller Geltung erhalten:

> Die richtere sal gelik richter sin allen lüden: ordele ne sal he nicht vinden noch scelden (Sächs. Landr. III, 30 § 2).

Die Rechtssprechung der Spruchcollegien ist noch genau in dem gleichen „sonderlichen“ Gegensatz zu der sonst geltenden,

---

18) Planck I S. 89. Man vergleiche hiermit noch namentlich folgende Ausführung Plancks I S. 303: „So läßt sich denn in der That mit der Gl. z. Sächs. Ldr. III 78 §. 1 behaupten, der Richter sei es, der das Urtheil „ausgebe“ und dadurch zu einem bindenden mache, während vorher das von den Urtheilern gefundene Urtheil nur eine dem Richter ertheilte Anweisung und ein Rath sei darüber, was er ausgeben solle. Nun ist allerdings das gefundene und bevollwortete Urtheil mehr als ein bloßer Rath, dessen Befolgung in das Ermessen des Richters gestellt bliebe. Das Urtheil bindet vielmehr regelmäßig den Richter, er ist gehalten dasselbe seiner Thätigkeit zum Grunde zu legen, er kann nicht von sich aus ein anderes an die Stelle setzen, wenngleich er ausnahmsweise bei vorhandenem Bedenken darauf hinwirken kann, daß die Urtheiler selbst dessen Berichtigung vornehmen oder veranlassen. Aber trotzdem ist das Urtheil zunächst nur eine freilich bindende Auskunft für den Richter über das, was Recht sei, ähnlich dem aufgeschlagenen Gesetzbuch; damit es Rechtens werde für den vorliegenden Fall, muß es der Richter „ausgeben“. Er richtet zwar mit ordelen, aber er allein ist es, der da richtet. Daß dieselbe Auffassung bei dem Hofgericht des Königs galt, zeigen die von Franklin (Reichshofgericht) Bd. 2 S. 274. 279 gesammelten Beispiele.“ Die hier dargelegte Bedeutung der Urtheilsfindung, ihrer verbindlichen Kraft für den Richter und der erst durch seine Verkündigung eintretenden rechtlichen Vollendung des Urtheilsakts hat eine so frappante Aehnlichkeit mit den oben S. 9—13 entwickelten Grundzügen des Aktenversendungsrechts, daß man fast glauben möchte, es handele sich um letzteres.

auf Grund der Reception des romanischen Rechts zur Regel gewordenen Beamtenrechtssprechung geblieben, wie ihn der Verfasser der Glosse zum Sächs. Landrecht (I, 62 § 7) in dem ganzen sächsischen Gerichtswesen gegenüber dem „kaiserlichen" Recht bemerkte:

> Merke hir wat sunderlikes: na keyserrechte spreket dy richter dat ordel selven unde hie vraget he des einen andern, darumme heytet unse recht des volkes vragens recht, dorch dat men des dem volke vragen schal [19]).

Unsere Spruchcollegien haben in der deutschen Gerichtsverfassung noch eine ähnliche Stellung behauptet, wie sie nach dem Bericht von Tacitus einst bei unseren Vorfahren von den Gerichtsbeisitzern gegenüber dem Inhaber der Gerichtsgewalt eingenommen wurde; sie sind »consilium simul et auctoritas« für den Richter geblieben [20]): Das Gericht hatte bei ihnen das Recht zu erfragen und die Antwort war mit rechtlich bindender und vollgiltiger Kraft ausgestattet.

Das Aktenversendungsrecht stellt sich demnach in allen Beziehungen als eine Rechtsbildung heraus, die der alten deutschen Rechtsspruchseinrichtung durchaus gleichartig ist und doch wohl auch aus ihr herstammt. Die Darlegung des Weges, auf welchem die alte Volksrechtssprechung in diese Gelehrtenrechtssprechung, die mündliche Urtheilsfrage des Richters in

19) Vergl. Kl. Kaiserr. ed. Endemann I, 7: »was die scheffen urteilen, des sal der richter richten« — Schwabenspiegel (ed. Gengler) 94 § 4: »der rihter soll rihten, als ihm erteilet wird« — Monum. Boica II 498 »da gab frag volg und das recht«. — Cautela (bei Homeyer der Richtsteig Landrechts 1879 S. 374): »Nu vinde ich, dass die wertlichin richtere kein orteil sprechin, das ist darumbe, daz si nicht alle wise lute sind, daz das vele gewonlicher ist, das under den luten allin die vor im sint vil meher wise lute sein, wenne her alleine ist. Hirum sind die schepphin dem richtere zu hulfe gegebin, die er umme di orteil vragen sal. Vergl. die Citate und die treffende Charakterisirung des german. Urtheils bei Degenkolb, Einlassungszwang S. 99, 100.

20) Tacitus Germania c. 12: »Eliguntur in iisdem conciliis et principes qui jura per pagos vicosque reddunt; centeni singulis ex plebe comites, *consilium simul et auctoritas, adsunt.*«

die schriftliche Urtheilseinforderung den Uebergang gefunden hat, liegt nun zwar so weit außerhalb der Aufgabe, welche der vorliegenden Abhandlung gestellt ist, daß ich hier völlig auf die — mir ohnehin blos in beschränktem Maße mögliche — Heranziehung des fast unübersehbar reichhaltigen historischen Materials, welches in dieser Richtung zu berücksichtigen wäre, verzichten muß [21]). Aber auch ohne solche Nachweisungen darf jene Vermuthung als eine wohl begründete gelten. Denn es ist gewiß, daß eine so eigenartige Einrichtung, wie die Heranziehung der rechtsgelehrten Körperschaften zur Urtheilsfindung, da sie ja nicht durch einen gesetzgeberischen Einfall in's Leben gerufen worden ist, sondern sich mit innerer Macht gewohnheitsrechtlich ausgebildet hat, tief im Rechtsbewußtsein der Betheiligten wurzeln mußte. Und daß man, von Alters her an die Theilung des Richteramts zwischen Richtern und Urtheilern gewöhnt, dieselbe etwa zunächst völlig abgeschafft und später ohne jede Anknüpfung an jene alt hergebrachte Urtheilserfragung eine so gleichartige Einrichtung ganz von neuem ersonnen hätte, ist so unwahrscheinlich, daß es an den Bereich der Unmöglichkeit grenzt [22]).

---

21) Die Ausbildungsweise des Instituts läßt sich in ihren Grundzügen, wie mir scheint, schon auf Grundlage der jetzt vorliegenden rechtsgeschichtlichen Literatur sicher feststellen und meine Nachforschungen haben die geäußerte Vermuthung vorerst nur bestätigt. Dennoch nehme ich davon, dieses für die verhandelte Hauptfrage nebensächliche historische Problem hier genau zu verfolgen, schon aus dem Grunde Abstand, weil das praktische Interesse der Frage zum baldigen Abschluß der Abhandlung drängt und ich daher doch nur sehr unvollständiges rechtsgeschichtliches Material liefern könnte. Einige Nachweisungen s. unter Anm. 23. Es wäre sehr erfreulich, wenn die angeregte Frage bald von Seiten besserer Kenner des germanischen Rechts zu gründlicherer Untersuchung gezogen würde.

22) Um jeder Mißdeutung zu begegnen, darf wohl hervorgehoben werden, daß die Richtigkeit meiner dogmatischen Darlegung in keiner Weise davon abhängt, daß jene historische Vermuthung sich vollkommen bewährt. Daß das Aktenversendungsrecht dem Gerichtsverfassungsrecht angehören muß, wenn die alte deutsche Theilung des Richteramts zur Gerichtsverfassung gehört, ist durch den Hinweis auf die Gleichartigkeit beider Einrichtungen völlig bewiesen und bleibt es, mag nun die Spruch-

Die innerliche Veränderung, welche die alte deutsche Volksrechtssprechung in der Spruchcollegienrechtssprechung durchzu-

collegienrechtssprechung wirklich unmittelbar aus der mittelalterlichen Rechtssprechung der »ordelvindere« abzuleiten oder auf Umwegen, etwa durch die Sitte anfänglicher bloßer Rathserholung, wieder in die alten Bahnen zurückgelenkt sein, oder — den kaum glaublichen Fall angenommen — den Charakter einer ganz neuen Erfindung gehabt haben. Diese Verwahrung scheint mir geboten im Hinblick auf die Aufnahme, welche eine von mir gelegentlich einer anderen dogmatischen Entwickelung nebenher geäußerte rechtsgeschichtliche Conjectur von einigen Seiten gefunden hat. In der Abhandlung über die civilprozessualischen Fiktionen und Wahrheiten, Archiv Bd. 62 S. 32, S. 50 A. 45 habe ich die von mir dargelegte Auffassung des „fingirten" Geständnisses (als einer Verwirkung des Bestreitungsrechts) durch eine in Vermuthungsform herangezogene Parallele alter deutscher Prozeßanschauungen zu beleuchten gesucht. Hiergegen hat Wach Präclusion und Contumaz, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 159, 160 wie gegen Alles, was ich behauptet habe, seinen Widerspruch erhoben. Gern will ich in diesem Punkte der besseren Einsicht gründlicherer Kenner des älteren deutschen Rechts, als ich es bin, weichen. Doch würde daraus selbstverständlich nicht ein Beweis gegen die dogmatische Richtigkeit meiner Theorie für das spätere Recht hergestellt werden dürfen. Aber es ist den Wach'schen Bemerkungen nicht einmal die historische Richtigkeit zuzugestehen; insbesondere muß ich seine Versicherung, daß aus dem Planck'schen Werke über das Gerichtsverf. im Mittelalter das Gegentheil meiner Vermuthung zu entnehmen sei, für unrichtig erklären. Wach hat gerade diejenigen Partieen des Planck'schen Werkes unberücksichtigt gelassen, in denen sich eine sehr auffallende Annäherung an meine (da die Abh. ungefähr gleichzeitig mit dem Planck'schen Werke erschien, Planck noch ganz unbekannte) Vermuthung deutlich hervortritt. Planck hebt an besonders ausgezeichneter Stelle (II, 2) als den allgemeinsten, obersten Grundsatz des ganzen germanischen Beweissystems hervor: „Das Beweisen besteht darin, daß die Partei den gegnerischen Widerspruch gegen ihre Behauptung durch Erfüllung der vom Gesetz vorgeschriebenen Formen beseitigt." Damit ist gerade das, was ich behauptet habe und Wach bestreitet anerkannt, nämlich: daß der Beweis nur nothwendig war im Fall und in Folge erhobenen Widerspruchs Seitens des Gegners, — daß „wer auf des Gegners Behauptung schweigt, sein Recht auf Beweis verwirkt" — daß „die Gewißheit durch Unterlassung der Reaction gegen die Versicherung des Gegners gewonnen wird" (a. a. O. S. 31). Planck's Ausführungen begegnen sich aber sogar in merkwürdiger Weise mit den Einwendungen, welche ich überhaupt gegen die herkömmliche von Wach vertheidigte Ausdehnung des Pflichtbegriffs auf die Parteithätigkeit erhoben

machen hatte, war lediglich eine Anpassung an die Nothwendigkeit, seit der Reception fremden Rechts und fremder Rechtswissenschaft auch rechtsgelehrte Urtheiler zu gewinnen: Das Aktenversendungsinstitut ist die getreue Uebersetzung der alten Volksrechtssprechung in die Gelehrtenrechtssprechung. Die Spruchcollegien haben die Erbschaft des

---

habe (S. 61 ff. der cit. Abh.), ohne daß ich damals schon gewagt hätte, die vollkommene Aehnlichkeit des alten deutschen Prozeßrechts mit dem heutigen in dieser Allgemeinheit zu behaupten (denn ich hatte die Parallele des deutschen Rechts nur für die Negation der Thatsachenbeantwortungspflicht herangezogen). Gerade auf Grund der inzwischen zur Vollendung gekommenen Planck'schen Darlegungen könnte ich nunmehr sogar jenen weiteren Schritt thun. Denn Planck verwahrt sich ausdrücklich (II. S. 15) dagegen, daß eine prozessualische Thätigkeit, welche die Partei, „wenn sie nicht vorzieht, den Sieg aus den Händen zu geben", zu unternehmen hat, ihr deshalb zur Pflicht angerechnet wird, — dagegen, daß Parteilast mit Parteipflicht verwechselt wird (wie es eben von der früheren Theorie und von Wach geschieht); er widerlegt diese Verwechselung durch ähnliche privatrechtliche Beispiele (angebliche Leistungspflicht desjenigen, dem ein Vermächtniß unter der Bedingung einer ihm auferlegten Leistung hinterlassen ist), wie sie von mir S. 71, 81 und von Kohler krit. Viertelj.-Schr. Bd. 22, S. 362, 363 beigebracht sind. Und Planck spricht sich speziell bei der Darstellung der Lehre von der Klagebeantwortung I. S. 423 ff. so aus, daß deutlich hervortritt, wie schon nach dem Recht des Mittelalters die „Verpflichtung zur Antwort" nur eine jener uneigentlichen Pflichten, nur ein, freilich belastendes Recht ist. Er sagt: „Dagegen besteht der Vortheil der Beklagtenrolle keineswegs, wie dies die Folge eines materiellen und darum zweiseitigen Beweissystems ist, in der Möglichkeit, einstweilen passiv zu bleiben und die Beweisführung des Gegners abzuwarten. Im Gegentheil: der Beklagte ist gezwungen, wenn er die ihm prozessualisch zukommenden Vortheile nicht verlieren will, sofort activ aufzutreten" (S. 425). Ferner „Er kann nicht abwarten, ob der Gegner für sich eine rechtlich genügende und welche Stellung zu behaupten und zu begründen vermag. Sein Vertheidigungssystem soll und muß zunächst gehört werden, aber es wird auch verlangt, daß er im Stande ist, ein solches aufzustellen oder wenn nicht, die Unfähigkeit dazu offen erkläre. Schweigt er oder bringt er nur für sein Haben und Behalten rechtlich Ungenügendes vor, so verzichtet er auf den ihm zustehenden Vortheil. Denn er macht keinen Anspruch oder kann keinen Anspruch machen auf die Stellung des Angegriffenen, auf die were, er ist ungewehrt".

„Volkes-Fragensrecht" übernommen; sie haben — freilich ohne, so lange sie bestanden, eine Ahnung davon zu haben — Jahrhunderte hindurch jene altererbte Gerichtseinrichtung inmitten einer Gerichtsverfassung, die immer vollständiger auf der fremdländischen Grundlage der Beamtenrechtssprechung sich ausbaute, treulich behütet, gepflegt und bis auf unsere Tage gebracht!

In diesem großen historischen Zusammenhange kommt denn auch die eigenthümliche *Doppelstellung*, welche die *deutschen Juristenfakultäten* so lange Zeit eingenommen haben zur vollen Erklärung und Würdigung.

Seit im Laufe des Mittelalters das Bedürfniß nach einem wissenschaftlichen Recht unabweisbar erwacht war, — seit die Unfähigkeit der Volks- und Schöffengerichte zur wissenschaftlichen Rechtspflege sich vollends erprobt hatte und demnach fremdländisches gelehrtes Recht seinen willkommenen Einzug in Deutschland hielt, mußte sich die Rechtssprechung von den der Rechte nicht gelehrten Urtheilern abwenden und auf Rechtsgelehrte übergehen. Wie sich dies allmälig durch Verdrängung der alten Gerichtsverfassung, durch die Einführung und Bevorzugung der Beamtenrechtssprechung vollzogen hat, ist uns durch neuere ausgezeichnete Forschungen immer klarer gelegt worden. Dabei hat auch der mächtige Einfluß, den die juristischen Fakultäten auf die Rechtssprechung und praktische Ausbildung des Rechts ausgeübt haben, die gebührende Beachtung gefunden. Aber der, wie mir scheint wichtigste Punkt dieser letzteren Entwickelung ist bisher nicht erkannt worden. Es ist unbeachtet geblieben, daß *neben* der Ueberleitung der Volksrechtssprechung in die romanische Beamtenrechtssprechung, neben der Verdrängung der germanischen Gerichtsverfassung sich in dem Aktenversendungsinstitut eine dem alten deutschen Gerichtsrecht entsprechende Einrichtung erhalten hat, — daß neben jenem Hauptwege früher oder später auch der Seitenweg eingeschlagen wurde, auf dessen Spuren uns die vorliegende Untersuchung zurückgeführt hat, nämlich:

Erhaltung der ganzen Grundanlage der alten Gerichtsverfassung, fortdauernde Theilung des Rechtspflegeamts zwischen

Richtern und Urtheilern, aber Ersetzung der ungelehrten Urtheiler durch Rechtsgelehrte [23]).

23) Als der Versuch, über den gerichtsverfassungs- oder civilprozeßrechtlichen Charakter des Aktenversendungsrechts ins Klare zu kommen, mich auf eine Vergleichung desselben mit anderen Gerichtsverfassungseinrichtungen führte und dabei plötzlich auf die große Uebereinstimmung mit der alten deutschrechtlichen Theilung des Richteramts stoßen ließ, glaubte ich, daß diese Beobachtung schon längst gemacht sein müsse. Es ist mir aber nicht gelungen, eine Bestätigung dieser Vermuthung ausfindig zu machen. Der gesammten mir bekannten dogmatischen Literatur des Aktenversendungsrechts ist eine solche Auffassung so fremd wie möglich. Die Aktenversendung ist, wie unter Abschn. V genauer gezeigt werden wird, bisher immer romanistisch construirt worden entweder als mandatum jurisdictionis oder als eine (anomale) Befragung juristischer Sachverständiger. Und schon der Umstand, daß sich in diesen dogmatischen Darstellungen, die sich zum Theil (namentlich die Wetzell'sche) durch sorgfältige Berücksichtigung der einschlagenden rechtsgeschichtlichen Literatur auszeichnen, keine Spur einer Annäherung an jene Auffassung zeigte, deutete darauf hin, daß auch die rechtsgeschichtlichen Werke einen solchen Gedanken nicht oder doch nur im Verborgenen enthalten. Meine Nachforschungen, die sich freilich (s. A. 21) blos auf einen Theil dieser ungemein reichhaltigen Literatur erstrecken konnten, haben denn auch einen negativen Befund ergeben und nur erkennen lassen, wie nahe der Schritt zu der hier dargelegten Auffassung des Aktenversendungsrechts gelegen hätte. Im entscheidenden Moment ist aber immer die herkömmliche Ansicht, daß man es bei der A.-V. bloß mit einer absonderlichen Art von Gutachteneinholung, mit einer „Rechtsbelehrung", mit einer „Rathserholung" zu thun habe, hindernd in den Weg getreten. Dies gilt sowohl von den auch in dieser Richtung ganz neue Erkenntnißgebiete erschließenden Darlegungen von Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen (insbes. II. 863 „die Schöffenstühle und die Juristenfakultäten") als auch von den, ebenso sehr durch das reichste Material wie durch die klare und sichere Verarbeitung desselben ausgezeichneten Untersuchungen von Stölzel, die Entwickelung des gelehrten Richterthums 1872 (insbes. Bd. I. § 10 „Aufkommen der Aktenversendung an Juristenfakultäten), ferner auch von den auf die A.-V. bezüglichen Theilen der hochbedeutenden Geschichte der d. Rechtswissenschaft von Stintzing (I. in Kap. 2, insbes. S. 61—68), wo sich die allgemein festgehaltene Auffassung des A.-V.-Rechts besonders klar entwickelt findet, indem dasselbe geschichtlich auf die Ertheilung juristischer Gutachten der Doctoren zurückgeführt wird: aus ihr habe sich das Institut „fast unmerklich entwickelt", darin, daß „den Gutachten ein formulirtes Urtheil einverleibt oder beigefügt wurde",

Es läßt sich in der That keine sanftere, schonendere Ueberleitung in den unvermeidlich gewordenen neuen Rechts- und

habe „nur eine geschäftliche Erleichterung für die Gerichte gelegen", der bedeutendere, zweite Schritt (die Rechtsverbindlichkeit der Entscheidung) sei eine „Gestaltung der Sache, welche nur unter dem Einflusse jener gesetzlichen Bestimmungen (P.G.O. 219) erfolgen konnte, denen die Bequemlichkeit und Unsicherheit der Gerichte die weiteste Ausdehnung zu geben geneigt war". Aehnlich verhält es sich mit den zahlreichen übrigen Werken und Abhandlungen, die Einzelnes, was mit der Geschichte der Aktenversendung zusammenhängt, in sehr aufklärender Weise behandeln namentlich Martitz, ehel. Güterrecht 1867, § 7, auch §§ 2, 5, 6, Böhlau, aus der Praxis des Magdeb. Schöffenstuhl's in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9, S. 1 ff., Muther, ebendas. Bd. 4, S. 424. 425, Seeger, die strafrechtlichen Consilia Tubingensia (Festgabe bei der Säcularfeier der Universität Tübingen) 1877. — Auch nach der Meinung, die ich mir vorläufig über den geschichtlichen Zusammenhang zwischen der A.-V. und der alten deutschen Gerichtsverfassung bilden konnte, ist es höchst wahrscheinlich, daß die A.-V. zum Rechtsspruch nicht etwa sich als ein Mittelglied zwischen die Volks- und Beamtenrechtssprechung geschoben hat, vielmehr erst, nachdem es schon anderweitig zur Beamtenrechtssprechung gekommen war, im Laufe des 16. und 17. Jahrh. nebenher und meistens erst nachträglich, die alte überlieferte Theilung des Richteramts, (wohl in öfterem Zusammenhang mit der Rechtsprechung der Schöffenstühle) sich wieder in der modifizirten Gestalt einer Urtheilsfindung durch gelehrte Körperschaften durchsetzte und befestigte, also eher eine Reaction gegen die begonnene völlige Romanisirung der Gerichtsverfassung darstellt. Zu dieser Annahme führt auch die Erwägung, daß die deutschen Juristenfakultäten sich doch erst verhältnißmäßig spät zur vollen Autorität entwickelten. Bei dem Uebergange zur Fakultätenrechtssprechung ist ferner auch unverkennbar nicht blos in den theoretischen Vorstellungen, sondern auch praktisch die bloße Consiliarpraxis (italienisch römischen Charakters) wesentlich betheiligt gewesen. Doch will mir scheinen, als ob dies in geringerem Maße der Fall gewesen sei, als es gewöhnlich angenommen wird, daß insbesondere die Consiliarform schon früh nur oft ein romanistischer Deckmantel für die in Wahrheit beabsichtigte echte Urtheilsfindung gewesen sei. Die Urtheile, welche die Gerichte »prehabito consilio jurisperitorum« verkündeten, sind wohl auch damals oft so wenig eigene blos auf unverbindliche Rechtsbelehrung gesprochene Urtheile gewesen, wie die in neuerer Zeit „auf Rath auswärtiger Rechtsgelehrter" laufenden Urtheilspublikationen. Sollte nicht der Doppelsinn von „Rath" und »consilium« als einer unmaßgeblichen Berathung und einer mit der rechtlich maßgebenden Entscheidung betrauten collegialen Körperschaft oder Collegialberathung mit im Spiel gewesen sein? Vgl. unten Abschn. V 2.

Rechtspflegezustand erdenken, als sie auf diesem Seitenwege erreicht wurde. Sollte die herkömmliche Scheidung des Richter- und Urtheilerpersonals erhalten bleiben, sollte an der im deutschen Rechtsbewußtsein fest gewurzelten Ueberzeugung treu festgehalten werden, daß den Trägern der Gerichtsgewalt nicht auch die Macht der Rechtsfindung und Rechtsbestimmung anvertraut werden dürfe, sollte endlich auch jetzt noch, nachdem ein Recht, dessen Kenntniß eine gelehrte Berufsvorbildung voraussetzte, in Geltung gekommen war, der Träger der Gerichtsgewalt verpflichtet sein „Auskunft über das bestehende Recht, über den richtigen Rechtssatz da zu erholen, wo sie sicher zu finden ist", — nun, so war dies auf keine zuverläßigere und zugleich bequemere Weise zu ermöglichen, als durch Einführung und Uebung der Spruchcollegienrechtsprechung. Durch diese Einrichtung war ja eine von den Inhabern der Gerichtsgewalt unabhängige, der Beeinflussung durch die landesherrliche Macht möglichst entrückte und zugleich im neuen, gelehrten Recht bestens bewanderte Rechtsprechung gesichert, hinter der doch die volle, zur prozessualischen Vorbereitung, zum formellen Abschluß und zur praktischen Durchführung verpflichtete Autorität und Macht des Beamtengerichts, der Staatsgewalt, bereit stand.

Und wie glücklich traf es sich, daß man nicht blos in der Lage war, diese Rechtssprechung einzelnen Rechtsprivatgelehrten anzuvertrauen, sondern sich, unter voller Wahrung des alten deutschen Grundsatzes collegialer Rechtssprechung an fest gegliederte Vereinigungen von Männern wenden konnte, welche gerade die Rechtskunde und Rechtslehre zum gemeinsamen Lebensberufe erwählt, zu diesem Berufe amtlich mit einander verbunden und zu dessen redlicher und tüchtiger Erfüllung eidlich verpflichtet waren! Diese neuen rechtsgelehrten „Urtheiler" hatten ja überdies vor den früheren den großen Vorzug einer sorgfältigen Auswahl und eines ständigen, geübten Zusammenwirkens voraus. Auch hatte der Umstand, daß auf diese Weise ein zunächst zu andern Zwecken geschaffenes, hauptsächlich mit andern Auf-

gaben betrautes Collegium nebenher als ein der Gerichtsverfassung einfügbares Gerichtselement verwendet wurde, um so weniger etwas bedenkliches, als gerade dadurch die Gefahr der Abhängigkeit von einer ihm in diesem Nebenberufe übergeordneten Staatsverwaltungsbehörde vermieden wurde: eine Gefahr, die wahrlich früher, schon wegen der häufigen Vereinigung von Justiz und Administration, wegen der großen Zersplitterung und eigennützigen Abgeschlossenheit der deutschen Rechtsgebiete und wegen des Mangels einer wirklich die Majestät des Rechts wahrenden, die territoriale Rechtsprechung überwachenden und zügelnden höchsten einheitlichen Gerichtsstelle nahe genug gelegt war.

So hat es sich höchst merkwürdiger Weise so gefügt, daß gerade diejenigen Collegien, in welchen Jahrhunderte lang eine dem einheimischen Recht abgewendete Rechtskunde ihren festesten Sitz und ihre hervorragendsten Vertreter hatte, die Zufluchtsstätten waren, an welchen sich ein stattlicher Rest alten deutschen Gerichtsrechts beharrlich behauptet hat im scharfen Gegensatze zu der von jenen Stätten theoretisch verkündigten und allein gut geheißenen, außerhalb derselben auch aller Orten praktisch gehandhabten fremdländischen Beamtenrechtssprechung, — daß gerade die verächtlich auf die vermeintlich völlig überwundenen alten deutschen Gerichtsgebräuche zurückblickenden Verehrer und Lehrer des römischen und romanischen Rechts zu sehr bereitwilligen, aber dessen völlig unbewußten Wahrern und Vertheidigern eben jener Gebräuche dienen mußten[24])!

24) Aus dem Zusammenhange der die Ausbildung des gemeinen Rechts so wesentlich bestimmenden Spruchcollegienrechtssprechung mit dem alten deutschen Recht dürfte sich auch manche Eigenthümlichkeit der Rechtsbildung seit dem 17. Jahrhundert erklären. Namentlich gilt dies vom Prozeßrecht. Von hier aus scheint mir z. B. ein neues Licht auf die sonst sehr befremdende Erscheinung zu fallen, daß das Beweisurtheil erst so spät, in Reaction gegen die Romanisirung des Prozeßrechts, sich wieder in der gemeinrechtlichen Praxis festsetzte. Gerade die Spruchcollegienrechtssprechung drängte zu dieser formellen Ausscheidung der Beweisfrage mit einer innern den Urhebern unbewußten Nothwendig-

Aber sie erfüllten damit auch einen höheren Beruf. Indem die juristischen Fakultäten die Hütung und Pflege eines Stückes der alten deutschen Gerichtsverfassung versahen, haben sie zu Zeiten, in denen die Beamtenrechtspflege noch nicht überall die ausreichenden Garantieen genügender wissenschaftlicher Rechtskunde und zweifelloser Unabhängigkeit von den beschränkten Territorialinteressen und landesherrlichen Macht-einflüssen besaß, das beständige Beispiel und die wohlbewährte Sicherung einer wissenschaftlich gründlichen und zugleich über die engen Schranken partikulärer Justizhoheit erhabenen Rechtssprechung gewährt. So war die Hochschätzung, welche diese Gerichtseinrichtung noch vor wenigen Menschenaltern fand, keine unbegründete, keine übertriebene. Und auch die Verheißung der deutschen Bundesakte hatte noch eine, zwar recht bescheidene, doch ernste Bedeutung für das deutsche Rechtsleben.

Als mit der Auflösung des alten Reichsverbandes auch der letzte Rest der Einheit deutschen Gerichtswesens, welche im Reichskammergericht und in den wenigen sonstigen Reichsgerichtsstellen wenigstens doch noch dem juristischen Begriffe nach und auch in einzelnen praktischen Äußerungen bis dahin fortbestanden hatte, entschwand und es sonst keine deutsche, von

---

keit hin. Der Grund lag in nichts anderem, als jener dem alten deutschen Recht entstammenden Fernhaltung der gelehrten Urtheiler von der Prozeßleitung und eigenen Sachinstruktion, einer Tendenz, die durch die Schriftlichkeit des Verfahrens und die örtliche Entfernung des Spruchcollegiums vom Prozeßsitz noch erheblich gesteigert sein mußte. Diese Betrachtung würde in vollem Einklange mit den für die ganze Prozeßrechtsgeschichte so wesentlich aufklärenden Untersuchungen Planck's die Lehre v. Beweisurtheil 1848 (insbes. § 25) stehen und dieselben nur in einer wesentlichen Richtung tiefer begründen helfen, während sie den Ergebnissen von Bar, das Beweisurtheil des german. Prozesses 1866 völlig widerspricht. Ob nicht auch überhaupt die Neigung zur formalen Beweisbehandlung mit jener dem alten deutschen Recht verwandten Gerichtseinrichtung zusammengehangen hat? — In der Auffassung des richterlichen Urtheils, als einer concreten Rechtsvergewisserung, nicht als einer Auskunft über das bestehende abstrakte Recht hat dagegen die römischrechtliche Tradition aus guten Gründen auch in der Spruchrechtspraxis den Sieg davon getragen.

der Justizhoheit der einzelnen Staaten unabhängige Rechtspflege mehr gab, erhielt sich doch in den Spruchcollegien eine Gerichtseinrichtung, welche die engen Partikularjustizgrenzen frei überschritt und einen, wenn auch kleinen Rest alter deutscher Reichsjustiz in sich barg.

Gewiß: ein sehr interessanter staatsrechtlicher Vorgang, wohl dazu geeignet, dem Aktenversendungsrecht einen dauernden Platz in der deutschen Staatsrechtsgeschichte zu sichern! Durch das Aktenversendungsrecht ist doch noch eine deutsche, nicht partikuläre ständige, dem innern Staatsrecht angehörende Einrichtung auch über die Zeit von 1806 bis 1871 erhalten geblieben und verhütet werden, daß der Zusammenhang zwischen der Gerichtsverfassung des alten und des neuen deutschen Reichsverbandes gänzlich unterbrochen wurde. Und endlich. Wiederum war es eine glückliche Fügung, daß, als dieser letzte Rest alten deutschen Gerichtsrechts länger kaum mehr haltbar geworden war, eine Zeit anbrach, die uns eine um so vieles vollkommenere, mächtigere Einigung deutscher Gerichtsverfassung und Rechtspflegeordnung brachte!

V. Die bisherigen dogmatischen Auffassungen des Aktenversendungsrechts.

Und doch sollte es trotz aller Gleichartigkeit, welche sich zwischen dem Aktenversendungsrecht und der alten deutschen Gerichtsverfassung herausgestellt hat, trotz der Uebereinstimmung, in der es sogar mit wesentlichen Grundzügen der heutigen Schwurgerichtsverfassung steht, möglich sein, daß das Aktenversendungsrecht nicht dem Gerichtsverfassungsrecht angehört, die Existenz und Fortdauer desselben keine Gerichtsverfassungsfrage ist?

Nach den in den beiden letzten Abschnitten enthaltenen Darlegungen ist wohl die Vermuthung nicht zu gewagt, daß die gegensätzliche, das Aktenversendungsrecht dem Prozeßrecht und der Herrschaft des § 18 des Einf.-Gesetzes zur Civil-P.-O. überweisende Meinung nicht hätte Beifall und praktische Folge

finden können, wenn man sich über das rechtliche Wesen unseres Instituts besser vergewissert hätte. Die früheren Untersuchungen, die auf das dogmatische Grundverständniß des Instituts gerichtet sind, bieten überhaupt Weniges. Und was sie bieten, war allerdings geeignet, der prozeßrechtlichen Auffassung des Aktenversendungsrechts Vorschub zu leisten. Mit diesen Theorieen haben wir uns nunmehr noch auseinanderzusetzen.

Es sind bisher zweierlei Theorieen aufgestellt worden. Die eine, welche die bei weitem meisten Anhänger hat, kommt auf den Grundgedanken eines mandatum jurisdictionis hinaus. Die andere, die jetzt nur von einem hervorragenden Gelehrten vertreten wird, neigt dahin, die Aktenversendung als eine irregulär wirkende Rathserholung bei juristischen Sachverständigen gelten zu lassen.

1. Mandatum jurisdictionis?

Die erste Ansicht würde zwar in ihrem Ergebniß für die uns beschäftigende Hauptfrage nicht im mindesten den Consequenzen aus der hier vertretenen Auffassung des Instituts zuwiderlaufen. Dennoch muß ich diese anscheinende Unterstützung entschieden ablehnen. Denn sie ist nicht haltbar. Jene Ansicht erfaßt das Aktenversendungsrecht nicht in seiner wahren Bedeutung und auch in derjenigen Richtung, in der sie sich mit der hier dargelegten Auffassung zu begegnen scheint, schießt sie über das Ziel hinaus, so daß, wenn man die Wahl blos zwischen jenen beiden Theorieen hätte, eher von der ersten Abstand genommen und zu der zweiten, prozeßrechtlichen Ansicht übergegangen werden müßte.

Am entschiedensten und vollständigsten wird die Theorie vom mandatum jurisdictionis durch den Gelehrten vertreten, der sich zuletzt über eine dogmatische Frage des Aktenversendungsrechts in einer besonderen Abhandlung ausgesprochen hat. Fitting äußert sich bei Erörterung der Frage: „Ist das von einem verbotenen Spruchcollegium gefällte Erkenntniß für nichtig zu erachten?“ in dieser Zeitschrift Bd. 47, S. 278, 279 so:

Es versteht sich von selbst, daß der Grund dieser Befugniß (der

Befugniß der Spruchstellen zur Aburtheilung der an sie geschickten Rechtssachen) nicht etwa in der Eigenschaft der Spruchcollegien als eigentliche Gerichte erblickt werden darf. Denn diese Eigenschaft besitzen sie in keiner Weise, es fehlt ihnen jede Gerichtsbarkeit, wie schon daraus erhellt, daß sie in der Regel ganz anderen Staaten angehören, als das Gericht, welches die Akten an sie verschickt. Vielmehr läßt sich jene Befugniß juristisch nur auf ein mandatum jurisdictionis zurückführen, eine Ansicht, welche denn auch gegenwärtig allgemein anerkannt ist.

Diese Auffassung erscheint aber in der That in höchstem Grade passend und zutreffend. Das versendende Gericht überträgt dem Spruchcollegium die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit für den einzelnen Fall. Daraus folgt, daß das Collegium nur im Namen des verschickenden Gerichts sprechen kann und daß sein Urtheil juristisch ganz so beurtheilt wird, als ob es von dem Gerichte selbst gefällt wäre. Es erhellt aber ferner, warum die Aktenversendung in jeder Instanz möglich ist, und, da die Befugniß des Spruchcollegiums zur Urtheilsfällung lediglich auf einem Auftrage des verschickenden Gerichts beruht, so erklärt sich endlich, weshalb einerseits das angegangene Collegium eine Sache willkürlich ablehnen, andererseits aber das versendende Gericht vor ertheiltem Spruche die Acten beliebig wieder zurückfordern kann. Kurz der Gesichtspunkt des mandatum jurisdictionis wird wohl bei keiner einzigen Frage im Stich lassen[25]).

Diese Hoffnung Fitting's dürfte denn doch wohl nicht in Erfüllung gehen. Der Gesichtspunkt des mandatum jurisdictionis läßt uns überall im Stich, mögen wir nun fragen, was für ein Recht durch die Aktenversendung auf das Spruchcollegium übergeht, oder mögen wir untersuchen, wie und aus welchem Rechtsgrunde der Uebergang sich vollzieht. Das Spruchcollegium erhält weder »jurisdictio«, noch geschieht die Uebertragung durch »mandatum«. Ja es findet im scharfen Sinne Rechtens überhaupt nicht einmal eine „Uebertragung" statt.

---

25) Diese Ansicht ist in der That jetzt und schon länger in der dogmatischen Literatur, jedoch mit Ausnahme des Wetzell'schen Werks, allgemein verbreitet, s. die von Fitting und Sartorius citirten Autoren, die jedoch zum Theil die Spruchcollegien blos als Substituten der Gerichte erklären. Außer den dort citirten Schriften s. auch Renaud Civilpr. 2. Aufl. S. 69, der die A.V. durchaus als mandatum jurisdictionis gelten läßt.

Entschieden unrichtig ist zunächst, daß die Spruchcollegien jurisdictio im Sinne des römischen Rechts erhalten. Denn jurisdictio ist ja gerade das nicht, was die Spruchcollegien als Antheil am Richteramt bekommen: jurisdictio bedeutet nicht so viel wie Urtheilsfindung, ja bezieht sich überhaupt gar nicht auf die Rechtssprechung, das judicare. Jurisdictio bedeutet vielmehr die Gerichtsgewalt, das staatlich autoritative Element der Gerichtsbarkeit, die obrigkeitliche Rechtsmacht, durch welche die Rechtsverfolgung auf den gerichtlichen Rechtsweg gebracht und schließlich zum praktischen Effekt geführt wird. Freilich liegt es nahe, dem gewöhnlichen Wortsinn folgend, sich zu der Uebersetzung von »jus dicere« mit „Recht sprechen" verleiten zu lassen und dieser Irrthum ist oft genug mit bedenklichster Folge begangen worden. Damit würde aber gerade das Gegentheil des Begriffs wiedergegeben werden. Es scheint mir, daß in dieser alten Wort- und Begriffscombination sich eine im späteren Sprachgebrauch sonst nicht mehr so deutlich hervortretende Grundbedeutung des Wortes dicere erhalten hat, die unverkennbare Aehnlichkeit mit derjenigen Bedeutung hat, welche sich in dem nahe verwandten griechischen Wort δείκνυμι und δίκη auch auf die Dauer allgemein behauptete. Es ist die gerichtliche Rechtsweisung, die praktische Rechtslenkung, die Hinleitung des Rechts auf den Rechtsweg, was das Wesen der jurisdictio ausmacht.

Und noch mehr. Jurisdictio bezeichnet nicht blos nicht die Rechtsprechung, sondern nach classischem römischem Recht, innerhalb des System's des ordo judiciorum — und schon in diesem hatte sich insbesondere auch der Begriff der mandata jurisdictio vollkommen ausgebildet — bedeutete jurisdictio sogar die obrigkeitliche Gerichtsmacht unter begriffsmäßigem Ausschluß der Rechtsprechungs- und Urtheilsbefugniß. In der jurisdictio lag gerade nicht die Macht zum eigenen judicare: der Jurisdiktionsbeamte und folgeweise auch sein etwaiger Mandatar durfte nicht selbst urtheilen, sondern mußte den Rechtsspruch den „Urtheilern" den judices übertragen oder vielmehr überlassen.

So heißt es denn auch nicht: »jurisdictio est *judicandi* licentia«, sondern

»Jurisdictio est etiam *judicis dandi* licentia« (L. 3 i. f. D. de jurisdictione 2, 1 Ulpianus)

und:

»Eum qui judicare *jubet*, magistratum esse oportet« (L. 13 pr. eod. Ulp.)

Durch die Subsumtion der Spruchcollegienrechtssprechung unter den Begriff der jurisdictio wird also der wahre Sach- und Rechtsverhalt in sein Gegentheil verkehrt. Die Aktenversendung verschafft dem Spruchcollegium gerade keine *jurisdictio*, sondern denjenigen Antheil am Richteramt, der nicht zur jurisdictio gehört.

Wollte man diese von Grund aus deutsche Rechtseinrichtung schlechterdings in römische Begriffe hineinzwängen — wollten unsere Juristenfakultäten sich in ihrer echt germanischen Constituirung zu Spruchcollegien dennoch durchaus romanistisch „construiren", so läge es wahrlich näher, statt von einem mandatum jurisdictionis, von einer datio judicis oder constitutio judicii zu sprechen. Damit wäre wenigstens eine ungefähre Aehnlichkeit hervorgehoben: hat doch die römische Theilung des Richteramts überhaupt so manche Grundzüge, sowohl im Motiv wie in der Art der Abgrenzung, mit derjenigen gemeinsam, welche im alten deutschen Recht bestanden und von der sich gerade im Aktenversendungsrecht der letzte Ueberrest bis auf uns erhalten hat. Denn dem römischen ordo judiciorum liegt der Ausschluß der Gerichtsobrigkeit von der eigenen Urtheilsschöpfung, die Abneigung gegen den Gedanken, daß dem Gerichtsherrn die Rechtssprechung zu eigener Macht und Verfügung anvertraut werden dürfe, nicht weniger zu Grunde, wie der germanischen Gerichtsverfassung und ihrem letzten Rest, dem Aktenversendungsrecht[26]). Aber mit solchen

26) Das Prinzip der römischrechtlichen Theilung des Richteramts habe ich in der „Lehre v. d. Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen" S. 285—296 zu entwickeln gesucht, unter ausdrücklicher Hinweisung auf die Aehnlichkeit, welche in den allgemeinsten Grundgedanken mit der germanischen Richteramtstheilung besteht. Eine bestätigende Auffassung

ungefähren Aehnlichkeiten ist für eine irgend genügende, scharfe und feste juristische Begriffsbestimmung doch gar zu wenig

---

der röm. Einrichtung findet sich bei Mommsen, röm. Staatsr. Bd. 1 1. Aufl. S. 115—117. Vor kurzem hat auch Demelius, confessio 1880 S. 43, 44 den Gegensatz von jus und judicium in Uebereinstimmung mit meiner Auffassung bestimmt, in einer sehr wesentlichen Beziehung jedoch noch tiefer begründet. — Nachträglich bin ich auf zwei weitere Beobachtungen gekommen, welche zum Verständniß jener für das ganze röm. Gerichts- und Civilprozeßsystem hauptsächlich bestimmenden Einrichtung beizutragen geeignet sind und die ich mir, da sie dem Thema nicht zu fern liegen, vorbehältlich späterer genauerer Ausführung schon hier anzudeuten gestatte: 1) Die Theilung des Richteramts, insbesondere der Ausschluß der röm. magistratus von der judicatio war eine wesentliche Vorbedingung für den Entwickelungsgang, den die röm. Privatrechtsbildung genommen hat in der Richtung, daß mit der Ausbreitung des röm. imperium nicht etwa eine Unificirung des Privatrechts, keine Uebertragung des jus civile Rom. auf die anderen gentes stattgefunden hat: hätten die röm. magistratus selber judizirt, nicht die des Provinzial- und Ortsrechts kundigen judices, so hätte anstatt daß es zu einem über und aus den selbständigen jura gentium herauswachsenden jus gentium kam, es lediglich bei einem überall geltenden *jus civ. Romanum* sein Bewenden gehabt. Ferner 2) erklärt sich die spätere Aufhebung der Richteramtstheilung nicht blos aus der erklärlichen Abneigung des Principats und der neuen kaiserlichen Jurisdiktion gegen die selbständige, unabhängige, jeder Oberaufsicht und Correktur von Grund aus widerstrebenden Rechtssprechung der Volksrichter. Wäre dies der einzige und genügende Grund gewesen, so hätte die judicatio schon früher auf die magistratus übergehen müssen. Hauptsächlich mitwirkend, ja vorzugsweise bestimmend scheint mir zunächst die erst im Laufe der ersten Jahrhunderte des Principats fortschreitende Unification des Privatrechts gewesen zu sein, welche nicht mehr der gleichmäßigen röm. Beamtenrechtssprechung ein Hinderniß entgegensetzte, sodann und in noch höherem Grade die mit der wissenschaftlichen Ausbildung des röm. Rechts zusammenhängende Nothwendigkeit, die Rechtssprechung durch fachmäßig vorgebildete, rechtskundige Männer versehen zu lassen, die hieraus einen Lebensberuf machen mußten. Auch schon bei den Römern ist es zu einer Umwandlung des Volksrichterthums in ein gelehrtes Richterthum und folgeweise in ein Beamtenrichterthum gekommen, und überall muß die Gerichtsverfassung zu diesem Fortschritt kommen, wo das Recht sich zu wissenschaftlicher Pflege erhebt. So scheint mir die Geschichte gerade das Gegentheil von dem zu lehren, was von so manchen Seiten als Ziel der Ge-

ausgerichtet, als daß ich diese Conversion empfehlen möchte. Um so mehr ist aber Verwahrung gegen jene Theorie von mandatnm jurisdictionis einzulegen, welche in die alte römische Vorrathskammer juristischer Begriffe nur hineingreift, um einen möglichst unähnlichen, gegensätzlichen Begriff herauszuholen.

Nun ist ja wahr, daß die Theilung des Richteramts im spätern römischen Recht verschwunden ist, daß der magistratus zur jurisdictio noch das Rechtssprechungsrecht auch im ordentlichen Verfahren hinzubekam, daß ferner die moderne Jurisprudenz — der oben hervorgehobene Uebersetzungsfehler kam mächtig zu Hilfe — das Wort jurisdictio dazu mißbraucht hat, um alle dem Beamtenrichter zustehende Gerichtsbarkeit, auch einschließlich der Rechtssprechungsbefugniß, zu bezeichnen. Aber damit ist doch ebenfalls nichts für jene Theorie gewonnen. „Die" Gerichtsbarkeit, „die" jurisdictio im modernen Sinne haben die Spruchcollegien nie erhalten, auch nicht der Ausübung nach. Es ist gezeigt worden, daß ihnen recht wichtige Bestandtheile der Gerichtsbarkeit, alle autoritativen Elemente versagt geblieben sind: blos ein, nicht autoritatives Stück der Gerichtsbarkeit, die Urtheilsfindung, kam ihnen zu. Und um dieses Stück des Richteramts zu definiren, könnte kein weniger zutreffendes Wort gewählt werden, als jurisdictio. Indem wir die Aktenversendung als mandatum jurisdictionis definirten, müßten wir die reservatio mentalis machen, daß 1) nicht die wahre, eigentliche jurisdictio von uns gemeint sei und 2) von der uneigentlichen, modernen jurisdictio blos ein einzelner Bestandtheil und 3) daß dieser Bestandtheil gerade derjenige sei, der von der wahren jurisdictio ausgeschlossen ist!

Aber sollte es auch auf diese Weise möglich sein, sich mit dem mandatum *jurisdictionis* abzufinden, so gäbe es doch kein Mittel, um das *mandatum* jurisdictionis zu retten. Es

---

richtsentwickelung verkündet wird z. B. auch von Stölzel in seiner Schlußbetrachtung Nr. II S. 613, die so wenig wie die dem gegenwärtigen Rechtsunterricht geltende Schlußbetrachtung IV den wirklichen Verhältnissen entspricht.

mag davon abgesehen werden, daß statt alles Beweises blos die Behauptung, daß „die Befugniß des Spruchcollegiums zur Urtheilsfällung lediglich auf einem Auftrage des verschickenden Gerichts beruht" beigebracht ist, und daß auch die vorangehende Behauptung „das versendende Gericht überträgt dem Spruchcollegium die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit für den einzelnen Fall" selbst wenn sie — was sie nicht ist — richtig wäre, nichts für das mandatum jurisdictionis irgend Begründendes enthält, da bekanntlich nicht jede Rechts- oder Rechtsausübungsübertragung ein Mandat ist, vielmehr der Mandatsvertrag in erster Linie verpflichtet und, soweit er Obligationsrechte begründet, sie originär schafft, nicht überträgt. Aber auch wenn wir uns bemühen, andere Gründe für diese Begriffsauffassung ausfindig zu machen, kommen wir zu einem negativen Ergebniß.

Zunächst ist es überhaupt kein Vertrag, was sich durch die Aktenversendung vollzieht. Eine Annahmeerklärung auf die schriftliche Urtheilsanfrage ist zur Perfektion des Spruchrechtserwerbs nicht erforderlich. Wäre dies der Fall, so wäre es kaum je zu einer perfekten Begründung dieses Rechts gekommen, da, so viel ich nach eigener Erfahrung weiß, es nicht üblich war, daß die Spruchcollegien auf die Aktenzusendung eine Annahmeerklärung abgaben [27]). Das

---

27) Auch Elsäßer, Geschäftsgang bei der Versendung der Akten, 1791 und 1806, weiß nichts hiervon, obwohl er alles, was bei der Communikation zwischen Gericht und Spruchfakultät auch nur rathsam sein könnte, aufs sorgsamste und treulichste explicirt. Zum Beweise dieser Sorgfalt mögen folgende, das alte Institut recht hübsch illustrirenden Erörterungen Elsäßer's dienen. Er sagt im § 25 (S. 19): „Das Einpacken voluminöser und dem Format nach ungleicher Akten erfordert eine besondere Behutsamkeit. So sind z. E. in dem Fall, wenn sie mit dem Postwagen ablaufen sollen, die Schnüre nicht zu stark anzuziehen weil letztere bei einer heftigen Erschütterung des Wagens leicht aufspringen. Auch ist sorgfalt zu tragen, daß hervorragende einzelne größere Bögen bei geheften Fascikeln nicht durch die Friktion der Seile einen Einschnitt erhalten mögen. Eine gedoppelte Lage von Wachstuch leistet treffliche Dienste; hölzerne Küsten mit guten Reifen an den Ecken versehen, sind aber bei wichtigen Akten — weit vorzuziehen." Und

Spruchrecht fällt vielmehr durch die einseitige dem Spruchcollegium übermittelte Aktenversendungserklärung des Prozeßgerichts an. Die Aktenversendung hat auch in dieser Beziehung nichts vom mandatum jurisdictionis sondern vielmehr etwas dem *jubere* judicare Analoges.

Sodann sind aber auch die ernstlichsten Bedenken gegen die — es ist zweifelhaft, ob als Folgerung [28]) oder als Be-

---

nachdem Elsäßer so die Theorie der Aktenversendung im wörtlichsten Sinne klar gemacht hat, begleitet er in einer längeren Serie von Paragraphen die Akten getreulich auf ihrer Reise bis zum Spruchcollegium die aber so weitläufig, oft so incognito-geheimnißvoll ist, daß eine direkte Rückantwort zu einer baaren Unmöglichkeit werden konnte. Er sagt § 31 „die oben erwähnte erste Art der mittelbaren Verschickung, nämlich, wenn man die Akten an dritte Orte vorher dirigirt, wird durch ein Beispiel känntlicher werden. Die Reichsstadt Frankfurt wählt Altdorf zum Bestimmungsort. Nun schließt sie das Missiv in ein anderes Schreiben an den Magistrat zu Speier, unter Beifügung der Akten, ein und ersucht letzteren beides an den Ort der Bestimmung ablaufen zu lassen. Speier macht natürlicher Weise keine Schwierigkeit, da in dem Schreiben dahin die Geheimhaltung als der Grund angegeben wird, und schickt das ganze Werkchen nach Altdorf. Findet man für nöthig, die Vorsichtsregeln zu erweitern, so werden mehrere Mittelorte unter Gebung eines ähnlichen Fingerzeigs ausgewählt. Zuweilen wird die Behutsamkeit so weit getrieben, daß einem fremden Magistrat die Wahl des Bestimmungsorts gänzlich überlassen bleibt und nur die von den Partieen ausgenommenen Rechtscollegien angezeigt werden. Die Kosten werden in diesen Fällen freilich wegen der Umwege beträchtlicher; allein es sind immer hinlängliche Gründe, und daß 20 Thaler mehr oder weniger für nichts zu rechnen seien, vorauszusetzen." — Ueberhaupt kann das Elsäßersche Werkchen Juristen als unterhaltende Lektüre, auch als Trostspender für Diejenigen welche über die Aufhebung des A. V. Rechts zu trauern haben, empfohlen werden: Elsäßer erörtert S. 28 ff. das Thema, daß „die Aktenarbeit bei Rechtskollegien eine der mühsamsten und dankloseſten Beschäftigungen auch, im Durchschnitt genommen, für die Gesundheit nachtheilig" sei, macht aber doch einen Unterschied zwischen den Fakultätsmitgliedern „die gut lesen und gut schreiben aber keinen Geschmack an Fakultätsarbeiten finden" und solchen „die zwar keinen mündlichen Vortrag haben aber treffliche Fakultisten sind", denen „nichts unangenehmer sein kann, als wenn man sie von ihrem angebissenen Aktenstoß hinwegscheucht."

28) Doch wohl als erstere, da mir wenigstens nichts davon bekannt

gründung gemeinte — Aufstellung zu erheben, daß das angegangene Collegium eine Spruchsache willkührlich ablehnen, andererseits das versendende Gericht vor ertheiltem Spruche dem Spruchcollegium die Spruchbefugniß beliebig wieder entziehen dürfe. Die Anerkennung eines solchen Rechtsgrundsatzes ist wenigstens aus der Spruchpraxis nicht nachgewiesen und, so weit ich es übersehen kann, nicht nachweisbar. Schon das Verhalten, welches die Spruchcollegien gegenüber den Aktenversendungen beobachtet haben, welche nach dem 1. Oktober 1879 ergingen und eben den Gegenstand der hier verhandelten Streitfrage bilden, spricht entschieden dagegen. Diejenigen Spruchcollegien, welche ablehnten, haben sich nicht mit einem einfachen Nein begnügen wollen und können, sondern dem Prozeßgericht unter Berufung auf die rechtliche Unzulässigkeit einer solchen Aktenversendung die Spruchsache zurückgeschickt. Stände die Ablehnung in der Willkühr des Spruchcollegiums, wäre die Uebernahme der Urtheilsfindung — die Wahrung der Rechtserfordernisse vorausgesetzt — nicht eine Amtspflicht der deutschen Juristenfakultäten, so wäre überhaupt unserer ganzen Streitfrage die Spitze abgebrochen. Und wo und wie wären denn die Parteien zu *ihrem* Aktenversendungsrecht gekommen, wenn es allen deutschen Spruchstellen frei gestanden hätte, ganz nach Belieben die ihnen nicht genehmen oder bequemen Spruchsachen abzulehnen? Aehnliches gilt auch von dem angeblich freien Revokationsrecht des Prozeßgerichts. Doch diese Frage kann ohne weitere genauere Untersuchung dahin gestellt bleiben, da sich der Gesichtspunkt des mandatum schon aus andern Gründen als unzutreffend erwiesen hat und weiterhin noch deutlicher erweist.

Die Mandatsauffassung des Aktenversendungsvorganges gründet sich, wie auch ausdrücklich gesagt ist, wesentlich auf die Vorstellung, daß das Prozeßgericht ein *ihm selber zustehendes Recht* dem Spruchcollegium zur Ausübung

---

ist, daß die Revokationsmöglichkeit als feststehend gegolten hätte. Durch diese Verwendung des privatrechtlichen Mandatsbegriffs kommt das praktisch Irreführende der Mandatsconstruktion deutlichst zum Vorschein.

überträgt. Und in der That würde unter dieser Voraussetzung der Mandatsbegriff, wenigstens in dem uneigentlichen Sinne von „Vollmacht" zutreffen. Namentlich unterliegt es keinem Zweifel, daß in dem mandatum jurisdictionis die Uebertragung einer Gerichtsgewalt, die dem mandans selber im konkreten Falle, einer Gerichtsbefugniß, die ihm aus und zu eigenem Rechte zusteht, gelegen ist. Eine solche eigene richterliche Befugniß wird aber, im Falle das Aktenversendungsrecht Platz greift, gar nicht vom Prozeßgericht dem Spruchcollegium zugewendet. Wenn die Parteien das Aktenversendungsrecht gehörig geltend gemacht haben oder ein Prozeßfall vorliegt, in welchem das Gericht ex officio die Aktenversendung vornehmen muß, so fehlt es dem Prozeßgericht an der eigenen rechtlichen Befugniß zur Urtheilsfindung. Wenn und schon ehe es zur Aktenversendung kommt, steht ihm derjenige Antheil am Richteramt, der dem Spruchcollegium anfällt, gar nicht mehr zu und eben deshalb kommt es nur zur Aktenversendung.

Es findet also keine Rechtsübertragung, keine Rechtsnachfolge statt: das Judikationsrecht, um welches es sich handelt, ist schon ehe es dem Spruchcollegium zukommt, nicht mehr bei dem Prozeßgericht. Die Aktenversendung enthält so wenig eine wirkliche Gerichtsrechtsübertragung so wenig ein *mandatum* jurisdictionis, wie sie in der römischen datio judicis, dem jubere judicare und wie sie in der alten deutschen Urtheilsfrage lag. Der Mandatsgedanke mag ungefähr auf die „consultative" Aktenversendung, auf die Einholung unverbindlicher Rechtsgutachten Anwendung finden: hier mag die Willkür der Bestellung, der Ablehnung, des Widerrufs, die Vertragsmäßigkeit und eine Art Ausstattung mit den eigenen Befugnissen des mandans zutreffen. Nicht aber gilt dies von der Aktenversendungsrechtsprechung, von der ja die Anhänger der Mandatstheorie selber die consultative A. V. so genau unterschieden wissen wollen. Die Aktenversendung zum Rechtsspruche ist kein Vertragsakt, sondern eine einseitige Willenserklärung — keine willkürliche sondern eine rechtsnothwendige Hand-

lung, — kein frei widerrufliche r sondern ein unentziehbare s Rechte begründende r Vorgang, — nicht eine Uebertragung eigenen Rechts, sondern die vom Prozeßgericht vorzunehmende Bestellung eines richterlichen Hilfsorgans, welches einen Theil der richterlichen Aufgabe, zu deren Erfüllung dem Gericht die eigene Befugniß fehlt, zu versehen hat.

2. Rathserholung bei juristischen Sachverständigen?

Die andere Auffassung des Aktenversendungsrechts, welche, wenn richtig, dazu nöthigen würde, dasselbe dem Prozeßrecht zuzuschreiben und seine zeitliche Geltungsgrenze nach dem Einführungsgesetz zur D. Civilprozeßordnung zu bemessen, findet gegenwärtig eine theoretische Vertretung nur in dem System des ordentlichen Civilprozesses von Wetzell. Doch ist eine ähnliche Auffassung, begünstigt durch eine in der Spruchcollegienrechtssprechung übliche Spruchformel, in der Praxis weiter verbreitet, als hiernach anzunehmen wäre [29]). Dies ist gerade bei Beurtheilung der hier verhandelten praktischen Hauptfrage deutlich hervorgetreten, welche nicht so oft zu Gunsten der prozessualischen Natur des Instituts hätte ausfallen können, wenn man nicht geneigt gewesen wäre sich einer solchen Auffassung anzuschließen. Und, wie schon ausgeführt, war die bisherige gerichtsverfassungsrechtliche Auffassung so wenig zutreffend, daß jene Neigung wenigstens negativ vollkommen begreiflich ist.

Wetzell behandelt die Spruchbehörden im Anschluß an die Sachverständigen unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt, daß beide dem Richter bei seiner Cognition, speziell bei der Beurtheilung der Thatsachen behilflich sind. Er bezeichnet die Spruchcollegien als „juristische Sachverständige", in deren Funktion jedoch in sofern eine „Irregularität" liege, als ihre Rathsertheilung den Richter binde und

29) Diese Auffassung beherrscht auch die rechtshistorische Aktenversendungsliteratur mehr oder weniger, s. oben Anm. 23.

ihn nöthige, den empfangenen Rath zu befolgen, was dann durch sorgfältige historische Nachweisungen, für welche das Wetzell'sche Werk ja in so vielen Richtungen eine unerschöpfliche Fundgrube ist, näher dargethan wird [30]). Gegen seine dogmatische Auffassung sind aber doch recht ernstliche Bedenken zu erheben.

Jene ausdrücklich hervorgehobene Irregularität ist von einer solchen Art und Stärke, daß durch sie der Begriff des juristischen Sachverständigengutachtens geradezu aus den Fugen kommen würde. Die Unregelmäßigkeit ist so groß, daß die Aktenversendung sogar nicht einmal als etwas einer Sachverständigenbefragung auch nur analoges anerkannt werden kann.

Denn die Spruchcollegien liefern dem Prozeßgericht nicht sowohl eine Grundlage zu dessen eigener Urtheilsbildung und -findung, sondern nehmen ihm dieselbe völlig ab. In jedem Spruchrechtsfalle wird ja das Prozeßgericht auf die prozeßleitende Vorbereitung und die wörtliche Verkündigung des vom Spruchcollegium vollkommen fertig gestellten Urtheils beschränkt. Die Spruchcollegien helfen dem Gericht nicht bei dessen Cognition und Thatsachenbeurtheilung sondern cognosciren und beurtheilen die Thatsachen selber anstatt und unter gänzlichem Ausschluß des Gerichts. Tritt das Prozeßgericht dennoch in eine Cognition, in eine eigene rechtliche Beurtheilung des Thatbestandes ein, so unternimmt es etwas ganz überflüssiges, rechtlich unerhebliches, erfolgloses: was es über die Thatbestandsbeurtheilung denkt, ist rechtlich und prozessualisch nicht mehr werth, als die juristischen Gedanken, die sich irgend eine Privatperson bei der Lektüre der reponirten Akten oder der gedruckten Entscheidungsgründe nachträglich über die Entscheidung macht, die hätte getroffen werden sollen.

Freilich hat das Prozeßgericht auch einige Kenntniß von dem in den Akten vorliegenden thatsächlichen Material zu nehmen, aber lediglich zu Prozeßleitungs- nicht zu Ent-

30) Wetzell System d. Civilpr. 3. Aufl. § 44 S. 527 ff. insbes. 535—539.

scheidungszwecken. Die Kenntnißnahme, welche ihm behufs seiner Mitwirkung zur formalen Urtheilsperfektion obliegt, bezieht sich nicht auf den aus den Prozeßverhandlungen selber zu entnehmenden Entscheidungsthatbestand, sondern blos auf den Thatbestand und Rechtserhalt, wie ihn das Spruchcollegium in seinen Entscheidungsgründen, in seiner selbständigen Thatsachenbeurtheilung aufgefaßt und rechtsverbindlich fixirt hat. Und selbst diese Kenntnißnahme ist nicht eine innerliche kritische Cognition, vielmehr eine rein äußerliche Notiznahme: es ist nichts mehreres als eine wortgetreue Lesung und Vorlesung des fremden Rechtsspruches erforderlich; was und ob überhaupt der Richter sich hiebei etwas gedacht hat, ist gleichgiltig. Wie wenig es sich bei dieser Publikationsthätigkeit um eine der Urtheilscognition irgend entsprechende Thätigkeit handelt, geht ja auch schon daraus hervor, daß gar nicht das ganze Gerichtscollegium an ihr Theil zu nehmen, überhaupt das Urtheil auch nur zu lesen oder zu hören braucht. Es genügt Verlesung oder abschriftliche Mittheilung an die Parteien durch einen Gerichtsschreiber unter Aufsicht des Gerichtsvorsitzenden oder eines andern, deputirten Gerichtsmitgliedes [31]).

Aus dem allem folgt, daß die Spruchcollegien bezüglich der rechtlichen Beurtheilung des Thatbestandes nicht Gehilfen, sondern geradezu Stellvertreter des Gerichts sind: sie haben diesen Theil des Richteramts, wie schon oben im Abschnitt III dargelegt worden ist, ausschließlich für sich zur selbstverantwortlichen selbständigen und vollständigen Verwaltung. Die Mitglieder des Spruchcollegium sind in dieser Funktion keine dem Prozeßgericht untergeordneten Cognitionsgehilfen, sondern ihm eingeordnete, dem Prozeßgerichtspersonal coordinirte Richter.

Als juristische Sachverständige sind die Fakultäten nur im Wege der s. g. consultativen Aktenversendung zur

31) Vergl. die bewegliche Schilderung der Urtheilseröffnung, in ihren Stadien der Siegelbesichtigung, Schnüredurchschneidung, Aufsuchung und Hervorziehung des Urtheils aus dem Aktenpack u. s. w. bei Elsäßer § 93 bis § 101.

Verwendung gekommen. Nur bei dieser trifft das für jedes Sachverständigengutachten wesentliche Kriterium zu, daß das Gericht auf Grund desselben erst noch *selber das Urtheil zu schöpfen hat*. Die *Wetzell*'sche Auffassung würde kaum noch für die prozessualische Stellung zutreffen, welche einst die *römischen* zur rechtsverbindlichen Abgabe von responsa autorisirten Jureconsulti einnahmen. Mit der Aktenversendungsrechtsprechung ist aber gerade so wie mit der Urtheilsfällung der Urtheiler im alten deutschen Verfahren die Grenzlinie bloßer Rechtsgutachtenerstattung vollends überschritten. Ein Bescheid, dessen Richtigkeit derjenige, dem er ertheilt ist, nicht mehr zu prüfen hat, eine Entscheidung, die der Adressat absolut verpflichtet ist als maßgebend hinzunehmen und zur Ausführung zu bringen, ist kein Gutachten, keine Rathsertheilung mehr. Dergleichen pflegt man nicht einen *Rath*, sondern eine Anordnung, einen *Befehl* zu nennen. Das ist nicht mehr blos »consilium« sondern »auctoritas«. Wenn man die Urtheile der Spruchcollegien als Rathsertheilungen auffaßt, so müßte man auch den vom Gericht an den Vollstreckungsbeamten gerichteten *Exekutionsbefehl* als *Rathsertheilung*, als *Gutachten* gelten lassen.

Wie die Theorie vom juristischen Sachverständigengutachten sich hat bilden können, wie die Juristenfakultäten ihre eigene praktische Thätigkeit in einer so wenig zutreffenden, ihre Bedeutung so sehr degradirenden Weise haben beurtheilen können, ist übrigens leicht erklärlich. Ohne Ahnung davon, daß diese Thätigkeit von Grund aus gleichartig mit der Urtheilsfindung der *germanischen* Volksurtheiler sei, war man darauf angewiesen, irgend ein *römisch*- oder *romanisch*rechtliches Schema ausfindig zu machen, unter welches jene „sonderliche" Betheiligung der Spruchcollegien an der Rechtspflege untergebracht werden könnte. Da bot sich denn als das relativ nächstliegende der Begriff der *Rathsertheilung*, eines freilich gar irregulären juristischen Sachverständigengutachtens dar. Hierzu mochte auch noch ein Umstand, von dem sich in der Geschichte des Instituts deutliche Spuren erkennen lassen, mitgewirkt haben. Ehe die Akten-

versendungsrechtssprechung der Fakultäten sich zu einer festgegründeten Rechtseinrichtung ausgebildet hatte, fand in den einzelnen Aktenversendungsfällen in der That vielfach ein Schwanken zwischen der bloßen Consultation und der wirklichen Rechtsspruchseinholung statt, wenn es mir auch wahrscheinlicher ist, daß dies gerade wieder vorzugsweise von der theoretischen Unempfänglichkeit der fast ausschließlich in römischen Begriffsbahnen denkenden Mitglieder der um ein Urtheil angegangenen Juristenfakultäten für die in Wahrheit beabsichtigte germanische Urtheilsfindung herrührte und meistens seinen Grund nur in dem Streben hatte, jener wirklichen Rechtssprechung ein römisch-rechtliches Aushängeschild oder Legitimationsschema, die Consultationsform, mit auf den Weg zu geben.

Damit sind wir auf einen Punkt gekommen, dessen genauere Prüfung auch noch vom Standpunkt der neuesten Spruchrechtspraxis erforderlich ist, um den letzten, offenbar gerade die Rechtsvorstellungen der Praxis beherrschenden Scheingrund für die prozeßrechtliche Natur des Aktenversendungsinstituts zu widerlegen.

Jene romanisirende Neigung hat nämlich zu dem allgemeinen Gebrauch der Spruchrechtspraxis geführt, in den tenor sententiae eine Spruchformel aufzunehmen, welche dem verkündenden Prozeßgericht die Erklärung in den Mund legt, es habe selber „auf Rath auswärtiger Rechtsgelehrter" oder „auf Erachten auswärtiger Rechtsgelehrter" erkannt und geurtheilt[32]).

32) Diese Sitte war wohl, soweit ich aus eigener Beobachtung der Spruchpraxis urtheilen kann, in den letzten Jahrzehnten eine ganz allgemeine, s. auch Wetzell S. 539. Doch ist es nicht etwa richtig, daß dies früher allgemein gegolten hätte. Noch Elsäßer constatirt eine entgegengesetzte Praxis, er sagt (§ 71, S. 57) „Zuweilen wird den Rechtscollegien mittelst einer dem Missiv beigelegten Formel an die Hand gegeben, wie sie den Eingang des Urtheils zu fassen haben. So werden im Mecklenburgischen die Urtheile im Namen des Landesherrn abgefaßt. Die Regel aber ist, daß sie im Namen des Rechtscollegiums selbst gefaßt werden, z. E. „Auf nachgesuchte Restitution und er-

Eine recht entsagungsvolle Höflichkeit! Die Spruchcollegien verzichteten selber bereitwillig auf den Ruhm und das (freilich nicht den) Verdienst der eigenen Urheberschaft und schoben dieselbe dem Prozeßgericht unter, welches, während es diese feierliche Versicherung eigener Autorschaft verlas, vom Inhalt der darauf folgenden Entscheidung noch keine Ahnung hatte

---

folgtes weiteres Verfahren in Redhibitionssachen des Schutzjuden Moses zu Kloppenheim Implorenten an einem — entgegen und wider Paul Klett zu Sonnenberg, Imploraten am andern Theil, so die Herren uns sammt denen diesfalls verhandelten Akten nebst einer Frage zugesendet und unser rechtliches Erkenntniß darüber anverlangt: Erkennen wir (an einigen Orten heißt es auch sprechen wir) nach fleißiger Verlesung der Akten und auf gepflogene kollegialische Erwägung für Recht, daß, so viel u. s. w." Und Elsäßer ist in diesem stilus curiae sehr genau (im § 92 wird versichert, daß „die Titulatur bis auf die geringste Menschenklasse festgesetzt ist. Denn so bekommt z. E. der Bürger: Ehrbarer guter Freund — der Bauer: Arbeitsamer guter Freund, — der Scharfrichter: Mannhafter und Besonderer, — der Schinderknecht: Guter und Nutzbarer"). — Auch Sartorius erklärt sich (a. a. O. S. 240 A. 1) gegen die Formel „auf eingeholten Rath" und schlägt, freilich ebenfalls die Form eines judicare ex anima aliena für gut befindend, vor zu sagen „Das Gericht N. N. erkennt nach eingeholtem Spruche", während er die Formel: „Wir Ordinarius u. s. w. der Juristenfakultät erkennen" für unrichtig hält. Bei Bergmann, Beitr. z. Einl. in d. Praxis der Civilprozesse 2. Ausg. 1839 S. 445 u. 465 findet sich (anders als Sartorius darüber berichtet) dagegen die Spruchformel „nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrter" als die einzige. Ein Zurückgehen auf die älteren Formulirungen würde zu weit führen und für den vorliegenden Zweck nichts austragen. Doch sei nochmals darauf hingewiesen, daß die ähnlichen älteren Klauseln »prehabito consilio jurisperitorum — consilio jurisperitorum aliisque judicialiter requisitis observatis (Seeger cons. Tub. p. 91) — Wir erachten rathschlagsweise —«, durchaus keinen sicheren Rückschluß auf die blos consultative Natur des Urtheils ermöglichen. Es liegt in jenen Spruchformeln eine für die klare und richtige Erfassung dieser Urtheilsthätigkeit verhängnißvoll gewordene Zweideutigkeit: „Rath" und „Consilium" konnte eben so wohl in seiner externen Bedeutung (Rathsertheilung an das Gericht) wie in seinem internen Sinne (abschließende Berathung innerhalb des Spruchcollegiums) verstanden werden; vgl. oben Anm. 23. Erst die neuere Jurisprudenz und Praxis scheint sich immer mehr zu dem Glauben, es handele sich um eine rein externe Rathsertheilung, gewendet zu haben.

und dann, wenn es weiter las und zum Urtheilsinhalt kam nicht selten über den Ausfall seiner eigenen unbewußten Urtheilsthätigkeit auf das Höchste erschrocken war[33])! Aber es war das zugleich auch eine, für Juristen doppelt bedenkliche zwangsweise Verleitung zur geschäftsmäßigen Lüge, da ja das publizirende Prozeßgericht in Folge des Aktenversendungsrechts so ganz aus aller eigener Urtheilsfähigkeit und Urtheilskritik herausgedrängt war, daß es jene Unwahrheit unweigerlich nachsprechen und das fremde Verdienst sich bösen Gewissens rechtsfeierlich aneignen mußte! Eines der tiefsten Geheimnisse juristischer Formelzauberkraft! Es wurde zugleich in animam alienam und ex anima aliena judizirt, eine Möglichkeit, die denn doch wohl Jedem, der nicht in diesen Zauberkreis festgebannt ist, ein unergründliches Räthsel bleiben muß!

Auch hier kann durch die unrichtige Form nicht das Wesen der Sache, durch keine juristische Verkleidung die Wahrheit entstellt werden. Eine rechtsverbindliche Urtheilsfindung *ist* kein bloßer Rath, kein Sachverständigengutachten und wird es auch nicht dadurch, daß die Juristen ihre falsche Auffassung in einer *geschäftsgebräuchlichen* (nicht etwa gewohnheitsrechtlichen) Form zum beständigen Ausdruck gebracht haben. Was hinter jener Spruchformel steckt, ist zum Vorschein gekommen. Es ist die unhaltbare Theorie von der blos consultativen Funktion der Spruchcollegien, die Verkennung der im Aktenversendungsrecht liegenden Theilung des Richteramts, die Unkenntniß der Gleichartigkeit, welche zwischen der Spruchcollegienrechtssprechung und der alten deutschen Urtheilsfindung besteht, und folgeweise die Verlegenheit, wie man diese Einrichtung unter die vorräthigen romanistischen Begriffskategorieen unterbringen sollte!

Das allein richtige wäre die *offene Erklärung*

---

33) Wenn nicht, weil das Gericht mit dem Inhalt des Urtheils so gar nichts zu schaffen hat, eine Apathie eintrat, die *Elsäßer* in seiner lebensvollen Schilderung dieses Theils des „Geschäftsganges bei A.V." § 98 so darstellt: „Mit dieser außerordentlichen Spannung (der Parteien) kontrastirt die *Kälte* und die *Gleichgültigkeit* der *Gerichtspersonen* und des verlesenden *Aktuars* im höchsten Grad."

des Prozeßgerichts gewesen, es verkünde das vom Spruchcollegium erfragte und erlassene Urtheil, — gerade so, wie im alten deutschen Gerichtsverfahren der Richter kein Hehl von der Urtheilsfrage und dem Spruche der Urtheiler machte. Die Uebersetzung der Urtheilsfrage in das schriftliche Verfahren nöthigte doch nicht zur Unwahrheit! Der, in seinen Motiven überdies recht klägliche Wunsch, den Parteien die Spruchbehörde bis zur Urtheilspublikation geheim zu halten [34]), konnte ja voll erfüllt werden, ohne daß man auch noch bei der Urtheilsverkündigung mit sich Versteck zu spielen brauchte.

Das vertrug sich aber nun einmal nicht mit den romanistischen, ausschließlich auf Beamtenrechtsprechung gerichteten Gerichtstheorieen. So schien nichts anderes übrig zu bleiben, als ein juristisches Kunststück zu machen, durch welches das Spruchcollegienurtheil kurzer Hand in ein eigenes Urtheil des Prozeßgerichts verwandelt wurde. Und das Kunststück war leicht, es genügte ein falsches einsilbiges Wort, das Wörtchen „Rath". Freilich war außerdem auch noch der Glaube daran, daß diese Unwahrheit wahr sei, nothwendig. Man konnte sich aber getrost darauf verlassen, daß man diesen Glauben bei den Juristen, ja auch — bei sich selber fand und damit war ja die Sache in bester Ordnung.

Nur noch eine Vorsicht war zu beobachten. Durch jenen Apparat mußte das Prozeßgericht sich so anstellen, als verkündige es nicht blos das fremde Urtheil, sondern als habe es das Urtheil selber gemacht. Da lag nun doch die Gefahr nahe, daß das Prozeßgericht einmal mit dieser selbsteigenen, von jenen auswärtigen Gelehrten blos „berathenen" Urtheilsthätigkeit Ernst machen könnte. Das mußte verhütet

34) Ueber sinnreiche Methoden der Geheimhaltung s. Elsäßer § 27 bis 32 (oben A. 27), der im § 33 auch eine der recht ergötzlichen Advokatenkünste, um hinter die verborgene Fakultät zu kommen, angiebt (Beschleunigungsgesuche an alle möglichen Fakultäten — die nicht betheiligten antworten, daß sie die Akten nicht haben — die schweigende Fakultät ist die richtige).

werden. Damit das Gericht ja nicht auch nur ein Wörtchen eigener judicatio hinzuthun könne, wurde das energische Auskunftsmittel ergriffen, daß man ihm sein Urtheil sogleich bis auf Punkt und Komma fertig stellte und ablieferte. Und um das Maß voll zu machen, wurde diesem Urtheil weislich auch sofort die falsche Versicherung der eigenen Autorschaft wörtlich einverleibt! So mußte das Prozeßgericht nicht blos ex anima aliena urtheilen, sondern auch noch ex anima aliena lügen!

Wohl möglich, daß es auch jetzt noch Juristen giebt, die an der Beweiskraft jener Spruchformel für die Sachverständigenfunktion der Spruchcollegien und folgeweise an der prozeßrechtlichen Natur des Aktenversendungsrechts festhalten wollen! Nach vereinzelten Erfahrungen, die ich im Streite gegen ähnliche Truggebilde gemacht habe, ist es sogar wahrscheinlich [35]).

Aber wohl selbst der eifrigste Verehrer dogmatischer Fiktionskraft dürfte doch bedenklich werden, wenn ich ihn daran erinnere, daß ja die Ueberwälzung der Autorschaft auf das Prozeßgericht, die in den einleitenden Worten des Erkenntnisses vorgegeben wurde, im weiteren Verlaufe des Erkenntnisses immer aufs offenste juristischer Lügen gestraft wird. Die wahre Urheberschaft bleibt, ehe das Erkenntniß zu Ende kommt, kein Geheimniß. Es ist eine ganz allgemeine Uebung der Spruchpraxis, daß im Anfange der Entscheidungsgründe das Spruchcollegium unverhohlen selber das Wort ergreift und berichtet, die Akten seien ihm zum Rechtsspruche zugeschickt worden, — daß insbesondere auch erwogen wird, ob „unser Collegium" ein wirklich begründetes Recht auf die Urtheilsabfassung habe. Und endlich. Es gehört zur Rechtsförm-

35) S. meine Bemerkungen gegen die Vertheidigung, welche auch jetzt noch die dogmatisch-prozessualische Fiktion bei, aber blos noch bei Wach und Leonhardt gefunden hat, im Archiv Bd. 64 S. 29 A. 19. Uebrigens will ich die Untersuchung, ob jenes Urtheilen auf Rath auswärtiger Rechtsgelehrter eine „wirkliche" Fiktion oder welche der verschiedenen, neuerdings immer sorgfältiger sortirten Arten von Fiktionen es ist, gern anderen Gelehrten überlassen. Sollte hierüber nicht nächstens eine besondere Abhandlung erscheinen?

lichkeit, zur rechtlichen Giltigkeit des Urtheils, daß das Spruchcollegium schließlich selber versichert, es sei von Rechts wegen geurtheilt und daß es seine eigene Autorschaft mit seiner Unterschrift und mit seinem Siegel bestätigt[36]! Und das alles verkündet das Prozeßgericht den Parteien und muß es wörtlich verkündigen: die Parteien haben, ehe sie den Spruch gelten lassen, das Recht, sich von der Echtheit dieser Autorschaftsversicherung zu überzeugen. Und doch sollen wir bei Ergründung des wahren Wesens der Spruchscollegienrechtssprechung ausschließlich der in den Einleitungsworten des Erkenntnisses stehenden falschen geschäftsüblichen Phrase, nicht der schließlichen, rechtswesentlichen, den wahren Rechtsverhalt offen und feierlich darlegenden Versicherung glauben und vertrauen?

VI. Schlußergebnisse.

Durch die Widerlegung der Gutachtentheorie ist der einzige Grund beseitigt, auf den sich die prozeßrechtliche Auffassung des Aktenversendungsrechts stützt.

Nur wenn die Spruchcollegien dem Prozeßgericht bei dessen eigener Thatsachenbeurtheilung behilflich wären, läge in ihrer Mitwirkung eine auf die Gestaltung des prozessualischen Verfahrens bezügliche Besonderheit, welche keinen Eingriff in das Gerichtsverfassungsrecht, keine Verschiebung der Gerichtsbarkeitsverhältnisse, keine Theilung des Richteramts in sich schlösse. Nur unter jener Voraussetzung würden die vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Prozesse

36) S. z. B. das Erkenntniß bei Bergmann, Einl. in die Praxis S. 445—456, wo es im Anfange heißt: „Auf eingewandte Supplikation erkennt die N. N.'sche Justizkanzlei nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrter für Recht, daß u. s. w.", während das Erkenntniß so schließt: „Aus diesen Gründen sind wir, wie im Urtheile geschehen, zu erkennen bewogen worden. Ordinarius, Senior und sämmtliche Assessores der Juristenfakultät auf der — Universität zu —". Diese Fassung haben meines Wissens in den letzten Jahrzehnten alle Spruchcollegienerkenntnisse gehabt. Eine ähnliche Schlußklausel findet sich in denselben schon seit dem 16. Jahrhundert.

auch hinsichtlich der Aktenversendung nach § 18 des Einf.-Gesetzes zur D. Civilprozeßordnung zu beurtheilen und demgemäß noch jetzt bis zu ihrer rechtskräftigen Entscheidung der Urtheilsfindung von Spruchcollegien zugänglich geblieben sein [37]).

Es ist das Gegentheil dargelegt worden. Das Aktenversendungsrecht gehört zum Gerichtsverfassungsrecht. Die Aktenversendung begründet eine besondere Gestaltung der Gerichtsbarkeitsverhältnisse, eine Theilung des Richteramts. In jedem Aktenversendungsrechtsfalle findet die Einsetzung einer richterlichen, mit einem Theile des Richteramts ausgestatteten Behörde statt.

Damit ist erwiesen, daß die Zulässigkeit der Aktenversendung nach den Bestimmungen des D. Gerichtsverfassungsgesetzes zu bemessen ist.

Das Ger.V.G. ist aber am 1. Oktober 1879 im ganzen Umfange des Reichs in Kraft getreten, ohne daß im Einf.G. ein Vorbehalt für die schon früher anhängig gemachten Pro-

37) Es ist wohl kaum der Einwand zu gewärtigen, daß durch das Aktenversendungsrecht, durch den Antrag auf A.V., die gegnerische Erklärung, die Wahl des Spruchcollegiums und die Uebersendung der Akten sich doch ein besonderes Zwischenverfahren entspinne und daher § 18 cit. Anwendung finden müsse. Gewiß findet eine Verhandlung statt, es geschieht etwas von und mit dem Gericht. Aber diese Verhandlung ist eine gerichtsverfassungsrechtliche: es erfolgt durch sie die Bestellung einer richterlichen Behörde, es wird durch sie ein Theil des Richteramts an die Spruchbehörde verliehen. Der Vorgang ist seiner rechtlichen Natur nach etwas der Schaffung einer Gerichtsstelle homogenes, nur darin eigenthümlicher Art, daß die Gerichtsbarkeitsverleihung blos für den einzelnen Rechtsfall, in einem beschränkten Umfange und nicht unmittelbar durch objectiven Rechtssatz, sondern in Folge einer vom objectiven Recht ausgehenden Ermächtigung durch Willensbestimmung der betheiligten Prozeßsubjecte, im Wege dispositiver Gerichtsrechtsnormirung geschieht. Insofern ließe sich die Analogie des mandatum jurisdictionis oder der delegatio judicis heranziehen. An der normalen Art der Verhandlung über den eingeklagten Anspruch, an den Prozeßgrundsätzen über die Prozeßeinleitung, Prozeßleitung, Cognition, Beweisaufnahme, Beweisbeurtheilung u. s. w. wird nicht das mindeste geändert, das Spruchcollegium steht ja außer allem Prozeßrechtsverkehr mit den Parteien.

zesse, wie im Einf.G. zur Civil-P.O. Aufnahme gefunden hätte. Vielmehr sind auch jene Prozesse sofort mit dem 1. Oktober 1879 von den früheren Gerichtsbehörden auf die durch das neue Gerichtsverfassungsgesetz bestimmten Gerichte übergegangen. Die früheren, im G.V.G. nicht mehr anerkannten Gerichte haben mit jenem Zeitpunkt völlig zu existiren aufgehört. Insbesondere kann das Richteramt auch in den früher eingeleiteten Prozessen blos noch von solchen Personen versehen werden, welche das D. Gerichtsverfassungsgesetz überhaupt mit richterlichen Funktionen betraut.

Hievon kennt das G.V.G. und das E.G. zu demselben keine Ausnahme. Der § 18 dieses E.G. ordnet zwar etwas besonderes für die früher anhängig gemachten Prozesse an, diese Besonderheit besteht aber blos darin, daß die Landesgesetzgebung solche Prozesse den im Gerichtsverfassungsgesetz anerkannten ordentlichen Landesgerichten ohne Rücksicht auf die im G.V.G. bestimmten Grenzen der Zuständigkeit zuweisen darf, enthält also nichts, was die fortgesetzte Funktion anderer Gerichtsbehörden, als jener ordentlichen Landesgerichte ermöglichte.

Nun ist durch § 12 des G.V.G. die ordentliche Gerichtsbarkeit ausschließlich den dort bezeichneten Gerichtsbehörden (Amts- Land- Oberlandesgerichte, Reichsgericht) zugewiesen. Und auch unter den nach § 14 allein zulässigen besonderen Gerichten findet sich keine Kategorie, unter welche die früheren Spruchcollegien fielen. Ferner enthält das D. G.V.G. auch keine Bestimmung, durch welche jene Gerichte ermächtigt würden, die Aburtheilung der unter ihre Gerichtsbarkeit fallenden Prozesse durch andere Behörden oder Personen, durch irgend welche Stellvertreter vornehmen zu lassen. Vielmehr wird die Zulässigkeit einer solchen Vertretung durch die Bestimmungen des G.V.G., welche die Besetzung der zur Entscheidung der Prozesse berufenen Gerichtsabtheilungen (Kammern, Senate) regeln, gradezu ausgeschlossen. Namentlich geht aus § 77

„Die Kammern entscheiden in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden"

und aus § 124

„Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden in der Besetzung von fünf Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden"

und der ähnlichen Bestimmung des § 140 (bezüglich des Reichsgerichts) unzweideutig hervor, daß die Entscheidungen von Niemandem Anderem als den Mitgliedern der vorschriftsmäßig besetzten Gerichte vorgenommen werden dürfen. Eine Entscheidung, die nach dem 1. Oktober 1879 nicht von jenen Mitgliedern selber getroffen würde, könnte nicht als rechtsbeständig gelten: sie würde nicht blos durch ordentliche Rechtsmittel angefochten werden können, sondern bliebe, da „das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt" wäre, nach § 543 Nr. 1 der D. Civ.P.O. auch noch der Nichtigkeitsklage ausgesetzt.

Daher kann es auch nicht mehr für statthaft erachtet werden, daß die Gerichte vermittelst der Aktenversendung einen wesentlichen Theil ihres Richteramts, die Urtheilsfindung und -abfassung nicht selber versehen, sondern den Spruchcollegien überlassen. Es würde dadurch nicht blos gegen die den Gerichten auferlegte eigene Judikationspflicht verstoßen, sondern auch in die jetzt bestehende Gerichtsverfassung ein richterliches Organ eingefügt werden, dessen Anerkennung dem D. G.V.G. gänzlich fremd ist. Die Spruchcollegien haben mit dem 1. Oktober 1879 aufgehört zu existiren[38]).

38) Es ist daher ein gesetzwidriger Anachronismus, daß in den offiziellen Personal- und Institutsverzeichnissen so vieler Universitäten die Spruchcollegien noch immer als wirkliche Wesenheiten figuriren. Wann sollten sie denn endlich verschwinden, wenn sie nicht schon am 1. Oktober 1879 untergegangen sind? Etwa wenn amtlich constatirt sein wird, daß kein einziger Versuch einer Aktenversendung mehr in möglicher Aussicht steht? Vielleicht bedürfte es zu diesem Zwecke der Einführung einer besonderen Exstinktivverjährungsfrist für Spruchcollegien, etwa aus dem Gesichtspunkt des non usus? — Die Juristenfakultäten haben die frühere Fähigkeit, zu Spruchcollegien zu werden, schon mit dem 1. Okt. 1879 ipso jure verloren. Es bedarf nicht etwa einer besonderen staatlichen, gesetzlichen oder ministeriellen Aufhebung derselben: durch diese würde ein Nichts vernichtet.

Dies alles gilt nicht minder von den schon vor dem 1. Oktober 1879, wie von den erst später anhängig gewordenen Prozessen. Wer behauptet, daß das Aktenversendungsrecht für die früher eingeleiteten Prozesse bestehen geblieben sei, müßte, da für dieselben bezüglich der gerichtsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen dasselbe gilt wie für die später eingeleiteten Prozesse, das Aktenversendungsrecht in infinitum, auch für alle zukünftigen Prozesse noch als fortbestehend anerkennen[39]). Die in den früher anhängig gewordenen Prozessen durch Aktenversendung eingeholten Urtheile unterliegen gerade so wie die in später eingeleiteten Prozessen auf diesem gerichtsverfassungswidrigen Wege erzielten Urtheile dem oben bezeichneten Schicksal: sie sind nicht rechtsbeständig — sie sind sogar nichtig.

Auch die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für die vor dem 1. Oktober 1879 eingeleiteten Prozesse noch die Aktenversendungsrechtssprechung für statthaft erklären, entbehren, weil sie im Widerspruch mit dem D. Gerichtsverfassungsgesetz stehen, der rechtlichen Verbindlichkeit — auch sie sind nichtig[40]).

39) In den Commentaren zum G.V.G. ist von dem Aktenversendungsrecht kaum die Rede. Wo es erwähnt wird, findet sich, ohne alle Unterscheidung von früher oder später anhängig gemachten Prozessen, blos die kurze Notiz, daß die „A.V. als beseitigt anzusehen sei" (Struckmann-Koch Civ.P.O. 3. Aufl. 1880, S. 839, 859) oder „daß die A.V. gänzlich aufhöre" (Endemann, d. deutsche Civilpr. Commentar 1878 I. S. 69 A. 3). In den Commentaren speziell zum G.V.G. von Thilo und Hauck ist der A.V. überhaupt nicht gedacht. — Uebrigens ist der Grund, aus welchem, und die Stelle, an welcher Struckmann-Koch und Endemann die A.V. für aufgehoben erklären, nicht richtig. Beide geben ihre Notiz zum § 16 des G.V.G. („Ausnahmsgerichte sind unstatthaft, Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden"), indem sie davon ausgehen, die Aktenversendung sei „eine Art delegirter Gerichtsbarkeit". Letztere Auffassung trifft aber so wenig, ja noch weniger zu, wie die Theorie von mandatum jurisdictionis. Dadurch würden die Spruchcollegien vollends zu vollständigen, ständig fungirenden Gerichten gestempelt. Der Grund der Aufhebung der A.V. liegt lediglich darin, daß das G.V. nur die in § 12 u. § 14 bezeichneten Arten von Gerichten zuläßt und keine Stellvertretung der Gerichtsmitglieder in der Urtheilsfindung gestattet.

40) Von solchen Ausführungsgesetzen oder -Verordnungen sind mir

So ist die altehrwürdige Einrichtung der Spruchcollegienrechtssprechung früher und vollständiger zu Ende gegangen, als von so Manchem vermeint wurde. Die Untersuchung, welche der Feststellung ihrer weiteren Lebensfähigkeit gewidmet war, ist zur Charakteristik eines untergangenen Rechtsinstituts geworden und bei diesem Rückblick hat sich das Institut besser, tüchtiger, gesünder erwiesen, als es während seines Bestehens gegolten hat.

Es ist zum Vorschein gekommen, daß diese anscheinend fremdländische Gelehrtenschöpfung tiefer im deutschen Rechtsleben wurzelt, als die übrige Gerichtsverfassung, — tiefer, als irgend ein Theil der neuen Reichsgerichtsverfassung. Es hat sich gezeigt, wie die Spruchcollegienrechtssprechung eine der alten Volksrechtsanschauung entsprechende, der alten Volksrechtssprechung folgende Reaction gegen die ausschließliche

---

nur zwei bekannt geworden: 1) Die Landesherrliche Verordnung vom 26. Juni 1879 betreff. die Uebergangsbestimmungen u. s. w. für das Fürstenthum Lippe (Detmold) § 10: „In den vor dem Inkrafttreten der D. C.P.O. anhängig gewordenen Civilprozeßsachen verbleibt den Parteien das ihnen nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen zustehende Recht des Antrags auf Verschickung der Akten an eine deutsche Juristenfakultät" (Wilmowski und Levy Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur R.C.P.O. 1880 S. 267, 268) und 2) das Ausführungsgesetz von Schaumburg-Lippe § 76: „Aktenversendung findet nicht statt. Sind jedoch Akten zum Spruche Rechtens bereits versandt, so behält es dabei sein Bewenden". (Wilmowsky S. 274.) — Selbst mit der letzteren Beschränkung scheint mir die Aufrechterhaltung des A.V.R. nicht rechtlich statthaft. Nach dem deutschen G.V.G. dürfen seit dem 1. Oktober 1879 blos noch die Mitglieder der dort anerkannten Gerichte urtheilen. Die vor dem 1. Oktober 1879 vollzogene Einsetzung einer andern richterlichen Behörde mußte daher, mag sie blos für den einzelnen Prozeßfall oder ganz allgemein geschehen sein, ihre weitere rechtliche Wirksamkeit mit jenem Termine verlieren. Ja selbst wenn in einem Prozesse ein Spruchcollegium schon vor jenem Termine sollte sein Urtheil abgefaßt und dem Prozeßgericht übersandt haben und das Urtheil wäre noch nicht vor dem 1. Okt. 1879 durch das Prozeßgericht publizirt worden, würde diese Rechtssprechung nichtig sein; denn erst mit der Verkündigung wird der Urtheilsakt perfekt und nach dem 1. Okt. 1879 dürfen deutsche Gerichte keine fremden Urtheile mehr verkündigen.

Herrschaft der Beamtenrechtssprechung und eine Sicherung gegen Uebelstände gewesen ist, welche in Folge dieser Art von Rechtssprechung in deutschen Landen empfunden wurden.

Diese Betrachtungen sind wohl geeignet nochmals die Frage nahe zu legen, ob die Spruchcollegienrechtssprechung denn nicht hätte, unter Anpassung an die neuen Gerichts- und Prozeßzustände, für die Dauer erhalten bleiben können und sollen.

Wäre das Wesen und die Bedeutung des Aktenversendungsrechts *vor* seiner Aufhebung richtiger erkannt und gewürdigt worden, so hätte man wenigstens seine Beseitigung nicht gar so leicht nehmen dürfen, als es geschehen ist und auch vollkommen gerechtfertigt erschien, so lange man sich die wirkliche Beschaffenheit der Einrichtung durch den falschen Formenwust, der ihr anhaftete, verdecken ließ. Ehe man sich entschloß, eine mit dem deutschen Rechtsleben so lange und innig verwachsene Rechtseinrichtung, — eine Einrichtung, welche nicht blos eine Verwahrung gegen die Alleinherrschaft der Beamtenrechtspflege, sondern auch die Gewähr einer vollkommen rechts- und geschäftsverständigen Rechtssprechung in sich schloß, der Vernichtung Preis zu geben, wäre mindestens eine eben so gewissenhafte Erwägung geboten gewesen, wie sie wegen der Einsetzung von Handelsrichtern stattgefunden hat, — eine ähnlich ernste Ueberlegung, wie sie der Einführung der Schwurgerichtsverfassung vorangegangen ist, die weder den ununterbrochenen Zusammenhang mit altererbtem heimischem Recht noch die Vertrauenswürdigkeit tüchtiger Rechts- und Geschäftskunde für sich hat!

Doch es sollen diese rückblickenden Betrachtungen nicht weiter fortgeführt werden. Die Spruchcollegienrechtssprechung ist nun wohl unwiederbringlich entschwunden. Die deutschen Juristenfakultäten sind dadurch eines ehren- und verantwortungsvollen Amts entsetzt, welches sie Jahrhunderte lang zum Heile der Rechtspflege und zu ihrer eigenen Förderung verwaltet haben.

Die Wehmuth über den Verlust wird sich aber durch die Zuversicht mildern, daß die beiden großen Güter, welche die Spruchpraxis der deutschen Rechtspflege zu hüten berufen war,

die Unabhängigkeit und die beste Rechtskenntniß, jetzt überall innerhalb der deutschen Gerichte selber ihre vollkommen gesicherte Stätte haben und auch ferner behalten werden, vor und über allen Gerichten im Reichsgericht, welches sich ja auch durch seine Entfernung vom Mittelpunkte der deutschen Justizhoheit und Gerichtsgewalt als der rechte Erbe der alten Spruchcollegienrechtssprechung darstellt.

In diesem Vertrauen dürfen die deutschen Juristenfakultäten getrost auf den Nebenberuf gelegentlicher praktischer Lehrmeisterei verzichten. Ja, die strengere Durchführung juristischer Arbeitstheilung wird für sie, wie für das ganze deutsche Rechtsleben segensreich wirken können, da sie, ihrem Wissenschafts- und Lehrberufe ausschließlich zugewendet, nunmehr um so vollständiger und eifriger darauf hinzuwirken im Stande sind, daß den deutschen Gerichten solche Kräfte zugeführt und beständig wissenschaftlich verstärkt werden, denen der hohe Beruf der Rechtssprechung vertrauensvoll in seinem ganzen Umfange zur eigenen Verwaltung überlassen werden darf. Das werden sie freilich nur ausrichten können, wenn diesem ihrem Berufe von Seiten der Praxis und der Gesetzgebung das volle Verständniß und das gebührende Wohlwollen entgegengebracht und vor allem, statt daß man das ganze Hauptgewicht auf die unmittelbar praktische Zurichtung der jungen Juristen legt, dem juristischen Universitätsunterricht das zu einem befriedigenden Erfolge unerläßliche Zeitmaß nicht verkümmert wird. Aber um so entschiedener tritt auch an die juristischen Fakultäten die Anforderung heran, gerade diejenige Aufgabe, deren Lösung auf unmittelbar praktischem Wege ihnen durch die Aufhebung des Aktenversendungsrechts verschlossen worden ist, auf theoretischem Wege auf das ernsteste zu verfolgen: die Pflege eines engen und regen Zusammenhanges mit den Bedürfnissen und Ergebnissen der Rechtssprechung. Und die Erreichung dieses Zieles ist durch den neuen deutschen Rechtszustand nicht erschwert, sondern, wie viele hoch erfreuliche Anzeichen schon jetzt sicher erkennen lassen, um vieles erleichtert!