

Werk

Titel: Die Haftbarkeit des sog. Spruchrichters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche

Untertitel: eine Studie zur Auslegung des B.G.B. und dessen § 839, Abs. 2

Autor: Schneider, K.

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1901

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1901_0041 | log17

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

VII.

**Die Haftbarkeit des sog. Spruchrichters nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuche.**

**Eine Studie zur Auslegung des B.G.B. und dessen
§ 839, Abs. 2.**

Von

Herrn R. Schneider,
Oberlandesgerichtsrat in Stettin.

Einleitendes.

Die Haftbarkeit des sog. Spruchrichters, — des in einer Rechtsache urteilenden Beamten, — ergibt sich zwar aus § 839, Abs. 2 des B.G.B.; allein die eigentliche Bedeutung dieser wichtigen Vorschrift läßt sich nicht ohne genaue Berücksichtigung der öffentlichrechtlichen Stellung des richtenden Beamten und ohne sorgfältiges Eingehen auf das Wesen der Rechtsprechung im Civil- und Strafverfahren und in der sonstigen mannigfaltigen Gerichtsbarkeit, wie sie sich in Deutschland findet, verstehen. Bei der Letzteren ist u. A. an die Verwaltungs-, Gewerbe-, Militär-, Konsular- und Agrargerichte, sowie an die Schiedsgerichte für Arbeiterversicherung zu denken, wodurch zugleich klar wird, daß es sich bei den „Beamten“ des § 839, Abs. 2 keineswegs nur um Justizbeamte oder auch nur um juristisch vorgebildete Beamte handelt. Seine Ausnahmsvorschrift

knüpft § 839 lediglich an einen besonders gearteten Teil der amtlichen Thätigkeit eines Beamten an, so daß also Schöffen, Geschworene und sonstige unbeamtete Gerichtsbeisitzer sich nicht auf ihn berufen können, obwohl sie doch auch in Rechtsfachen urteilen und insoweit zu den „Spruchrichtern“ gehören. Dieser vielfach, auch von der Begründung zum I. Entwurfe des B.G.B. gebrauchte Ausdruck ist also bei der Auslegung des § 839, Abs. 2 von vornherein zu vermeiden oder doch nur in obigem beschränkten Sinne zu gebrauchen.

Den allgemeinen Regeln für Haftung aus unerlaubter Handlung nach § 823, den auch jene Laienrichter unterworfen sind, und nach § 839, Abs. 1, der von Verletzung der „Amtspflicht“ durch einen „Beamten“ spricht, setzt Abs. 2 eine jetzt für ganz Deutschland oder, richtiger gesagt, den Geltungsbereich des B.G.B. allein¹⁾ maßgebliche Ausnahme entgegen. Dieser Abs. 2, sowie der damit in Verbindung stehende Abs. 3 lauten folgendermaßen:

„Verlezt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtsfache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.“

1) Der Vollständigkeit wegen weise ich noch auf das Reichsgesetz vom 20. Mai 1898 betr. Entschädigung unschuldig Verurteilter hin; insbesondere auf § 1, Abs. 2: Anspruch der Unterhaltsberechtigten (außer dem Verurteilten); Abs. 3: Ausschluß des Anspruches bei selbstverschuldeter Verurteilung, die aber, als Fahrlässigkeit (Abs. 4), nicht in der Verabsäumung der Einlegung eines Rechtsmittels gefunden werden soll; § 3, Abs. 2: Uebergang der Rechte des Verurteilten gegen Dritte, die rechtswidrig seine Verurteilung herbeigeführt haben, auf die entschädigende Staatskasse.

„Die Erfazpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Die folgende Untersuchung soll sich nun darauf beschränken, aufzuklären, welchen Sinn das leider schon streitig gewordene Wort „Urteil“ habe, dessen Einfügung in das Gesetz zugleich in bemerkenswerter Weise die Vorteile der parlamentarischen Mitwirkung an unserer Gesetzgebung zeigt, — wenigstens soweit es sich um die Festlegung und wörtliche Fassung schwieriger Rechtspunkte handelt. Auf eine weitere Erläuterung des Gesetzes gehe ich also nicht ein. Es unterbleibt mithin eine Besprechung der nach § 11 im Einführungsgefesze zur deutschen Gerichtsverfassung auch jetzt noch landesgefeszlich möglichen „Vorentcheidung“; oder eine Erörterung der Frage, wie weit denn überhaupt der Begriff des „Beamten“ reiche. Wer in der ordentlichen Gerichtsbarkeit dazu gehört, — und diese stellt selbstverständlich die weitaus überwiegende Zahl der in Rechtsfachen urteilenden Beamten, — und ebenso, wer von den mit jenen besonderen Gerichtsbarkeiten betrauten Personen dazu zu zählen ist, wird übrigens kaum zweifelhaft sein²⁾:

Indem also das Gesetz, worauf ich nochmals hinweisen möchte, nur dem Beamten bei jener Thätigkeit eine beschränkte Haftbarkeit zubilligt, entsteht die wunderliche Folge, daß jene Laienrichter, also im Zweifel die weniger sachkundigen und ungeschulten Richter, unter sonst ganz gleichen Umständen, bei der Fällung eines „Urteils“ in einer „Rechtsfache“ der strengeren Haftung nach § 823 des B.G.B. unterliegen!

Es wäre in der That wohl richtiger gewesen, hätte man

2) Anders vielleicht bei den Handelsrichtern und bei den aus den Mitgliedern städtischer Verwaltungen bestellten Gewerbegerichtsvorsitzenden: Gewerbegerichtsgesetz vom 29. Juni 1890, § 10 und 11; f. dagegen Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1900, § 104, Abf. 2 und Reichsgesetz vom 30. Juni 1900 betr. Abänderung der Unfallversicherungsgesetze § 3.

sich im Reichstage, statt sonst am Entwurfe zu mäkeln, auf eine Ausgleichung dieser ungerechten Regelung beschränkt. Freilich ist andererseits nicht zu verkennen, daß eine Inanspruchnahme aus § 823 wegen bloßer Fahrlässigkeit den Laienrichtern aus thatsächlichen, später noch näher zu bezeichnenden Gründen ebenso selten droht, wie den richtenden Beamten auf dem außerhalb der Urteilsfällung liegenden Gebiete ihrer Amtspflichten.

Dem Sinne der Rechtsätze des B.G.B. nachzugehen, gewährt einen ganz eigenartigen geistigen Genuß.

Im Gegensatz zu dem leidigen Antiquitätenkram des gemeinen Rechts hat man es im B.G.B. mit Rechtsvorschriften zu thun, die durchaus von neuzeitlichen Gedanken getragen sind, u n s e r e n e i g e n e n Anschauungen von Recht und Rechtsverkehr, von Staat, Gesellschaft und Volkswirtschaft entsprechen und nicht aus denjenigen eines entlegenen, im Grunde nur wenig Auserlesenen völlig verständlichen Rechtszustandes erklärt werden müßten; die unsere Sprache reden, und in denen, im Bilde gesprochen, der Herzschlag unseres Volkes fühlbar ist, das in seinem gebildeteren Teile die weltgeschichtliche Errungenschaft im B.G.B. würdigt und in seinen ungebildeteren Schichten zu ahnen beginnt.

Man hat es im B.G.B. mit Rechtsätzen zu thun, die, weil sie selbst der sorgfältigsten Beobachtung der Bedürfnisse unseres Rechtslebens erwachsen sind, nur zu gesunden und vollkräftigen Ergebnissen bei ihrer Anwendung führen dürfen und der wissenschaftlichen „Konstruktion“ keinen unbefriedigenden Rest übrig zu lassen gestatten. Mit Rechtsätzen, deren allmähliche Entstehung in der Sammlung der gesetzgeberischen Vorarbeiten die hauptsächlich treibenden Gedanken und deren Ziele deutlich zu Tage treten läßt; deren durchweg unvergleichliche Schärfe in der Fassung immer wieder als sicherer Wegweiser für das Verständnis des Gesetzes dient, und die Auslegung nicht hilflos in einem Ge-

strüpp zweifelhafter oder schiefer Ausdrücke stecken läßt; die endlich den nicht zu unterschätzenden Vorteil haben, mit den sonstigen Gesetzen, insbesondere den Prozeßordnungen und der Gerichtsverfassung in genauestem Einklange ausgearbeitet zu sein.

So darf denn nun auch der „Praktiker“ an der großen, zur geistigen Bewältigung des B.G.B. erfordernten Denkarbeit der Wissenschaft teilnehmen und sieht sich nicht durch Unzugänglichkeit seiner Hilfsmittel von vornherein davon ausgesperrt. Auch er darf seine gerade in Rechtsfragen so mannigfach gänzlich unentbehrliche Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst und ihrer im Vergleich zu den Absichten des Gesetzgebers oft so wunderlichen Gestaltung im Rechtsleben in den Dienst der Forschung und Auslegung stellen, wo es sich jetzt nicht mehr, wie H. A. Post einst mit spöttischem Ingrimme schrieb, um eine „philologische Interpretation heiliger Bücher“ handelt, bei deren wissenschaftlicher Behandlung auch der bloße Stubengelehrte ein gewisses Voraus zu beanspruchen berechtigt erschien. Ist doch endlich die, von den Besseren in unserer Wissenschaft freilich längst verkündete Wahrheit zur Geltung gelangt, daß diese Wissenschaft kein Zunftgeheimnis der Gelehrten³⁾ sei, zu deren ewig wechselnden Anschauungen der Praktiker nur gläubig aufzuschauen habe; und daß das wünschenswerte synallagmatische Verhältnis zwischen Rechtsbehandlung und Lehre mindestens auf einem Gleichgewichte des Ausgetauschten beruhen müsse.

Von solchen Gesichtspunkten aus muß man auch an die zu § 839, Abs. 2 leider schon nötig gewordene Auslegung herantreten. Dabei handelt es sich übrigens um eine allgemeinere, auch sonst bei Auslegung des B.G.B. in Betracht

3) Jhering in seinen Jahrb. f. Dogmatik I, S. 38; III, S. 450; Baehre ebenda Bd. II, S. 372; Brunns, Recht des Besitzes S. V u. f. w.

kommende Frage, die eine genauere Erörterung dieser seiner verhältnismäßig wenig praktischen Vorschrift rechtfertigen mag. Nämlich wie man sich angesichts einer Gesetzesfassung zu verhalten habe, die im Reichstag mit schiefen, unsachlichen Gründen gefordert und deshalb auch regierungsseitig beanstandet; dann aber mit Mehrheitsbeschluß vom Reichstage angenommen und von der Reichsgewalt schließlich bestätigt wurde, wenn durch diese Umänderung des Gesetzentwurfes sich nach jenen Gründen ein Sinn des Gesetzes ergibt, der, wie ein neuerer Schriftsteller, Dr. Nöldke (s. u.), zutreffend bemerkt, zu „ganz merkwürdigen Konsequenzen“ führt, also, während das Gesetz doch etwas Vernünftiges wollen muß, — Unfinn ist. Soll, hat man zu fragen, die Unklarheit, die bei der Wahl des Wortes „Urteil“ obwaltete, wirklich für alle Zeiten maßgeblich bleiben und nicht durch eine verbessernde, von jenen Gründen absehende Auslegung beseitigt werden dürfen? Kann hier von einem „Sinne“, in dem der „Gesetzgeber“ seine Anordnung verstanden haben will, die Rede sein, wo ein solch „sinnender Gesetzgeber“, wie gelegentlich Bekker⁴⁾ mit feinem Spotte bemerkt, vielleicht überhaupt fehlt? Ja, wo sogar nur die mangelnde Sachkunde eines Abgeordneten die übrigen Stimmen ohne viel Ueberlegung ihrerseits nach sich zog, während sich andererseits doch erkennen läßt, was eigentlich dem unklaren Drängen zu Grunde lag und hätte gewollt werden sollen; und während die Reichsregierung von ihrem richtigen Standpunkte aus doch selbstredend nicht genug Veranlassung sah, ihren Widerspruch aufrecht zu halten oder gar zur „Kabinettsfrage“ zu machen, — vielleicht aber der Hoffnung lebte, daß eine verständige

4) In Iherings Jahrbüchern, Bd. 34, S. 25. Nämlich Hartmann, Arch. f. civ. Pr. Bd. 73 S. 405; und jetzt „Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft“ S. 42 ff. Weitere Ausführungen später.

Auslegung doch mit dem Gesetze durchzukommen sich getrauen würde? Schloß sie sich etwa der Auffassung der Reichstagsmehrheit auch in deren falscher Begründung an, und wie wäre das nach dem später zu erörternden Verhältnisse zwischen Art. 2, 5 Abs. 1 und Art. 16 und 17 der Reichsverfassung zu beurteilen? —

So kann der § 839, Abs. 2 im B.G.B. zu einem Prohibitivstein für eine wahrhaft freie Gesetzesauslegung werden, die, fern von knechtischem Glauben an das Wort des Gesetzes und an die Maßgeblichkeit der Ansichten und Absichten seiner Mitschöpfer, die Gedanken des Gesetzes aus ihm selbst herauszuentwickeln und es mit Thöl (Handelsrecht, Bd. I, § 21 Anm. 5) einsichtiger sein zu lassen wagt, als seine Urheber!

Mein Versuch soll sich in dieser Richtung bei der Auslegung des § 839, Abs. 2 bewegen; aber ich betrachte ihn, wie ich zur Vermeidung bösen Scheines ausdrücklich hinzufüge, eben auch nur als einen Versuch, jenem hohen Ziele nachzukommen. Die Wucht aller der meiner Deutung des Gesetzes entgegenstehenden Umstände, — dessen abschließende Zweck-Feststellung im Reichstage und dessen Wortlaut, — empfinde ich dabei vollauf. Aber freilich andererseits, wie sich alsbald ergeben soll, beabsichtige ich doch auch nur einer Auffassung eine eingehendere Begründung zu geben, die von anderer, gewichtigen Seite bereits vertreten worden ist.

I.

Der Streitpunkt bei § 839, Abs. 2 und dessen Vorgeschichte.

Ueber die streitige Auslegung des § 839, Abs. 2 läßt sich nemlich schon eine stattliche Reihe einander gegenüberstehender Ansichten zusammenstellen, die denn auch unter sich zum Teil wieder abweichen.

Enneccerus („Einführung in das Recht des B.G.B.“, I. Bd., S. 772) erklärt, daß die Ausnahme „nur bei Urteilen, nicht bei Verfügungen und Beschlüssen“ gälte.

Endemann („Einführung in das Studium des B.G.B.“, I. Bd., 5. Aufl., § 202, S. 917) tritt dem bei; er rechtfertigt, beiläufig bemerkt, diese Ausnahme damit, daß sonst die „Unabhängigkeit der Richter“ (s. Näheres unten) leiden würde; und daß den Parteien gegen verfehlte Entscheidungen durch die prozessualischen Rechtsmittel genügende Abhilfe geboten sei.

Windscheid-Ripp (8. Auflage der Windscheid'schen Pandekten) bemerkt zu § 470, nur Urteile „im strengen Sinne des Wortes“, nicht auch Beschlüsse kämen hier in Betracht. Der Widerspruch des bundesrätlichen Kommissars (s. u.) gegen den betreffenden Reichstagsbeschluß sei „vergebens“ erfolgt.

Ihnen schließt sich Dertmann (Kommentar, Anm. 3 zu § 839) an.

Dagegen vertritt Matthiaß („Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“ S. 712) die Auffassung: „Den Urteilen stehen die Entscheidungen gleich, die einen Rechtsstreit beenden und der Rechtskraft fähig sind“.

Und Neumann („Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs“, Bd. I, S. 403) sagt: „Die Beschränkung erstreckt sich nur auf die Verletzung der Amtspflicht bei dem Urteile (in judicando), d. h. bei der thatfächlichen und rechtlichen Beurteilung der Sache; gleichgültig ist es, ob die Entscheidung, welche auf Grund der fahrlässigen Beurteilung vorgeht, sich in die Form eines Urteils, eines Beschlusses, einer Verfügung u. s. w. kleidet. — Die Ausnahmsvorschrift des Abf. 2 erstreckt sich andererseits nicht auf diejenige Amtsthätigkeit, welche eine Beurteilung nicht erfordert, in Sonderheit also nicht auf die Darstellung des Thatbestandes; fahrlässige Fortlassung von Parteianführungen

macht haftbar nach Abs. 1 und 3.“

Sehr nachdrücklich tritt Hachenburg („Vorträge über das B.G.B.“, II. Auflage, S. 433) für diese Ansicht ein. „Man wird — — das Wort ‚Urteil‘ nicht im technischen Sinne nehmen. Es muß, was hier gesagt ist, von jeder Entscheidung gelten. Es umfaßt also auch alle Beschlüsse, die einen Streitpunkt erledigen. Die Gründe, die für das Privileg des Richters von allen Seiten anerkannt worden sind, — — gelten für jede Sachentscheidung. Den Gegensatz zu ihr kann nur die Prozeßleitung bilden. Es muß also z. B. dem Arrestbeschlusse, durch den ja oft weit mehr der Beklagte geschädigt wird, als durch ein von ihm vorher erwartetes Urteil; es muß dem Kostenbeschlusse dieselbe Beschränkung der Haftung zustehen, wie dem Endurteile. Welche Verfügungen prozeßlautende, welche entscheidende sind, ist im Einzelfalle zu prüfen. Eine Thätigkeit ersterer Art ist anzunehmen bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Veräumnisurteils“⁵⁾.

Eine sorgfältige Untersuchung hat dem Abs. 2 des § 839 der Landrichter Dr. Nöldke in den sog. „Gruchot'schen Beiträgen“, Bd. 42 (von 1898), S. 795 ff. gewidmet. Er verteidigt zunächst die Ansicht (S. 819), daß sich die mildere Haftung bei Urteilsfällung doch ebenso gut bei den zahlreichen anderen gerichtlichen Entscheidungen begründen lasse. Die Erwägung bei den Reichstagsverhandlungen (s. u.), bei denen man das Hauptgewicht auf die Rechtskraft der Urteile gelegt habe, sei nicht völlig überzeugend, da sie ja bei Arglist des Richters nicht durchgreifen solle; und da außerdem der Gegenstand des Rückgriffsprozesses ein ganz anderer sei,

5) Ich unterlasse eine Besprechung der Hachenburg'schen Sätze an dieser Stelle, obwohl sie fast Wort für Wort zu Bedenken Anlaß geben; sie zeigen, so hoffe ich, daß die folgende eingehende Prüfung des § 839, Abs. 2 nicht müßig ist, je mehr, je höher man sonst mit Recht den Verfasser der „Vorträge“ schätzt.

als der des rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits. Der Instanzenzug sei aber nicht nur bei allen Entscheidungen gegeben, sondern solle dann ja auch bei Beschlüssen jenen Rückgriff, also das Wiederaufrollen der ganzen Sache, nicht hindern. Auch gebe es Urteile, die „der Rechtskraft nicht fähig“ seien. Der wahre Grund der Ausnahme müsse also (§. 820) in der Wahrung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung erblickt werden; er greife bei Arglist des Richters nicht durch, müsse sich aber folgerichtig über den Fall des „Urteils“ hinauserstrecken. „Beim Erlasse einer einstweiligen Verfügung, eines Arrestbeschlusses ‚spricht‘ der Richter in der gleichen Weise ‚Recht‘, wie bei der Verkündung eines Urteils. Der Unterschied liegt hier in prozessual-formellen Gründen, nicht in der Sache selbst.“ Trotzdem, meint R ö l d e k e ⁶⁾, könne man angesichts des gesetzlichen Buchstaben und seiner Entstehungsgeschichte die mildere Haftung des Spruchrichters nicht über den Kreis der formellen Urteile ausdehnen; doch träte sie (§. 821) nicht nur hinsichtlich der Entscheidungsformel und -gründe ein, sondern auch des „Thatbestandes“; denn dieser gehöre mit zum Urteile ⁷⁾.

6) Der Verfasser hätte auch auf § 922, Abs. 1 der G.B.O. hinweisen können („Die Entscheidung über das [Arrest-]Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil, anderenfalls durch Beschluß“). Er stellt in der That die Weisheit der im Reichstage beliebten Gesetzesfassung in ein helles Licht. Wer will es künftighin dem Richter verdenken, daß er immer — vielfach zur Verzögerung der Sache und damit zum Schaden der Rechtsuchenden! — „mündliche Verhandlung“ anordnet, um so durch „Urteil“ entscheiden zu dürfen, wo die Entscheidungen in Arrestsachen ja so wie so zu den heikelsten gehören, die es gibt! ? Weshalb diese Ueberspannung der richterlichen Verantwortlichkeit, wo die neue Vorschrift des § 945 a. a. O. doch regelmäßig der betroffenen Partei wieder zu ihrem Rechte verhilft? — Wegen ähnlicher Beispiele vergleiche man übrigens noch §. 822 des Röldekeschen Aufsatzes.

7) So auch ein Präjudiz des Berliner Obertribunals: Entscheidungen Bd. III, S. 252. Anders, nach Obigem, R e u m a n n.

Um nun selbst festen Boden für die Auslegung des § 839, Abf. 2 zu gewinnen, muß man sich zunächst dessen „Entstehungsgeschichte“ vergegenwärtigen, insbesondere, was das plötzliche Auftauchen des Begriffs „Urteil“ in den Reichstagsverhandlungen anlangt, über dessen Tragweite man sich bei diesen offenbar nicht hinreichend klar wurde und so die Verwirrung der Meinungen anstiftete, die mit dem Erlasse des Gesetzes alsbald zu Tage trat.

Der Entwurf I des B.G.B. schlug in seinem § 736, Abf. 3 folgende Vorschrift vor:

„Ein Beamter, welcher bei der ihm obliegenden Leitung oder Entscheidung einer Rechtsache seine Amtspflicht verletzt, ist für den hieraus entstandenen Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist.“

Die Begründung (Bd. II, S. 824) bemerkt dazu im Wesentlichen folgendes. Nach Abf. 1 würde auch der Spruchrichter jede auf Fahrlässigkeit beruhende Pflichtverletzung zu vertreten haben, da seine Amtspflicht nicht nur dem Staate, sondern auch den Parteien gegenüber bestehe, wie die Natur der Sache und das Gerichtsverfassungsgesetz ergebe (vielleicht richtiger gesagt: die Eigenart des Prozeßrechtsverhältnisses). Eine solche ausgedehnte Verantwortlichkeit vertrüge sich aber „nicht mit der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte.“ Der Spruchrichter dürfe „der Gefahr nicht ausgesetzt sein, nachträglich wegen irrtümlicher Auslegung des Gesetzes, wegen irriger Anwendung des Letzteren auf den zu entscheidenden Fall, wegen unrichtiger oder unterbliebener Würdigung eines Parteivorbringens oder eines Beweismittels und dergleichen vor einem anderen Richter zur Verantwortung gezogen zu werden.“ Das raube ihm „schon die zur Ausübung des Richteramts nötige Unbefangtheit.“ Nur bei Rechtsbeugung dürfe

er verantwortlich gemacht werden; selbst bei grobfahrlässiger Pflichtverletzung nicht. Dann heißt es weiter: „Der Unterschied zwischen grober und nicht grober Fahrlässigkeit ist ein so feiner und hängt so sehr von dem bloßen Ermessen desjenigen ab, welcher die Entscheidung zu treffen hat, daß von denselben zur Erreichung des gedachten Zweckes abzusehen ist.“

Der § 762 des Entwurfes II, offenbar der Anregung folgend, die B a e h r in der „Kritischen Vierteljahrschrift“, Bd. XXX gegeben hatte (f. u.), fügt einen zweiten Satz hinzu:

„Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.“

In den „Protokollen“ (Bd. II, S. 663) ist bemerkt, die Erwägungen der Begründung des I. Entwurfes seien zu billigen. „In Betracht komme auch, daß es mit dem Gedanken der Rechtskraft kaum vereinbar erscheine, wenn wegen jeden Verfehlers des Spruchrichters die Richtigkeit seiner Entscheidung der wiederholten Prüfung eines anderen Gerichts unterworfen werden könne.“ Doch empfehle sich jener Zusatz, „da die Verweigerung und Verzögerung der Amtsthätigkeit mit der Entscheidung der Rechtsache in keinem inneren Zusammenhange stehe, weshalb jene Pflichtwidrigkeiten auch durch Anrufen der Aufsichtsbehörde gerügt werden“ könnten. Es wird dann noch auf die Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen“ II, S. 418 verwiesen, wo auch B a e h r s Ansicht mitgeteilt ist.

Die Bundesratsvorlage § 824 stimmt mit der Fassung des II. Entwurfes; die Reichstagsvorlage hat einen weiteren Absatz (§ 823, Abs. 3) hinzugefügt:

„Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.“

Die „Denkschrift“ (S. 102) bemerkt dazu, daß der erste Absatz des § 823 die Ersatzpflicht von dem Falle der Ver-

legung eines Schutzgesetzes auf Dienstvorschriften ausdehnen; doch müsse diese ihrem Inhalte nach „dem Beamten nicht nur gegenüber dem Gemeinwesen, in dessen Dienst er steht, sondern auch gegenüber der geschädigten Privatperson“ obliegen. Den Spruchrichter jedoch für jedes Versehen haftbar machen zu wollen, sei nicht vereinbar mit der Unabhängigkeit der Gerichte und den Grundsätzen über die Rechtskraft der Urteile“.

Die Reichstagskommission änderte den Entwurf in diesem Absatz 3 dahin, daß er lauten solle:

„Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden;“

und äußerte sich darüber in ihrem Berichte folgendermaßen. Die Regierungsvertreter hätten dieser Abänderung widersprochen, mit der Begründung, der Gesetzgeber ziehe mit vollem Recht aus der Gewährung des Instanzenzuges die Folge, daß der Beamte, der billiger Weise zunächst die Nachprüfung durch seine, in den einschlagenden Verhältnissen am besten bewanderte Oberbehörde erwarten könne, frei werde, wenn dieser Instanzenzug nicht beschritten werde. Letzterer sei ja auch dazu da, in der einfachsten, sichersten und schnellsten Weise Abhilfe zu schaffen und so bei der schweren Haftung der Beamten diese vor einer übertriebenen Mengflichkeit in ihrer Amtsführung zu bewahren. Der Regierungsentwurf entspreche dem sächsischen, österreichischen und züricher Rechte, sowie dem bayerischen, hessischen und dresdener⁸⁾ Entwürfe.

8) Artikel 1029, Abj. 1 in ihm lautet: „Wer durch Absicht oder grobe Fahrlässigkeit, deren sich ein richterlicher Beamter bei Verhandlung oder Entscheidung eines Rechtsstreites oder in Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit schuldig gemacht hat, einen Schaden erlitten hat und denselben durch den Gebrauch der ihm sonst zustehenden gesetzlichen Mittel nicht ab-

Dagegen habe die Mehrheit der Kommission gemeint, es „entspreche nicht der Gerechtigkeit, dem Verletzten den Schaden aufzubürden, auch wenn ihm keinerlei Verschulden hinsichtlich der Nichtabwendung zur Last falle. Habe er auf die Autorität des Beamten gebaut und dessen Entscheidung dieserhalb anfangs für richtig gehalten; habe er wichtige Gegengründe nicht gekannt, vielleicht noch nicht kennen können, und erscheine somit subjektiv die Nichteinlegung des Rechtsmittels durchaus gerechtfertigt, so könne man um dieser Unterlassung willen ihm den Ersatzanspruch nicht verjagen“⁹⁾.

Der Entwurf in dieser schließlichen Fassung lag dann den Verhandlungen im Reichstage, die in 2. und 3. Lesung am 24. und 30. Juni 1896 stattfanden, zu Grunde.

Zunächst wurde dabei über einen hier nicht weiter in Betracht kommenden Antrag der Sozialdemokraten verhandelt. Der Abg. F r o h m e meinte, irgend eine Immunität der Beamten sei mit dem Begriffe des Rechtsstaats unvereinbar; eine Verantwortlichkeit vielmehr durchaus wünschenswert. Sie störe auch nicht im Mindesten die Unbefangenheit der Entscheidung. Der Abg. H a u ß m a n n ging im Besonderen auf die richterliche Verantwortlichkeit ein und verlangte deren Eintritt auch bei leichtfahrlässiger Pflichtverletzung; sonst erteile man ein unerhörtes Privileg. Die strenge Haftung müsse gerade zur Beobachtung größerer Sorgfalt führen und sei so wie so nicht so gefährlich, da die Richter ja immer wieder von Standesgenossen abgeurteilt würden. Der S t a a t s s e k r e t ä r des R e i c h s j u s t i z a m t s warnte dagegen vor der unvermeidlichen Erschütterung des richterlichen Ansehens und davor, den Richtern durch die Besorgnis vor einer unbegrenzten Haftbarkeit die erforderliche Unbefangenheit zu nehmen.

wenden konnte, kann dessen Ersatz von dem schuldigen Beamten verlangen.

9) Hierzu ist noch auf die „Protokolle“ Bd. VI, S. 202 ff. zu verweisen.

Auch sei die formelle Rechtskraft unangetastet zu lassen; es sei unerträglich, das Strafurteil, abgesehen von den Fällen der § 399 ff. Str.Pr.O. (Wiederaufnahme des Verfahrens) bei Bestand zu lassen und zu vollstrecken, während wegen seiner Unrichtigkeit der es erlassende Richter verantwortlich gemacht werde. Der Abg. Lenzmann erklärte sich für den Haußmann'schen Antrag oder doch für den von den Sozialdemokraten in zweiter Linie gestellten Antrag, die Worte „oder Leitung“ zu streichen. „Nur bei seiner wirklichen Spruchthätigkeit“ solle der Richter nicht haften. Der Abg. Stadthagen meinte, auch der Beamte müsse sein Handwerkzeug, — und das seien für ihn die Gesetze, — kennen; er, der zum Schutze des Rechts bestellt sei, dürfe sich auch nicht fahrlässig selber seiner Verletzung schuldig machen. Schütze doch Rechtsunkenntnis sonst nicht. Auch der Abg. Gröber zeigte sich der Streichung der Worte „oder Leitung“ geneigt; sah aber in dem dann doch noch bleibenden Worte „Entscheidung“ mehr als den Begriff „Urteil“. Es umfasse „alle Verfügungen der Behörden und Beamten, — welche der Rechtskraft fähig sind, also regelmäßig mit einem Rechtsmittel angegriffen werden können“, also auch z. B. die Haftbefehle. Man werde deshalb nach einer noch engeren Fassung suchen müssen. Abg. Haußmann wollte unter „Entscheidung“ allerdings nur das „Urteil“ verstanden wissen, und wies dann darauf hin, daß trotz strengerer Haftung die süddeutschen Richter bislang ihre Unbefangenheit nicht eingebüßt hätten. Nachdem endlich der Staatssekretär des Reichsjustizamts sich in der Auslegung des Wortes „Entscheidung“ im Wesentlichen dem Abg. Gröber angeschlossen hatte, ließ man dieses zunächst bestehen; dagegen erklärte man sich mit Einstimmigkeit dafür, die Worte „oder Leitung“ zu streichen.

In der Sitzung vom 30. Juni 1896 wiederholte Abg. Gröber seine früheren Ausführungen, daß das Wort „Ent-

scheidung" noch zu viel umfasse, nemlich auch „alle denkbaren Verfügungen und Beschlüsse“, während die Hauptsache doch die Rechtskraft der richterlichen Entschliebung und die dagegen eröffneten Rechtsmittel sei. Unter Urteil dürfe „nur eine Entscheidung — durch welche das Prozeßrechtsverhältnis für die Instanz beendet wird, also bei Strafsachen die Endurteile, bei Civilsachen auch noch die Zwischenurteile und die Teilurtheile“ verstanden werden. Seinerseits gebe er überhaupt am Liebsten das ganze Privileg auf. Der Kommissar des Bundesrats, Geheimrat Struckmann, berief sich dagegen wiederholt auf die in der „Denkschrift“ ausgesprochenen Gründe und bezeichnete das Gesetz als eine „privatrechtliche Ergänzung“ der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens, die auch bei den Fällen der sofortigen Beschwerde eintreten müsse. Die Form des „Urteils“ oder „Beschlusses“ werde in den Prozeßordnungen und sonstigen Gesetzen, z. B. der Zwangsversteigerungsordnung, lediglich nach Zweckmäßigkeitserwägungen gebraucht. Der Abg. Stadthagen erklärte sich dagegen für die Gröber'sche Auffassung, die er als das Minimum [das Maximum?], das das allgemeine Rechtsgefühl fordere [zulasse?], bezeichnete.

Die Abstimmung entschied dann für die Beseitigung des Wortes „Entscheidung“ und seinen Ersatz durch das Wort „Urteil“. —

Aus den Vorarbeiten für das B.G.B. ist noch folgendes erwähnenswert.

Die Zusammenstellung gutachtlicher Meinungen über den I. Entwurf (Bd. II, S. 418) teilt mit, daß sich Gierke, Baehr und Schmidt (Gutachten aus dem Anwaltstande) mit Abs. 3 jenes Paragraphen 736 einverstanden erklärt hätten; jedoch gegen die Erstreckung der Einschränkung auf die „Leitung von Rechtsachen“, worunter Baehr (am früher angegebenen Orte S. 412) z. B. das Liegenlassen eines Schriftsatzes durch den Vorsitzenden verstehen wollte, das dann den

dadurch geltend zu machenden Anspruch zur Verjährung bringe. — Pfizer in den „Deutschen Zeit- und Streitfragen“, N. F. Heft 55, S. 37, bekämpfe den Abs. 3 überhaupt; dadurch werde das deutsche Volk gegenüber der Unfähigkeit, Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit von Richtern und Staatsanwälten für vogelfrei erklärt. — Der „badische Beobachter“ vom 13. Januar 1889 meine, nach Abs. 3 werde ein Richter praktisch niemals verantwortlich gemacht werden können.

In den „Bemerkungen des Kgl. Preussischen Justizministers“ zum Entwurfe I wurde dagegen Abs. 3 gebilligt und seiner „Begründung“ beigespflichtet. (S. 144.)

Sehr lehrreich ist endlich noch der Vorschlag Baehrs in seinem „Gegenentwurf“, § 810, Abs. 3 und die dazu gegebene Erläuterung.

„Soweit die Handlung eines Beamten auf einer ihm obliegenden, kraft freier geistigen Thätigkeit zu treffenden Entscheidung beruht, kann er für dieselbe nur verantwortlich gemacht werden, wenn ihm rechtswidriger Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.“

Hierzu gehört folgende Anmerkung: „Ich kann es nicht für gerechtfertigt halten, die Verantwortlichmachung des Beamten von einer öffentlichen Bestrafung abhängig zu machen. Denn mit dieser hat die civilrechtliche Verantwortlichkeit nichts zu thun. Auch bin ich der Ansicht, daß neben rechtswidrigem Vorsatz auch grobe Fahrlässigkeit verantwortlich macht; quia culpa lata dolo aequiparatur. Dagegen gehe ich für den Schutz des Beamten weiter, wie der Entwurf, indem ich für jede auf freier geistigen Thätigkeit beruhende Entscheidung die Haftbarkeit wegen culpa levis ausschließe.“

Da ich es vermeiden möchte, auf die frühere weitfichtige Litteratur des gemeinen und des preussischen Rechts einzugehen, so bemerke ich nur, daß sich ausführliche Angaben darüber in den sehr eingehenden Aufsätzen von Weber,

„Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß“, VII, S. 1 ff.; und von Hirschius, „Juristische Wochenschrift“, 1836, S. 737 ff.; 1841, S. 255 ff., sowie bei Maaß, Bibliographie des Bürgerlichen Rechts (1899), S. 200 finden. Bei Letzterem ist ergänzend auf Gaffner, Civilrechtliche Verantwortlichkeit des Richters (1885) und vielleicht auch noch auf die von Kahlenbeck („Von den Pandekten zum B.G.B.“, II, S. 363 Anm. 1) angeführte Schrift von P. Usteri, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters (Zürich 1877), hinzuweisen.

Diese ganze ältere Litteratur und die Entwicklung der damaligen Gesetzgebung, auf die sie sich bezieht, hat ja jetzt nur noch insoweit Interesse, als sie Gedanken an die Hand gibt, die für die richtige Würdigung auch des heutigen Gesetzes lehrreiche Winke enthalten. Soweit ich solche aufgefunden habe, sollen sie bei der nunmehr folgenden Untersuchung des Gesetzesinhaltes selbst verwertet werden.

II.

Die übliche Begründung der Ausnahmsvorschrift des § 839, Abs. 2 und ihre wahren Gründe.

In der That ist es eine Reihe von Gründen, denen das Gesetz seine Entstehung verdankt, und die, will man zu seinem Verständnis gelangen, notwendig klargelegt sein müssen. Aber es gehören keineswegs alle dahin, die man dafür anzuführen pflegt; es will mir sogar scheinen, als ob man bei den jetzigen Verhandlungen und Erwägungen zu §. 839, Abs. 2 noch nicht zu einer wirklich befriedigenden Rechtfertigung seiner Vorschrift durchgedrungen wäre. Immerhin kann eine Uebersicht dieser unzureichenden Gründe, wie ich sie im Folgenden zunächst geben möchte, einer wirksamen Beleuchtung der Sache diensam sein.

Für unzureichend halte ich es, wenn man das Gesetz damit rechtfertigen will, daß sein Schutz der Unbefangenhait und thatkräftigen Entschlossenheit des Richters zu Gute kommen solle. Auch im Reichstage ist ja dafür und dawider gesprochen; was dafür angeführt wurde, paßte m. E. wohl für den Dienst des Verwaltungsbeamten, und zum Teil auch für den des Strafrichters¹⁰⁾, keinesfalls aber für den urteilenden Beamten in civilrechtlichen Sachen; und zwar deshalb nicht, weil dieser ja immer eine Entscheidung treffen muß. Eine strenge Verantwortlichkeit könnte bei ihm also nur dahin führen, daß er diese eine Entscheidung mit besonderer Sorgfalt trifft, — nicht, daß er vor ihr überhaupt zurückseheute. Man weiß doch ja, daß, bei aller Pflichttreue unseres Richterstandes, die Entscheidungen am Sorgfältigsten begründet zu werden pflegen, die in eine höhere Instanz gelangen können, und ähnlich würde die Folge auch hier sein. Nicht anders liegt die Sache beim erkennenden richterlichen Beamten im Strafverfahren, der etwa, im sorgenden Hinblick auf seine Verantwortlichkeit, allzusehr geneigt sein könnte, die Angeklagten freizusprechen. Ich glaube, daß dem Richter, dessen Pflichtgefühl gegen die weit näher liegende Gefahr einer Rache that des Verurteilten unempfindlich ist, derartige Gedanken durchaus fern liegen; ja daß auch hier die Strenge der Verantwortlichkeit eher dazu führen könnte, von allzu rascher, wenngleich im besten Glauben wurzelnden Schuldigerklärung zurückzuhalten, also wohlthätig zu wirken und dem „Richterdespotismus“ vorzubeugen, von dem das bei Hirschius a. leztang. D. S. 295 mitgeteilte Urteil des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden sprechen zu sollen glaubte.

Ebenso unzureichend ist der vielfach gehörte Grund, daß sich der Maßstab der Fahrlässigkeit bei rechtlichen Entscheidungen nicht anlegen lasse. Statt Sonstigen möchte

10) Str. P. D. § 163: Eingreifen des Amtsrichters bei Gefahr im Verzuge; § 189, Abs. 1 u. f. w.

ich hier nur die Aeußerung eines so klar und praktisch denkenden Mannes, wie S i n t e n i s anführen, bei dem diese Ansicht, wenn auch nicht völlig durchgeführt, zum Ausdruck kommt und sich zugleich selbst widerlegt. Er sagt in seinen Bandekten, Bd. II (2. Aufl.), S. 768: „Der Umfang der Rechtswissenschaft ist zu weit, der vollständige Inhalt der einzelnen Lehren zu reich, und die Schwierigkeit der Anwendung der einzelnen Rechtsätze auf thatsächliche Verhältnisse, wie deren Auffassung unter dem richtigen Gesichtspunkte oft zu groß, als daß der Mangel der Kenntnis der Ersteren und unrichtige Beurteilung der Letzteren, ganz abgesehen sogar von der anzuerkennenden Möglichkeit sehr verschiedener Ansichten, dem Richter immer zu einem, ihn den dadurch verletzten Parteien verantwortlich machenden Vorwurfe gereichen könnten“. Daß der Verfasser seiner eigenen Lehre nicht völlig traut, zeigen nemlich seine (von mir unterstrichenen) Worte „oft“ und „immer“; in Wahrheit und jedenfalls in unserer jetzigen Zeit ist das Recht keineswegs so unzugänglich und unverständlich, daß seine Unkenntnis oder falsche Anwendung bei Männern, deren Lebensberuf, wie mit Recht schon von L e y s e r betont wurde, gerade seiner Pflege gewidmet ist, — ganz besondere Fälle vielleicht ausgenommen, — entschuldbar erscheinen könnte. Inwieweit trotzdem in dieser Ansicht ein berechtigter Kern steckt, will ich später darzulegen versuchen; jedenfalls aber müssen Beispiele, wie S i n s c h i u s sie anführt, und sie jedem Juristen selbst gelegentlich begegnen, davon überzeugen, daß der Rechtsirrtum, für den eine erleuchtete Theorie ja sogar den Laien verantwortlich macht, auch einen Spruchrichter haftbar machen kann. So jene Abweisung der Klage einer Dienstmagd auf Unterhaltsgelder für ihr durch ihren Dienstherrn, einen Ehe- mann, erzeugtes Kind, weil während der Ehe erzeugte Kinder als ehelich galten. Oder die Ansicht über eine kur- hessische Verordnung von 1800, die nur den Juden einen

Makellohn bei Heiratsvermittlung zusprach; 1869 aber, durch die gesetzliche Gleichstellung der Bekenntnisse in Deutschland, dahin als abgeändert anzusehen sei, daß nun auch — Christen diesen Makellohn fordern dürften! Und sollte es wohl je als entschuldbar erscheinen können, wenn ein Richter seine Entscheidung, entgegen den klaren Vorschriften der C.P.D. §. 551 Nr. 7 und Str.Pr.D. §. 377 Nr. 7, nicht mit Gründen versieht? Oder, wie es kürzlich im schiedsgerichtlichen Verfahren nach dem Invalidenversicherungsgesetze geschah, wenn ein zugestelltes, aber nachträglich für unrichtig gehaltenes Urteil ohne Weiteres kassiert und ein neues ausgefertigt wird?!

Ob der Mangel an Rechtskenntnis oder die Verfehlung gegen richtige Anwendung des Gesetzes auf ein Verschulden zurückzuführen sei oder nicht, ist jedenfalls nur im Einzelfalle zu beantworten; selbst von Regel und Ausnahme, worauf der Schlußsatz in einem Reichsgerichtsurteile (Civilentscheidungen, Bd. 40, S. 204) vom 13. Dezember 1897 hindeuten zu wollen scheint, kann m. E. keineswegs die Rede sein. Ist das aber richtig, so löst sich jede Schwierigkeit dadurch, daß bei der Dehnbarkeit des Begriffs der Fahrlässigkeit, als Verletzung einer vernünftigen Weise zu erwartenden Sorgfalt (vergl. B.G.B. §. 276, Abs. 1), in wirklich schwierigeren und verwickelteren Rechtsfragen niemand eine von der seinigen abweichende, aber doch auf Gründe gestützte Beurteilung als verschuldet unrichtig bezeichnen kann. Ich halte, beiläufig bemerkt, diese verschiedene Spannung des Begriffs der Fahrlässigkeit für ein Moment, das auch in sonstigen Fällen scheinbare Widersprüche und Härten im Rechte auflöst; so in dem einer, dem Schuldner zur Schuld anzurechnenden unrichtigen Auszahlung auf ein Legitimationspapier. Auch eine nur f a h r l ä s s i g e Verletzung des Rechts des wirklich daraus Berechtigten muß nach B.G.B. §. 823 verantwortlich machen; aber sie kann und darf bei der eigentümlichen Verkehrsverleicherung, die solche

Ausweis-papiere bezwecken, nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden. Eine nachsichtige Beurteilung etwaiger juristischer Kunstfehler ist also, wie sich später noch mehr ergeben wird, durchaus in der Natur der Sache begründet und nicht etwa nur von dem Zusammenhalten des Richterstandes zu erwarten, wie im Reichstage in wenig schöner Weise angedeutet wurde. Sie kommt dann ja auch, wie schon bemerkt wurde, den Laienrichtern vollauf zu Gute.

Um so mehr zeigt es sich aber, daß aus diesem Gesichtspunkte heraus eine Abänderung der richterlichen Verantwortlichkeit kraft besonderen Gesetzes sich nicht rechtfertigen läßt; soweit sie berechtigt und erforderlich ist, böte das Gesetz selbst, insbesondere jetzt B.G.B. § 276 die Handhabe dazu, in der dem einzelnen Falle sich anpassenden Beurteilung. —

Auch ein weiterer, als besonders gewichtig angesehener Grund, — mit einer allzuleicht zugelassenen Verantwortlichkeit des richtenden Beamten¹¹⁾ verstoße man gegen die „Rechtskraft“ seiner Urteile, — ist nicht völlig stichhaltig und jedenfalls nur in einem anderen Sinne richtig, als gewöhnlich angenommen wird. Mit Recht hat Hinschius auf die Unklarheit hingewiesen, die hinter dieser Behauptung steckt. Denn es soll ja die zwischen den Parteien ergangene, angeblich rechtsverletzende Entscheidung durchaus bei Bestande bleiben und voll in ihrer Rechtskraft aufrecht erhalten werden; und nur zwischen ihnen kann doch, mit gewissen Ausnahmen (C.P.O. § 325 ff., B.G.B. § 407, Abs. 2), von „Rechtskraft“ die Rede sein. Der Schaden, für den der sich verfehlende Richter haften soll, entsteht ja gerade erst mit der Durchführung seines Fehlspruchs. Nur in Strafsachen könnte es zur Unerträglichkeit führen, wenn ein Urteil aufrecht erhalten bliebe oder gar noch später zur Voll-

11) Dieser Grund verliert noch mehr durch die Erwägung, daß man bei den Laienrichtern ihn glaubte außer Acht lassen zu können!

streckung gebracht würde, wo inzwischen der dieses fällende Richter wegen unrichtiger Rechtsprechung civiliter verantwortlich gemacht wäre; von einem unentziehbaren Rechte des Staates, wie im Civilprozeße beim Gegner des Verurteilten, läßt sich hier allerdings nicht wohl sprechen. Und doch ist jetzt die Möglichkeit offengelassen, wie § 839, Abs. 2 ergibt (i. u.), daß die Schadensersatzklage gegen einen schuldigen Richter durchgeführt würde, ohne daß daneben der Kläger und Verurteilte oder die Staatsanwaltschaft sich zu einem Antrage auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens entschließen!

Nicht um die Aufrechterhaltung der „Rechtskraft“ der Urteile im eigentlichen Sinne handelt es sich, sondern in dem weiteren, daß mit den endgültig von den Gerichten gefundenen Urteilen gewisser Maßen der Rechtsfrieden wiederhergestellt, der Streitfall ein für alle Mal, für alle, die er berührt hat, — Parteien, Auskunftspersonen und die Staatsbehörden selbst, — abgethan und beendet sein soll. Insoweit ist also der Gedanke, es müsse die „Rechtskraft“ gewahrt bleiben, richtig, wünscht man nun einmal an diesem Worte festzuhalten. Man darf nur nicht vergessen, daß nach dieser in Wahrheit nur unter den Parteien ein geordneter Rechtszustand geschaffen ist und geschaffen werden soll, während das öffentliche Interesse, den Streit gänzlich abgeschlossen, sozusagen begraben zu sehen, durchaus daneben besteht. Wäre es für A zulässig, nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses zwischen ihm und B, den der Richter X zu Gunsten des B entschied, Letzteren wegen seiner angeblich unrichtigen Entscheidung vor dem Richter Y zu belangen und weiter dann den Y wieder vor dem Richter Z, so ist klar, — ein Ende des Haders wäre überhaupt nicht mehr zu finden. Die Gerichte hätten sich immer und immer wieder mit dem, an sich längst abgethanen Streitfall A gegen B und dessen thatsächlicher Ermittlung

und Feststellung zu beschäftigen; die Zeugen und Sachverständigen, darunter auch die siegreiche Partei B u. f. w., würden immer wieder zur Vernehmung herangezogen werden müssen. Und das Alles, obwohl vielleicht der Anspruch des A gegen den B nach dem wohlthätigen Zwecke der Verjährung, die doch u. U. auch den auskunftspflichtigen Personen zu Gute kommen soll, längst der Vergeffenheit verfallen wäre!

Der Rechtsatz des § 839, Abs. 1, ohne die Einschränkung von Abs. 2, hätte darnach unter Umständen einen aller Vernunft Hohn sprechenden Erfolg; das Gesetz thut also wohl daran, der „Rechtskraft“ richterlicher Entscheidungen die „Reflex“- oder Nebenwirkung zu geben, daß er überhaupt und von Vorneherein abgeschnitten wird. Es war deshalb kein übler Gedanke, daß das von Hinschius a. a. O. S. 331 angeführte Urteil des Oberappellationsfenats vom Berliner Kammergerichte vom 7. November 1840 sich zur Rechtfertigung seiner, den Rückgriff gegen den Richter verwerfenden Ansicht auf § 65 der Einleitung zur Allg. Ger.-Ordnung berief, welcher lautet: „Die Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft gestattet es nicht, daß die Prozesse verewigt, und die von dem Richter, nach gesetzmäßiger Untersuchung, anerkannten und festgestellten Rechte der Parteien unter irgend einem Vorwande weiter angefochten werden.“ Läßt sich dieser Satz zwar nicht wegen seiner sehr allgemeinen Fassung unmittelbar zum Beweise der hier verteidigten Ansicht verwenden, so läßt er doch den Gedanken des Rechtsfriedens, wie ich ihn soeben voranstellte, mit Deutlichkeit zu Tage treten!

Liegt hierin also eine erste Rechtfertigung der Ausnahmestellung des in Rechtsfachen urteilenden Beamten, so findet diese noch eine wesentliche Stütze in folgenden Punkten.

Unsere Rechtsordnung eröffnet einer Partei, ehe eine

gerichtliche Entscheidung gegen sie rechtskräftig zu Stande kommt, genügende Wege, sich dagegen zu wehren und ihr Recht zu wahren; sie gibt dem richtenden Beamten außerdem eine Stellung, die eine Gewähr für sorgfältige Dienstführung bietet, auch ohne daß es auf ein so ausgedehntes Rückgriffsrecht, wie nach § 839, Abs. 1, noch ankäme.

In jener ersten Hinsicht braucht nur auf die zahlreichen Rechtsmittel der Prozeßordnung und den sog. Instanzenzug hingewiesen zu werden; das Gesetz selbst verweist ja in seinem Abs. 3 mit allem Nachdrucke darauf. Allerdings ist es richtig, daß dieser „Kontrollapparat“ in höchster Instanz versagt: beim Reichsgericht oder Reichsversicherungsamte, für die Berufungen in Civil- und Gewerbegerichtssachen bei den Landgerichten und zum Teil bei den Oberlandesgerichten, bei beiden auch im Falle der „*duae conformes*“ nach C.P.O. § 568, Abs. 2; allein unter Umständen, die gewiß eine erhebliche Gewähr für die Richtigkeit der gefundenen Entscheidung bieten, da die Sachlage von mindestens 4 Richtern (Gerichtspersonen) geprüft sein muß, und dem Beteiligten hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, seinen Standpunkt durch Behauptungen, Beweise und Rechtsausführungen zu wahren; insbesondere etwaigen Verabsäumungen des ersten Richters oder dessen Mißverständnissen entgegenzutreten. Man denke, im Gegensatze hierzu, sich die Unleidlichkeit, daß eine im Rechtsstreite vor dem Reichsgerichte schließlich unterliegende Partei sogar, trotzdem etwa alle 3 Urteile in ihrer Sache gleichlauteten, alle 15 mit der Entscheidung betraut gewesenen Gerichtspersonen wegen fahrlässiger Falschanwendung des Rechts als Gesamtschuldner (B.G.B. § 840, Abs. 1) belangen könnte! Und das vielleicht mit dem Erfolge, die Sache wieder durch jene drei Instanzen zu treiben.

Es liegt wohl auf der Hand, daß eine solche Möglichkeit nur unter ganz besonderen Umständen, nemlich in dem

Ausnahmefälle des § 839, Abs. 2, eröffnet werden darf.

Freilich darf dabei ein gewisser Widerspruch im Gesetze selbst nicht übersehen werden; er zeigt m. E. zugleich, wie ich vorweg bemerken möchte, daß auch die von mir hier als zur Rechtfertigung der Ausnahmsvorschrift ausreichend anerkannten Gründe am Ende doch wohl nur in ihrem Zusammentreffen, in ihrer Gesamtheit auf diese Bezeichnung Anspruch haben. In der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere im Grundbuch- und Vormundschaftswesen gibt das Gesetz vielfach die Möglichkeit der Beschwerde und damit der Nachprüfung der Rechtslage durch die übergeordneten Gerichte, ohne deshalb den Schutz des § 839, Abs. 2 dem sich verfehlenden Richter zu Teil werden zu lassen. Dieser Standpunkt des Gesetzes ist ja in den §§ 1674, 1848 B.G.B. und § 12 der Gr.B.O. ausdrücklich festgelegt, während doch wiederum klar ist, daß dem Richter durchaus ähnliche Aufgaben hier, wie im prozessualischen Verfahren gestellt sind, und deshalb auch von mancher Seite (Hinschius, Dernburg und in dem oben mitgeteilten „dresdener Entwürfe“ seine Gleichstellung mit dem Spruchrichter insoweit gefordert wird. Das Gesetz mag jedoch hier im Interesse der Beteiligten wirklich eine strengere Haftung gewünscht haben, wo ihnen regelmäßig anderweitiger Rechtsbeistand fehlt, und die Bevormundeten außerdem eines besonders kräftigen Rechtsschutzes bedürfen. Auch ist aus tatsächlichen Gründen zu einer Beschwerde in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit weit seltener eine Veranlassung oder ein Anstoß gegeben. Denn man darf nicht übersehen, daß es zu einer solchen immer nur kommen wird, wo zufällig einer der Beteiligten eine vom Richter abweichende Ansicht vertritt, während im Prozesse immer einer von ihnen mit der Entscheidung des Richters sich in Widerspruch befindet und dadurch auf Ausnutzung der Rechtsmittel hingeführt wird. Und ferner, daß eine Beschwerde bei der Mitwirkung

des Richters zur Abfassung von Verträgen überhaupt kaum denkbar ist, es sei denn, daß er z. B. nicht die erforderlichen Urkundspersonen (Reichsgesetz betr. die freiw. Gerichtsbarkeit § 169 ff.) zuzöge. Aber daraus haben die Beteiligten meistens kein Arg; und so unterbleibt eben die an sich mögliche Beschwerde.

So kann es dann kommen, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der in der Haft eines starkbesetzten Gerichtstages in einer Grundbuchangelegenheit rechtsirrtümlich eine Erbfolge der Beteiligten als dargethan annahm, haftbar gemacht wird, wo der Civilprozeßrichter, der sich nach ruhiger Durchsicht seiner Akten in gleicher Weise irrte, frei ausgeht. Und so wird auch mein obiger Vorbehalt, daß der der Einrichtung des Instanzenzuges für die Ausnahmenvorschrift des § 839, Abs. 2 entnommene Grund für sich allein nicht völlig überzeugend sei, zutreffend erscheinen; das Gesetz läßt ihn auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbst fallen!

Wenn nun außerdem, wie ich schon bemerkte, die Stellung des richtenden Beamten derart ist, daß sie eine weitere Gewähr sachlich richtiger Entscheidungen oder doch sorgfältiger Bearbeitung der Rechtsfachen bietet, so gilt das freilich zum Teil von jedem anderen Beamten auch; doch jedenfalls nicht in gleichem Maße, wie bei ihm.

Zunächst ist hier, im Allgemeinen, des Einflusses zu gedenken, den eine strenge Handhabung der Dienstaufsicht, an der es ja in Deutschland nicht zu fehlen pflegt, auf die Beamten zu Gunsten der Prozeßparteien und einer gewissenhaften Entscheidung ihres Streitens übt und üben muß. Der rein äußerliche Vorteil einer vorschriftsmäßigen und sorgsamten Erledigung liegt doch selbst für den Justizbeamten, also den „unabhängigen“ Richter zu sehr auf der Hand, soweit ihn nicht schon die Standesehre und Standeserziehung triebe, über deren schwerwiegende Bedeutung ich hier aber

kein Wort verlieren möchte.

Sodann kommt die, dem Einflusse der Dienstaufsicht zum Mindesten gleichstehende Kontrolle der sog. öffentlichen Meinung ganz besonders in Betracht, so selten auch an diese Gewähr einer tadellosen Amtsthätigkeit der Gerichte gedacht wird. Sie fehlt freilich auch bei den sonstigen Beamten nicht; verschärft sich beim richtenden Beamten aber durch die Vorschrift, daß er seinen Urteilen (schriftliche) Gründe hinzuzufügen hat. Auch das wird, trotz wesentlicher Bedeutung, in diesem Zusammenhange nicht immer richtig geschätzt. Beide Momente wirken Hand in Hand. Es ist auch nicht nur die Oeffentlichkeit der Verhandlungen, die die Rechts-handhabung der allgemeinen Kritik unterstellt, sondern vor Allem die Presse, die die Möglichkeit einer außerordentlich viel weiteren Verbreitung der Kenntnis der gerichtlichen Entscheidungen und der Erörterung ihrer Gründe vor aller Welt darbietet ^{11a)}. Und diese Kritik ist, wo sie berechtigt ist, gewiß empfindlich, und die Besorgnis vor ihr ein gewichtiger Anlaß, die richterlichen Entscheidungen so zu begründen, daß sie solch eigenartiger Prüfung Stand halten. Dabei verkenne ich übrigens nicht, daß sie ihr vielfach auch entgegenzutreten haben; schließe aber auch mit dieser Bemerkung die Erörterung von Punkten, bei denen im Grunde wohl ein bloßer Hinweis auf sie genügt hätte.

Ein weiterer Grund, der für Aufstellung der im § 839, Abf. 2 enthaltenen Ausnahmsvorschrift angeführt werden kann, ist die zweifellos vorhandene große Schwierigkeit, in einer „Rechtssache“ ein Urteil zu finden. Ich nähere mich damit wieder der oben zurückgewiesenen Ansicht, die Rechtfertigung könne in der Schwierigkeit und Dunkelheit unseres Rechts gefunden werden. Sie ist eben nur unter Vorbehalt

11a) Auch der Richter kann von sich sagen:

„Ich tzimbere so man seget bi wege

„Des muz ich manneggen meister han!“

als zutreffend anzuerkennen; ahnt aber, sozusagen, das Richtige. Wenn unsere Rechtsordnung jetzt in zahlreichen Gesetzen eine feste und bestimmte Grundlage erhalten hat, so daß von Dunkelheit und Unzugänglichkeit des Rechts keine Rede mehr sein kann; weiter auch die Würdigung einer „Rechtssache“ neben richtiger Auswahl und Anwendung der Rechtsätze in Wahrheit zu meist in der zutreffenden Beurteilung von Personen und thatsächlichen Verhältnissen und deren sorgfamer Ermittlung und Feststellung, zumal bei Strafsachen, in dem Abfangen der Tücke und Hinterlist der Parteien und Entlarvung ihrer geflistlichen Schönthueri vor Gerichte u. s. w. besteht, — so ist es begreiflich, daß der Rechtspunkt häufig dabei völlig in den Hintergrund tritt. Dort, nicht in ihm, liegt der weit schwierigere Teil der richterlichen Aufgabe, deren Erledigung auch dadurch noch wesentlich erschwert wird, daß der Richter auf die, zumal im Civilprozeße durchaus unzulänglichen Erkenntnismittel des Prozesses¹²⁾ sich angewiesen sieht. Ein Irrtum über den Sachverhalt ist sicherlich eher zu fürchten und deshalb weit entschuldbarer, als ein Irrtum über die anzuwendenden Rechtsätze und deren Bedeutung; und eine Verschiedenheit der Ansichten greift weit mehr auf jenem, als auf diesem Gebiete Platz. Wäre sonst auch wohl die so auffällig große Verschiedenheit der Urteile in den verschiedenen Instanzen erklärlich?! Und eine Nachprüfung, welchen Eindruck jene unzulänglichen Erkenntnismittel bei ihrer Beurteilung machen mußten, ist doch mehr oder weniger gänzlich ausgeschlossen!

Daneben kann vollauf anerkannt werden, daß auch in der Auswahl und Anwendung der Rechtsätze

12) Dies gilt leider auch von den meisten Gerichtsbeschlüssen im Strafprozeße, die die Verhaftung oder in Inhafthaltung des Angeklagten betreffen; sie können sich nur auf den Eindruck der in den Akten niedergelegten Ermittlungen stützen.

eine geistige Gedankenarbeit gefordert wird, die, wie jene Beurteilung der thatsächlichen Verhältnisse selbst und wie oben schon dargelegt wurde, eine Nachprüfung auf eine fahrlässig gebildete Ueberzeugung im Grunde nicht zuläßt. Bergegenwärtigt man sich vollends, wie viel Ermessenssache bei richterlichen Entscheidungen ist, — ein Ermessen freilich, das nicht Willkür bedeutet und deshalb auch durch das einer höheren Instanz ersetzt werden kann, — und wie, was hier leider nicht näher ausgeführt werden darf, gerade durch unser neues B.G.B. dies Gebiet so außerordentlich erweitert ist, so muß man zugeben, daß von einer verantwortlich machenden Pflichtverletzung beim Richter doch nur in Ausnahmefällen, bei böswilligem Vergehen, die Rede sein kann. Wo schon die gewöhnliche Lebenserfahrung lehrt, daß dasselbe Ding regelmäßig einer wunderbar verschieden Beurteilung unterliegt, „Ansichtssache“ ist, hieße es sehr ungerecht verfahren, ja ist es einfach unmöglich, in jeder abweichenden Ansicht ein verschuldetes Mißurteil zu sehen.

Die Denkarbeit des Richters, seine Ueberzeugung, die er ja zu begründen hat, sind Dinge, die sich nicht mit der Elle nachmessen lassen; der man vielleicht eine andere Ansicht entgegenstellen kann, die dann aber an sich doch nur ebenso viel Gewicht hat und ihr Uebergewicht häufig allein der höheren Stellung verdankt, in der sich die sie ausprechende Gerichtsbehörde befindet. Selbst eine schlecht begründete Ansicht kann richtiger sein, als eine abweichende, mit tadellosen Gründen gestützte; denn, nach einer der feinsten Beobachtungen B a e h r s, geben nicht selten die Gerichte ihren richtigen Urteilen eine falsche Begründung mit auf den Weg. Und jedermann weiß außerdem, daß manche Gründe nur zwischen den Zeilen zu lesen sind.

Ich möchte hier auch noch auf einen anderen Gedanken B a e h r s zurückweisen, den er in seiner Fassung der hier erörterten Vorschrift zum Ausdruck gebracht hat: Hand-

lungen eines Beamten, die auf einer ihm obliegenden, kraft freier geistigen Thätigkeit zu treffenden Entscheidung beruhen, sollten nur bei rechtswidrigem Vorsatze oder grober Fahrlässigkeit angreifbar sein. Während B a e h r also, entgegen der endgültig festgestellten Vorschrift des B.G.B., eine allgemeine Haftung des Beamten auch bei g r ö b l i c h e r Pflichtverletzung fordert, weil, wie seine oben mitgeteilte Erläuterung besagt, diese von rechtswidrigem Vorsatze p r a k t i s c h kaum zu unterscheiden sei, geht sein Vorschlag im Uebrigen allerdings weit über das Maß des B.G.B. hinaus. Er zeigt aber in lehrreicher Weise eine der mehr oder weniger verborgen gebliebenen Wurzeln, aus denen § 839, Abf. 2 emporgewachsen ist.

Die geistige Arbeit bei Findung des „Urteils“ in einer Rechtsfache, — ich brauche hier zunächst noch absichtlich dies Wort weiter, — verträgt schon in jure nicht, g a n z b e s o n d e r s aber in fact o nicht, mit dem Maßstabe der geringen Fahrlässigkeit nach geprüft zu werden. Und selbst wenn wirklich die Erfüllung der Aufgaben unserer richtenden Beamten zum Teil, weil das Wort „Urteil“ im zweiten Absatze sie nicht alle umfaßte, nach Abf. 1 im § 839 zu beurteilen wäre, so würde doch, durch die Macht der Verhältnisse selbst, eine Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit selten oder nie angenommen werden können, weil sich der Natur der Sache nach eben nur sehr schwer oder gar nicht sagen läßt, daß „die im Verkehre erforderliche Sorgfalt außer Acht“ gelassen sei (§ 276).

Ich habe auf diesen praktischen Ausgang der Sache bereits oben hingewiesen; er muß sich auch dem abweichenden Willen des Gesetzgebers gegenüber behaupten, der hier auf eine seiner eingebildeten Allmacht gezogene Schranke stößt. —

Als einen vierten Grund für die Ausnahmsvorschrift darf man sodann die große Gefahr bezeichnen, in die die richtenden Beamten ohne sie, zumal bei sehr nachsichtiger

Erteilung des Armenrechts an ihre Gegner, unzweifelhaft geraten würden¹³⁾. Diese Gefahr beeinflusste zwar kaum, wiewohl man das ja gemeint hat (s. o.), von vornherein die Unbefangenheit ihrer Urteilsfindung, wohl aber ihre dienstliche Stellung und ihr Vermögen. Man bedenke, wie es im richterlichen Berufe liegt, — anders als bei der sonstigen Thätigkeit der Beamten, — so häufig in einschneidendster Weise in das Schicksal der Parteien eingreifen, über Leben und Tod, Ehre und Vermögen entscheiden zu müssen. Es wäre nicht wunderbar, daß sich dafür das Rachegefühl des Betroffenen, zumal wo die Gerichte nicht oder nicht mehr in unantastbarem Ansehen ständen, in Rückgriffsprozessen Luft zu machen bestrebt. Müßte hier dann schon bei der Behauptung bloß fahrlässiger Pflichtverletzung das Armenrecht dem Kläger bewilligt werden, so schlug das in der That zu einer gefährlichen Schädigung des beklagten Richters aus, der den Prozeß erst nach umständlicher und eingehender Nachprüfung des vorigen, von ihm selbst entschiedenen gewinnen könnte; nie oder sehr selten aber dem Ersatz seiner eigenen Aufwendungen in diesem zweiten Prozesse erreichen würde. Und dagegen, daß er von einem Kläger, der das Armenrecht nicht zu begehren braucht, mit einem Prozesse überfallen würde, ließe sich vollends nichts machen. Selbst ein Gesetz, das allgemein die Zulässigkeit einer derartigen Klage von der Vorentscheidung im Sinne des § 11 im Einführungsgesetze zur Gerichtsverfassung abhängig machte, hülfe nicht über die Widerwärtigkeiten hinweg, den Prozeßbeginn selbst erst durchmachen zu müssen und durch die jener Vorentscheidung vorausgehende Ermittlung doch wieder mehr oder weniger in Mitleidenschaft gezogen zu werden.

13) Man wende nicht ein, daß ihr doch nach § 823 die urteilenden Laienrichter unterlägen. Thatsächlich richtet sich der Groll der Parteien doch gegen den leitenden Beamten, während jene außerdem in der Menge alsbald wieder verschwinden.

Nur da, wo die Haftbarkeit des richtenden Beamten von vorneherein auf die, wie oben schon bemerkt, weit greifbarere Thatsache einer böswilligen Pflichtverletzung in einer Klage gegründet werden muß, läßt sich jenen Nachteilen die Spitze abbrechen. Der Schutz des Richters gegen mindere Beschuldigung ist also sachlich gewiß berechtigt. —

Er findet eine letzte Stütze in folgender Erwägung. Es ist nicht wohl möglich, eine befriedigende Bestimmung darüber zu treffen, welches Gericht dann über den angeblichen Fehlspruch in dem „Urteile“ sprechen soll. Wollte man nicht zu der Ungeheuerlichkeit der Einrichtung eines besonderen Gerichtshofes dafür oder, wie Pfizer (Arch. f. civ. Praxis, Bd. 72, S. 118) zur Vermeidung dieser Schwierigkeit vorschlägt, zur Zuständigkeit des Reichsgerichts sich entschließen, so bliebe doch nur der gewöhnliche Instanzenzug übrig, nach dem dann nicht nur die Reichsrichter, sondern auch die beamteten Richter unserer vielen Sondergerichte vor den Landgerichten Recht zu nehmen und ihre Urteile kritisiert zu sehen hätten, — die Mitglieder eines Reichsgerichtsenats also auch in einer Sache, wo sie das betreffende Urteil des Landgerichts selbst aufgehoben hatten. Wie unerträglich eine solche Kritik eines Gerichts über das andere, vielleicht höhere (außerhalb des geordneten Instanzenzuges)¹⁴⁾ sein muß, ist auch schon von Weber a. a. O. S. 10 betont, und wird durch das peinliche Aufsehen bestätigt, das kürzlich eine äußerst scharfe Beleuchtung machte, die ein Berliner Gericht der Spruchthätigkeit des dresdener Oberlandesgerichts zu Teil werden ließ. Ein völliges Umding aber wäre gar diese Nachprüfung auf dem Gebiete einer fremden Gerichtsbarkeit, nämlich bei den Sondergerichten, also z. B. den Verwaltungs-, Militär- und Gewerbegerichten, die man doch mit Fleiß, — ob mit Recht oder Unrecht, mag hier un-

14) Man vergleiche z. B. die vorsichtigen Zuständigkeitsbestimmungen im § 584 der C.P.O.!

erörtert bleiben, — dem „ordentlichen“ Richter entzogen hat. —

Mit Vorführung dieser Gründe glaube ich das erschöpft zu haben, was die Ausnahmstellung des in einer Rechtsfache urteilenden Beamten, wenn auch nicht, wie ich schon betonte, einzeln, so doch in seiner Gesamtheit zu rechtfertigen vermag. Sind sie in der That gegen die Annahme einer Verantwortlichkeit für nur fahrlässige Pflichtverletzung durchschlagend¹⁵⁾, so verlieren sie andererseits alle Kraft bei einer solchen, die aus rechtswidrigem Vorsatze erwuchs, oder unter die noch engere, aber doch im Wesentlichen gleichwirkende Bestimmung des § 839, Abf. 2 im B.G.B. fällt. Diese scheint also ihrer Grundlage nach vollberechtigt; und nur das mag zweifelhaft sein, ob man nicht auch bei grober Fahrlässigkeit den richtenden Beamten hätte für haftbar erklären sollen.

III.

Beiläufige Bemerkungen zu § 839, Abf. 2 und 3.

Bevor ich hiernach zu der näheren Untersuchung des Begriffes „Urteil“ in der ebengedachten Gesetzesvorschrift schreite, möchte ich noch Einiges bemerken, das für deren Auslegung von Bedeutung ist, mag sie sich nach der einen oder der anderen Richtung hinwenden.

Zunächst kann es als zweckmäßig nicht einleuchten, daß das Gesetz, — anders wie beim sog. Wiederaufnahmeverfahren (C.P.D. § 581 und Str.Pr.D. § 404) und im Gewerbe-Unfallversicherungsgesetze § 135, Abf. 1, — von einer vorgängigen Feststellung der Schuld des Richters im Strafverfahren Abstand nimmt. Ja, ich muß das, im Hin-

¹⁵⁾ Und jedenfalls auch zweckdienlicher, als wenn man die Sache lediglich mit einer vorsichtigen Anwendung des § 276, Abf. 1, S. 2 (i. o.) abzumachen hätte!

blick auf das Unwesen der Eideszuschreibung, das sich in unseren bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten immer noch breit machen darf und selbst vor dem Nachweise strafbarer oder unehrenhafter Handlungen (vergl. dagegen C.P.O. § 384 Nr. 2) nicht Halt zu machen braucht, als einen bedauerlichen Mißgriff bezeichnen, der nur in Etwas dadurch ausgeglichen werden kann, daß gegebenenfalls das erkennende Gericht von der Aussetzung des Verfahrens nach § 149 C.P.O. Gebrauch macht und so die weit sichere Ermittlung des Sachverhalts im Strafprozeß zuvor eintreten läßt¹⁶⁾.

Diese unerwünschte¹⁷⁾ Folge ergibt der Wortlaut des Gesetzes unmittelbar; insbesondere steht ihr Abs. 3 nicht etwa entgegen, da das Wiederaufnahmeverfahren weder im Civil- noch im Strafprozeß ein „Rechtsmittel“ ist. —

Während ferner Abs. 1 von der „einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht“ und dem Schaden dieses „Dritten“ spricht, — soll der „Zweite“ etwa die den Beamten anstellende Körperschaft sein? — steht im Abs. 2 nur das Wort „Amtspflicht“. Ist daraus etwas Besonderes zu folgern? Etwas, daß „bei dem Urteil in einer Rechtsfache“, abweichend von Abs. 1 und darüber hinaus, auch dann jemand schadensersatzberechtigt werden kann, wenn eine nicht gerade ihm gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt wurde? Dann ergäbe sich jedenfalls daraus, daß es bei Anwendung dieses Abs. 2 überflüssig wäre, zu unter-

16) Bei einer ungerechten Verurteilung im Strafprozeß könnte man sogar eine doppelte Einforderung des Schadens befürchten, — einmal nach B.G.B. § 839, sodann gegen den Staat im Wiederaufnahmeverfahren, wenn dieses später beantragt würde, nach dem Reichsgesetze vom 20. Mai 1898 (s. oben; bei umgekehrter Reihenfolge träte dem der § 3, Abs. 2 dort in den Weg). Aber auch in jenem Falle würde sich m. A. n. die Staatskasse darauf berufen können, daß ein Schaden nicht mehr vorhanden sei, wenn nemlich der ungerechte Richter die Urteilssumme berichtigt hätte.

17) Daß man auch anderer Ansicht in diesem Punkte sein kann, zeigt u. A. die oben mitgeteilte Aeußerung B a e h r s.

suchen, ob die Amtspflicht, welche verletzt sein soll, wirklich dem Geschädigten gegenüber besteht, — worüber ja nach der Eigenart unseres prozessualischen Verfahrens hin und wieder Zweifel auftauchen könnten. Ferner, daß auch außerhalb des Verfahrens stehende Personen, bei denen von einer ihnen gegenüber bestehenden Amtspflicht nicht die Rede sein kann, — z. B. bei den unmittelbar am Ausgange eines Civilprozesses Beteiligten (C.P.D. § 393, Nr. 4), oder bei der Staatskasse wegen Haftkosten, die ihr aus ungerechter, strafwürdiger Verurteilung einer zahlungsunfähigen Person erwachsen, — doch Rechte ableiten könnten, die sich aus § 823 und § 839, Abf. nicht ergeben würden. Erklärte nemlich Abf. 2 den Beamten „nur dann verantwortlich, wenn“, so setzte er doch damit eine Verantwortlichkeit nicht bloß nach Maßgabe des Abf. 1 fest, sondern auch nach den von ihm selbst aufgestellten geringeren Voraussetzungen, — geringer, weil die verletzte Amtspflicht nicht nur dem Verletzten gegenüber bestanden zu haben brauchte.

Ich möchte hierüber nicht abschließend urteilen; doch hat es sicher Manches für sich, im Abf. 2 die Worte des Abf. 1 „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende“ bei der dort nur genannten „Amtspflicht“ zu ergänzen. Man kann die Probe darauf durch Umkehrung des Falles machen. Hätte der richtende Beamte bei dem Urteile nicht seine Amtspflicht gegenüber den beteiligten Prozeßparteien, sondern etwa durch beleidigende Äußerungen über die im Verfahren vernommenen Zeugen oder über die Standesgenossen der Partei nur seine Amtspflicht im Allgemeinen („Pflicht eines achtungswürdigen Verhaltens“) verletzt, so dürfte er sich nicht auf die Schutzvorschrift des § 839, Abf. 2 berufen, wenn er dann wegen fahrlässiger Kreditgefährdung, die bekanntlich nicht „mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist“, aus § 824, Abf. 1 a. G. belangt würde. Nicht etwa die urteilende Thä-

tigkeit des Beamten als solche soll mit jener Ausnahmsvorschrift geschützt werden, sondern nur in ihrem Verhältnisse, in ihren Beziehungen zu den Beteiligten, zwischen denen das „Urteil“ ergeht. Nur insoweit soll für alle von dem Verfahren Berührten Ruhe sein! Darauf läßt auch Abs. 3 im § 839 schließen; er sieht es offenbar so an, als ob nur Beteiligte, also denen gegenüber die Amtspflicht immer bestehen wird, in Betracht kämen, da er von der Möglichkeit der doch nur ihnen gewährten „Rechtsmittel“ spricht. —

Abgesehen von den eben schon gestreiften §§ 186 und 187 im Str.G.B. könnten, um auch diesen Punkt noch zu besprechen, bei Abs. 2 § 839 m. A. n. nur folgende Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts in Betracht kommen. Zunächst nicht, woran man denken könnte, § 331, der von Vorteilen für eine an sich nicht pflichtwidrige amtliche Handlung spricht. Nehme der Richter Geschenke für das „Urteil“ an, entschiede aber gerecht, so entfiere die Möglichkeit einer Schadensersatzforderung, obwohl „bei dem Urteile“ die Amtspflicht verletzt wäre, eben weil ein Schaden nicht entstanden ist.

Anders steht es dagegen mit § 334, wo diese Vorteile bei einer „zum Nachteile oder zu Gunsten“ eines Beteiligten erfolgenden Entscheidung in Betracht kommen; desgleichen bei § 336, dem Verbrechen der Rechtsbeugung.

Auch § 339 kann zur Grundlage einer Verantwortlichkeit nach § 839, Abs. 2 werden. Er lautet: „Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs desselben jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung rechtswidrig nötigt, wird“ u. s. w. Man denke, daß z. B. der Civilprozeßrichter eine Partei zum Verlassen des Gerichtszimmers nötigte, um ihrem Gegner den Antrag auf Versäumnisurteil zu ermöglichen.

Denn wenn es im Abs. 2 heißt „bei dem Urteile“, so ist damit auch, was freilich unzweifelhaft sein sollte, die

Prüfung seiner Voraussetzungen gemeint, ob z. B. wirklich der Fall der Versäumnis oder des Anerkennnisses vorliegt. So muß auch bei fälschlicher Protokollierung eines Anerkennnisses (Str.G.B. § 348) und daraufhin erlassenen Anerkennnissurteile § 839, Abf. 2 anwendbar sein.

Das Wörtchen „bei“, — statt etwa „durch“, — ist deshalb gut gewählt. Doch schützt es nicht auch die nicht zum „Urteil“ gehörigen, anderweitigen richterlichen Entschlüsse, die mit ihm verbunden und zusammengefaßt wurden, z. B. einen Beschluß über die Verhaftung der verurteilten Angeklagten. „Bei“ bedeutet nicht die räumliche oder zeitliche Verbindung.

Nur diese wenigen, in Deutschland gewiß recht seltenen Straffälle stehen also hinter dem § 839, Abf. 2 im B.G.B.; die Verantwortlichkeit des richtenden Beamten bei seinen „Urteilen“ ist also in der That außerordentlich geringfügig.

Ein Wort mag schließlich noch zu § 839, Abf. 3 gesagt sein. Es giebt Fälle richterlicher Verfügungen, bei denen der „Schaden“ durch den Gebrauch eines Rechtsmittels überhaupt nicht „abzuwenden“ ist, z. B. bei Haftentlassung eines Untersuchungsgefangenen, dessen später durch das Beschwerdegericht angeordnete Wiederinhastnahme der Staatskasse vielleicht große Kosten verursacht. Die Ersatzpflicht muß dann unabhängig von dem Gebrauche eines Rechtsmittels sein. —

IV.

Die Auslegung des Abf. 2 S. 1 in § 839.

Geht man nunmehr, auf Grund dieser Vorprüfung, an die Untersuchung, was die Worte „bei dem Urteile in einer Rechtsfache“ besagen wollen, insbesondere ob sie im Sinne der Reichstagsmehrheit aufgefaßt werden dürfen, so ist Folgendes zu sagen.

Das Wort „Urteil“ ist anerkanntermaßen (vergl. Seuffert, Kommentar zur C.P.D., 7. Auflage, S. 388) und wie auch im Reichstage bemerkt wurde, kein feststehender Rechtsbegriff; ^{17a)} es hat, trotz Sachenburg (s. o.), keinen „technischen“ Sinn. Es ist in den Prozeßgesetzen je nach Zweckmäßigkeitsgründen und zum Teil ohne Folgerichtigkeit ¹⁸⁾ gewählt; und wechselt, wie die jetzige Umbenennung der richterlichen Zuschlagsverfügung im Zwangsversteigerungsverfahren zeigt. Es könnte also auch in Zukunft wechseln, und somit durch bloße Aenderung im Namen das Anwendungsgebiet des § 839, Abf. 2 sich anders gestalten; und es hat, soweit man hiernach sieht, nichts für sich, bei dessen Worte nur an jene „Urteil“ genannten Gerichtsbescheide zu denken. Will man dagegen erfahren, was es in Wahrheit bedeute, muß man zunächst auf dessen Sinn im sprachlichen Allgemeingebrauch zurückgehen. Hier versteht man darunter die gutachtliche, auch wohl zugleich fachverständige Beurteilung von etwas Streitigem oder Zweifelhaftem, eine Entscheidung für oder wider, wodurch zugleich auf das Wort „Rechtssache“ ein Licht geworfen wird.

Unter dem „Urteile“, der Beurteilung durch einen Beamten kann aber nicht schon dessen bloße gutachtliche Meinungsäußerung über die streitige Rechtslage, z. B. zur Anbahnung eines Vergleichs unter den Streittheilen (C.P.D. § 296), verstanden werden; diese würde gegebenenfalls nach § 676 und 823, Abf. 1 B.G.B. zu würdigen sein. Vielmehr ist dabei weiter auf den rechtlichen Sprachgebrauch zu achten; und darnach muß bei dem richtenden Beamten an sein letztes Wort, seine für die Beendigung des betr.

17 a) Eine ähnliche Streitfrage knüpfte sich an § 19 des Einführungsgesetzes zur C.P.D. an. Auch vergleiche man die Bemerkung zu § 1561 des B.G.B. in den „Protokollen“ Bd. IV, S. 389.

18) Im Falle des § 320 wird statt eines Urteils ein „Beschluß“ erlassen, was Seuffert a. a. O. mit Recht als auffällig bezeichnet.

Streitverfahrens maßgebliche, nicht nur beratende Entscheidung, sein pflichtmäßiges Aburteilen des Streites; an den durch seinen Mund ergehenden auctoritativen Ausspruch der Staatsgewalt gedacht sein; an eine Rechtszuweisung, ein *ius facere* nach römischen Sprachgebrauche¹⁹⁾, eine *Rechtserteilung*, wie dies der ursprüngliche Sinn des Wortes nach den Forschungen von Kluge, *Etymologisches Wörterbuch*, S. 405, gewesen ist. Also an die durch die Staatsgewalt erfolgende Anerkennung und Feststellung des an und für sich durch die Rechtsordnung einer Partei in Hinblick auf ihren Gegner schon verliehenen Rechtes (oder dessen Abkennung) oder in Strafprozesse die Feststellung oder Verneinung eines dem Staate erwachsenen Bestrafungsrechtes.

Ist das aber der eigentliche tiefere Sinn des Wortes „Urteil“ bei seinem Gebrauche auf dem Gebiete rechtlicher Streitigkeiten, so springt in die Augen, wie gut er in dieser seiner Bedeutung in das Gesetz hier hineinpafst; so ist es begreiflich, daß das Gesetz derartige *streitbeendende*, — und, wie ich gleich hinzufügen möchte, auch *streitabweisende Entscheidungen* eines zur Urteilsfällung berufenen Beamten der Nachprüfung nur im Instanzenwege aussetzen und nur in Ausnahmefällen ihre „Rechtskraft“ auch zwischen anderen Parteien wieder in Frage stellen lassen will.

Dabei ist dann noch auf das Wort „Rechtsache“ zu achten. Es liegt in ihm, wie schon angedeutet, und wie die Abgrenzung zeigt, die das Gesetz für die Rechtsangelegenheiten der §§ 1674, 1848 des B.G.B. und § 12 der Gr.B.O. trifft, der Begriff *Streitsache*, einerlei, ob diese etwa der sog. *Offizialmaxime*, wie ja auch der Strafprozeß, untersteht oder nicht. Selbst das förmliche Gegenüberstehen von zwei Parteien, wie dort oder im Schiedsgerichtsverfahren der Arbeiterver-

19) D. Bülow, *Arch. f. d. civ. Pr.* Bd. 83, S. 64, Anm. 69.

sicherungen, scheint mir nicht erforderlich zu sein, so daß auch Entscheidungen in dem Verfahren nach dem Preussischen Gesetze vom 2. Juli 1900 betr. die Fürsorgeerziehung Minderjähriger und ähnliche familienrechtliche Verfahrensarten (B.G.B. § 1667, 1357; Reichsgesetz betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit, § 45, § 53, § 1—31²⁰⁾ in Betracht kämen.

Denn auch in ihnen werden Rechte der Beteiligten, auf Grund ihres Vorbringens und weiterer richterlichen Nachforschung festgestellt.

Es können dann also unter den Begriff „Urteil“ im Sinne des § 839, Abf. 2 nicht allein die Entscheidungen fallen, „durch welche das Prozeßrechtsverhältnis für die Instanz beendet wird, also bei Strafsachen die Endurteile, bei Civilsachen auch noch die Zwischenurteile und die Teilurteile“²¹⁾ wie der Abg. Gröber erklärte: er umfaßt viel-

20) Um eine eigentlich „freiwillige“ Gerichtsbarkeit handelt es sich dabei nicht. Vgl. im obenangegebenen Gesetze § 26, § 31: „Rechtskraft“; § 8, § 10: „gerichtliches Verfahren“. Diese Verfahrensarten, die bislang so wenig Beachtung gefunden haben, wie ich schon in meiner Einleitung zur „Erläuterung der Preussischen Vormundschaftsordnung“ (1896) S. 5 hervorgehoben habe, sind jetzt wenigstens weit ausgiebiger mit Vorschriften ausgestattet. Eine ausführliche Darlegung gedente ich darüber in der „Zeitschr. f. Civ. Proz.“ zu veröffentlichen. „Rechtskraft“ wird von obigem Gesetze übrigens auch (ununterschiedlich) für Unanfechtbarkeit gebraucht; in diesem und nur in diesem Sinne werden auch Haftbefehle „rechtskräftig“, was bei den Reichstagsverhandlungen verkannt wurde. —

Ist meine Ansicht richtig, so entsteht die Frage, ob der „Vormundschaftsrichter“, der mit Leitung jener Verfahren betraut ist, dann nicht doch bei den Entscheidungen darin nach § 839, Abf. 2, statt nach § 1848 und 1674 B.G.B., haftet. Die Bejahung kann m. A. u. nicht zweifelhaft sein.

21) Das Teilurteil ist in Wahrheit ein Endurteil (man vergl. die Fassung des Abf. 1 im § 301 der C.P.O.), das gewissermaßen nur zur besseren Klarstellung der Sachlage jene besondere Bezeichnung erhält. Es dürfte also, streng genommen, neben den Endurteilen gar nicht genannt werden. — Auch das Zwischenurteil kann nur unter recht seltenen Umständen in Betracht kommen, nämlich dann, wenn der schuldige Richter das spätere Endurteil nicht mehr miterläßt. Sonst

mehr jedenfalls auch die Bescheide in allen sonstigen Verfahren. Und weiter, hier und dort, alle die privatrechtliche oder auch prozessualische Rechte feststellenden oder aberkennenden Entscheidungen, — wie Kostenfestsetzungsbeschlüsse, Arrestbeschlüsse, Ablehnung eines Arrestbeschlusses oder eines Versäumnisurteils, die mittelst Beschlusses (s. u.) oder Urteils erfolgende Abweisung angebrachter Maßnahmen, wodurch ein Parteistreit von vorneherein abgewiesen wird und das Urteil nur zu formeller Rechtskraft erwächst²²⁾; rechtsfeststellende Beschlüsse im Vollstreckungsverfahren, z. B. nach § 811 der C.P.O. (Unpfändbarkeit); Ablehnung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 410 der Str.Pr.O. u. s. w. Eine Rechtsfeststellung zwischen streitenden Teilen kann man nämlich auch in dem letzteren Falle annehmen, wo ja der Verurteilte der Staatsgewalt das von ihr beanspruchte Recht auf Strafe wieder streitig machen will; ebenso wie auf civilrechtlichem Gebiete selbst dann, wenn nur eine Partei sich möglicher Weise an den Prozeßhandlungen beteiligt. Daß in Wahrheit zwei Parteien beteiligt sind, auch wo allein ein Antrag auf Arrestschlag oder auf Versäumnisurteil gegen den Beklagten abgelehnt wird, und dieser dem Verfahren gänzlich fernbleibt, zeigt ja schon rein äußerlich das sog. Rubrum, die auf zwei streitende Teile abgestellte attemmäßige Sachbezeichnung!

zeigt sich ja erst bei diesem, ob das zuvorgegangene Zwischenurteil Schaden stiftete; und die Verjährung nach § 852 im B.G.B. kann erst nach Erlaß des Endurteils beginnen. Bis zum Erlaß des Endurteils ist zwar wegen des ungerechten Zwischenurteils eine Straflage gegen den Richter denkbar, nicht aber eine Schadensersatzlage. Das Zwischenurteil erwächst zwischen den Parteien auch erst mit dem Endurteil zur Rechtskraft.

22) D. Bülow, Prozeßvoraussetzungen, S. 282; Seuffert a. a. O. S. 344, 419. Auch hier zeigt sich wieder, wie wenig der Gedanke der „Rechtskraft“ unter den Parteien für die Aufstellung einer Ausnahmevorschrift wie § 839, Abs. 2, maßgeblich ist. Sie bedeutet ja im obigen Falle wenig mehr als Vollstreckbarkeit bezüglich der Kosteneinforderung.

Es ist in der That schwer, an dieser Stelle aber auch nicht nötig, alle Bescheide richtender Beamten, die im Civil- oder Strafprozesse oder in den sonstigen prozessualischen Verfahren auf eine Rechtsfeststellung unter den Streittheilen gehen, — ja selbst nur die aus der C.P.D. hierher gehörenden aufzuzählen. Aber zu Einem zwingt dabei jedenfalls doch die neue Vorschrift des § 839, Abs. 2, auch in dieser, der C.P.D., und in der Str.Pr.D. unter den zahlreichen und durchaus verschiedenartigen Bescheiden im Hinblick auf sie jetzt gewisse Unterschiede zu machen. Denn nur bei einem Teile von ihnen, bei der angedeuteten Art, kann hier, wie in den übrigen Verfahrensarten, wo sie sich gleichfalls fänden, die Rede davon sein, den Begriff „Urteil“ auf sie anzuwenden.

In der C.P.D. und der Str.Pr.D. möchte ich drei Arten von ihnen nebeneinanderstellen: 1) jene rechtsfeststellenden Bescheide; 2) die das Verfahren leitenden Bescheide und 3) die auch den Gerichten in gewissem Maße zugewiesenen Verwaltungsverfügungen, — ähnlich dem Zuschlagsbescheide in der Zwangsversteigerung und der Bestätigung des Zwangsvergleichs im Konkurse²³⁾, — nemlich die Haftbefehle des Strafprozesses, die Armenrechtsbewilligung, die Wertfest-

23) Sie sollen neues Recht schaffen, ganz ähnlich wie die Verwaltungsbehörde z. B. bei Erteilung einer Gewerbeerlaubnis. (G. Meyer, Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. § 22). Unwillkürlich schafft freilich auch das richterliche Urteil neues Recht, nämlich dann, wenn es unzutreffend ist und das vorhandene Recht verkennt, also seine Feststellung abweichend davon trifft. Man vergl. im Uebrigen D. Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 6, 29, 45, 46; Arch. f. civ. Pr. Bd. 83, S. 64; Geständnisrecht, S. 89.

Ob jedoch im Zuschlagsbescheide und in der Bestätigung des Zwangsvergleichs nur eine derartige neuschaffende Willenserklärung der Staatsgewalt liegt, nicht zugleich unter Umständen ein „Urteil in einer Rechtsfache“, eine entscheidende Feststellung streitiger Rechte enthalten sei, soll hier nicht näher untersucht werden. Doch mag noch auf die Entscheidung des Reichsgerichts im 45. Bd. seiner „Civilentscheidungen“ Nr. 84 verwiesen sein; und auf R. Schmidt, Lehrb. d. Civilproz. S. 652, 134.

setzung, die Straffestsetzung gegen Dritte nach § 102 und 390 der C.P.O.

Das Wort „Urteil“ umfaßt dann nur die rechtsfeststellenden Beschlüsse; aber weder die prozeßleitenden Verfügungen (Terminsansetzungen, Vertagungen, Aussetzung des Verfahrens, Erklärung zur Feriensache u. s. w.), noch gar jene Verwaltungsverfügungen, — insbesondere also nicht die Haftbefehle, die man ja hauptsächlich im Reichstage von der Ausnahmsvorschrift fernzuhalten suchte²⁴⁾.

Den Sinn des Wortes „Urteil“ im § 839, Abs. 2 aber im Gegensatz hierzu auf einen Teil jener ersten Art, auf die zufällig in den verschiedenen Verfahrensordnungen ebenso genannten Bescheide der richtenden Beamten beschränken zu wollen, würde nach dem bisher Erörterten einfach grundlos sein.

Die inhaltliche Bedeutung des Wortes vermöchte das, wie gezeigt, in keiner Weise zu rechtfertigen; und alle die oben entwickelten Gründe, denen die Ausnahmsvorschrift ihre Entstehung verdankt, sprächen auf das Nachdrücklichste gegen eine solche Ausscheidung. Passen sie aber genau so gut auf die Fälle von Rechtsfeststellungen, die den prozessualischen Namen „Beschluss“ tragen, so müßten doch sehr zwingende Gründe vorhanden sein, um anzunehmen, das Gesetz habe ihre Berücksichtigung hierbei

24) Insofern wird also meine Ansicht den dort geäußerten Wünschen durchaus gerecht. Es tritt auch beim Erlasse eines Haftbefehls, den man unmöglich zu den rechtsfeststellenden Beschlüssen zählen kann, da er m. A. n. eben nur eine die Durchführung des Strafverfahrens sichernde, einstweilige Verwaltungshandlung ist, die freilich an gewisse Rechtsvoraussetzungen geknüpft wird und gewisse Rechtsfolgen hervorbringt, — es tritt auch bei ihm die strenge Haftung nach § 839, Abs. 1 ein. Aus den oben entwickelten thatsächlichen Gründen, insbesondere auch bei der Unzulänglichkeit der dabei dem Strafrichter häufig nur allein vorliegenden aktenmäßigen Ermittlungen wird es aber bei der Haftung für nur grobe Fahrlässigkeit hier sein Bemenden haben.

nicht gewollt, übersehen oder absichtlich außer Acht gelassen. Ob solche vorhanden sind, soll nunmehr geprüft werden.

Das Gesetz selbst, unbefangen und ungekünstelt ausgelegt, spricht durchaus für die Annahme, daß es alle rechtsfeststellenden Beschlüsse eines richtenden Beamten umfassen wollen. Es ist bei seiner Auslegung nur nötig, sich nicht rein äußerlich an die in den verschiedenen Verfahrensordnungen allein „Urteil“ genannten Entscheidungen zu halten; und dann freilich auch umgekehrt nötig, was dort „Urteil“ genannt ist (Zuschlagsbescheid bislang!), nicht auch ohne Weiteres für ein „Urteil“ im Sinne des § 839, Abs. 2 anzusehen. Welche Veranlassung hätte man beispielsweise, auf dem Gebiete der C.P.O. nur die „auf Grund obligatorischer mündlichen Verhandlung unter den Parteien oder gegenüber Dritten erlassenen, nicht bloß prozeßleitenden Entscheidungen der Gerichte“, die dies Gesetz der Regel nach als „Urteile“ bezeichnet (Seuffert) als „Urteile“ im Sinne des § 839, Abs. 2 anzusehen?

Wie unthunlich und sachwidrig das wäre, zeigt nicht nur die bereits erwähnte Möglichkeit, durch bloße Aenderung der Bezeichnung in den Verfahrensgesetzen das Gebiet des § 839, Abs. 2 zu erweitern oder zu beschränken; sondern auch die gesetzlich in einem bestimmten Falle zulässige Unzuständigkeitserklärung des Civilrichters im Wege des Beschlusses, die doch der regelrechten, durch Urteil nach C.P.O. § 275 unbedingt gleichstehen müßte. Mag das eine sonderbare Ausnahme sein, so besteht sie doch und zeigt meiner Ansicht nach unwiderrleglich, daß eine verständige Auslegung des § 839, Abs. 2 sich niemals an den bloßen Namen „Urteil“ in den Prozeßordnungen anklammern darf!

Statt einer längeren Darlegung dieser Ausnahme will ich hier nur einige Sätze aus einer den Gerichten „zur Kenntnissnahme“ mitgeteilten Verfügung des Preussischen Landwirtschaftsministers wiedergeben (Preuß. Justizministerial-

blatt 1899 S. 245): „Nach den Vorschriften des § 9 der [preussischen] Verordnung vom 20. Juni 1817 und der §§ 7 bis 9 der Verordnung vom 30. Juni 1834, welche nach der Entscheidung des Reichsgerichts [V. Senats] vom 30. Mai 1891 (J.M.Bl. S. 219) noch in Geltung sind, hat das Gericht, wenn über die Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörde kein Zweifel besteht, das Verfahren durch einfachen Beschluß einzustellen und die Akten an die Auseinandersetzungsbehörde abzugeben, wie solches das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung ausdrücklich ausspricht (S. 220 a. a. O.). Durch die Nichtbeachtung dieser Vorschrift und die Erhebung des förmlichen Kompetenzkonfliktes wird zum Nachteile der Parteien die Entscheidung über die Zuständigkeit und damit der Fortgang des Rechtsstreits erheblich verzögert.“

Wie unthunlich und sachwidrig es weiter wäre, sich lediglich an die Bezeichnung „Urteil“ im § 839, Abf. 2 zu halten, zeigte ein Blick auf die zahlreichen, oben namhaft gemachten Verfahrensarten. Sie brauchen ja das Wort „Urteil“ zum Teil gar nicht, wie z. B. die Arbeiterversicherungsgesetze, — Gewerbeunfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900, § 79 und 80 („Entscheidung“ des Schiedsgerichts) und Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899 § 106, Abf. 3 („Entscheidungen“ des Schiedsgerichts), § 110 („Entscheidungen des Reichsversicherungsamts“) § 10, der Kaiserl. Schiedsgerichtsordnung vom 6. Dezember 1899 („Entscheidung“). Oder wie das, zugleich zu § 1666 und 1838 des B.G.B. erlassene preussische Gesetz vom 2. Juli 1900 betr. die Fürsorgeerziehung Minderjähriger § 3 („durch Beschluß“). Oder das preussische Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 § 80, 81, wo das Wort „Entscheidung“ gebraucht wird, mag diese mit oder ohne mündliche Verhandlung erlassen werden; und wo im § 64, Abf. 7 gar gesagt wird, der unter Umständen zulässige

Vorbefcheid gälte, wenn weder mündliche Verhandlung beantragt, noch ein Rechtsmittel dagegen eingelegt werde, als — „endgültiges Urteil“!

Bei allen diesen, durchaus mit „Urteilen“ des Civilprozesses insoweit gleichwertigen Entschliefungen des Gerichts könnte doch nicht die Rede davon sein, daß sie etwa nicht unter § 839, Abs. 2 fielen, weil sie nicht „Urteile“ genannt seien?! —

V.

Kein Einfluß der Vorgeschichte des § 839, Abs. 2.

Zwingt nun aber etwa die unmittelbare Entstehungsgeschichte des § 839, Abs. 2, wie ich sie oben mitgeteilt habe, trotz alledem zu einer abweichenden Auslegung, zur Annahme der im Reichstage gewollten Bedeutung des Wortes „Urteil“? Und zwar obwohl die Wünsche des Reichstages²⁵⁾, wie gewiß klar geworden ist, auf einer durchaus ungenügenden Erfassung der rechtlichen Lage und der dabei für den Gesetzgeber maßgeblichen Gesichtspunkte beruhten?!

Diese Frage ist, entgegen der Ansicht von Ripp und Nöldcke, durchaus zu verneinen, was allerdings allen den Juristen, die an die so vielfach verbreitete Papierjcherenarbeit unserer Kommentarlitteratur mit ihren Motivauszügen gewöhnt sind, sehr gewagt erscheinen muß. Und doch glaube ich, daß diese Verneinung den besten Regeln der Gesetzes-

25) Es wäre übrigens noch zu fragen, ob diese darauf gingen, als „Urteile“ nur die aufgezählten gelten zu lassen, oder im Wortlaute des § 839, Abs. 2 alle „Entscheidungen, durch welche das Prozeßrechtsverhältnis für die Instanz beendet wird“, zu treffen. (So die Worte des Abg. Gröber.) Dann würde weiter zu ermitteln sein, welches diese Letzteren dann wären; und dabei würde man, scheint es mir, nahe an die von mir gegebene Begriffsbestimmung herankommen. Denn jene Worte umfaßten doch z. B. jedenfalls die Ablehnung eines Arrestantrags durch Beschluß.

auslegung Stand hält; und daß die Berufung auf die Verhandlung des Gesetzes im Reichstage im vorliegenden Falle ganz besonders bedeutungslos ist.

Dies wurde nunmehr in dem Folgenden zu erweisen sein.

Grundsätzlich entscheidend für das, was Recht sein soll, ist die Erklärung, das Wort des Gesetzes. Der das Gesetz schaffende Wille des Gesetzgebers tritt daneben durchaus in den Hintergrund. Seine Wirkung ist an die Form gebunden, also an die Erklärung in Worten in der Art und Weise, wie die Verfassung sie verlangt. Fehlt diese Form oder steht sie, also die Erklärung, mit dem Willen in Widerspruch, so hat doch lediglich das erklärte Wort die gesetzliche Kraft. Jene Form fehlt, um ein bekanntes Beispiel anzuführen, bei der „Berichtigung“ des sog. Depotgesetzes vom 5. Juni 1896, die auf Seite 194 des Reichsgesetzblattes von 1896 ohne Einführungsworte und Unterschrift erfolgte. Die dort als maßgeblich und als Teil des Gesetzes bezeichneten Worte („und Papiergeld“), so sicher sie den Beschlüssen der gesetzgebenden Faktoren entsprechen, sind doch nicht Gesetz, da ihnen eben die verfassungsmäßig vorgeschriebene Erklärungsform abgeht²⁶⁾. (Reichsverfassung Art. 17).

26) Die Rechtsprechung kann sie vielleicht doch als Teil des Gesetzes kraft der später zu besprechenden „Analogie“ behandeln. — Worte des Gesetzes, die auf offensichtlichen, insbesondere aus dem Zusammenhange des Gesetzes selbst kenntlichen Fehlern der „Ausfertigung“ (s. u.) oder gar auf Druckfehlern des Reichsgesetzblattes beruhen, sind dagegen nicht Teil des Gesetzes und deshalb auch der Berichtigung in obiger Form zugänglich, die dann eben nur ein willkommener Hinweis auf das fehlerhafte Wort sind. Auch diese Art der Berichtigung fand bekanntlich beim Depotgesetz statt. Ohne Zweifel aber muß an dem Worte des Gesetzes festgehalten werden. — Daß nach Reichsrecht je ein Gesetz trotz gehöriger Verkündung „nichtig“ sein könnte, weil ihm nachgewiesenermaßen der Wille des Gesetzgebers fehlt (G n e c e r u s, Einführung ins B.G.B., I. Bd. S. 19), ist sehr zu bestreiten. Vergl. L a b a n d, Deutsches Staatsrecht 3. Aufl. Bd. III, § 55 S. 526 unter Nr. 2. Ein interessanter Fall ist in den Civilentscheidungen des Reichsgerichts Bd. 22, S. 430 erwähnt.

Dieses Festhalten an der Erklärungsform hat seine guten Gründe. Sie ist das unentbehrliche Kennzeichen für den Abschluß der Erwägungen, Absichten und Wünsche des Gesetzgebers und bei einem wirklich „vielköpfigen Gesetzgeber“ regelmäßig der einzige Anhalt, worüber Einigung erzielt ist. Auf die Worte des Gesetzes kann jedermann verwiesen werden; an sie soll sich jedermann halten dürfen, ohne sich um den aus ihnen nicht kenntlich gewordenen Willen des Gesetzgebers zu kümmern. Sehr häufig, insbesondere bei älteren Gesetzen wäre dessen Feststellung auch gänzlich unmöglich; käme es auf solche bei Anwendung des Gesetzes wirklich an, so wären solche Gesetze einfach unanwendbar. Hätte die Form nicht ihren selbständigen Wert, so könnte man sich ja die großen Schwierigkeiten, sie aufzufinden, ersparen und den Richter nur auf den leitenden Gedanken des Gesetzgebers verweisen. Es leuchtet aber ein, daß damit Alles oder Vieles aufgegeben wäre, was man vom Gesetze fordert und erwartet, — insbesondere das unschätzbare Gut thunlichster Rechtsgewißheit. —

Ueber das, was das Wort des Gesetzes bedeutet, entscheiden grundsätzlich die Regeln, der Geist der Sprache, sei es nach deren Allgemeingebrauch oder auf dem bestimmten, einschlägigen Lebensgebiete, z. B. dem rechtlichen. Und davon war ja bei Erklärung des Begriffes „Urteil“ auch bei obiger Erörterung ausgegangen. Will der Gesetzgeber einen abweichenden Sinn in das Wort legen und so einen gesetzlichen Sprachgebrauch herbeiführen, so muß er das im Gesetze selbst irgend wie zum Ausdruck liegen und erkennbar machen²⁷⁾. Daß dies bei § 839, Abs. 2 irgend wie der Fall sei, kann nicht

27) Reichsgrundbuchordnung § 3: „Das Grundbuchblatt ist für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzusehen“. — B.G.B. § 90 (und die ihm folgenden Begriffsbestimmungen): „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“.

behauptet werden. Wohl ist das Wort „Urteil“ im Rechts-
sinne, als Schlußwort der Gerichtsbarkeitsausübung zu ver-
stehen, da das Gesetz von derartigen Dingen handelt; nicht
aber in der Bedeutung, die ihm irgend ein anderes Gesetz,
z. B. die C.P.O., beilegt. Und weshalb sollte der Sprach-
gebrauch in dieser und in der Str.P.O., die einzig bei der
Reichstagsverhandlung erwähnt wurden, allein maßgeblich sein?

Erst wo der Wortsinne in einer dieser Rich-
tungen wirklich zu Zweifeln Veranlassung gibt,
darf die Auslegung, — beim Gesetze nicht anders wie bei
der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung²⁸⁾ — ihn nach dem
ihn schaffenden Willen zu ermitteln suchen.

Aber es ist dabei scharf ins Auge zu fassen, wo dieser
„gesetzgeberische Wille“ bei unserer Reichsgesetzgebung zu
suchen ist; und weiter, ob er denn wirklich in diesem Falle
unbedingt ausschlaggebend ist. Ich muß freilich von meinem
Standpunkte aus verneinen, daß ein Zweifel über den Sinn
des Wortes „Urteil“ überhaupt obwalten könne. Wollte
man ihn aber auch gelten lassen, so würde die Prüfung von
jenen beiden Gesichtspunkten aus doch wieder zu dem von

28) Ich verweise nur auf folgende Ausführung in D. Bülow's
Gesetzrechtslehre S. 127: „Die Verwendung des Sinnes, in welchem die
Erklärung von ihrem Urheber gemeint ist, zur Interpretation derselben
hat ihre Grenzen. Sie findet nur insoweit statt, ist nur insoweit mög-
lich, als dieser Sinn mit dem vereinbar ist, was die gebrauchten Aus-
drücke wirklich bedeuten, d. h. was unter ihnen nach dem Sprach-
gebrauche überhaupt verstanden werden kann. Sind die gewählten Aus-
drücke, wie ja oft genug, mehrdeutig, so hängt die Entscheidung, wie
die Erklärung zu verstehen ist, allerdings hauptsächlich davon ab, in
welcher der mehreren Bedeutungen sie vom Urheber der Erklärung ge-
meint gewesen sind. — Wenn dagegen der Urheber der Erklärung etwas
ganz Anderes gemeint hat, als die gebrauchten Ausdrücke bedeuten
können, — so verbleibt es „bei dem Sinne, den aus der Erklärung
allein zu entnehmen möglich ist“. Eine andere Frage, fügt Bülow hin-
zu, ist dann die, ob etwa ausnahmsweise unter solchen Umständen
die Rechtsordnung dem Erklärenden das abirrende Wort nicht anrechnet:
davon kann bei Gesetzesauslegung natürlich nicht die Rede sein.“

mir verteidigten Ergebnisse führen.

Die Prüfung unternehme ich im folgenden an der Hand der vortrefflichen Darlegungen Labands in dessen „Deutschen Staatsrechte“ a. a. O.

Die Gesetzgebung als Teil der Reichsgewalt steht im Reiche deren Träger, dem Bundesrate zu (Art. 2 der Verfassung). Seine gesetzgeberischen Beschlüsse sind aber nach Art. 5 a. a. O. an die Uebereinstimmung mit dem Reichstage gebunden; jedoch ist dieser deshalb nicht als der Gesetzgeber selbst zu bezeichnen. Jene Beschlüsse ergehen dadurch (Art. 7, Nr. 1 a. a. O.), daß der Bundesrat die von ihm nach Art. 16 bereits genehmigten, dann vom Reichstage abgeänderten oder auch nicht abgeänderten Vorlagen seine Zustimmung gibt, sie als Gesetz funktioniert²⁹⁾ (Laband a. a. O. § 54, S. 491. 493; § 55, S. 513, 516, 518, 524). Dies geschieht aber nicht vor der Öffentlichkeit (ebenda § 55, S. 517, 518, 529, S. 512 unter I a. 7., S. 510, Anm. 6 u. 7.). An die Erklärungen seiner Mitglieder oder Kommissarien (Art. 16) ist er in keiner Weise gebunden; sie lassen bestenfalls³⁰⁾ nur vorläufige (Laband a. a. O. § 55, S. 512 Anm. 5) Willens- und Ansichtsrichtungen des Bundesrats erkennen. Seine Zustimmung erfolgt auch ganz offenbar nur zu dem vom Reichstage gewünschten Texte der Gesetze, zu dessen Worten³¹⁾, nicht zu dem damit verbundenen Sinne und darunter verfolgten Absichten, soweit das Wort sie nicht inhaltlich mit in sich trägt. Es läßt sich also, im regelmäßigen Falle, eine Uebereinstimmung nur über den Wortlaut annehmen, wo der Bundesrat ihn, wie er vom Reichstage kommt, zur „Ausfertigung und Verkündung“ nach

29) Uebereinstimmend Mathias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, S. 19.

30) Wie manchmal mag es sich im Drange des parlamentarischen Streites dabei nur um hastig aufgegriffene Verlegenheitsgründe handeln!

31) So sehr nachdrücklich O. Bülow, Gesetz und Richteramt S. 35—37; Kohler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIII, S. 24.

Artikel 17, zum Erlasse des „Gesetzesbefehles“ (L a b a n d a. a. D. § 55, S. 518, 524) dem Kaiser übermittelt. Diese Uebereinstimmung genügt nach Art. 5, Abs. 1 S. 2. Den dabei vom Bundesrate als Träger der gesetzgebenden Gewalt gehaltenen „Willen“ kann man nur mutmaßen, — nach den begleitenden Denkschriften, Begründungen, Erklärungen des Bundesratsvertreters u. s. w. Vermochte Letzterer auch bei einzelnen mehrdeutigen Worten der Gesetzesvorlage zu erklären, wie sie der Bundesrat aufgefaßt sehen wolle, so hindert das nicht, daß dieser schließlich doch anders darüber denkt. Ueber seine Gründe, Auffassungen und Willensrichtungen bei der Sanktion gibt er keine Rechenschaft; und es verlautet somit darüber nichts. Ein Wille des Gesetzgebers, so unentbehrlich er bei solcher zweckbewußten That ist, bleibt also regelmäßig, soweit ihn das gebrauchte Wort selbst nicht unzweifelhaft macht, gar nicht festzustellen; es lassen sich nur gewisse, unter Umständen ja ganz zutreffende Schlüsse, und zwar selbst aus dem im Reichstage über dessen Willen Gesagten, darauf ziehen.

Diese Schlüsse werden aber völlig unzulässig³²⁾, wo, wie im vorliegenden Falle der Vertreter des Bundesrats gegen die Absichten des Reichstags sich wahrte; der Reichstag dann eine Fassung wählte, die für das Maßgeblichwerden seiner Absicht nicht zwingend ist und diese dann, allerdings ohne weiteren erkennbaren Widerspruch, vom Bundesrate zugelassen wurde. Es ist durchaus angängig anzunehmen, daß der Bundesrat die ihm aufgedrängte Fassung als ungefährlich und einer angemessenen Regelung im Gesetze nicht schädlich erachtete. Und wollte man ihm nach dem früher Erörterten dabei Unrecht geben?!

Der Widerspruch des Bundesratskommissars wäre darnach nicht „vergebens“ geschehen; er hätte vielmehr ein willkommenes Licht über die vom Gesetzgeber selbst gehegte Sach-

³²⁾ Vergl. R o h l e r a. a. D. S. 26.

auffassung verbreitet, wenn der Rückschluß daraus auf sie, wie bemerkt, auch keineswegs sicher ist.

Da also bei Sanktion des § 839, Abs. 2 ein Wille des wirklichen Gesetzgebers, der in der Richtung der Reichstagsverhandlungen darüber gelegen hätte, nicht nur nicht feststellbar, sondern allem Anscheine nach nicht vorhanden war, so brauchte an dieser Stelle auch nicht weiter untersucht zu werden, wie er bei ausnahmsweise vorhandener sicherer Erkennbarkeit auf die Auslegung einwirken müßte. Man dürfte aber auch dann behaupten, daß er nicht unbedingt maßgebend ist, z. B. wo er mit sich selber in Widerspruch trat oder in einem Irrtume bewegte. Er ist eben nur eines der vielen bei der Auslegung in Betracht zu ziehenden Hilfsmittel, als welche ebenso sehr die dem Gesetze vorhergehenden Verhandlungen, die Geschichte des Gesetzes im übrigen, frühere Rechtsanschauungen, aus denen es erwuchs, seine Beeinflussung durch die neben ihm stehenden Rechtsfälle, der eigentliche, im Wesen der Sache selbst begründete Zweck, die Art des gesetzgeberischen Gebietes (ob Straf- oder Civilrecht; ob Stempel oder Steuerrecht, — vergl. unten); ja, seine ganze kulturelle Umgebung³³⁾, wenn dieser Ausdruck erlaubt ist, ins Gewicht fallen. Es wird sich sogar in den meisten Fällen empfehlen, mehr auf diese zu achten, als wie dem so schwer auffindbaren Willen des Gesetzgebers nachzuspüren und in die Gefahr zu geraten, ihm selbst oder gar seinem angeblichen Inhalte blind zu folgen. Denn es wäre ja sogar möglich, — um auf diesem schwierigen Rechtsgebiete

33) Stände in einer unserer Gemeindevahlordnungen: „Wer dreißig Jahre alt und unbefcholten ist, ist zu Gemeindeämtern wählbar“, so würde man, auch ohne besondere Anordnung, unter jetzigen Verhältnissen doch annehmen, daß nur männliche Personen darunter zu verstehen seien. Anderswo vielleicht anders. Die Regel des fr. 195 de V. S. wird dabei wahr: „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur“; also nicht immer!

(vergl. Regelsberger, Pandekten § 35, Anm. 10) nur dies hier noch zu sagen, — daß der Gesetzgeber selbst erklärt, keine eigene Auffassung des von ihm gebrauchten Wortes zu haben, und es „dem Richter anheimstellt, den wahren Sinn ausfindig zu machen und das für richtig Erkannte den Beteiligten, die sich über den Sinn des Gesetzes nicht einigen können, als endgiltige staatliche Willenseinigung zu verkünden“ (D. Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 37)!

VI.

Die analoge Gesetzesanwendung bei § 839,
Abf. 2.

Ferner ist zu beachten daß unter Umständen das Gesetz, — anerkannter Maßen, — selbst da zur Anwendung kommt, wo ein dahingehender Wille des Gesetzgebers nicht vorhanden war und nicht vorhanden sein konnte, — nämlich im Falle sog. analoger Ausdehnung, über die ich, da sie zugleich als eine etwa noch erforderliche Notstütze für meine Ansicht dienen könnte, noch folgendes bemerken möchte, nachdem ich bereits dargethan zu haben glaube, daß der § 839, Abf. 2 einer Auslegung im Sinne der Reichstagsmehrheit jedenfalls aus dem Grunde nicht zugänglich ist, weil etwa dahin der wirkliche „Wille des Gesetzgebers“ gegangen wäre, und die Zweifelhaftigkeit des gebrauchten Wortes diesem einen Spielraum vergönnt hätte. —

Was nun die sog. analoge Anwendung des Gesetzes anlangt, so soll dieses nicht nur durch den in seinen Worten verkörperten Gedanken herrschen, sondern, um den Interessen des Rechtslebens v o l l dienen zu können, auch darüber hinaus; nicht nur soweit sein ihm selbst zu unternehmender Zweck reicht, sondern unter Umständen soweit, wie der a l l g e m e i n e r e Zweckgedanke reicht, als dessen G i n z e l abfluß es sich ergibt.

Es muß nicht nur die absichtlich seine Worte umgehenden und vermeidenden Rechtsgeschäftsfälle, das „in fraudem legis“ Handeln kraft des ihm innewohnenden Zweckgedankens treffen und unter das von ihm ausgesprochene „Soll“ zwingen; sondern auch, — und es beruht das m. G. auf durchaus gleichen Gründen³⁴⁾, — die unabsichtlich seinen Worten ausweichenden rechtlichen Neugestaltungen, an die der Schöpfer des Gesetzes auch nicht einmal dachte, weil er sie noch nicht konnte und deshalb auch nicht zu regeln beabsichtigen konnte.

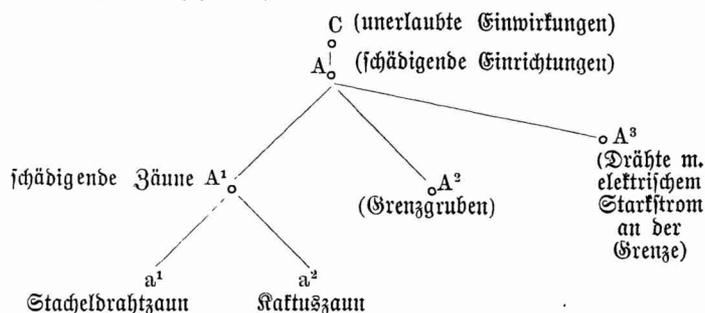
Hier fehlt, trotz der Wirksamkeit des Gesetzes, ganz zweifellos der „Wille“ des Gesetzgebers; es fehlt auch die Erklärung des „Soll“ in den Worten des Gesetzes. Und doch gilt es, gilt über das Wort hinaus, kraft einer wichtigen, aber in höher entwickelten Rechtszuständen, unter denen man auch der Rechtsprechung das Vertrauen schenken darf, diese Ausdehnung des Gesetzes richtig zu handhaben, gewiß unentbehrlichen *Ausnahme*. In dieser sog. analogen Anwendung liegt die wissenschaftlich unbestrittene, in Laienkreisen freilich meist unverstandene hohe und schöne Aufgabe der Rechtspflege und der Rechtswissenschaft, die die Vermittlung zwischen Gesetz und Leben herstellt³⁵⁾.

Der Gesetzgeber stellt zwar (ganz seltene Fälle einer wirklichen „*lex specialis*“ ausgenommen — Laband, a. a. D. § 54, S. 489, Anm. 1 nur „Gattungsregeln“ auf. Denn es ist unmöglich, daß er beispielsweise Bestimmung gäbe für den Fall, daß Hinz an Kunz 1 \mathcal{R} Grütze verkauft; er muß vielmehr von den einzelnen Personen, einzelnen Waren und einzelnen Mengen absehen und seine Vorschriften über Kauf

34) Das scheint auch Bacher, Reichsgerichtsurteile S. 59. anzunehmen. Fr. 30 D. de leg. I, 30, zweiter Halbsatz. Anders Regelsberger a. a. D. S. 153, Anm. 6; siehe jedoch S. 159 unter IV. Je nach dem einzelnen Falle mag ja auch die bloße ausdehnende Auslegung zum Abfangen des in fr. l. a. genügen!

35) D. Bülow, Geständnisrecht S. 273.

für Gruppen von Menschen (Handlungsfähige u. f. w.), von Waren (Güter, Vieh, Inhaberpapiere) u. f. w., also gattungsweise aufstellen. Wie nahe er aber dem Einzelfall treten will, unterliegt seinem Ermessen und jedesmaliger besonderen Erwägung. Er kann also sagen, ein Grundbesitzer dürfe dem Nachbar nicht einen Stachelzaun draht an die Grenze setzen. Oder: er dürfe keinen den Nachbar gefährdenden Zaun setzen. Oder: keine den Nachbar gefährdende Einrichtung auf der Grenze halten. Oder ganz allgemein, wie B.G.B. § 903 im Schlusssatz, sich ausdrücken (C = Centralgedanke). Das läßt sich in folgendem Bilde³⁶⁾ veranschaulichen.



Gesetzt nun der Richter, der nur jenes Verbot (a¹) vor sich hat, sollte den Fall entscheiden, daß ein Grundeigentümer an der Grenze einen Zaun von Kaktus errichtet hätte (a²). Dann fiel a² der Sache nach, als „rechtsähnlicher Fall“³⁷⁾ gewiß unter das Verbot a¹, obwohl weder der Wortlaut des Gesetzes, noch der darin erkennbare „Wille des Gesetzgebers“ darauf mitabzielt. Für den Richter wird diese Auffassung durch Zurückgehen auf den allgemeineren Begriff A¹ vermittelt; er darf in ihm unter Umständen

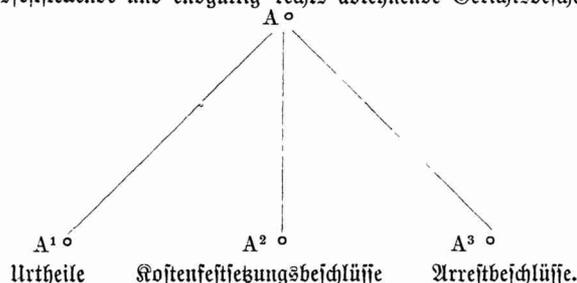
³⁶⁾ Auch Hölder, Arch. f. civ. Pr. Bd. 73, S. 10 zieht hier das Bild der Verwandtschaftsgrade zur Vergleichung heran.

³⁷⁾ Begr. zum I. Entwurfe des B.G.B. Bd. I, S. 16. De leg I, 3 fr. 12: „ad similia procedere“; fr. 13: „quae tendunt ad eandem utilitatem“.

den eigentlichen Zweckgedanken des Gesetzes finden, obwohl, wie bereits angedeutet, ganz klar sein kann, — z. B. wo er von a^1 auf A zurückginge und damit auch auf A^3 käme, — daß Gesetzgeber und Gesetz an ihn, mangels damaligen Vorhandenseins solcher Einrichtungen, nicht gedacht haben könne. Die Umstände, — auch je nachdem eine straf- oder civilrechtliche Entscheidung abzugeben ist, — verbieten aber vielleicht ein solches Zurückgehen oder doch das weitere, über A hinaus bis C .

Auf die hier besprochene Frage angewandt, würde das Bild folgender Maßen aussehen und zugleich begreiflicher erscheinen lassen, daß man bei der Beratung des B.G.B. im Reichstage nicht zu der allgemeinen Kategorie A sich hinfand, obwohl man ja darnach suchte.

(rechtsfeststellende und endgültig rechts ablehnende Gerichtsbeischeide)



Würde man sich also, entgegen meiner zunächst verteidigten Auffassung, durch den Wortsinne des Abs. 2 im § 839 an die im Reichstage aufgezählten „Urtheile“ gebunden glauben, so wäre weiter zu prüfen, ob nicht nach diesen, doch auch rechtsverbindlichen Grundsätzen der analogen Rechtsanwendung der enge Begriff auf sachlich entsprechende und nur anders benannte Gerichtsbeischeide zu erstrecken; ob nicht von A^1 doch auf A zurückzugehen und damit A^2 , A^3 u. s. w. dem Gesetze zu unterstellen sei. Dabei würde dann keines der obengenannten Hülfsmittel unbeachtet bleiben dürfen; nicht aber der Be-

schluß der Reichstagsmehrheit ohne Weiteres für Abweisung der analogen Ausdehnung verwertet werden. Ja selbst eine ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers, des wirklichen Gesetzgebers d a g e g e n würde als der Sache nach unberechtigt und deshalb nur durch Irrtum erklärlich nicht ohne Weiteres als durchschlagend angesehen werden dürfen.

Man halte dem auch nicht die unfruchtbare Lehre von der Nichtanwendbarkeit der „Analogie“ bei dem sog. jus singulare entgegen.

Gewiß wäre § 839, Abs. 2 als ein solches, als ein Ausnahmsrecht zu bezeichnen; aber ergibt sich daraus, daß er anders auszulegen sei, als jeder andere Rechtsatz? Gewiß nicht! Auch hier ist es geboten, wie immer, das Gesetz richtig auszulegen, den Zweckgedanken des Gesetzes bis an seine Grenzen zu verfolgen; aber nicht anders als bei sonstigen Rechtsätzen. Jene angebliche Regel kann und sollte höchstens darauf aufmerksam machen, daß man beim jus singulare, nicht minder aber doch auch z. B. beim Strafrechte, besonders behutsam bei der Entwicklung der gesetzlichen Wirkung des Zweckgedankens über das Wort des Gesetzes hinaus zu verfahren habe. Eine wesentlich andere B e h a n d l u n g des singulären Rechtsatzes tritt nicht ein; sein eigentliches Wesen ist nur nicht so dehnbar, wie bei manchen anderen. Und deshalb ist auch hier der Gesetzgeber oder gar einer der gesetzgebenden „Faktoren“ nicht in der Lage, durch Meinungsäußerungen, durch Kundgebung seiner ihm innewohnenden Willensrichtung, die aber doch nicht Teil der gesetzlichen Erklärung selbst wurde, deren Tragweite unbedingt zu bestimmen, in Sonderheit zu beschränken und der Kraft des Gesetzes Abbruch zu thun. Auch hier hätte das nur die Bedeutung eines H ü l f s m i t t e l s, n i c h t e i n e s b e s t i m m e n d e n Umstandes bei der Auslegung³⁸⁾.

38) Ein gutes Beispiel gewährt mir der § 9 Nr. 7 des Preussischen Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891, wonach bei Berechnung

Man lernt aber, es mit solchen Dingen genau nehmen, wenn man beobachtet, wie bloße falsche Formulierungen so oft in der Praxis böse Ergebnisse zeitigen, wie im Strafverfahren z. B. das leidige: „Es ist dem Angeklagten die Schutzbehauptung nicht widerlegt“, — statt der Prüfung, ob sie glaubhaft sei! — so leicht zu ungerechtfertigten Freisprechungen verführt. Und ferner, wenn man sieht, wie zur Zeit mit dem sog. Willen des Gesetzgebers so viel ins Blaue hinein gewirtschaftet wird. —

So scheint mir dann schließlich auch von diesem Gesichtspunkte aus meine Auffassung des § 839, Abs. 2 nicht angreifbar zu sein; und ich meine durchaus im Rechte zu sein, wenn ich das Wort „Urteil“ als rechtsförmlich zu bezeichnen den Beschluß des beamteten Richters in den, den verschiedenen Verfahrensarten unterworfenen „Rechtssachen“ auslege.

des steuerpflichtigen Einkommens in Abzug zu bringen sind: „Versicherungsprämien, welche für die Versicherung des Steuerpflichtigen auf den Todes- oder Lebensfall gezahlt werden, soweit dieselben den Betrag von 600 M. jährlich nicht übersteigen.“ Der tiefere unausgetragene Zweckgedanke des Gesetzes ist, die Bildung mäßig hoher Sparkapitalien zu begünstigen. Der Wortlaut bezieht sich aber nur auf deren Bildung durch Versicherung, nicht auch auf den Fall, wo eine ihrer Gesundheit wegen nicht versicherungsfähige, aber dieser Ersparung deshalb vielleicht um so bedürftigere Person festgesetzte jährliche Einzahlungen auf ein „gesperrtes“ Sparkassenkonto macht. Man braucht von allen Verhandlungen und „Willens“-Aeußerungen des Gesetzgebers nichts zu wissen, um sich doch dahin zu entscheiden, daß dieses jus singulare in einem Steuergesetze unmöglich über seinen eigenen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden kann; dieser zieht dem Zweckgedanken hier eine unübersteigliche Grenze!

Ein bekanntes Streitbeispiel enthält § 48 und 66 des Börsengesetzes; Reichsgerichts-Civilentscheidungen Bd. 42, Nr. 12; Bd. 44, Nr. 27, und die wunderliche Polemik Niesfers dagegen in seiner Schrift: „Handrechtliche Lieferungsgeschäfte“, besonders S. 19, 21, 33. Dann sollte man sich nur lieber gleich auf den Standpunkt Friedrichs des Gr. in seiner bekannten Kabinettsorder vom 17. April 1780 stellen: „Dagegen aber werde ich nicht gestatten, daß irgend ein Richter, Collegium oder Staatsministere die Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken — sich einfallen lasse“. Also ganz wie seiner Zeit Justinian!

VII.

Schlußbemerkung zu § 839, Abs. 2, S. 2.

So blieben mir denn schließlich nur noch einige Worte über den seltsamen S. 2 des Abs. 2 im § 839 zu sagen, der bislang gar keinen Anstoß erregt zu haben scheint.

Man erinnere sich, daß der Entwurf des § 839 zuerst entsprechend der Fassung des § 334 im Str.G.B., von „Leitung und Entscheidung“ sprach; und daß die Worte „Leitung und“ der zweiten Beratung im Reichstage bereits zum Opfer fielen, obwohl inzwischen (entgegen dem I. Entwurfe) den in dieser Hinsicht berechtigten Wünschen bereits durch Einfügung des Satzes 2 im Abs. 2 („Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung“) vollauf Rechnung getragen war. Sowie man sich aber damit nicht begnügen wollte (und, füge ich hinzu, bei falscher Auslegung des Wortes „Entscheidung“, wegen der angeblich dadurch mitgetroffenen Haftverfügungen, auch nicht wohl begnügen konnte), so mußte Satz 2 mit jenen beiden Worten zugleich fallen. Jetzt ist er ein ohne seine Vorgeschichte unverständlicher Torso und mindestens gänzlich überflüssig. Denn sein Vorbehalt ist, wo sich die Ausnahme nur noch auf das „Urteil“, also nicht auf das zu ihm hinzuleitende Verfahren bezieht, völlig müßig. „Bei dem Urteile“, bei dessen Fällung kann ja eine Amtsverweigerung oder -verzögerung nicht vorkommen, sie enthält ja eben gerade dessen Ausübung³⁹⁾.

39) Man vergleiche dazu noch die oben aus den „Protokollen“ angeführte Stelle (II, S. 663).