

**Grundriss
des österreichischen
Zivilprozessrechts**

von

K. Wolff

Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts

Von

Dr. jur. et phil. Karl Wolff
o. ö. Universitätsprofessor in Innsbruck



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

1936

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung
in fremde Sprachen, vorbehalten

ISBN 978-3-7091-9611-3 ISBN 978-3-7091-9858-2 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-7091-9858-2

Vorwort.

Das Buch soll in erster Linie Studienbehelf sein, ein Behelf für die judiziellen Staatsprüfungen und Rigorosen sowie für die praktischen Justizprüfungen. Es kann und soll das gesprochene Wort nicht ersetzen, sondern durch dieses ergänzt und erläutert werden.

Um kurz zu sein, ist die Form möglichst knapp gewählt, alles überflüssig Scheinende fortgelassen, während versucht wurde, den wesentlichen Prüfungsstoff vollständig zu erfassen. Literaturangaben sowie Entscheidungen fehlen mit Rücksicht auf Zweck und Umfang des Buches. Ebenso meist alles, was sich auf das Vollstreckungs- und Außerstreitverfahren bezieht. Wo die Rechtsprechung ganz oder teilweise anderer Meinung folgt, ist das Wort „strittig“ beigefügt. Die häufigen bloßen Anführungen von Gesetzesstellen sollen zum Nachschlagen anregen, weshalb sie auch nur bei der JN. und der ZPO. samt ihren Einführungsgesetzen erfolgen. Verweisungen innerhalb des Buches sind durch ein Sachregister ersetzt.

Innsbruck, im Oktober 1936.

K. Wolff.

Inhaltsverzeichnis.

| | Seite |
|--|-------|
| Einleitung | 1 |
| 1. Begriff des Verfahrens | 1 |
| 2. Arten des Verfahrens | 3 |
| 1. Verfahrensgegenstand | 6 |
| A. Die Zivilprozeßsache | 6 |
| B. Urteilsanspruch | 6 |
| C. Streitgegenstand | 7 |
| D. Klagegegenstand | 8 |
| E. Ansprüche Dritter | 8 |
| F. Streitwert | 8 |
| G. Prozeßkosten | 11 |
| H. Sicherheitsleistung | 20 |
| I. Armenrecht | 24 |
| 2. Rechtsquellen | 32 |
| A. Geschichtlicher Abriß | 32 |
| B. Geltende Vorschriften | 32 |
| C. Auslegung | 33 |
| D. Geltung der Prozeßgesetze | 34 |
| I. Zeitliche | 34 |
| II. Örtliche | 35 |
| E. Einteilung der Zivilprozeßsätze | 36 |
| 3. Mitwirkende am Prozeß | 38 |
| A. Gerichte | 38 |
| I. Organisation | 38 |
| a) Zivilgerichtsbarkeit | 38 |
| b) Zivilgerichte | 40 |
| c) Gerichtspersonen | 41 |
| d) Besetzung der Gerichte | 58 |
| II. Zuständigkeit | 69 |
| a) Allgemeines | 69 |
| b) Zulässigkeit des Rechtswegs | 71 |
| c) Zuständigkeit im engern Sinn | 84 |
| α) Sachliche Zuständigkeit | 84 |
| β) Örtliche Zuständigkeit | 92 |
| γ) Funktionelle Zuständigkeit | 106 |
| δ) Zuständigkeitsverfahren | 110 |

| | Seite |
|---|-------|
| B. Prozeßteilnehmer | 115 |
| I. Die Parteien | 115 |
| a) Im allgemeinen | 115 |
| b) Parteienmehrheit | 124 |
| c) Verhältnis zwischen Parteien und Gericht | 128 |
| d) Verhältnis der Parteien zueinander | 129 |
| II. Vertreter im Prozeß | 130 |
| a) Allgemeines | 130 |
| b) Gesetzliche Vertreter | 130 |
| c) Gewillkürte Vertreter | 132 |
| III. Nebenintervention | 148 |
| IV. Streitverkündung | 152 |
| 4. Das Verfahren | 153 |
| A. Bei den ordentlichen Gerichten | 153 |
| I. Die Verfahrenshandlungen | 153 |
| a) Des Gerichtes | 153 |
| α) Allgemeines | 153 |
| β) Die einzelnen gerichtlichen Handlungen | 160 |
| 1. Prüfung des Prozeßstoffes 160 — 2. Wissenserklärungen 162 A. Mitteilungen 162, B. Beurkundungen 171 — 3. Willenserklärungen; Urteile, Beschlüsse 180. | |
| b) Prozessuale Rechtsgeschäfte | 209 |
| c) Die mündliche Verhandlung | 231 |
| d) Unterbrechung des Verfahrens | 236 |
| e) Ruhen des Verfahrens | 241 |
| II. Die Verfahrensarten | 242 |
| III. Erfordernisse des Prozesses | 251 |
| IV. Die Nichtigkeitsgründe im besondern | 255 |
| V. Allgemeine Verfahrensgrundsätze | 257 |
| VI. Der Gang des Verfahrens in erster Instanz | 262 |
| a) Ordentliches Verfahren mit unbeschränkter Kognition . | 262 |
| α) Gerichtshofverfahren | 262 |
| 1. Die Prozeßeinleitung 262 — 2. Die Erledigung der Klage 266 — 3. Anspruchserhebung nach Prozeßeinleitung 268 — 4. Widerruf der Anspruchserhebung 272 — 5. Die erste Tagsatzung im technischen Sinn 274 — 6. Die Klagebeantwortung 276 — 7. Vorbereitendes Verfahren 277 — 8. Mündliche Streitverhandlung 280 — 9. Beweisverfahren 281 — 10. Der Prozeßabschluß in erster Instanz 315. | |
| β) Bezirksgerichtliches Verfahren | 317 |
| b) Ordentliches Verfahren mit beschränkter Kognition ... | 320 |
| α) Bagatellverfahren | 320 |
| β) Besitzstörungsverfahren | 321 |
| c) Besondere Verfahrensarten | 322 |
| α) Mandatsverfahren | 322 |
| β) Wechselprozeß | 323 |

| | Seite |
|--|-------|
| γ) Bestandverfahren | 323 |
| δ) Syndikatsverfahren | 325 |
| ε) Streitiges Eheverfahren..... | 326 |
| VII. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe | 328 |
| a) Allgemeines | 328 |
| b) Die Rechtsmittel der ZPO. | 330 |
| α) Allgemeines | 330 |
| β) Die einzelnen Rechtsmittel im besondern | 336 |
| 1. Berufung 336 — 2. Revision 346 — 3. Rekurs 350. | |
| c) Die Nichtigkeitsklage | 355 |
| d) Die Wiederaufnahmsklage | 358 |
| Anhang. Schiedsrichterliches Verfahren..... | 360 |
| B. Verfahren bei den Sondergerichten | 362 |
| I. Bundesgerichtshof | 362 |
| II. Abrechnungsgerichtshof | 362 |
| III. Patentgerichtshof | 363 |
| IV. Das Konsulargericht in Kairo | 365 |
| V. Gewerbegerichte | 365 |
| VI. Das Fachgericht in Dornbirn..... | 366 |
| VII. Einigungsämter | 366 |
| VIII. Staatliche Schiedsgerichte | 366 |
| Sachverzeichnis | 368 |

Einleitung.

1. Begriff des Verfahrens.

Wenn A im Interesse des B zu einem Verhalten verpflichtet ist, hat B gegen A ein Recht im subjektiven Sinn auf dieses Verhalten. Beobachtet A das Verhalten, zu dem er verpflichtet ist, so ist alles in Ordnung. Tut er es nicht, so ist das Recht des B verletzt. B möchte erreichen, daß A das betreffende Verhalten beobachte: B möchte sein Recht geltend machen. Vorgetäuschte Geltendmachung ist dann gegeben, wenn B Schritte unternimmt, den A zu einem Verhalten zu veranlassen, auf das B ein Recht zu haben behauptet, während diese Behauptung, wie er weiß, unrichtig ist. In einem weiteren Sinne spricht man aber auch hier von Geltendmachung.

Grundsätzlich kann die Geltendmachung sein a) gütlich: Versprechen einer Belohnung für die Beobachtung des Verhaltens, Zureden, Appell an das Gewissen, an die Menschenfreundlichkeit u. dgl.; b) bösslich: Androhung von Nachteilen, Zwang. Dabei darf nicht übersehen werden, daß nur die wenigsten Rechte erzwingbar sind. Kann ja nicht einmal der Darlehensgläubiger erzwingen, daß ihm der Darlehensschuldner zahle. Denn wenn dieser sich weigert zu zahlen, so kann der Gläubiger auf Grund eines rechtskräftigen Urteiles nur erreichen, daß ein Staatsorgan Vermögensstücke des Schuldners verwertet und aus dem Erlös den Gläubiger befriedigt. Die Vornahme der Zahlungshandlung durch den Schuldner selbst kann hier nicht erzwungen werden.

Bösliche Geltendmachung ist Rechtsverfolgung. Die Abwehr des A gegen die Rechtsverfolgung des B ist Rechtsverteidigung. Auch sie kann vorgetäuscht werden: wenn A weiß, daß B im Recht ist.

Sind Art und Mittel der Rechtsverfolgung nicht geregelt, also ihre Bestimmung dem Verfolgenden selbst überlassen, so liegt ungeordnete Rechtsverfolgung vor. Geordnete Rechtsverfolgung ist gegeben, wenn entweder a) wenigstens auch der Gegner oder b) ein Dritter, insbesondere c) der Souverän in seiner Rechtsordnung, Art und Mittel der Rechtsverfolgung bestimmt. Die Ordnung der Rechtsverfolgung im Einvernehmen zwischen Rechtsverfolger und Rechtsverteidiger, z. B. durch das Los, ist ein Fortschritt gegenüber der ungeordneten Rechtsverfolgung. Ihr Mangel liegt insbesondere darin, daß sie von der gutwilligen Mitwirkung der beiden abhängig ist.

Die rechtliche Regelung kann a) Vorbeugung (Prävention),

b) Wiedergutmachung oder c) Ersatz sein. Die beiden letzteren nennt man Repression. Wenn der Schuldner freiwillig leistet, weil er Zwangsvollstreckung und Kosten fürchtet, so hat die Rechtsordnung ihren vorbeugenden Zweck erfüllt. Ersatz statt wirklicher Wiedergutmachung muß überall dort stattfinden, wo letztere unmöglich geworden ist: bei bleibender Verletzung und insbesondere auch bei nicht rechtzeitiger Leistung; denn verspätete Leistung ist Leistung eines aliud (vgl. § 1413 abGB.).

Wem steht die Rechtsverfolgung zu? Hier gibt es zwei Möglichkeiten: a) dem, der sich verletzt fühlt; b) einem Dritten. Ersterenfalls ist die Rechtsverfolgung Selbsthilfe. Sie muß nicht ungeordnete Rechtsverfolgung sein; sie ist auch bei geordneter möglich: Notwehr; § 1321 abGB.

Nachteile der Selbsthilfe: Die Beurteilung, ob man verletzt ist, kann absichtlich oder aus Irrtum falsch sein. Andererseits kann auch der Gegner aus den gleichen Gründen unberechtigten Widerstand leisten. Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung werden zur reinen Machtfrage (Faustrecht). Der Rechtsverfolgende wird auch geneigt sein, das entsprechende Maß zu überschreiten. Daher schränkt die Rechtsordnung die Selbsthilfe auf ein Mindestmaß ein. Ähnliche Bestrebungen im Völkerrecht sind ansatzweise vorhanden.

Ein Recht zur Geltendmachung hat, wessen Verlangen Tatbestandsmerkmal für die Pflicht eines staatlichen Organs ist, zu veranlassen, daß ein Verpflichteter das pflichtmäßige Verhalten beobachtet. In einem weiteren Sinne umfaßt es auch das Recht zur Selbsthilfe.

Bei rechtlich geordneter Rechtsverfolgung bestimmt die Rechtsordnung Art und Mittel. Der Inbegriff aller rechtlichen Mittel, den Verpflichteten zum pflichtmäßigen Verhalten zu veranlassen, ist Rechtsschutz. Rechtsschutzanspruch ist der Anspruch auf Rechtsschutz. Der Unterschied vom Recht zur Geltendmachung liegt darin, daß den Rechtsschutzanspruch auch der hat, in dessen Interesse die Behörde auf Verlangen eines andern (z. B. des Vormundes) oder auch von Amts wegen im erwähnten Sinne tätig werden soll. Verpflichteter des Rechtsschutzanspruches ist also immer die Behörde, nicht aber der Staat selbst, weil dieser kraft seiner Souveränität nicht an seine eigene Rechtsordnung gebunden ist. In einem weiteren Sinne versteht man unter Rechtsschutzanspruch jedes Recht auf behördliche Tätigkeit ohne Rücksicht auf ein geschütztes Recht (abstrakter, formeller Rechtsschutzanspruch im Gegensatz zum konkreten, materiellen). So haben im Prozeß Kläger und Beklagter den abstrakten Rechtsschutzanspruch, während das geschützte Recht nicht beiden zustehen kann.

Die Rechtsordnung kann bestimmen: a) Selbsthilfe (= berechtigte Selbsthilfe), b) Parteiordnung: Die Rechtsordnung überläßt es den beiden Gegnern, sich zu einigen (Schiedsrichter, Los usw.; vgl. § 835 abGB.). Der Unterschied von dem Falle der bloßen Mitbestimmung durch den Gegner liegt darin, daß es sich hier um rechtliche (= staatliche) Ordnung handelt, die mit staatlichen Mitteln durchgeführt werden

kann. c) Staatshilfe = Rechtspflege: Ein staatliches Organ veranlaßt den Verpflichteten zum pflichtmäßigen Verhalten. Das geschieht entweder auf Verlangen (Recht zur Geltendmachung) oder von Amts wegen.

Die Garantien staatlicher Rechtspflege sind besser als die anderer Rechtsverfolgungen, mag auch in einzelnen Fällen der Richter absichtlich oder aus Irrtum ein unrichtiges Urteil fällen oder infolge außerordentlicher Verhältnisse im Einzelfall nicht die Macht haben, seinen Spruch durchzusetzen.

Nicht jedes Recht ist rechtsschutzfähig. Es gibt auch unklagbare Rechte. Der Rechtsschutz besteht nur kraft positiver Rechtsvorschrift, aber nach geltendem Recht im Zweifel. Die Parteien können ihn jedoch nicht schaffen: Parteienvereinbarung allein bindet die Behörde nicht.

Der Rechtsschutzanspruch gilt allgemein als im vorhinein unverzichtbar. Man beruft sich meist auf HD. v. 10. XII. 1819, JGS. 1635. Allein dort wird nur gesagt, daß die bisher üblich gewesene Klausel in Verträgen des Staatsschatzes, worin dieser Verzicht ausgesprochen wurde, nicht mehr eingefügt werden soll. Auch § 598 ZPO. kann nicht zur Begründung herangezogen werden. Denn daß das Schiedsgerichtsverfahren den Prozeß nur ersetzen soll, wenn es ordentlich durchgeführt wird, schließt noch nicht aus, daß die Parteien von vornherein auf die Anrufung staatlicher Rechtspflege verzichten. So werden auch die sogenannten Freundschaftsdarlehen (unklagbar) allgemein anerkannt und beim vollstreckbaren Notariatsakt (§ 3 NotO.) verzichtet der Verpflichtete auch wirksam auf den Prozeß. Nur die guten Sitten bilden die Schranke; so ist z. B. Verzicht auf die Geltendmachung zukünftiger Ersatzansprüche wegen vorsätzlich zugefügter Schäden unwirksam. Der wirksame Verzicht auf staatliche Geltendmachung gibt eine materiellrechtliche Einrede, die nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist und auch nicht erst im Berufungsverfahren geltend gemacht werden kann (§ 482 I ZPO.).

Der Rechtsschutzanspruch ist ein öffentliches Recht.

2. Arten des Verfahrens.

A. Nach den staatlichen Organen, vor denen es stattfindet:

1. Verwaltungsverfahren.

2. Straferrichtliches Verfahren.

3. Zivilgerichtliches Verfahren. Die Trennung von Verwaltung und Justiz ist Verfassungsgrundsatz (Art. 99 BV.), gilt aber nicht für die Gerichtsbarkeit über Österreicher im Auslande (§ 27 VerfUebGes. v. 19. VI. 1934, B. II 75). Ausnahmsweise entscheiden Verwaltungsbehörden über privatrechtliche Ansprüche. Vgl. z. B. § 26 MV. v. 30. I. 1860, R. 28.

Strafgerichte entscheiden im Anschlußverfahren über privatrechtliche Ansprüche. Andererseits gibt es verwaltende Gerichtstätigkeit und Strafverfahren bei Verwaltungsbehörden.

4. Öffentlichrechtliches bundesgerichtliches Verfahren.

B. Nach dem Zweck.

1. Erkenntnisverfahren zwecks Feststellung der Rechtslage, was auch bei Leistungsklagen der Fall ist.

2. Vollstreckungsverfahren zwecks Anhaltung des Verpflichteten zum pflichtmäßigen Verhalten.

3. Sicherungsverfahren zwecks Sicherung der Rechte, insbesondere auch des Erfolges eines künftigen Verfahrens, z. B. einstweilige Verfügung, Beweissicherung.

4. Zwischenverfahren für Teilnahmeansprüche an fremdem Verfahren, z. B. als Nebenintervenient.

5. Rechtsgestaltungsverfahren, z. B. Ehetrennung, Zustimmung zu Rechtsgeschäften, Einverleibung.

6. Verwaltende Tätigkeit, z. B. Nachlaßverwaltung.

7. Beurkundung, z. B. Register, gerichtliche Zeugnisse.

Das zivilgerichtliche Verfahren ist

a) *Zivilprozeß*, d. i. streitiges Verfahren, „gerichtliches Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (Überschrift der ZPO., Art. I EGJN.). Dazu gehören gewisse Fälle des Erkenntnisverfahrens, des Zwischen- und Rechtsgestaltungsverfahrens.

b) *Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen*. Dazu gehören: andere Fälle der gleichen Verfahrensarten, ferner noch verwaltende Tätigkeit und Beurkundungen.

Die Abgrenzung zwischen streitigem und außerstreitigem Verfahren ist begrifflich unmöglich. Geschichtlichen Ursprunges, ist diese Unterscheidung nur positivrechtlich festzustellen. Es hängt vom geltenden Recht ab, was in jede Verfahrensgruppe gehört. Im Außerstreitverfahren ist Streit möglich, z. B. über die Höhe des Heiratsgutes (§ 1221 abGB.) oder über die Berufswahl des Minderjährigen (§ 148 abGB.), und es gibt Zivilprozesse ohne Streit: Anerkenntnis-, Verzicht-, Versäumungsurteil. Es ist auch nicht richtig, daß der Zivilprozeß nie neues Recht schaffe, wohl aber das Außerstreitverfahren. Man denke an Rechtsgestaltungsurteile und andererseits an die Einantwortung. Auch ist nicht jeder Zivilprozeß bloß repressiv, wie schon § 228 ZPO. beweist. Allerdings: streitige Rechte und Tatsachen können nur im Zivilprozeß ausgetragen werden.

c) *Vollstreckungsverfahren*.

d) *Sicherungsverfahren*. Die beiden letzteren sind nicht Teile des Zivilprozesses. Das ergibt sich positivrechtlich aus der Überschrift der ZPO., wonach das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eben Gegenstand der ZPO. und nicht der EO. ist. Diese enthält, wie ihre Überschrift besagt, das Exekutions- und Sicherungsverfahren. Als weiterer Grund sei noch angeführt, daß auch Willenserklärungen des Außerstreitrichters, des Strafrichters und von Verwaltungsbehörden Exekutionstitel sind. Nur die Beweissicherung ist als Vorverfahren für einen allfälligen Prozeß in der ZPO. geregelt.

C. 1. Ordentliches Verfahren.

2. Besondere Verfahren.

a) *Materiell beschränktes Verfahren*, d. i. Verfahren mit beschränkter Kognition: Nicht alles tatsächliche und Beweismaterial kann geltend gemacht werden. Z. B. nur solche Einreden, die der Beklagte sofort beweisen kann — eine Bestimmung, die dem österreichischen Recht fremd ist. Im Besitzstörungsverfahren sind aber alle Erörterungen über das Recht zum Besitz, die Besitzart sowie Schadenersatzansprüche unzulässig, also die Kognition materiell beschränkt. Auch kann der Beweis nicht durch Parteivernehmung geführt werden (§ 457 II ZPO.).

b) *Formell beschränktes Verfahren*, d. i. Verfahren mit vereinfachter Kognition: Nicht alle Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens sind vorgeschrieben (so z. B. im Bagatellverfahren). Hier wird unterschieden:

α) *Regulär summarisches Verfahren*: Der Verlauf ist ähnlich wie beim ordentlichen Verfahren; z. B. Bagatellverfahren, aber auch Besitzstörungsverfahren.

β) *Irregulär summarisches Verfahren*: Verlauf in anderer Reihenfolge; z. B. Mandatsverfahren (die Entscheidung geht der allfälligen Verhandlung voraus).

D. Scheinverfahren: Die Parteien fingieren einverständlich zu anderen Zwecken einen Rechtsschutzanspruch. Sie führen also in der Rolle von Kläger und Beklagtem vor Gericht einen Prozeß durch, aber bloß aus juristischem Interesse, wie der Richter entscheiden werde, oder zur Austragung einer Wette darüber; es kann jedoch auch sein, daß sie durch den Prozeß eine Art rechtsgeschäftlicher Wirkung hervorrufen wollen, so z. B. statt des ohne Gewahrsam des Gläubigers rechtsgeschäftlich nicht möglichen Pfandrechtes an Fahrnis die gerichtliche Pfändung. In solchen Fällen fehlt das rechtliche Interesse und daher auch der Rechtsschutzanspruch. Der Richter hat, wenn die Sachlage offenbar wird, die Klage in jedem Stadium abzuweisen. Erst durch Rechtskraft tritt Heilung ein.

1. Verfahrensgegenstand.

A. Die Zivilprozeßsache.

Verfahrensgegenstand im Zivilprozeß = Zivilprozeßsache sind: 1. Die Hauptsache (vgl. z. B. § 393 II ZPO.), das sind die Ansprüche, derentwegen primär der Prozeß geführt wird und die nicht durch ihn entstanden sind; 2. allenfalls Nebensachen: a) bloß präjudizielle Ansprüche, b) Kostenansprüche, c) der Anspruch auf einen Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO. Der Ausdruck „bürgerliche Rechtssache“ (vgl. Art. I EGJN.) umfaßt auch die Gegenstände des Außerstreitverfahrens. Er steht zum Unterschied von öffentlichen, insbesondere Strafrechtssachen.

Die Abgrenzung zwischen Zivilprozeß- und Verwaltungssache ist nur positivrechtlich, nicht rechtslogisch möglich; es gilt das gleiche wie von dem Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht. Nun ist im geltenden österreichischen Recht nirgends eine Abgrenzung der beiden Verfahrensgegenstände gegeben. Auf den Ort, wo ein Anspruch geregelt ist, kommt es nicht an. Enthält doch auch das abGB. Vorschriften über öffentliches Recht, z. B. über die Staatsbürgerschaft (§ 28), und anderseits finden sich privatrechtliche Ansprüche in Verwaltungsgesetzen (vgl. z. B. §§ 4ff. Ges. v. 18. II. 1878, R. 30). Praktisch ist die Abgrenzung also Ermessenssache. So wurde auch z. B. der Rechtsanspruch eines Dritten auf die wegen Schmuggels für verfallen erklärte Sache als auf den Rechtsweg gehörig anerkannt.

Auch der Staat selbst kann im Zivilprozeß als Partei auftreten. Schadenersatzansprüche gegen ihn sind im Zweifel Zivilprozeßsachen (vgl. § 1338 abGB.). Manche Rechtsverhältnisse sind gemischt, teils Zivilprozeß-, teils Verwaltungssache, z. B. das Namensrecht oder die Enteignung.

B. Urteilsanspruch

ist der Anspruch auf eine dem Verlangenden günstige Entscheidung über den Verfahrensgegenstand. Auch ihn machen beide Parteien geltend, während ihn ungeteilt nur eine haben kann. Die Entscheidung muß nicht gerade in Urteilsform erfolgen (Beschluß, Wechselzahlungsauftrag usw.). Der Urteilsanspruch des Klägers (Klageanspruch) kann sein:

I. Feststellungsanspruch (§ 228 ZPO.).

Festgestellt kann werden a) ein Rechtsverhältnis, z. B. Verwandtschaft, Vaterschaft, Mitgliedschaft, Besitz, Innehabung. Das festzustellende Rechtsverhältnis muß nicht gerade ein Rechtsverhältnis zwischen den Prozeßparteien sein; b) ein Recht, mag es auch bedingt sein, nicht aber eine bloße Anwartschaft; c) als einzige Tatsachen die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Der Feststellungsanspruch ist positiv, wenn das Bestehen des Rechtsverhältnisses (des Rechts, der Urkundenechtheit) festzustellen verlangt wird, im entgegengesetzten Falle negativ. Die Feststellungsklage ist auch an die Stelle der früheren „Aufforderungsklage“ gegen den Fiskus getreten, insbesondere nach HD. v. 6. III. 1789, JGS. 984 (Erben von Personen, die mit dem Staatsschatz in Verrechnung standen, wenn die Einantwortung deswegen verzögert wird), Pat. v. 31. XII. 1800, JGS. 514 (Pächter ärarischer Güter, dem wegen angeblicher Nichterfüllung mit Abnahme der Güter gedroht wird) und Pat. v. 16. I. 1786, JGS. 516 (Beschwerde gegen eine Buchhalterierledigung): Art. XXXVIII EGZPO., der auch auf die Bestreitung der durch Verwaltungserkenntnis ausgesprochenen Ersatzpflicht eines Bundesangestellten auf Grund des Dienstverhältnisses (vgl. § 89 II Dienstpragm.) anwendbar ist.

II. Leistungsanspruch.

Z. B. auf Zahlung von 100 S. Dieser begreift auch einen Feststellungsanspruch in sich, daß nämlich die 100 S geschuldet seien.

III. Rechtsgestaltungsanspruch.

Z. B. auf Ehetrennung; vgl. auch §§ 158f., 1336 II abGB.; §§ 529f. ZPO. Die Ansprüche nach § 904, S. 2 und 3 abGB. sind Rechtsgestaltungs- und Leistungsansprüche zugleich. Beim Rechtsgestaltungsanspruch ist das Urteil regelmäßig zeitlich letztes Tatbestandsmerkmal für eine Rechtsfolge. So beim stattgebenden Exszindierungs- oder Ehetrennungsurteil. Nur bei Judenehen ist das letztere nicht das zeitlich letzte Tatbestandsmerkmal, da noch die Übergabe des Scheidebriefes erfolgen muß (§ 134 abGB. a. E.; bestritten).

Der Rechtsgestaltungsanspruch kann Rechtsbegründung (Rentenerhöhung) oder Rechtsvernichtung (Ehetrennung) zum Inhalt haben.

C. Streitgegenstand

ist der unmittelbare Rechtsgrund für den Urteilsanspruch. Wird z. B. der Überschuß aus einer Verrechnung geltend gemacht, so bildet dieser den Urteilsanspruch, während Streitgegenstand der ganze Minuend der den Überschuß bildenden Differenz ist. Hier ist also der Urteilsanspruch nur ein Teil des Streitgegenstandes. Das Umgekehrte ist der Fall, wenn außer der Hauptsache Prozeßkosten gefordert werden.

D. Klagegegenstand

ist das, was der Kläger sachlich mit der Klage erreichen will, der Inhalt der begehrten Entscheidung (Sachbegehren); also Feststellung, Leistung, Rechtsgestaltung.

Die Bezeichnungsweise ist schwankend, manchmal wird unter „Streitgegenstand“ die Sache verstanden, auf die der Kläger Anspruch erhebt (vgl. § 22 I ZPO.).

E. Ansprüche Dritter.

I. Teilnahmeanspruch

ist der Anspruch auf Teilnahme an fremdem Verfahren. Im Zivilprozeß insbesondere Nebenintervention.

II. Nebenansprüche.

a) Kostenansprüche, z. B. des Nebenintervenienten oder Ehebandsverteidigers, b) Ansprüche auf Gebühren, z. B. des Zeugen, Sachverständigen, c) besondere Rechtsschutzansprüche, z. B. bezüglich der Unzulässigkeit einer Frage oder der Kostenersatzpflicht nach § 51 II ZPO. In allen diesen Fällen haben dritte Personen für den Zwischenstreit parteiähnliche Stellung. Der Zwischenstreit ist aber kein eigener Prozeß; er wird weder mit Klage eingeleitet, noch findet erste Tagsatzung im Gerichtshofverfahren statt usw.

F. Streitwert.

I. Begriff.

Streitwert ist der Wert des Streitgegenstands. Bedeutung: a) für die Zuständigkeit; b) für die Besetzung; c) für die Zulässigkeit des Bagatellverfahrens; d) des Mahnverfahrens; e) für den relativen Anwaltszwang; f) für die Eigenschaft als Ferialsache; g) für die außerordentliche Revision; h) für die Zulässigkeit des Urteilsvermerks nach § 452 ZPO. beim Gewerbegericht, Dornbirner Fachgericht und Einigungsamt; i) für die Form des Verhandlungsprotokolls bei diesen Gerichten; j) für die Zulässigkeit voller Berufung beim Gewerbegericht und Dornbirner Fachgericht; k) für die Zulässigkeit des Rekurses im Kostenpunkt gegen Urteile dieser beiden Gerichte; l) für die Anwendung eines bestimmten Satzes nach dem Rechtsanwaltsstarif; m) für die Gebührenbemessung (§§ 14ff. GerGebNov. v. 13. IX. 1926, B. 272). Die Vorschriften für die Bemessung des Streitwertes sind in den §§ 54ff. JN. in erster Linie bezüglich der Zuständigkeit gegeben. Doch gelten sie in den andern Fällen nicht nur dort, wo auf sie verwiesen wird (vgl. §§ 7a JN., 500 II ZPO., 29 GewGG., 29 FachGG.; § 14 I GerGebNov. — § 4 RATar. läßt bei der Anführung § 60 JN. weg), sondern stets, wo keine abweichenden Bestimmungen getroffen sind. Solche werden am betreffenden Ort angeführt werden.

II. Berechnung.

a) **Zeitpunkt.** Maßgebend ist in der Regel die Klageanbringung (§ 54 I JN.); gleichzustellen ist der Zeitpunkt, in dem ein Zwischenantrag auf Feststellung (§ 236 ZPO.) erfolgt oder der Kläger mit dem Gegner zur Verhandlung ohne Vorladung vor Gericht erscheint (§ 439 ZPO.). Ausnahmen: α) Für die Besetzungsfrage beim Gerichtshof (§ 7a JN.) ist der Beginn der mündlichen Streitverhandlung maßgebend. β) Für die Frage, ob gewöhnliches oder Bagatellverfahren, ist für den Fall der Änderung des Streitwertes infolge Klageänderung oder -einschränkung und nur für diese der Zeitpunkt maßgebend, bis zu welchem eine solche erfolgen kann (§ 453 ZPO.). γ) Nach §§ 6, 9 RAtAr. ist für die Berechnung des Kurses von Ansprüchen in ausländischer Währung der Zeitpunkt der Entscheidung oder des Vergleichs über die Kostenersatzpflicht maßgebend, wenn hierfür keine besonderen Vorschriften der Finanzbehörde bestehen. Und ändert sich im Laufe des Rechtsstreites der Wert eines nicht in Geld bestehenden Streitgegenstandes derart, daß der bisher zugrunde gelegte Streitwert offenbar nicht mehr angemessen erscheint, so ist, gleichgültig in welcher Instanz, auf Antrag einer Partei zum Zwecke der Kostenbestimmung Neubewertung vorzunehmen, und zwar mangels Einigung der Parteien durch den Richter. δ) Vgl. auch § 16 II, Z. 4f GerGebNov. ϵ) Etwas Besonderes gilt für den Fall des § 500 II ZPO., bei dem nach herrschender Lehre und Rechtsprechung der Zeitpunkt der Fällung des Berufungsurteiles maßgebend sein soll. Allein die dort vorgeschriebene sinngemäße Anwendung des § 54 JN. kann nur dahin verstanden werden, daß der Zeitpunkt der Erhebung der Berufung maßgebend ist, durch die das Berufungsgericht ebenso mit der Sache befaßt wird wie die erste Instanz durch die Klageanbringung.

b) **Nebenforderungen** (§ 54 II JN.), wie Zuwachs, Früchte, Zinsen, Schäden und Kosten, bleiben bei der Wertberechnung unberücksichtigt. Werden solche Forderungen selbständig geltend gemacht, so sind sie keine Nebenforderungen und fallen daher nicht unter § 54 II JN.

c) Bei subjektiver oder objektiver **Klagenhäufung** werden die mehreren Streitwerte grundsätzlich zusammengerechnet (§ 55, S. 1 JN.), sodaß die Summe als Streitwert maßgebend ist. Ausnahmen: α) Mehrere vor das Bezirksgericht gehörige und β) mehrere vor den Einzelrichter gehörige Ansprüche: Hier bleibt es bei der für den Einzelanspruch geltenden Zuständigkeit und Besetzung (§ 227 I, III ZPO., der für die subjektive Klagenhäufung arg. e min. anwendbar ist. Die objektive Klagenhäufung ist hier das Minus, weil sie in allen Fällen durch das Erfordernis der Einzelzuständigkeit beschränkt ist). Arg. e mai. sind mehrere Ansprüche nicht über 150 S auch dann im Bagatellverfahren zu behandeln, wenn die Summe 150 S übersteigt. γ) Vgl. § 14 III, Z. 1 GerGebNov. Ein tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang der mehreren Ansprüche ist nicht Voraussetzung der Zusammenrechnung (bestritten).

d) Bei Geltendmachung eines **Forderungsteils** (§ 55, S. 2 JN.)

ist der gesamte Betrag der noch unberichtigten Forderung maßgebend; wird nur mehr ein Rest eingeklagt, also nur dieser. Nach geschehener Aufrechnung kommt somit der aufgerechnete Teil nicht mehr in Betracht. Dagegen sind dem Gegner etwa obliegende Gegenleistungen nicht in Abzug zu bringen (§ 56 III JN.). Nach § 5 RAtar. und § 14 III, Z. 2 GerGebNov. ist nur der eingeklagte Teil maßgebend.

e) § 55, S. 3 JN. spricht für den Fall der Geltendmachung eines **Aktivsaldos** ausdrücklich aus, daß es auf den Streitgegenstand und nicht auf den Klagegegenstand ankomme. Wird die Höhe eines geltend gemachten Passivsaldos im Rechtswege bestritten, so kommt gleichfalls der ganze Betrag des Minuenden in Betracht (Ähnlichkeitsschluß). Nach § 5 RAtar. und § 14 III, Z. 3 GerGebNov. kommt es dagegen bei Geltendmachung eines Aktivsaldos und analog wohl auch bei Be- streitung eines Passivsaldos nur auf den Wert des Klagegegenstandes an.

f) Rechte auf **wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen**, z. B. Zinsen, Renten, Früchte: Streitwert ist bei immerwährender Dauer das Zwanzigfache, bei unbestimmter Dauer oder auf Lebenszeit das Zehnfache, bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen das Dreifache der Jahresleistung, bei bestimmter Dauer der gesamte Betrag, aber nie mehr als die zwanzigfache Jahresleistung (§ 58 I JN.). Nach § 10 RAtar. gilt für Unterhalts- und Versorgungsbeträge, die nicht auf kürzere Zeit geltend gemacht werden, der doppelte, bei Renten für Körperbeschädigungen der dreifache Jahresbetrag, bei Forderung der Erhöhung oder Verminderung des Unterhaltes die doppelte Jahresforderung, bei ein- stweiligem Unterhalt der einfache Jahresbetrag.

g) Bei Streit über das Bestehen eines **Bestandverhältnisses** ist der Zins für die gesamte streitige Zeit maßgebend (§ 58 II JN.). Das ist im Zweifel die Zeit bis zur möglichen Auflösung durch Kündigung.

h) Bei Streitigkeiten bezüglich der **Sicherstellung** einer Forderung oder eines Pfandrechtes ist der Betrag der Forderung, wenn aber der Pfandgegenstand weniger wert ist, dessen Wert maßgebend (§ 57 JN.).

i) In Ausnahmefällen wird der Streitwert vom Gesetz **individuell** bestimmt: α) Nach § 60 II JN. gilt als Wert einer grund- oder haus- zinssteuerpflichtigen Liegenschaft der Steuerschätzwert. β) Vgl. § 11 RAtar. γ) Vgl. §§ 14 III, Z. 4, 15 GerGebNov.

III. Bewertung durch den Kläger.

a) **Form.** α) Unmittelbar, wenn der Klagegegenstand in Geld besteht. β) Durch das Erbieten in der Klage, an Stelle des Klagegegenstandes eine bestimmte Geldsumme anzunehmen (wahlweise Ermächtigung). γ) Durch Stellung eines Alternativbegehrens (Wahlschuld) auf Zuerken- nung einer Geldsumme (§ 56 I JN.). δ) In allen andern Fällen hat der Kläger, wenn der Streitwert für die Zuständigkeit oder Besetzung maß- gebend ist, diesen in der Klage anzugeben (§ 56 II JN.), widrigenfalls die Klage mangelhaft ist. Das gilt insbesondere für Klagen auf persö- nliche Leistung (Duldung, Unterlassung, Willenserklärung) (§ 59 JN.).

b) **Wirkung.** Der Kläger kann seine Bewertung nur unter den Voraussetzungen einer Klageänderung ändern. Auch für das Gericht und den Gegner ist sie grundsätzlich maßgebend (§ 60 IV JN.). Ausnahmen:

α) Ist dem Gericht die klägerische Bewertung als unrichtig bekannt, so hat es nach allgemeinen Grundsätzen den ihm wenigstens innerhalb der bestimmten Wertgrenzen bekannten Streitwert zugrunde zu legen.

β) Erscheint sonst dem Senatsvorsitzenden beim Gerichtshof erster Instanz, wenn die Klage nicht auf einen Geldbetrag in österreichischer Währung geht, die Bewertung durch den Kläger, ausgenommen im Falle des § 59 JN., übermäßig hoch und ist wahrscheinlich, daß bei richtiger Bewertung die Sache nicht vor den Gerichtshof oder wenigstens nicht vor den Senat gehören würde, so hat er eine Entscheidung des Senates einzuholen (§§ 60 I JN., 230 ZPO., wclch letzterer allerdings nur den Fall der wahrscheinlichen Unzuständigkeit erwähnt). Der Senat kann nun von Amts wegen die Bewertung überprüfen und diesbezügliche Beweise aufnehmen; auch durch Parteivernehmung, die hier nicht subsidiär ist. Kann es ohne erheblichen Kostenaufwand und ohne erhebliche Verzögerung geschehen, kann er auch die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. § 60 JN. gilt aber für eine offenbare Unterwertung durch den Kläger nicht. Muß infolge der Überprüfung der Bewertung die Sache an das Bezirksgericht abgetreten werden, so hat der Kläger die Kosten des Prüfungsverfahrens zu ersetzen. Ebenso wenn es sich ergibt, daß sie bei richtiger Bewertung vor den Einzelrichter gehört. Das gleiche wie für den Senat gilt für den Einzelrichter, wenn Zuständigkeit des Bezirksgerichts wahrscheinlich ist. γ) Nach §§ 7f. RAtar. kann auch der Beklagte die klägerische Bewertung bei der ersten Streitverhandlung bemängeln, in welchem Fall das Gericht mangels Einigung der Parteien den Streitwert nach freiem Ermessen, aber innerhalb der von den Parteien behaupteten Wertziffern unanfechtbar festsetzt. δ) Das Gewerbegericht (§ 29 GewGG.), ε) das Fachgericht in Dornbirn (§ 29 FachGG.) und ζ) das Einigungsamt (§ 10 Ges. v. 18. XII. 1919, St. 16/20) sind an die Geldsumme, zu deren Annahme an Stelle der angesprochenen Sache sich der Kläger erboten oder die er als Streitwert angegeben hat, nicht gebunden. η) Ebenso wenig das Berufungsgericht im Falle des § 500 II ZPO. θ) Keine Bindung überhaupt an die klägerische Bewertung besteht arg. contr. § 60 IV JN. bezüglich der Frage, ob es sich um eine Bagatellsache handelt oder nicht. Hier kann das Gericht über Einwendung oder von Amts wegen überprüfen.

G. Prozeßkosten.

I. Begriff.

Prozeßkosten sind „alle durch die Prozeßführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten“ (§ 41 I ZPO.). Auch bei nichtigem Prozeß.

a) „Durch“ die Prozeßführung ist auch verursacht, was ihrer Vorbereitung dient: Kosten des Mahnschreibens (vgl. TP. 5 und § 26 IV RA-

Tar.), erfolgloser vorausgegangener Vergleichsverhandlungen, eines vorausgegangenen Außerstreitverfahrens oder eines Verwaltungsverfahrens, insbesondere wenn dieses vorgeschrieben war, der zweckentsprechenden Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche im Anschlußverfahren, wenn Verweisung auf den Zivilrechtsweg erfolgte, ferner der Beweissicherung (§ 388 III ZPO.); sogar Aufwendungen, die durch Überwachung der des Ehebruchs verdächtigten Gattin entstanden sind, wurden zu den Prozeßkosten gerechnet. Dagegen fälschlich nicht die Kosten der Feststellung der richtigen Adresse des Beklagten.

b) Nicht nur Kosten, die durch Prozeßhandlungen der Parteien (§ 40 I ZPO.) erwachsen sind, sondern auch des Nebenintervenienten (§ 41 I ZPO.), Ehebandsverteidigers (§ 1 Ges. v. 2. II. 1909, R. 24), von Zeugen, Sachverständigen, Dolmetschern, Parteivertretern, des Pflegers bei Teilschuldverschreibungen (§ 6 Ges. v. 24. IV. 1874, R. 49), des angeblichen Urkundenbesitzers (§ 308 ZPO.).

c) Alle Kosten, die durch die erforderlichen Handlungen des Gerichts erwachsen (arg. vom „Gerichte“ § 40 I ZPO.), so z. B. der Überweisung an das zuständige Gericht (vgl. § 60 JN., §§ 261, 474 f. ZPO.). Die Fortsetzung beim zuständigen Gericht ist derselbe Prozeß, daher besteht Kosteneinheit.

d) Nicht nur die Kosten der Rechtsmittel (§ 50 ZPO.), sondern auch der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage, wenn ihnen stattgegeben wird, also der frühere Prozeß noch nicht beendet ist.

e) Kosten von Handlungen im Anschluß an den Prozeß: Urteilszustellung.

f) Auch die Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 74 I EO.).

g) Einzelne Kosten sind: α) staatliche Gebühren, aa) so an Behörden als solche; sie können feste, Skala- oder Perzentualgebühren sein; bb) an Bundesangestellte: Reisekosten, Taggelder, Gang- und Zehrgelder; β) Parteiauslagen, γ) Vertreterkosten, δ) Beweiskosten: Reise- und Aufenthaltskosten, sowie Verdienstentgang von Zeugen, Kosten des Gutachtens von Sachverständigen u. dgl.

II. Kostenbestreitung, Kostenbelastung, Kostentragung.

Wer Kosten „zunächst“ bei Fälligkeit vorerst einmal zu entrichten hat, bestreitet sie (§ 40 I ZPO.); auf wessen Rechnung sie gehen, den trifft die Kostenbelastung. Er kann also, wenn er die Kosten beglichen hat, von niemandem Ersatz verlangen und muß von andern beglichene Kosten diesen ersetzen. Die Kosten trägt, wer sie nach Bestreitung nicht ersetzt verlangen kann (vgl. § 49 I ZPO.).

Die Kosten hat zu bestreiten, durch wessen Prozeßhandlung sie verursacht werden (§ 40 I, S. 1 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß bezüglich anderer Personen als der Partei; vgl. auch §§ 10, 118 II, 119 IV, 308 I, 332 I ZPO. u. a.). Ausnahme: § 64, Z. 1 u. 5 ZPO. Kosten gerichtlicher Handlungen, die beide Parteien gemeinschaftlich veranlassen oder das Gericht im Interesse beider vornimmt, haben beide Parteien gemeinschaftlich zu bestreiten. Sie haften als Gesamtschuldner.

Kosten, die ohne Prozeßbeginn bestritten wurden, z. B. Mahnkosten, trägt der Bestreitende, wenn kein Prozeß nachfolgt, nicht endgültig (strittig): Er kann Ersatz nach § 912 abGB. verlangen.

Zweck der Kostenbelastung ist, unnötige Prozesse zu verhindern; ihre mißliche Folge, daß oft die Höhe der Kosten vor gerechter Rechtsverfolgung abschreckt. Die Kosten sind zu tragen, soweit kein Kostenersatzanspruch gegeben ist.

III. Kostenersatzpflicht.

Sie besteht heute nicht mehr nur bei Verschulden. Es gilt grundsätzlich Erfolgshaftung, d. h.: die vollständig unterliegende Partei hat dem Gegner die Kosten zu ersetzen (§ 41 I ZPO.). Entscheidend ist der Enderfolg. „Der Umstand, daß eine Partei Sprüche der unteren Instanzen für sich hat, ist für die Frage des Kostenersatzes nicht maßgebend“ (§ 50 S. 2 ZPO.). Die Kostenentscheidung erfolgt so, als ob die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz von der ersten Instanz rechtskräftig gefällt worden wäre. Hat also z. B. von den begehrten 1000 S die erste Instanz 800, die höchste bloß 600 S zugesprochen, so trägt der Beklagte sechs Zehntel der gesamten Kosten.

Ausnahmen von der Erfolgshaftung: a) Der Beklagte, der die Klage nicht veranlaßt und den Anspruch sofort bei der ersten Tagsatzung anerkannt hat, ist nicht Kostenersatzpflichtig und kann die von ihm bestrittenen Kosten vom Kläger ersetzt verlangen (§ 45 ZPO.). Daß der Beklagte die Klage nicht verschuldet habe, genügt nicht. Die Begünstigung genießt nur der leistungsbereite Beklagte. Anerkenntnis nach der ersten Tagsatzung reicht nicht aus. Bei Zahlung nach — veranlaßter — Klage wird diese zwar abgewiesen, doch belasten die bis zum Zeitpunkt der Zahlung aufgelaufenen Kosten den Beklagten; ebenso, aber einschließlich der Klageeinschränkungskosten, wenn in diesem Falle die Klage auf die Kosten eingeschränkt wird. Ausnahme: Anerkennung bzw. Zahlung bei späterer Fälligkeit oder sofort nach der Klageänderung. Den Kläger belasten auch die Kosten, wenn sein Vertreter in Unkenntnis der inzwischen erfolgten Zahlung geklagt hat oder wenn er trotz erfolgter Zahlung die Klage nicht auf die Kosten einschränkt. Hat dagegen der Beklagte zwar die Klage nicht veranlaßt, war er aber dann, z. B. aus Ärger über die unnötige Klage, nicht erfüllungsbereit, so hat er nach Stattgebung der Klage alle Kosten zu ersetzen.

b) Wird das aus Verschulden einer Partei trotz vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes eingeleitete oder durchgeführte Verfahren aufgehoben oder für nichtig erklärt oder liegt der Grund der Aufhebung im Verschulden einer Partei, so kann diese vom Gerichte auf Antrag oder von Amts wegen mit den Kosten belastet werden (§ 51 I ZPO.). Das gilt nicht, wenn bloß die Entscheidung aufgehoben oder abgeändert wird; so insbesondere nach §§ 475f. ZPO.

c) Beruht die Nichtbeachtung des vorhandenen Aufhebungs- oder Nichtigkeitsgrundes oder die Aufhebung des Verfahrens auf offenbar grobem Verschulden des Gerichtes, so kann dieses mit den Kosten

belastet werden (§ 51 II ZPO.). Das kann geschehen α) durch das Rechtsmittelgericht; β) durch die der Ablehnung eines Richters stattgebende Stelle, die, auch wenn sie ein höheres Gericht ist, nicht Rechtsmittelgericht ist; γ) durch den Senat oder δ) Einzelrichter, wenn es sich um den beauftragten Richter handelt. Grobes Verschulden eines Organs der Geschäftsstelle reicht nicht aus; ebensowenig — zum Unterschied vom § 51 I ZPO. — leichtes Versehen. Die Kostenbelastung des „Gerichtes“ trifft den einzelnen Richter, aber nur diejenigen Senatsmitglieder, die laut Beratungsprotokoll (Abstimmungsvermerk) für die betreffende Entscheidung gestimmt haben. Vorausgehende Einvernehmung der Schuldtragenden ist nicht erforderlich.

d) Kosten, die ein Vertreter — auch die Finanzprokuratur (Art. XXXII EGZPO.) — durch grobes Verschulden verursacht hat, können ihm auferlegt werden; insbesondere Mehrkosten durch „überflüssige Weitläufigkeiten“ oder unsachliche Anführungen in Schriftsätzen, z. B. (§ 78 II ZPO.) Rechtsausführungen oder Räsonnements in vorbereitenden Schriftsätzen (§ 49 I, II ZPO.). Dies auch dann, wenn der Schriftsatz auf ausdrückliches Verlangen der Partei überreicht wurde. Das gleiche gilt, wenn ein Vertreter durch sein schuldhaftes Verhalten eine Tagsatzung vereitelt und ihre Erstreckung verursacht (§ 200 II ZPO.).

e) Konnte eine Partei tatsächliche Behauptungen oder Beweismittel früher anbringen und wird durch die Zulassung späteren Anbringens die Prozeßerledigung verzögert, so kann das Gericht die Partei mit den Prozeßkosten ganz oder teilweise belasten (§ 44 I ZPO.). Hier ist Verschuldenshaftung gegeben (arg. „imstande war“). Das Verschulden kann auch darin liegen, daß die Partei schuldhaft von den Umständen nicht früher Kenntnis erlangte. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes belasten die Partei in diesem Falle nicht nur die durch ihr Verhalten verursachten Mehrkosten. Es handelt sich um eine Kostenstrafe.

f) Aber auch wenn die Partei durch ihr schuldhaft verspätetes Vorbringen die Prozeßerledigung nicht verzögert, dem Gegner jedoch Kosten verursacht, kann das Gericht sie mit diesen Kosten — also hier nicht mit den sonstigen Kosten — belasten (§ 48 I ZPO.); z. B. den Kläger, der zu der von ihm nach § 398 ZPO. verlangten Tagsatzung schuldhaft nicht erschienen ist.

g) Das gleiche gilt, wenn die Kosten durch verschuldeten Zwischenfall oder

h) durch einen der betreffenden Partei widerfahrenen Zufall — z. B. schuldlose Erkrankung — verursacht wurden (§ 48 I ZPO.). Das gilt auch von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, z. B. der Unzuständigkeitseinrede: Wird diese abgewiesen, obsiegt aber der Beklagte aus andern Gründen, so kann er doch mit den durch die Einrede verursachten Kosten belastet werden.

Zwingend vorgeschrieben ist die Kostenbelastung aus solchen Ursachen in §§ 142, 154, 200 ZPO.

In allen diesen Fällen ist die Kostenbelastung vom Prozeßausgang unabhängig.

i) Ebenso bezüglich der untergerichtlichen Kosten, wenn das Rechtsmittelgericht die Entscheidung nur auf Grund neuen Prozeßstoffs ändert oder aufhebt.

j) Die Kosten des eine Entscheidung bloß teilweise anfechtenden Rechtsmittels belasten die Parteien nach seinem Erfolg.

Den Zeugen (§§ 326 II, 333 ZPO.) oder Sachverständigen (§ 354 I ZPO.), der unentschuldig seiner Pflicht nicht nachkommt, belasten die dadurch verursachten Kosten.

IV. Kostensonderung.

Kostenseparation liegt überall dort vor, wo ein bestimmter Kostenteil eine Partei ohne Rücksicht auf den Prozeßerfolg belastet. Solche von ihr bestrittenen Kosten sind nichterstattbare Kosten. Die Kostensonderung ist bald obligatorisch — vgl. §§ 45, 142 I, 154 ZPO. —, bald dem Ermessen des Richters überlassen — vgl. §§ 44, 48f., 51 I ZPO.

Geteilte Kostensonderung: Die Kosten einer durch Nichterscheinen beider Parteien vereitelten Tagsatzung belasten beide zur Hälfte (§ 142 III ZPO.).

V. Gegenseitige Kostenaufhebung und Kostenteilung.

Kostenaufhebung bedeutet Fehlen jeder Kostenersatzpflicht. Der Bestreitende trägt auch seine Kosten. Es sind nicht etwa die erwachsenen Kosten unter beide Parteien zu gleichen Teilen aufzuteilen; das wäre ein Fall der Kostenteilung. Fälle der Kostenaufhebung:

a) obligatorische: α) Mangels abweichender Vereinbarung die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs (§ 47 I, S. 1 ZPO.); β) ebenso die Kosten des verglichenen Prozesses, soweit sie nicht einer Partei rechtskräftig auferlegt worden sind (§ 47 I, S. 2 ZPO.); γ) bei Aufhebung oder Nichtigklärung eines Verfahrens ohne Verschulden einer Partei oder grobes Verschulden des Gerichtes (§ 51 III ZPO.); δ) ebenso, wenn beide Parteien ein Verschulden trifft.

b) Nach Ermessen des Richters, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so insbesondere wenn ein Rechtsmittel teilweise Erfolg hat.

In diesem Fall kann das Gericht grundsätzlich auf Kostenaufhebung oder Kostenteilung erkennen. Letzterenfalls kann der zu ersetzende Teil ziffernmäßig oder im Verhältnis zum Ganzen bestimmt werden (§ 43 I ZPO.). Hat der Kläger zwei Drittel seines Anspruches durchgesetzt und an Kosten 300 S bestritten, während die Kosten des Beklagten 240 S betragen, so trägt ersterer ein Drittel, letzterer zwei Drittel der gesamten Kosten von 540 S, der Kläger somit 180 S; daher muß ihm der Beklagte noch 120 S ersetzen.

Zahlt der Beklagte nach erhobener Klage einen Teil, so gilt er (Ausnahme § 45 ZPO.) als mit diesem Teil unterlegen, wenn der Kläger mit dem Restanspruch abgewiesen wird. Nimmt der Kläger seine Klage teilweise zurück, so wird er nur für diesen Teil kostenpflichtig, wenn er sonst obsiegt. Auch bei Teilanerkennnis sind die Kosten zu teilen.

Von dem Grundsatz der Kostenteilung gibt es folgende Ausnahmen: 1. Ist eine Partei — allenfalls auch der Beklagte, z. B. bei Geltendmachung eines Aufrechnungsanspruches — nur mit einem verhältnismäßig geringfügigen Anspruchsteil, dessen Geltendmachung überdies keine besonderen Kosten veranlaßt hat, unterlegen oder 2. der geforderte Betrag von der Feststellung durch richterliches Ermessen, 3. von der Ermittlung durch Sachverständige oder 4. von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig, so kann das Gericht die andere Partei mit den gesamten Kosten belasten (§ 43 II ZPO.). Dies auch dann, wenn von den Einwendungen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit nur einer stattgegeben wird.

VI. Umfang des Kostenersatzes.

Ersetzt werden nur die „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten“ (§ 41 I, S. 1 ZPO.), somit:

a) Grundsätzlich nie mehr als wirklich aufgewendet wurde; ausgenommen (§ 41 II ZPO.) bei Kostenersatz nach dem RATAr. Hier kann der Vertreter den tarifmäßigen Kostenersatz auch verlangen, wenn er tatsächlich weniger ausgelegt hat (§ 2 I Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305); so z. B. Fahrtkosten nach Tarifpost 10, auch wenn ihn ein Freund unentgeltlich in seinem Wagen mitgenommen hat (vgl. § 4 II l. c., der für einen Notar nicht gilt). Da aber durch den RATAr. freie Vereinbarung nicht ausgeschlossen ist (§ 2 II l. c., § 2 I RATAr.), so sind keine Vertreterkosten zu ersetzen, wenn der Rechtsanwalt die Vertretung unentgeltlich übernommen hat.

b) Nur was zweckentsprechend und daher nötig war. Das Gericht stellt das „nach seinem, von sorgfältiger Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen“ fest (§ 41 I, S. 2 ZPO.). Ob etwas notwendig und zweckentsprechend aufgewendet wurde, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Aufwendung, mag der Erfolg auch später ausgeblieben sein; das gilt insbesondere von den Kosten eines Rechtsmittels. Doch genügt es andererseits, wenn sich die Aufwendung erst nachträglich als zweckentsprechend erweist; z. B. der Richter lehnt einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens ab, weil er einen Augenschein anordnet; die Partei besorgt dennoch auf eigene Kosten das Gutachten, während der Gegenstand des Augenscheins vor Vornahme desselben zugrunde geht. Die Zuziehung eines Rechtsanwaltes ist im Anwaltsprozeß stets zweckentsprechend und nötig, kann es aber auch außerhalb desselben sein. Auch die Frage, ob „die Zuziehung eines nicht am Sitze des Prozeßgerichtes oder des ersuchten Richters wohnenden Rechtsanwaltes“ oder mehrerer Rechtsanwälte für dieselbe Partei zweckentsprechend und nötig war, entscheidet das Gericht nach Ermessen (§ 41 III ZPO.). Doch sind Kosten mehrerer gleichzeitig zugezogener Rechtsanwälte insoweit zu ersetzen, als sie die Kosten eines Rechtsanwaltes nicht übersteigen. Der Wechsel des Rechtsanwaltes ist z. B. notwendig, wenn der zunächst beigezogene gestorben ist oder die Vertretungsbefugnis verliert oder das Gericht diesen Wechsel anordnet (vgl. §§ 185 II, 200 II ZPO.).

Eine Vergütung für persönliche Bemühungen kann die Partei nicht

unter dem Titel Kostenersatz verlangen, weil hier keine Kosten bestritten wurden. Wenn das § 42 I, S. 1 ZPO. ausdrücklich anordnet, so hat das die Bedeutung, daß auch Notare als Partei (§ 28 ZPO.) keinen Anspruch auf eine solche Vergütung haben. Eine Ausnahme gilt in diesem Falle für Rechtsanwälte nach § 4 II Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305. Reiseauslagen der Partei aber sind Kosten und daher zu ersetzen, wenn ihr persönliches Erscheinen vor Gericht notwendig war „und insbesondere, wenn die Partei in dem Verfahren vor Bezirksgerichten ohne einen Bevollmächtigten erscheint“ (§ 42 I, S. 2 ZPO.).

Kraft besonderer Vorschrift (§ 42 II ZPO.) kann eine durch Bevollmächtigte, die nicht dem Rechtsanwalts- oder Notariatsstande angehören — ausgenommen die Finanzprokurator oder deren Vertreter —, vertretene Partei, als Kostenersatz nur staatliche Gebühren und Barauslagen verlangen.

Nicht zum Kostenersatz gehört der Ersatz von Schäden, wie er z. B. in §§ 38, 42 I, S. 2, 69 II, 326 II, 333 III, 354 III, 408, 584 II ZPO. zugesprochen ist.

VII. Kostenschuldner

ist a) regelmäßig die sachfällige Partei, also wer den Prozeß verliert: α) der Kläger, wenn die Klage zurückgewiesen, β) abgewiesen oder γ) zurückgenommen wird; δ) der Beklagte, wenn der Klage stattgegeben wird; ϵ) jede Partei bezüglich der sie belastenden separierten Kosten; ζ) bezüglich der Kosten eines Rechtsmittels derjenige, der es zurückgenommen hat (§ 484 II, 513 ZPO.); b) der Kläger im Falle des § 45 ZPO.; c) der vollmachtlose Vertreter nach § 38 ZPO.; d) der Bevollmächtigte im Falle der §§ 31 IV, 49 ZPO.; vgl. auch § 200 II ZPO.; e) der Armenanwalt, insoweit ihm gegenüber nach § 70 II ZPO. Aufrechnung möglich ist; f) der Zeuge im Falle der §§ 326 II, 333, 336 III ZPO.; g) der Sachverständige im Falle des § 354 ZPO.; h) der schuldige Richter im Falle des § 51 II ZPO.; sonst aber besteht arg. sil. keine Kostenersatzpflicht eines Richters oder des Bundes; daher auch nicht, wenn der Rekurs gegen eine Strafe oder strafweise Kostenauflegung Erfolg hat: Die Rekurskosten trägt dennoch der Rekurswerber. Es wäre nur allenfalls Syndikatsklage möglich.

Kostenschuldner ist nicht a) der Nebenintervenient als solcher (Umkehrschluß aus § 41 I ZPO.). Anders α) wenn er an Stelle der Hauptpartei als Partei eintritt (§ 19 II ZPO.) oder β) die Stellung eines Streitgenossen hat (§ 20 ZPO.); daher auch in besonderen Fällen, wie z. B. der Art. 194 f., 226 HGB., § 25 GenGes., § 42 GmbHGes., und § 310 EO. (arg. „auf seine Kosten“); γ) im Streit über die Zulassung des Intervenienten (§ 18 II ZPO.) ist er in parteiähnlicher Stellung, daher, wenn sachfällig, kostenpflichtig. b) Der Vertreter als solcher, ausgenommen die oben erwähnten Fälle der §§ 31 IV, 49, 70 II, 200 II ZPO., also auch weder der Vormund noch der Pfleger; daher auch nicht c) der Verteidiger der ehelichen Geburt (strittig) — ausgenommen bei Klage des Kindes selbst — und d) der Ehebandsverteidiger.

Mehrere Kostenschuldner (§ 46 ZPO.) haften grundsätzlich nach Kopfteilen; so insbesondere mehrere Streitgenossen. Ausnahmen: a) bei erheblicher Verschiedenheit der Beteiligung: nach Verhältnis dieser; b) bei materiellrechtlicher Solidarhaftung in der Hauptsache: solidarisch; c) ebenso wenn mehrere nach § 51 ZPO. haften, da sich hier die Anteile nicht bestimmen lassen (§ 1302 abGB.). Die Solidarhaftung muß in der gerichtlichen Entscheidung ausdrücklich auferlegt werden; sonst besteht nur Teilhaftung. d) Für Kosten besonderer Prozeßhandlungen eines Einzelnen haftet dieser. So z. B. für besondere Kosten, die durch — unbegründete — Einwendungen eines Streitgenossen entstanden sind.

Die Aufteilung der Kosten im Innenverhältnis zwischen den mehreren Kostenschuldnern bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.

VIII. Kostengläubiger

ist a) regelmäßig die siegende Partei, also der Gegner des Sachfälligen; b) der Beklagte im Falle des § 45 ZPO.; c) beide Parteien in den Fällen der §§ 38, 49, 51 II, 200 II, 326 II, 333, 336 III, 354 ZPO.; d) der Nebenintervenient (§ 41 I ZPO.); er kann den Kostenanspruch auch gegen seine Hauptpartei haben, und zwar im Falle des § 44 und wohl auch des § 48 ZPO.; e) der Ehebandsverteidiger (§ 1 Ges. v. 2. II. 1909, R. 24); f) der angebliche Urkundenbesitzer nach § 308 ZPO.

Mehrere Kostengläubiger, z. B. auch Partei und Nebenintervenient, können die von jedem von ihnen einzeln bestrittenen Kosten im Ausmaße der Bestreitung fordern.

IX. Inhalt des Kostenersatzanspruches.

Er geht immer auf Geld und entsteht erst mit der gerichtlichen Entscheidung, die also rechtsgestaltend ist. Erfüllungsort ist der Wohnsitz des Schuldners.

X. Geltendmachung.

a) Regelmäßig durch Antrag. Die antragende Partei muß bei sonstigem Anspruchsverlust das Kostenverzeichnis samt den zur Bescheinigung dienenden Belegen vor Schluß der der Entscheidung über die Kosten unmittelbar vorangehenden Verhandlung, wenn die Entscheidung aber ohne vorhergehende Verhandlung erfolgen soll, bei ihrer Einvernehmung oder gleichzeitig mit dem Antrage, über den entschieden werden soll, dem Gerichte, u. zw. dem Richter (Vorsitzenden) (§ 101 II GeO.) übergeben (§ 54 ZPO.).

Ausnahmen: α) § 334 und β) § 354 ZPO. (acht Tage nach Rechtskraft); γ) wenn das Rechtsmittelgericht die Sache an die erste Instanz zurückverweist; das Kostenverzeichnis kann dann immer noch bis zum gleichen Zeitpunkt im fortgesetzten Verfahren eingebracht werden. δ) Entsprechendes gilt, wenn die Verhandlung nach § 194 ZPO. wieder eröffnet wird.

Das Kostenverzeichnis muß zur Wahrung des Anspruches auch bei Kostenaufhebung eingebracht werden. Denn auch hier findet eine Entscheidung über den Kostenersatz statt (vgl. § 53 I ZPO.).

b) Die bloße Vorlegung des Kostenverzeichnisses ohne ausdrücklichen Antrag genügt aber auch (§ 52 III ZPO.). Die Präklusivfrist gilt in beiden Fällen nur für die Partei, nicht für andere Kostengläubiger. Bei Klagerücknahme vor Beginn der ersten Tagsatzung gilt die Befristung nicht. Daß das Kostenverzeichnis versehentlich nicht vollständig ist, schadet nichts.

Strittig ist, ob der Kostenersatzanspruch auch mit besonderer Klage verfolgt werden kann. Nun bestimmt allerdings § 40 II ZPO., daß die ZPO. und insbesondere ihr 5. Titel allein bestimme, „inwiefern den Parteien ein Anspruch auf Ersatz der von ihnen bestrittenen Kosten zusteht“. Doch bezieht sich das, wie der Wortlaut ergibt, auf die Frage, ob und in welcher Höhe ein Kostenersatzanspruch besteht. Die Frage der Geltendmachung ist dadurch ebensowenig entschieden, wie durch die Bestimmung des § 52 I ZPO., daß das Gericht in Endentscheidungen der betreffenden Instanz über die Kostenersatzpflicht zu entscheiden habe. Die allgemeine Bestimmung des § 1295 abGB., wonach man für jeden verschuldeten Schaden haftet, ist dadurch ebensowenig außer Kraft gesetzt, wie sonstige Bestimmungen des Schadenersatzrechtes. Somit ist zwar der Kostenersatzanspruch nach den Bestimmungen der ZPO. und nur nach diesen geltend zu machen; doch schließt das die Geltendmachung eines die Prozeßkosten oder auch allenfalls im Prozeß nicht zugesprochene Mehrkosten (strittig) betreffenden Schadenersatzanspruches mit besonderer Klage nicht aus. Dies insbesondere, wenn der ganze Prozeß durch Verschulden einer Partei oder eines Dritten verursacht worden ist.

XI. Die Kostenentscheidung.

„In jedem Urteile und in den Beschlüssen, welche eine Streitsache für die Instanz vollständig erledigen, ist auch über die Verpflichtung zum Kostenersatze zu entscheiden“ (§ 52 I, S. 1 ZPO.). Solche Beschlüsse sind z. B. die Nichtigklärung des Verfahrens nach § 42 JN. oder § 7 ZPO., die Zurückweisung der Klage, der Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren (§ 459 ZPO.), der Zahlungsauftrag (§§ 550, 557 ZPO.) u. a. In andern Beschlüssen kann eine solche Entscheidung nur getroffen werden, inso weit es sich um separierte Kosten handelt. Bei Teil- und Zwischenurteilen kann über die Kosten entschieden werden; fehlen noch die Voraussetzungen, so ist die Entscheidung einem weiteren Urteile vorzubehalten (§§ 52 II, 393 IV ZPO.). Schränkt der Kläger das Klagebegehren auf die Kosten ein, so wird mit Urteil (Verzichturteil) entschieden, weil das nicht einmal Klageänderung ist (§ 235 IV ZPO.). Das Urteil ergeht nur über die Kosten. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht des Vertreters nach § 49 ZPO. erfolgt, wenn sie nicht in das Urteil in der Hauptsache aufgenommen wird, durch Beschluß nach Anhörung des Vertreters (§ 49 III ZPO.).

Die Kostenentscheidung hat den Betrag der zu ersetzenden Kosten zu enthalten. Ausnahme: Gegenseitige Kostenaufhebung (§ 53 I ZPO.). Wird ein Urteil oder ein zu Kostenersatz verpflichtender Beschluß mündlich verkündet, und ist die Entscheidung schriftlich auszufertigen, so kann die Festsetzung des Kostenbetrages der Ausfertigung vorbehalten werden (§ 53 II ZPO.).

XII. Rechtsmittel.

a) Wird auch der Ausspruch über die Hauptsache angefochten, so kann die Kostenentscheidung nur mit demselben Rechtsmittel unter einem angefochten werden. b) Wird nur die Kostenentscheidung angefochten, so geschieht dies stets mit Rekurs, also auch dann, wenn der Kostenausspruch in einem Urteil erfolgt ist (§ 55 ZPO.) und die Anfechtung aus Gründen geschieht, die sich auf die Hauptsache beziehen. Eine Berufung müßte in diesem Fall als Rekurs behandelt werden (§ 84 II ZPO.). Der Rekurs gegen Kostenentscheidungen der zweiten Instanz ist unzulässig und schon vom Gericht erster Instanz zurückzuweisen (§ 528 I ZPO.), mag es sich auch nur um die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens handeln. Nur Anfechtung des Kostenspruchs im Berufungsurteil mit der auch in der Hauptsache erhobenen Revision ist zulässig. In Bagatellsachen ist Rekurs gegen den Kostenbeschluß überhaupt ausgeschlossen (arg. §§ 501, 517 ZPO. mit Art. III, Z. 5 der 7. GEN., wodurch die Anfechtbarkeit des Kostenbeschlusses in Bagatellsachen aufgehoben wurde, und arg. contr. § 28 I GewGG). Die Kostenentscheidung kann bei Vorliegen der Voraussetzungen auch mit Nichtigkeitsklage angefochten werden; mit Wiederaufnahmsklage nur, insoweit das Urteil, das sie enthält, angefochten werden kann.

H. Sicherheitsleistung.

I. Zweck

jeder Sicherheitsleistung ist, vorzubeugen, daß ein künftig Leistungspflichtiger zur Zeit, wo er leisten soll, nicht imstande sei, zu leisten.

II. Fälle.

Sicherheit ist nur dort zu leisten, wo das Gesetz es anordnet. So gemäß §§ 38, 57 ff., 407, 458 ZPO.; vgl. auch §§ 42 III, 48 IV, GmbH Ges.; § 6 IV Ges. v. 29. VII. 1924, B. 284.

III. Art

der Sicherheitsleistung (§ 56 ZPO). Vorerst kommt es auf die Parteivereinbarung an. Mangels solcher hat Sicherheitsleistung durch gerichtlichen Erlag von Bargeld oder inländischen mündelsicheren Wertpapieren und nur in Ermangelung dieser von andern inländischen, an einer Börse notierten Wertpapieren zu erfolgen, die nach richterlichem Ermessen genügende

Deckung bieten. „Die Wertpapiere dürfen nicht außer Kurs gesetzt und müssen mit den laufenden Zins- oder Gewinnanteilscheinen und Talons versehen sein. Sie sind nach dem Kurse des Erlagstages zu berechnen.“ Auch Einlagebücher einer inländischen Spar- oder Vorschußkasse sind zulässig. Können solche Wertpapiere vom Verpflichteten nicht oder nur schwer beschafft werden, — und nur dann —, ist Sicherheitsleistung durch eine Hypothek an einem inländischen Grundstück oder durch zahlungsfähige Bürgen mit inländischem allgemeinen Gerichtsstand zulässig. Die Hypothek muß die gesetzliche Sicherheit nach § 1374 abGB. bieten. Zum Unterschied von §§ 1373f. abGB. ist aber nach der ZPO. a) die Sicherheitsleistung durch Bürgen gegenüber der durch Hypothek keine subsidiäre; b) andererseits genügt inländischer allgemeiner Gerichtsstand des Bürgen, wenn auch in einem anderen Bundesland; ein besonderer Gerichtsstand reicht aber nicht aus; c) es müssen wenigstens zwei Bürgen sein; d) „angemessenes Vermögen“ (§ 1374 abGB.) reicht bei Zahlungsunfähigkeit des Bürgen, z. B. mangels Flüssigkeit der Zahlungsmittel, nicht hin, ist aber bei Zahlungsfähigkeit — z. B. auf Grund entsprechenden Einkommens — nicht erforderlich.

Mit dem gerichtlichen Erlag erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem erlegten Gegenstand (§ 56 III ZPO.).

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung als solcher ist niemals vollstreckbar. Es wird einfach das an die Sicherheitsleistung geknüpfte Recht nicht erworben. Nur der Beschluß auf Ergänzung der unzulänglich gewordenen Sicherheit nach § 62 II ZPO. ist vollstreckbar.

IV. Sicherheitsleistung für Prozeßkosten (Aktorische Kautio).

a) **Schuldner** (§ 57 ZPO.). Verpflichtet sind nur Ausländer, d. i. wer nicht österreichischer Bundesbürger ist (Art. XXIX EGZPO.), somit auch Staatenlose. Der Wohnsitz ist gleichgültig. Verpflichtet ist also ein dauernd im Inland wohnender Ausländer, nicht verpflichtet ein dauernd im Ausland wohnender Österreicher. Bei juristischen Personen ist der Sitz maßgebend.

Ausnahmen von der Sicherheitsleistungspflicht:

α) **Persönliche**: 1. Kraft besonderer Staatsverträge (§ 57 I ZPO.); so vor allem des Haager Prozeßübereinkommens v. 17. VII. 1905, R. 60/09, aufrechterhalten durch Art. 238 des Staatsvertrages von St. Germain; dazu §§ 29ff. Rechtshilfeerlaß v. 30. IV. 1924 JABl. 14 mit zahlreichen Nachträgen. Im Verhältnis zum Deutschen Reiche vgl. Art. 2 des Staatsvertrages v. 21. VI. 1923, B. 138/24. 2. Bei formeller Gegenseitigkeit (§ 57 II Z. 1 ZPO.), mag diese auf Gesetz oder (arg. „Verhalten“, § 57 III, ZPO.) bloßer Übung oder darauf beruhen, daß der betreffende ausländische Staat die Einrichtung der aktorischen Kautio überhaupt nicht kennt. Im Zweifel über diese Umstände ist die — bindende — Erklärung des Bundesministers für Justiz einzuholen (§ 57 III ZPO.). 3. Wenn der Kläger in Österreich ein zur Deckung der Prozeßkosten hinreichendes unbewegliches Vermögen oder solche Hypotheken besitzt

(§ 57 II, Z. 2 ZPO.). 4. Wenn der Kläger das Armenrecht genießt (§ 64, Z. 2 ZPO.).

β) Sachliche: 1. In Ehestreitigkeiten (§ 57 II, Z. 3 ZPO.), 2. im Mandats- und 3. Wechselverfahren (§ 57 II, Z. 4 ZPO.), 4. in Prozessen über scheckrechtliche Regreßansprüche (§ 24 ScheckGes. v. 3. IV. 1906, R. 84), 5. bei Widerklagen und 6. bei Klagen auf Grund öffentlicher gerichtlicher Aufforderung (§ 57 II, Z. 4 ZPO.), z. B. nach §§ 118ff. GBG., §§ 38, 41, 46f. Allg. G. A. G. v. 19. XII. 1929, B. 2/30, §§ 128, 139 AP. Wenn auch die Aufforderung hier nicht unmittelbar zur Klage, sondern bloß zur Anmeldung des Anspruches erfolgt, so wird da doch im gegebenen Falle die Klage als mittelbare Folge, also „infolge“ der Aufforderung erhoben. 7. Bei Klagen aus Ratengeschäften (§ 7 II Ges. v. 27. IV. 1896, R. 70). 8. Nach Art. 55 § 4 IÜ. über den Eisenbahnpersonen- und -gepäckverkehr und 9. über den Eisenbahnfrachtverkehr, beide v. 23. XI. 1924, B. 48/28.

Wird ein österreichischer Kläger während des Rechtsstreits Ausländer oder fällt der Grund für eine persönliche Ausnahme des ausländischen Klägers fort, so kann der Beklagte Sicherheitsleistung verlangen, wenn nicht „ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruches unbestritten ist“ (§ 58 ZPO.). Gemeint ist natürlich „zur Deckung der Prozeßkosten“. Ein persönlicher Ausnahmegrund fällt z. B. weg, wenn der Kläger sein einziges österreichisches Grundstück, auf Grund dessen er befreit war, verkauft. Eine sachliche Ausnahme kann nicht wegfallen. Daß der Beklagte von der Rechtslage, wonach der Kläger sicherheitspflichtig war, bloß erst später erfährt, ist ohne Bedeutung. Tritt umgekehrt ein persönlicher Befreiungsgrund erst während des Rechtsstreites ein, so erlischt auch die rechtskräftig ausgesprochene Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung. Sinngemäß besteht dann auch ein Anspruch auf Ausfolgung der bereits erlegten Kautions (strittig). Der Nebenintervenient ist nur insoweit sicherheitsleistungspflichtig, als er kostenpflichtig werden kann.

Nach §§ 42 III, 48 IV GmbHGes. kann bei Klagen auf Nichtigklärung eines Gesellschafterbeschlusses und Schadenersatz gegen Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 10, 25, 27 und 33 l. c. der Beklagte auch vom inländischen Kläger Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden verlangen, die das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt. Vgl. auch § 6 IV Ges. v. 29. VII. 1924 B. 284.

b) **Geltendmachung.** Der Beklagte muß einen Antrag stellen, u. zw. regelmäßig bei sonstigem Ausschluß in der ersten Tagsatzung und vor Einlassung in die Hauptsache (§ 59 I ZPO.). Nur wenn die Voraussetzungen für die Sicherheitsleistungspflicht erst während des Rechtsstreites eintreten (§ 58 ZPO.), kann der Antrag bis zum Abschluß der Entscheidungsgrundlagen gestellt werden und gegebenenfalls auch noch bei der Rechtsmittelinstanz (vgl. § 60 III ZPO.). Der Antrag hat stets die Höhe der Sicherheitssumme anzugeben. Auch der gewöhnliche Nebenintervenient kann ihn stellen (§ 19 I ZPO.). Bis zur Entscheidung über den Antrag ist der Beklagte zur Verfahrensfortsetzung

in der Hauptsache nicht verpflichtet (§ 61 I ZPO.). Das Wort „Hauptsache“ steht hier im Gegensatz zum Verfahren über den Antrag. Der Beklagte muß aber etwaige Prozeßeinreden trotzdem bei der ersten Tagsatzung anmelden, weil er sie, die unbedingt bei der ersten Tagsatzung anzumelden sind (§ 239 II ZPO.), sonst nicht mehr geltend machen könnte. Denn eine Erstreckung der ersten Tagsatzung infolge des Antrages auf Sicherheitsleistung ist arg. contr. § 242 ZPO. nicht vorgesehen. Auch tritt arg. contr. „stattzufinden hat“ (§ 167 ZPO.) keine Unterbrechung des Verfahrens ein. Der Beklagte kann sich ja auch in das weitere Verfahren einlassen und Handlungen des Gerichts, die seiner Mitwirkung nicht bedürfen, sind möglich. Auch für die übrigen Prozeßhandlungen des Beklagten sind somit die Fristen nur gehemmt, nicht unterbrochen.

c) Die **Entscheidung** über den Antrag erfolgt durch Beschluß. Zuständig ist der Richter, vor dem die erste Tagsatzung stattfindet, bei Geltendmachung nach § 58 ZPO. zu einer Zeit, da der Senat mit der Rechtssache befaßt ist, dieser; denn § 37 I, Z. 9 GOG. setzt den Beschluß über die Sicherheitsleistung (arg. „festgesetzten“) bereits voraus. Wird der Antrag nach § 58 ZPO. außerhalb einer Tagsatzung gestellt, so ist in Analogie zu § 239 III ZPO. bei der nächsten Tagsatzung darüber zu verhandeln, allenfalls eine besondere Tagsatzung anzuordnen. Das Ausbleiben einer Partei bei einer solchen Tagsatzung hindert die Entscheidung nicht und es gilt der Antrag des ausgebliebenen Beklagten mangels gesetzlicher Bestimmung nicht etwa als zurückgezogen. Der Beschluß kann sein:

α) **Stattgebung.** In diesem Falle muß er den Betrag der zu leistenden Sicherheit und die Leistungsfrist enthalten (§ 60 I ZPO.). Außerdem die Rechtsbelehrung, daß im Falle fruchtlosen Ablaufes der Leistungsfrist die Klage, bzw. das vom Kläger eingelegte Rechtsmittel, auf Antrag des Beklagten vom Gericht für zurückgezogen erklärt würde. Dies geschieht dann auch gegebenenfalls nach mündlicher oder schriftlicher Einvernehmung des Klägers mit Beschluß (§ 60 III ZPO.). Solange aber der Beklagte den Antrag nicht gestellt hat oder über seinen Antrag noch nicht Beschluß gefaßt wurde, steht dem Kläger die Frist zur Sicherheitsleistung noch immer offen. Hat nur der Beklagte ein Rechtsmittel eingelegt, so ist die Nichtleistung des Klägers ohne Rechtsfolgen.

„Bei Bestimmung der Höhe der Sicherheitssumme sind die Kosten, welche der Beklagte zu seiner Verteidigung wahrscheinlich aufzuwenden haben wird, nicht aber auch die durch eine etwaige Widerklage erwachsenden Kosten in Anschlag zu bringen“ (§ 60 II, S. 1 ZPO.).

Ist der Kläger nicht imstande, die Sicherheit zu leisten, so muß er innerhalb derselben Frist und unter derselben Nachteilsgefahr seine Unfähigkeit zum Erlag eidlich bekräftigen. Er muß hiezu innerhalb der offenen Frist beim Prozeßgericht derart rechtzeitig um Anberaumung einer Tagsatzung ansuchen, daß der Eid noch innerhalb dieser Frist abgelegt werden kann; doch kann die Ablegung des Eides beim Gerichte

des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes des Klägers erfolgen. Dieser Eid ist kein Offenbarungseid. Er hat nur die Angabe der Unfähigkeit zur Sicherheitsleistung, nicht Angaben über die Vermögensverhältnisse zu enthalten.

Nach geleisteter Sicherheit oder Ableistung des Eides wird das Verfahren auf Antrag einer der beiden Parteien fortgesetzt (§ 62 I ZPO.). Bessert sich die Vermögenslage nach der Eidesleistung, so kann Sicherheitsleistung verlangt werden (Ähnlichkeitsschluß aus § 62 II ZPO.).

„Ergibt sich im Laufe des Rechtsstreites, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Ergänzung derselben beantragen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruches unbestritten ist.“ (§ 62, II, S. 1 ZPO.). Der erwähnte Fall kann eintreten, wenn 1. die Verfahrenskosten größer werden als man geglaubt hatte, z. B. weil die Beweisführung umständlicher ist, oder 2. das Erlegte weniger wert wird, weil z. B. der Kurs der Wertpapiere sinkt.

Der Antrag auf Ergänzung hat gegenüber dem ersten Antrag die Besonderheiten, daß er 1. stets bei der Instanz einzubringen ist, die gerade mit der Streitsache befaßt ist, da nur sie das zur Entscheidung nötige Material besitzt, 2. keine aufschiebende Wirkung hat, 3. der stattgebende Beschluß vollstreckbar ist und 4. die Wirkung des § 60 III ZPO. nicht eintritt. Auch die Ergänzung der Sicherheit kann der Kläger durch den Unfähigkeitseid ersetzen, wenn eben durch die geleistete Sicherheit seine Mittel erschöpft sind.

Der dem Antrag auf Sicherheitsleistung oder ihrer Ergänzung stattgebende Beschluß kann, ebenso wie der Beschluß nach § 60 III ZPO., mit Rekurs angefochten werden.

β) Abweisung (§ 61 II ZPO.). Die Fortsetzung des Verfahrens kann vor Rechtskraft des Beschlusses angeordnet werden. „Gegen diese Anordnung findet ein Rekurs nicht statt“; wohl aber gegen die Abweisung selbst.

V. Kostenvorschuß.

Zur Sicherheitsleistung gehört auch der in gewissen Fällen zu leistende Kostenvorschuß (vgl. §§ 328, 332, 365, 368 ZPO.), der aber stets in Bargeld dem Gericht geleistet wird. Ein Pfandrecht am Erlag besteht hier nicht.

I. Armenrecht.

I. Voraussetzungen.

a) **Materielle** (§ 63 ZPO.): α) Eine physische Person (arg. „Unterhaltes“, § 63 ZPO.); β) als Partei oder allenfalls kostenpflichtiger Nebenintervenient; nicht aber als Zeuge oder Sachverständiger, z. B. für stempelpflichtige Eingaben (arg. „Prozeßführung“); γ) Gefahr der Beeinträchtigung des notdürftigen — nicht schon des standesgemäßen — Unterhalts für die Person selbst und ihre ihr

gegenüber unterhaltsberechtigter Familie durch die zu bestreitenden — nicht aber durch die im Unterliegensfalle zu ersetzenden — Prozeßkosten. Keinen Anspruch haben also minderjährige Kinder vermögender Eltern oder die mit einem vermögenden Ehegatten im gemeinsamen Haushalte lebende Ehefrau. Bei einem Minderjährigen ohne eigene Mittel für den notdürftigen Unterhalt kommt es auf die Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen an (§ 191 GeO.). Der Gemeinschuldner kann das Armenrecht für Prozesse, die er selbst führt, erhalten, nicht aber der Masseverwalter für Masseprozesse. δ) Die Prozeßführung darf nicht offenbar mutwillig oder ϵ) aussichtslos erscheinen. Ersteres ist sie insbesondere, wenn eine nicht das Armenrecht beanspruchende Partei bei verständiger Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Aussichten für die Eintreibung des Anspruches, den Prozeß nicht führen oder nur einen Teil des Anspruches geltend machen würde. ζ) Österreichische Bundesbürgerschaft; bei Ausländern kommt es auf Staatsverträge, sonst auf formelle Gegenseitigkeit an. Bezüglich letzterer ist im Zweifel die — bindende — Erklärung des BMfJ. einzuholen.

b) **Formelle:** α) Ein Gesuch (§ 65 ZPO.) — schriftlich oder zu Protokoll — „bei dem in erster Instanz zuständigen Prozeßgerichte“, auch wenn das Armenrecht vor Prozeßbeginn oder erst für das Rechtsmittelverfahren verlangt wird. Hat die arme Partei ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt nicht im Sprengel des Gerichtes, kann sie das Gesuch beim Bezirksgericht ihres Wohnsitzes (ständigen Aufenthaltes) zu Protokoll erklären. Es besteht — auch im Gerichtshofverfahren — kein Anwaltszwang (§ 72 III, S. 1 ZPO.). Das Gesuch hat die Rechtssache eindeutig zu bezeichnen. Beizulegen ist „ein Zeugnis über die Vermögens-, Einkommens- (Erwerbs-) und Familienverhältnisse“ (Armenrechtszeugnis). Dieses wird von der Vorstehung der Wohnsitz-(Aufenthalts-)Gemeinde ausgestellt und bedarf, außer in landesunmittelbaren Städten, der Bestätigung der politischen Bezirksbehörde. Näheres ist dem Verordnungswege überlassen. So bestimmt § 6 Vdg. v. 23. V. 1897, R. 130 in der Fassung v. 31. VII. 1933, B. 351, daß Armenrechtszeugnisse, die älter als ein halbes Jahr sind, einer Bestätigung der fortdauernden Richtigkeit durch die zuständige Behörde bedürfen. Für Pflegebefohlene kann das Armenrechtszeugnis durch eine Bestätigung der Pflugeschäftsbehörde ersetzt werden, daß der Pflegebefohlene außerstande ist, die Kosten der Prozeßführung ohne Beeinträchtigung seines notdürftigen Unterhaltes zu bestreiten.

Grundsätzlich berechtigt das Anbringen des Gesuches keine Partei „zur Verweigerung der Einlassung in den Rechtsstreit oder der Fortsetzung der Verhandlung oder zum Begehren um Erstreckung von Fristen oder Verlegung von Tagsatzungen“ (§ 73 I ZPO.). Solange das Gesuch aber noch nicht erledigt oder im Falle der Bewilligung noch kein Rechtsanwalt für die arme Partei bestellt worden ist, kann im Gerichtshofverfahren weder wegen nicht rechtzeitiger Überreichung der Klagebeantwortung noch wegen Erscheinens der beklagten armen Partei „bei der ersten zur

mündlichen Streitverhandlung bestimmten Tagsatzung ohne Rechtsanwalt“ ein Säumnisurteil gegen die arme Partei erlassen werden (§ 73 II ZPO.). Die erwähnte Tagsatzung ist aber nicht die erste Tagsatzung im technischen Sinn, da bei dieser kein Anwaltszwang besteht. Im Bezirksgerichtsverfahren kann Säumnisurteil erlassen werden, obgleich die Partei ein Gesuch um Bestellung eines Armenvertreters eingebracht hat. Auch das Ausbleiben des Armenvertreters hindert nicht die Erlassung eines Säumnisurteils.

β) Gerichtliche Bewilligung (§ 72 ZPO.). Die Entscheidung fällt das Gericht ohne mündliche Verhandlung. „Die ihm etwa notwendig erscheinenden Aufklärungen hat es von Amts wegen einzuholen.“ Die Entscheidung wird beim Gerichtshof vom Vorsitzenden oder von einem beauftragten Richter als Einzelrichter gefällt, wenn sie Bewilligung ist (§ 37, Z. 3 GOG.); sonst vom Senate, dem also der Vorsitzende, wenn er nicht bewilligen will, den Antrag vorlegen muß. Die Versagung der Bewilligung erfolgt (§ 191, Z. 5 GeO.), wenn die Rechtsverfolgung offenbar mutwillig oder aussichtslos ist (§ 63 I ZPO.) oder, wenn dem Klageanspruch des Armenrechtswerbers eine Prozeßeinrede entgegensteht. Gegen die Versagung kann Rekurs auch bei Gerichtshöfen mündlich zu Protokoll gegeben werden. Der Richter, dessen Entscheidung angefochten wird, kann aber dem Rekursbegehren selbst stattgeben (§ 522 I ZPO.), den Rekurs also als Vorstellung behandeln. Die Bewilligung ist unanfechtbar (§ 72 II ZPO.), auch wenn sie erst in zweiter Instanz ausgesprochen wurde.

II. Inhalt.

Durch die Bewilligung des Armenrechtes wird die Partei zur armen Partei (§ 63 I, S. 1 ZPO.), aber nur für den Prozeß, für den angesucht und bewilligt wurde. Die Bewilligung erstreckt sich nicht auf einen Streitgenossen; dieser müßte selbst ansuchen. Ebenso wenig auf den Rechtsnachfolger. Sie gilt aber für den ganzen Prozeß einschließlich des Rechtsmittelverfahrens und wirkt auf den Tag der Vorlegung des Armenrechtszeugnisses beim Prozeßgericht zurück (§ 64 a. E. ZPO.).

Das Armenrecht beinhaltet (§ 64 ZPO.): a) die einstweilige Befreiung von den Staatsgebühren aus Anlaß des Rechtsstreits (vgl. auch § 192 GeO.). Der Gegner aber muß seine Gebühren entrichten, wenn er nicht selbst das Armenrecht hat. Die Befreiung ist eine „einstweilige“ mit Rücksicht auf § 71 ZPO., nicht aber in dem Sinn, daß bei bloßem Erlöschen des Armenrechtes Nachzahlungspflicht bestünde. § 198 I, Z. 1 GeO. ist insoweit gesetzwidrig. Denn Art. VII der 6. GEN. hat den BMfJ. nur zur Erlassung einer Geschäftsordnung, aber nicht im Widerspruch zur ZPO. ermächtigt. Auch wenn die Partei durch den Prozeß zu Geld kommt, braucht sie die Gebühren arg. contr. § 16 IV RAO. nicht nachzuzahlen. Werden dem Gegner der armen Partei die Prozeßkosten auferlegt, so können die Kosten, von deren Bestreitung die arme Partei einstweilen befreit ist, unmittelbar beim Gegner eingehoben werden (§ 70 I ZPO.). Aufrechnung dagegen ist arg. contr. § 70 II ZPO. unzulässig.

Andererseits braucht die unterliegende arme Partei solche Kosten dem Gegner nicht zu ersetzen.

b) „Die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gebühren abgeordneter gerichtlicher Beamten . . . , der Gebühren von Vollstreckungsorganen, Zeugen und Sachverständigen, der Kosten der gerichtlichen Anfertigung von Protokolls- und Beilagenabschriften sowie von Rubriken, der Kosten der notwendigen Verlautbarungen und endlich der notwendigen baren Auslagen, welche von den durch das Prozeßgericht bestellten gesetzlichen Vertretern oder von dem der armen Partei beigegebenen Rechtsanwalte oder Vertreter gemacht wurden. Diese Gebühren und Auslagen werden vorläufig aus dem Staatsschatze geleistet“ (§ 64, Z. 5 ZPO.). Die Aufzählung ist erschöpfend. Die Prozeßkosten des Gegners also bezahlt der Bund nicht; ebensowenig die Kosten der etwaigen Haft nach § 366 EO. § 70 I ZPO. gilt auch hier. Die Worte „einstweilige Befreiung“ in § 64, Z. 5 ZPO. haben aber eine verschiedene Bedeutung, je nachdem es sich um die vom Bund bezahlten Barauslagen des Armenanwaltes oder um die andern angeführten Gebühren und Auslagen handelt. Denn erstere sind nach § 16 IV RAO., wenn die Partei aus dem Prozeß zu Zahlungsmitteln gelangt, dem Bundesschatz zu ersetzen. In diesem Falle war also die Befreiung wirklich eine „einstweilige“. Das ist wichtig α) wenn die Kosten beim Gegner uneinbringlich sind, β) bei Kostenaufhebung, γ) Kostenteilung und δ) Kostensonderung. § 16 IV RAO. ist nicht etwa durch die ZPO. aufgehoben, was sich jetzt auch aus Art. X 6 der 8. GEN. ergibt.

c) Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten; nicht von andern Sicherheitsleistungen. Diese Begünstigung ist wohl für die seltenen Fälle, in denen ein Inländer sicherheitspflichtig ist, kaum aber für Ausländer praktisch, da ja auch das Armenrecht nur bei Gegenseitigkeit verliehen wird. Die Bestimmung hätte also nur Bedeutung, wenn ein Staat die Österreicher grundsätzlich im Armenrecht, nicht aber bezüglich der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten gleichstellt.

d) Bei unbedingtem Anwaltszwang Anspruch auf Bestellung eines Rechtsanwaltes zur vorläufig unentgeltlichen Wahrung der Rechte der armen Partei.

α) Über diesen Anspruch entscheidet gleichfalls das Prozeßgericht erster Instanz, mag sich die Veranlassung zur Bestellung auch wegen eines Rechtsmittelverfahrens oder sonst erst nach Bewilligung des Armenrechtes ergeben (§ 66 I ZPO.). Diese Entscheidung erfolgt nach mündlicher Verhandlung durch den Vorsitzenden, bzw. Senat, wie bezüglich des Armenrechtes überhaupt. Gegen die Verweigerung ist Rekurs möglich, dem auch hier der Erstrichter selbst stattgeben kann (§ 522 ZPO.); nicht aber gegen die Bewilligung. Da kann nur die Rechtsanwaltskammer Aufsichtsbeschwerde erheben. Das Gericht bewilligt aber nur die Bestellung eines Rechtsanwaltes überhaupt. Die Auswahl der Person erfolgt durch den zuständigen Ausschuß der Rechtsanwaltskammer. Gegen seine Auswahl hat der bestellte Rechtsanwalt kein Rekursrecht. Verweigert

der Ausschuß die Auswahl, so ist Beschwerde an das OLG. möglich (§ 16 III RAO.).

β) Der Armenanwalt braucht keine Vollmacht der armen Partei und ist auch nicht an ihre Aufträge gebunden. Nur zur Abgabe eines Anerkenntnisses, eines Verzichtes oder zum Abschluß eines Vergleiches ist ihre Zustimmung nötig (§ 64, Z. 3 gegen § 31 I, Z. 2 ZPO.). Der Wirkungskreis des Armenanwaltes ist ferner arg. § 67 ZPO. grundsätzlich auf den Gerichtshofsprengel beschränkt, in dem er seinen Wohnsitz hat. Denn für Prozeßhandlungen mit Anwaltszwang außerhalb dieses Sprengels ist auf seinen Antrag oder auf Begehren der armen Partei vom Ausschuß der hier nach zuständigen Rechtsanwaltskammer ein dort wohnender Rechtsanwalt zu bestellen. Auch hier ist gegen die Verweigerung Beschwerde an das OLG. möglich (§16 III RAO.). Allerdings kann der Armenanwalt auch Prozeßhandlungen außerhalb des Gerichtshofsprengels vornehmen, wenn weder er noch die arme Partei den andern Vertreter verlangt. Doch werden dann die dadurch etwa entstandenen Mehrkosten nicht nach § 64, Z. 5 ZPO. vom Bund geleistet.

Wird der ganze Rechtsstreit bei einem andern Gerichte anhängig, z. B. nach § 30 JN. oder nach Prozeßüberweisung, so wirkt zwar die Bewilligung des Armenrechtes weiter, doch muß das neue Prozeßgericht nunmehr einen andern Armenanwalt bestellen, wenn der bisherige seinen Wohnsitz in einem andern Gerichtshofsprengel hat.

γ) Die Vertretung ist „vorläufig“ unentgeltlich. Sie ist es vor allem mit Rücksicht auf § 70 ZPO. Darnach können nämlich die Gebühren und Auslagen des Armenanwaltes unmittelbar beim unterlegenen Gegner der armen Partei eingehoben werden. Dieser kann nur mit Kosten aufrechnen, deren Ersatz der armen Partei im selben Rechtsstreit zu seinen Gunsten auferlegt wurden. Die arme Partei kann also über den ersiegten Kostenanspruch nicht zum Schaden des Armenanwaltes verfügen. Die „Vorläufigkeit“ ergibt sich aber auch aus § 71 ZPO., sowie aus § 16 IV RAO., wonach die Partei, die aus dem Prozeß zu Zahlungsmitteln kommt, nach Ersatz der Auslagen des Armenanwaltes an den Bund dem ersteren die Entlohnung entrichten muß. Die Begünstigung des § 70 ZPO. gilt nur für den Armenanwalt, nicht für einen Rechtsanwalt, den die arme Partei selbst bestellt hat. Der Armenanwalt darf sich von der armen Partei keine Entlohnung ausbedingen. Ein solcher Vertrag wäre nichtig. Auch der von der armen Partei etwa frei gewählte Anwalt kann von ihr eine Belohnung nur nach dem ersiegten Streitwert, bei Unterliegen also nichts verlangen (§ 16a RAO.).

δ) Die Stellung des Armenanwaltes endet 1. mit dem Armenrecht; 2. wenn der Vertreter wegen mutwilliger oder aussichtsloser Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung beim Prozeßgericht erster Instanz um seine Enthebung ansucht und das Gericht nach Anhörung der armen Partei dem Ansuchen mit Beschluß stattgibt. Gegen diesen Beschluß kann die Partei auch bei Gerichtshöfen den Rekurs mündlich zu Protokoll anbringen (Art. XXXIII EGZPO.); 3. durch Tod des Armenanwaltes; 4. Suspension; 5. Verlust seiner Rechtsanwaltseseigenschaft; 6. seiner

Prozeß- oder 7. Postulationsfähigkeit; 8. durch Bestellung eines neuen Armenanwaltes nach § 67 ZPO. Dagegen kann die arme Partei dem Armenanwalt nicht die Vollmacht kündigen, da eine solche gar nicht Voraussetzung seiner Vertreterstellung ist. Daher ist auch die sofortige Ablehnung des Armenanwaltes durch die arme Partei ohne Wirkung. § 196 II GeO., der die Wirkung nach § 36 ZPO. ausspricht, ist gesetzwidrig und daher ungültig. Ist also die arme Partei mit dem bestellten Armenanwalt unzufrieden, so kann sie nur die Bestellung eines andern Vertreters beantragen.

e) In Rechtssachen ohne unbedingten Anwaltszwang kann der arme Kläger, wenn die Klage bei einem Gericht (auch Gerichtshof) außerhalb seines Wohnsitzes (ständigen Aufenthaltes) eingebracht werden muß (Distanzprozeß), die Klage beim Bezirksgericht seines Wohnsitzes (ständigen Aufenthaltes) zu Protokoll erklären und verlangen, daß dieses dem Prozeßgericht übersendet und ihm von diesem für die mündliche Verhandlung ein Armenvertreter bestellt werde; „mit dieser Vertretung sind aktive oder in den Ruhestand versetzte Beamte der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes zu betrauen“ (§ 64, Z. 4 ZPO.). Unter letzteren Begriff fallen auch Richter, da diese zur Zeit der Erlassung dieser Bestimmung noch Beamte waren. Die Auswahl trifft der Gerichtsvorsteher, der sich auch selbst bestellen kann (§ 194 GeO.). Die Analogie für den armen Beklagten bezüglich seines Sach- und Beweisvorbringens zieht § 193 GeO. Ein gleicher Armenvertreter ist nach § 90 GOG. zu bestellen, α) wenn eine Partei gegen ein Bezirksgerichtsurteil eine Berufung erheben will, für die nach § 465 II ZPO. Anwaltszwang besteht. Ein Anwalt ist dann weiter nicht nötig. β) Das gleiche gilt entsprechend für die Berufungsmittelteilung nach § 468 II ZPO. und γ) die Einwendungen gegen einen Wechselauftrag nach § 557 ZPO., sowie δ) für Anträge oder Erklärungen außerhalb des Gerichtes des Wohnsitzes (ständigen Aufenthaltes) im Parteiprozeß. Die Rechtsstellung dieses Armenvertreters unterscheidet sich von der des Armenanwaltes: α) Er ist nur für die mündliche Verhandlung bestellt. β) Seine Vertretung ist dauernd unentgeltlich. Insbesondere gelten §§ 70f. ZPO. und § 16 RAO. nicht für ihn. γ) Ihm steht das Recht aus Art. XXXIII EGZPO. nicht zu; er könnte nur den Antrag auf Entziehung des Armenrechtes nach § 68 I ZPO. stellen.

f) Die unentgeltliche Beistellung eines Dolmetschers, wo dieser nötig ist (Analogie aus § 64 ZPO.).

III. Endigung des Armenrechtes.

a) Mit dem Rechtsstreite, für den es bewilligt wurde.

b) Erlöschen α) von selbst: wenn die arme Partei stirbt (§ 68 I, S. I ZPO.).

β) Auf Grund — rechtsgestaltenden — Gerichtsbeschlusses (auf Antrag oder von Amts wegen) 1. infolge geänderter, d. h. entsprechend gebesserter, Vermögensverhältnisse der Partei, insbesondere, wenn sie durch den Prozeß selbst zu Zahlungsmitteln kommt. Der Beschluß ist

letzterenfalls gleichzeitig mit der Endentscheidung zu fällen. 2. Weil die weitere Rechtsverfolgung (Rechtsverteidigung) offenbar mutwillig oder 3. aussichtslos erscheint (§ 68 I, S. 2 ZPO.); 4. unter den Voraussetzungen des Art. XXXIII EGZPO. im Anwaltsprozeß. In allen Fällen entscheidet das Prozeßgericht erster Instanz — also auch wenn der Grund für den Erlöschungsbeschluß erst im Rechtsmittelverfahren eintritt, aber nicht nach Verfahrensende — u. zw. ohne mündliche Verhandlung und Anwaltszwang (§ 72 I, III ZPO.). Rekurs ist zulässig und kann auch bei Gerichtshöfen mündlich zu Protokoll gegeben werden (§ 72 III, S. 2 ZPO.). § 522 ZPO. ist arg. e mai. „Entziehung“ anwendbar. Die Wirkung des Gerichtsbeschlusses tritt im Falle des Art. XXXIII EGZPO. mit der Rechtskraft des Enthebungsbeschlusses, sonst aber schon mit dem Beschluß selbst ein (arg. § 68 III, S. 1 ZPO., der sonst unnötig wäre).

In beiden Fällen des Erlöschens findet keine Rückwirkung statt. Es besteht keine Nachzahlungspflicht (Ausnahme: § 16 IV RAO.). Wird der Antrag, das Armenrecht für erloschen zu erklären, abgewiesen, so ist in Analogie von § 72 II ZPO. Rekurs ausgeschlossen.

Kein Erlöschungsgrund ist mangels gesetzlicher Bestimmung 1. der Umstand, daß die Kosten wesentlich geringer sind, als es ursprünglich schien; 2. daß die arme Partei nachträglich Bürger eines Staates wird, der keine Gegenseitigkeit beobachtet oder 3. daß der Staat der ausländischen armen Partei die bisher beobachtete Gegenseitigkeit aufgibt.

c) **Entziehung**, wenn „die bei der Bewilligung des Armenrechtes als bestehend angenommenen Voraussetzungen schon damals nicht vorhanden waren“ (§ 68 II ZPO.), z. B. die Partei gehört einem Staate ohne Gegenseitigkeit an oder ist vermögend. Auch die Entziehung erfolgt ohne mündliche Verhandlung und Anwaltszwang, u. zw. stets durch das Prozeßgericht erster Instanz (§§ 68 II, 72 I, III ZPO.), ist daher nach Verfahrensende nicht mehr möglich. Rekurs ist zulässig — auch bei Gerichtshöfen nach Wahl mündlich zu Protokoll (§ 72 III, S. 2 ZPO.) — und allenfalls als Vorstellung zu behandeln (§ 522 ZPO.). Dagegen ist der Beschluß, der die Entziehung des Armenrechtes ablehnt, in Analogie von § 72 II ZPO. unanfechtbar. Die Entziehung des Armenrechtes hat zur Folge, daß die Partei auf Antrag eines Beteiligten, also der Finanzbehörde, der Finanzprokurator, des gewesenen Armenanwaltes oder eines Organs der Justizverwaltung, die Beträge nachzuzahlen hat, von denen sie einstweilig befreit war. Nach Maßgabe ihrer Vermögensverhältnisse kann ihr auch bloß eine teilweise Nachzahlung auferlegt werden. In erster Linie kommen in diesem Falle die Barauslagen des Bundes nach § 64, Z. 5 ZPO., dann die Anwaltsgebühren und endlich die Stempel und Staatsgebühren (§ 71 I, II ZPO.). Die Entscheidung darüber ist nach Rechtskraft vollstreckbar (§ 71 III ZPO.), Rekurs also möglich. Auch hier ist aber § 70 I ZPO. anwendbar.

Erschleichung des Armenrechtes durch die Partei (Nebenintervenienten, Vertreter — §§ 5, 39 ZPO.) durch unwahre Angaben unterfällt einer Mutwillensstrafe bis 600 S., die das Prozeßgericht erster Instanz

verhängt (§ 69 I mit § 220 ZPO.), und ist außerdem eine schwere Gefällsübertretung nach § 42 V, S. 1 GerGebNov., die mit dem 5- bis 15fachen der verkürzten Gebühr zu bestrafen ist; beides unbeschadet allfälliger strafgerichtlicher Verfolgung. Beihilfe durch wissentlich unwahre Angaben oder Bestätigung im Armenrechtszeugnis macht für alle Kosten und Schäden haftbar (§ 69 II ZPO.) und zieht die gleiche Gebührenstrafe wegen Teilnahme nach sich (§ 42 V, S. 2 GerGebNov.), auch dies unbeschadet strafgerichtlicher Verfolgung.

In den Fällen b) β) 1. bis 3. und c) bleibt der Armenanwalt bis zur Rechtskraft des Beschlusses vertretungsberechtigt und -verpflichtet, soweit dies nötig ist, um die arme Partei vor Rechtsnachteilen zu schützen. Die Zustellung des Gerichtsbeschlusses unterbricht bis zu seiner Rechtskraft den Lauf der Rechtsmittelfristen gegen andere Entscheidungen des Gerichts. „Mit Eintritt der Rechtskraft beginnt die volle Frist von neuem zu laufen“ (§ 68 III ZPO.).

Erlischt das Armenrecht durch Tod der armen Partei, so wird der Armenanwalt (arg. § 35 ZPO.) Prozeßbevollmächtigter des Rechtsnachfolgers, bzw., wenn diesem das Armenrecht bewilligt wurde, Armenanwalt desselben.

2. Rechtsquellen.

A. Geschichtlicher Abriss.

Schon Josef I. hatte eine Kompilationskommission für die zivilgerichtlichen Verfahrensvorschriften bestellt. Ein Entwurf (Neumann) kam unter Karl VI. zustande. Maria Theresia berief eine neue Kompilationskommission, deren Entwurf (Froidevo) durch Josef II. mit Pat. v. 1. V. 1781, JGS. 13 als allgemeine Gerichtsordnung in Kraft gesetzt wurde. Eine Neuredaktion unter Franz II. v. 19. XII. 1796, JGS. 329 (Westgalizische Gerichtsordnung) wurde für Galizien, die Bukowina, Salzburg, Tirol und Vorarlberg, Istrien und Dalmatien in Kraft gesetzt.

Das Verfahren war schriftlich, mittelbar, nichtöffentlich, mit gesetzlicher Beweiswürdigung und sehr umständlich und kostspielig. Daneben gab es Sondervorschriften für besondere Verfahrensarten (Wechselsachen, Besitzstörung usw.), die mehr summarisch, also vereinfacht, waren. Neue Entwürfe beruhten immer mehr auf den Gedanken der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Öffentlichkeit und freier Beweiswürdigung. So auch das Gesetz über das Bagatellverfahren v. 27. IV. 1873, R. 66. Bahnbrechend wirkte die Schrift Franz Kleins „Pro futuro“ (1891). Seine Entwürfe wurden in einem abgekürzten Verfahren im Parlament behandelt und wurden bald die Grundlage für die neuen Gesetze, die mit 1. I. 1898 in Kraft traten.

B. Geltende Vorschriften.

Art. 6, 13, 34 I, Z. 6 — 17, 78 II, lit. a, 79, 98 — 107, 163 — 180 BV.; §§ 27f., 48 — 54, VerfUebGes. 1934 i. d. F. v. 31. VIII. 1934, B. II 230, v. 25. VI. 1935, B. 239 und v. 28. XII. 1935, B. 505; Ges. v. 1. VIII. 1895, R. 111 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm) (JN.) mit Einführungsgesetz, R. 110 (EGJN.); Ges. v. 1. VIII. 1895, R. 113 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozeßordnung) (ZPO.) mit Einführungsgesetz, R. 112 (EGZPO.); § 5 Vdg. v. 29. V. 1922, B. 315 betreffend die Geltung dieser Gesetze fürs Burgenland. Acht Gerichtsentlastungsnovellen (GEN. 1914, 1920, 1921, 1922, 1925, 1929, 1931, 26. VII. und — Ergänzung — 14. XII. 1933); 2 Streitwertnovellen (1919, 1923); HD. v. 23. VIII. 1819, JGS. 1595 über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten mit Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283; Gerichtsorganisationsgesetz (GOG.) v. 27. XI. 1896, R. 217 mit

Gerichtsverfassungsnovelle v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83, wodurch aber Teile des Kais.Pat. v. 3. V. 1853, R. 81 (Gerichtsinstruktion) unberührt blieben; Ges. betreffend die Errichtung eines OGH. v. 25. I. 1919, St. 41 mit dem Statut des OGH. (Kais.Pat.) v. 7. VIII. 1850, R. 325 und Ges. v. 24. II. 1907, R. 41; AE. v. 14. IX. 1852, R. 10/53 über die Einrichtung der Gerichtshöfe; Ges. v. 11. VI. 1868, R. 59 betreffend die Organisierung der Bezirksgerichte; die Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz (GeO.; Vdg. v. 1. III. 1930, B. 74 auf Grund des Art. VII der 6. GEN.); Ges. betreffend die Disziplinarbehandlung der Richter und die unfreiwillige Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand v. 21. V. 1868, R. 46 mit Art. II Vdg. v. 9. II. 1934, B. I 83; die Dienstpragmatik v. 25. I. 1914, R. 15; das Gehaltsgesetz (TextVdg. v. 4. V. 1928, B. 105 mit zahlreichen Novellen); das Syndikatsgesetz v. 12. VII. 1872, R. 112; Vdgn. v. 1. VI. 1897 über die Ernennung der fachmännischen Laienrichter aus dem Kreise der Bergbaukundigen (R. 128) sowie aus dem Handelsstande und aus dem Kreise der Schifffahrtkundigen (R. 129) i. d. F. v. 19. II. 1929, B. 96; die Vdgn. über die Personalsenate v. 21. XII. 1921, B. 748 i. d. F. v. 25. X. 1926, B. 315, sowie des Art. IV. EinfBest. zur GeO., und v. 18. VI. 1925, B. 192 betreffend den OGH., beide mit Art. III. Vdg. v. 9. II. 1934, B. I 83; das Bundesgerichtshofgesetz (B.G.G.) v. 12. VII. 1934, B. II 123; §§ 55—59 Vorkriegsschuldengesetz (VokrSchG., TextVdg. v. 4. VIII. 1925, B. 256, abgeändert durch Ges. v. 6. XII. 1934, B. II 396) mit Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562, betreffend den Abrechnungsgerichtshof; §§ 41 ff. PatG. (TextVdg. v. 23. IX. 1925, B. 366) über den Patentgerichtshof, i. d. F. v. 1. XII. 1931, B. 372; und v. 9. IV. 1936, B. 114, sowie Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154; Ges. v. 5. IV. 1922, B. 229 mit Nov. v. 18. VII. 1929, B. 260 über die Gewerbegerichte (GewGG.); Ges. v. 18. XII. 1925, B. 456 betreffend das Fachgericht für die Maschinenstickereiindustrie Vorarlbergs in Dornbirn (FachGG.); BVGes. v. 14. III. 1929, B. 123 (Konsulargerichtsgesetz); Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413 nov. mit Vdgn. v. 26. X. 1931, B. 335, 23. XII. 1932, B. 369 und v. 6. XII. 1934, B. II 405 betreffend Ägypten und Vdg. v. 23. V. 1930, B. 366 i. d. F. v. 5. X. 1932, B. 323, 23. XII. 1932, B. 370 und v. 6. XII. 1934, B. II 406, betreffend Abessinien; Ges. v. 18. XII. 1919, St. 16/20 über die Einigungsämter (EAG.); die Rechtsanwaltsordnung v. 6. VII. 1868, R. 96 (RAO.) mit Ges. v. 6. II. 1919, St. 95 und 31. III. 1927, B. 117; Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305, betreffend den Rechtsanwaltsstarif (RATar.) mit Vdg. v. 9. IV. 1924, B. 121 mit zahlreichen Novellen; das Disziplinarstatut für Rechtsanwälte v. 1. IV. 1872, R. 40 i. d. F. v. 6. II. 1919, St. 93 mit Ges. v. 16. XI. 1906, R. 223 und Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135; die oft novellierte Notariatsordnung v. 25. VII. 1871, R. 75 (NotO.) u. a. m.

C. Auslegung.

Grundsätzlich gelten die allgemeinen Regeln. Somit ist auch der BmFJ. nicht in der Lage, die Richter bindende Auslegungen zu geben. Ausnahmen kraft besonderer gesetzlicher Vorschriften: Art. IX. Abs. 3

EGJN., §§ 38 II, Z. 3, 48 II JN., 57 III, 63 II ZPO. (nicht: § 271 ZPO). Nicht bindend ist also die sogenannte Fragenbeantwortung. Während der Legisvakanz der neuen Zivilprozeßgesetze wurden nämlich in Diskussionsabenden und Unterrichtskursen der Richter in den einzelnen OLG.-Sprenkeln Fragen gesammelt und dem JM. vorgelegt. Dieses holte über einige wichtige Fragen ein Gutachten des OGH. (Plenarsenat) ein. Die Beantwortung aller Fragen wurde in der Vdg. v. 3. XII. 1897, JMV. Bl. 44 zusammengefaßt.

Auch in den Zivilprozeßgesetzen selbst finden sich Auslegungsregeln, vgl. z. B. Art. XXIX. f., XXXII EGZPO.

D. Geltung der Prozeßgesetze.

I. Zeitliche.

Auch diesbezüglich gelten die allgemeinen Grundsätze. Durch die ZPO. als Kompilation wären also im Zweifel alle zivilprozessualen Gesetze aufgehoben. Aber Art. I, Abs. 2 EGZPO. bestimmt enger die Aufhebung nur von „Bestimmungen über Gegenstände, welche in der Zivilprozeßordnung geregelt sind“. Daher galt z. B. auch das HD. v. 23. VIII. 1819, JGS. 1595 über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten weiter, insoweit es nicht im Widerspruch zu den neuen Vorschriften stand. Das war strittig, ist aber infolge der jahrelangen ausnahmslosen Anwendung der Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283, betreffend das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten, durch die Rechtsprechung, wodurch ihre Bestimmungen jedenfalls Gewohnheitsrecht geworden sind, gegenstandslos geworden. Diese Verordnung, erlassen, um das Ergebnis des Nebeneinandergeltens der ZPO. und des HD. festzulegen, ist also nunmehr maßgebend, auch insoweit sie über die Bestimmungen beider Gesetze hinausgeht. Für Judenehen kommt noch HD. v. 13. XI. 1816, JGS. 1296 in Betracht (§ 18 Vdg.). Art. IVff. EGZPO. führen eine Reihe aufrechterhaltener Bestimmungen an. Allerdings sind manche durch spätere Gesetze aufgehoben — vgl. Art. V — oder gegenstandslos geworden — vgl. Art. IV, Z. 3.

Ist zur Zeit des Inkrafttretens eines neuen Zivilprozeßgesetzes ein Verfahren anhängig, so bestehen drei Möglichkeiten: a) Grundsatz der Isolierung der einzelnen Prozeßhandlungen: Prozeßhandlungen vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes sind nach dem alten, spätere nach dem neuen Gesetze zu beurteilen. Das gilt besonders für Formvorschriften, vgl. z. B. Ges. v. 3. V. 1868, R. 33 (Eidesformel). b) Grundsatz der Prozeßeinheit: Der ganze Prozeß muß nach dem alten (vgl. Art. XLVII, Abs. 1 EGZPO.) oder — neu begonnen — nach dem neuen Gesetz (vgl. Art. XLIX, Abs. 1 EGZPO.) durchgeführt werden. c) Grundsatz der Prozeßstadien: Einzelne Prozeßstadien gelten als Einheit, so daß nur bis zum Ende des laufenden Prozeßstadiums das alte Recht, für jedes weitere das neue Recht anzuwenden ist. Das ist natürlich nur möglich, wenn das betreffende Prozeßstadium in beiden Rechten vorkommt; vgl. z. B. Art. XLVII, Abs. 2, Z. 1 EGZPO.

II. Örtliche.

Geltungsgebiet der Zivilprozeßgesetze ist das Bundesgebiet (Art. I, Abs. 1 EGJN.; Art. I, Abs. 1 EGZPO.). Im Burgenland gilt aber das ungarische Eheverfahren (§ 9 Vdg. v. 29. V. 1922, B. 315 und Beschluß des burgenländischen Landtages v. 12. X. 1922).

Grundsätzlich hat das österreichische Gericht nur österreichisches Recht anzuwenden. Formell gilt das ausnahmslos. Nur inhaltlich ist eine Verweisung auf ausländisches Recht möglich. Damit wird die Bestimmung eines ausländischen Rechts zum österreichischen Rechtsatz. Die Gesamtheit aller Vorschriften über die Anwendung inhaltlich österreichischen oder ausländischen Prozeßrechtes bilden das internationale Prozeßrecht.

Die Anordnung inhaltlich ausländischen Rechtes ist nur kraft positiver Verweisung zulässig; dann aber auch vorgeschrieben. Im Zweifel ist auch inhaltlich nur österreichisches Recht anzuwenden. Vereinbarung der Parteien über die Anwendung ausländischen Rechtes ist nur bezüglich der ihrer Vereinbarung überlassenen Vorschriften und nur unter Berücksichtigung des für den Konventionalprozeß Geltenden wirksam.

Verweisungen auf ausländisches Recht finden sich insbesondere in Staatsverträgen.

Im einzelnen ist ausländisches Recht in folgenden Fällen anzuwenden:

a) absolut: α) Die Prozeßfähigkeit (§ 3 ZPO.) von Ausländern bestimmt sich nach dem Recht des Staates, dessen Bürger er ist. Doch genügt die Prozeßfähigkeit nach österreichischem Recht: 1. Wenn er nach dem Rechte seines Landes prozeßunfähig ist, 2. bei Staatenlosen, 3. wenn sich die Staatsbürgerschaft oder 4. das in seinem Lande geltende Recht nicht ermitteln läßt. Für die Parteifähigkeit dagegen gilt grundsätzlich nur österreichisches Recht (§ 16 abGB.); doch kann ein Ausländer mangels formeller Gegenseitigkeit (vgl. § 33 abGB.) parteiunfähig sein. β) Die Beweisaufnahme einer ausländischen Behörde richtet sich nach den dortigen Vorschriften; doch genügt die Beobachtung der österreichischen Vorschriften (§ 290 ZPO.). γ) Das Ges. v. 14. III. 1929, B. 123 überläßt die Bestimmung des von den Konsulargerichten anzuwendenden Rechtes dem Verordnungswege. § 6 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413, läßt die Anwendung ausländischen Rechtes durch den ägyptischen Konsularrichter zu, sofern „ein besonders anerkanntes Gewohnheitsrecht“ dies bestimmt oder im Gerichtsbezirk „die Einrichtungen oder tatsächlichen Verhältnisse fehlen, welche die Anwendung des österreichischen Rechtes voraussetzt“.

b) Nur bei formeller Gegenseitigkeit in den Fällen der §§ 39 II mit 38 II, Z. 3, 101 JN., 293 II ZPO.

c) Im Rahmen materieller Gegenseitigkeit haben Handelsbücher, die im Ausland nach den Vorschriften des Buchführungsorts geführt wurden, Beweiskraft (§ 295 II ZPO.).

Ausländisches Recht ist, wenn dem Richter unbekannt, beweisbedürftig; doch hat das Gericht auch von Amts wegen die nötigen Er-

hebungen zu pflegen, allenfalls durch Vermittlung des BmfJ. (§ 271 ZPO.). Privates Wissen des Richters genügt; so z. B. aus literarischen Behelfen. Der BmfJ. erteilt nur Auskunft über den Text, nicht über die Auslegung ausländischen Gesetzes. Diese ist Sache des Richters. Die Beweiswürdigung durch den österreichischen Richter ist im Rahmen des österreichischen Rechts frei, auch wenn der Staat, in dem die Beweisaufnahme erfolgt, die freie Beweiswürdigung nicht kennt.

Anhang. Dem ausländischen Rechte gleichgestellt ist das Kirchenrecht. Diesbezüglich gilt insbesondere das Konkordat v. 5. VI. 1933, B. 2/34 II mit DurchfG. v. 4. V. 1934, B. II 8.

E. Einteilung der Zivilprozeßsätze.

Grundsätzlich gelten die allgemeinen Einteilungen der Rechtssätze überhaupt. Im besonderen ist zu bemerken:

I. Nachgiebiges Recht.

a) Eine Partei kann die Rechtsfolge ändern, z. B. der Kläger, der den Streitgegenstand unterwertet, um die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes statt des Gerichtshofes zu erreichen (Umkehrschluß aus § 60 I JN.). b) Eine Partei, falls die andere nicht widerspricht; vgl. § 104 III JN. c) Vereinbarung beider Parteien; vgl. §§ 104 I JN, 129 I ZPO. d) Der Richter; vgl. § 496 III ZPO.

Wo ferner im Gesetz gesagt ist, daß der Richter etwas tun kann, ist das nicht seinem freien Ermessen überlassen, sondern er ist dazu verpflichtet, wenn es der Zweck erfordert. Die Verpflichtung ist aber hier nicht unbedingt, sondern von der Prüfung der Umstände und dem sachlichen Ermessen abhängig, ausgesprochen. So z. B. in § 191 I ZPO.

Konventionalprozeß ist ein Verfahren nach Vereinbarung der Parteien, nach Parteiregeln. Da die Prozeßvorschriften wie alle Rechtsvorschriften nur insoweit dispositiv sind, als die Rechtsordnung das verfügt, im Zweifel also jede Bestimmung zwingend ist, ist der Konventionalprozeß mangels besonderer Vorschrift unzulässig. Das HD. v. 15. I. 1787, JGS. 621, lit. b spricht das ausdrücklich aus.

Die Folgen einzelner Parteivereinbarungen dagegen sind verschieden: so Nichtigkeit, z. B. nach § 477 I, Z. 3, ZPO. oder die Notwendigkeit einer Zurückverweisung der Sache vom Berufungsgericht an das Prozeßgericht erster Instanz wegen wesentlicher Verfahrensmängel (vgl. § 496 I, Z. 2 ZPO.). Keine Beschränkung besteht — *lex imperfecta* — z. B., wenn die Parteien einen niedrigeren Streitwert vereinbaren (Umkehrschluß aus § 60 I JN.).

II. Strenges — billiges Recht.

Der Gegensatz: „Strenges — billiges Recht“ wird hier meist durch die Gegenüberstellung von „vollständigen“ und „Ermessensnormen“ ausgedrückt. Bei letzteren ist dem Richter ein Spielraum überlassen; vgl. z. B. § 6 II ZPO. „erforderlichen Aufträge“, „angemessene Frist“ oder § 235 III ZPO. „erhebliche“, „zu besorgen“.

III. Instruktionelle Rechtssätze

sind Dienstanweisungen an die unteren Gerichte, bei deren Verletzung nur Aufsichtsbeschwerde möglich ist. Demgegenüber berechtigt die Verletzung vollwirksamer Rechtssätze zur Mängelrüge oder auch zu Rechtsmitteln.

IV. Schlüssiges Recht

ist, was im Zweifel, d. h. mangels entgegengesetzter Rechtsvorschrift, gilt; es steht im Gegensatz zum regelbedürftigen Recht.

Anhang. Keine Rechtsquelle ist der Gerichtsgebrauch (§ 12 abGB.). Eine Förderung der einheitlichen Rechtssprechung besteht aber in der Einrichtung des Spruchrepertoriums und des Judikatenbuchs beim OGH. (vgl. A.E. v. 7. VIII. 1872). Nur in den Fällen der Zurückverweisung an die erste Instanz ist diese und auch ihr Rechtsmittelgericht an die rechtliche Beurteilung im Zurückverweisungsbeschluß gebunden. Sonst bindet eine gerichtliche Entscheidung dasselbe oder ein andres Gericht nur im Rahmen der materiellen Rechtskraft. Art. XXIV EGZPO., § 46 JN. oder § 5 GewGG. sind nur besondere Anwendungsfälle. Ausnahmsweise besteht diese Bindung arg. „noch bindende“ bereits vor Rechtskraft in den Fällen des § 42 III JN. und § 7 II ZPO. (strittig).

3. Mitwirkende am Prozeß.

A. Gerichte.

I. Organisation.

a) Zivilgerichtsbarkeit.

Zivilgerichtsbarkeit im weiteren Sinn ist Ermöglichung und Sicherung (Justizverwaltung) sowie Ausübung (Zivilgerichtsbarkeit im engeren Sinn) der Rechtspflege.

Zur Justizverwaltung gehört z. B. die Errichtung von Gerichten, Ernennung von Richtern, Dienstaufsicht, Besoldung, Geschäftsverteilung, Einkauf von Heizmaterial für das Gerichtsgebäude u. dgl. Es sind also teils vermögensrechtliche, teils Hoheitshandlungen. Organe der Justizverwaltung sind der Bundespräsident (Richterernennung), der BMfJ., die Gerichtshofpräsidenten, aber auch die Gerichte als solche. Die Dienstaufsicht (§§ 74ff. GOG.) über die Bezirksgerichte führen die Gerichtshöfe erster Instanz und deren Präsidenten sowie die Präsidenten der OLG.; die Dienstaufsicht über die Gerichtshöfe erster Instanz die OLG. und deren Präsidenten. Die allgemeine Dienstaufsicht über alle ordentlichen Gerichte mit Ausnahme des OGH. und die unmittelbare Dienstaufsicht über die OLG. hat der BMfJ. Er bedient sich dazu der Gerichtsinspektoren (§ 100 GeO.). Die Gerichtshofvorsteher haben wenigstens alle 2 Jahre die unterstehenden Gerichte zu inspizieren und Übelständen selbst abzuhelpen, wenn sie dafür zuständig sind, sonst dem BMfJ. zu berichten. Nach § 82 GOG. sind an die Aufsichtsbehörden regelmäßig Geschäftsausweise mit einem Bericht zu erstatten, die alle im Dienstwege dem BMfJ. vorgelegt werden. Der Bericht hat ein Gutachten über die Rechtspflege im allgemeinen, allenfalls getroffene Verfügungen und noch nötige Maßnahmen zu enthalten. Auch der OGH. hat solche Ausweise dem BMfJ. vorzulegen. Nimmt der OGH. anlässlich seiner richterlichen Amtsausübung Gebrechen im Geschäftsgang unterer Gerichte wahr, so kann er sie rügen und dem BMfJ. Mitteilung machen.

Ein Ausfluß der Dienstaufsicht ist auch die Aufsichtsbeschwerde wegen Verzögerung oder Verweigerung der Rechtspflege. Sie geht, wenn gegen ein Gerichtshofmitglied erhoben, an den Gerichtshofpräsidenten, sonst an den Vorsteher des unmittelbar übergeordneten Gerichts. Aufsichtsbeschwerden gegen die Präsidenten der OLG. oder des OGH. sind

beim BmfJ. anzubringen, Aufsichtsbeschwerden gegen Gerichtsbeamte beim Vorsteher der Geschäftsstelle.

Die Zivilgerichtsbarkeit im engeren Sinn, also die Ausübung der Zivilrechtspflege, ist der Anteil des Gerichts am zivilgerichtlichen Verfahren.

Gericht ist ein in erster Linie zur Rechtspflege berufenes Staatsorgan. „In erster Linie“ heißt 1. das Gericht ist auch zu Verwaltungsakten berufen; 2. auch Verwaltungsbehörden können Rechtspflege ausüben; vgl. § 99 mit § 27 VII Ges. v. 19. X. 1934, B. II 316 betreffend das Wasserrecht; Art. I §§ 33ff. Ges. v. 2. VIII. 1932, B. 256 betreffend Grundsätze für die Flurverfassung samt Ausführungsgesetzen in den Bundesländern. Private Gerichte gibt es keine mehr; denn nach Art. 98 I BV. geht alle Gerichtsbarkeit vom Bund aus. Von dem letzteren Grundsatz bildet aber die kirchliche Gerichtsbarkeit auf Grund Art. VII § 3 des Konkordats v. 5. VI. 1933, B. 2/34 II mit Ges. v. 4. V. 1934, B. II 8 eine Ausnahme. Die privaten Schiedsgerichte sind keine Gerichte, wohl aber die staatlichen.

Daß ein Schiedsgericht ein staatliches ist, ergibt sich nicht schon daraus, daß seine Besetzung gesetzlich geregelt ist, wohl aber stets dann, wenn das Schiedsgericht für gewisse Rechtsstreitigkeiten ausschließlich zuständig ist. Denn sonst läge in diesem Falle Versagung behördlichen Schutzes vor. Daher sind staatliche Schiedsgerichte insbesondere (vgl. auch Art. XII EGZPO.) die Schiedsgerichte nach § 96 AngestVersGes 1928 (TextVdg. v. 22. VIII. 1928, B. 232), § 76 mit § 75 II PensVersGes. v. 16. XII. 1906, R. 1/07 (i. d. F. d. kais. Vdg. v. 25. VI. 1914, R. 138), § 32 BKVG. 1933 (TextVdg. v. 2. I. 1933, B. 10) § 44 NotVersGes. v. 28. X. 1926, B. 317, § 38 ArbUnfVersGes. v. 28. XII. 1887, R. 1/88 (TextVdg. v. 9. III. 1929, B. 150) usw. Die Börsenschiedsgerichte haben zwar keine ausschließliche Zuständigkeit, weil die Parteien sie auch abdingen können, sind aber staatliche Gerichte, weil sie Befehlsgewalt haben (vgl. Art. XIX, Abs. 3 EGZPO.); desgleichen das Schiedsgericht nach § 12 JournGes. v. 11. II. 1920, St. 88. Dagegen ist z. B. das Schiedsgericht nach § 11 LagerhGes. v. 28. IV. 1889, R. 64 mangels ausschließlicher Zuständigkeit und Befehlsgewalt kein staatliches Gericht.

Unter „Gericht“ wird bald die ganze Behörde (Gerichtsanstalt), bald nur das im einzelnen Prozeß zuständige Organ, also die Gerichtsbank, verstanden. Das Gericht hat Gerichtsgewalt, und zwar: 1. Entscheidungsgewalt, 2. Befehlsgewalt. Entscheidung ohne Befehl: z. B. Stattgebung der Einrede der Unzuständigkeit. Befehl ohne Entscheidung: z. B. Zeugenladung; Anordnung schriftlicher Begutachtung (§ 357 ZPO.). Zur Befehlsgewalt gehört auch die Vollstreckungsgewalt und die Sitzungspolizei. 3. Mitteilungsgewalt: a) wirksame Rechtsbelehrung; vgl. z. B. §§ 131 II, 165 III, 198 II, III ZPO.; b) Urkundsgewalt: vgl. z. B. Urteilsausfertigungen, Protokolle.

Die meisten ordentlichen Gerichte sind zugleich auch Strafgerichte. Ausnahmen: Das Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien (VA. v.

23. VIII. 1920, St. 402), das Handelsgericht und das Bezirksgericht für Handelssachen in Wien, die Exekutionsgerichte in Wien und Graz.

b) Zivilgerichte.

α) Die Zivilgerichte sind zur Zivilgerichtsbarkeit im weitern Sinn berufen. Allgemeine Grundsätze: 1. Regelmäßig drei Instanzen. Instanz ist ein Gericht als Glied der Über- und Unterordnung von Gerichten. Doch sind nicht immer alle drei Instanzen in derselben Sache tätig und manche Gerichte sind bald erste, bald höhere Instanz; so sind insbesondere Gerichtshöfe „erster Instanz“ in Bezirksgerichtssachen zweite Instanz. Regelmäßig binden prozeßleitende Verfügungen der höheren Instanz die untere (vgl. § 479 I ZPO.). Das Umgekehrte ist nach §§ 544f. ZPO. der Fall. 2. Die Zivilgerichte sind auch für Soldaten zuständig. 3. Bei Bezirksgerichten erkennen immer Einzelrichter, bei Gerichtshöfen bald diese, bald Senate.

Nicht wesentlich für den Gerichtsbegriff ist: 1. Die Ständigkeit; allerdings sind in Österreich alle Gerichte ständige Gerichte; 2. die Mitwirkung rechtsgelehrter Richter; so ist z. B. das Börsenschiedsgericht reines Laiengericht: der rechtsgelehrte Sekretär hat nur beratende Stimme (Art. XV EGZPO.); 3. Unabhängigkeit; 4. Ein gesetzlich geregeltes Verfahren (vgl. § 6 I, Z. 2 BörsGes. v. 1. IV. 1875, R. 67; Art. 47 VIII Satzungen der österreichischen Nationalbank v. 14. XI. 1922, B. 823).

β) Arten. Ordentliche Gerichte sind die im § 1 JN. aufgezählten (arg. Überschrift vor § 1 JN.). Für die andern Gerichte fehlt ein gesetzlicher Ausdruck. Man nennt sie Sondergerichte, außerordentliche Gerichte, nichtordentliche Gerichte. Rechtsweg ist der Zivilprozeß beim ordentlichen Gericht (vgl. §§ 42f. JN. mit §§ 239f. ZPO.). 1. *Ordentliche Gerichte*. Gerichtstypen — Gerichtsarten — sind: A. allgemeine Bezirksgerichte; dazu gehören auch die „Exekutionsgerichte“ in Wien und Graz. B. Das Bezirksgericht für Handelssachen in Wien. Durch Verordnung kann auch an anderen Orten ein solches Bezirksgericht oder auch eins für Handels- und Seesachen errichtet werden (§ 2 II JN.). C. Kreis- und Landesgerichte — letztere nur in Landeshauptstädten (in Vorarlberg in Feldkirch). D. Das Handelsgericht in Wien. Kreis- und Landesgerichte sowie das Handelsgericht nennt man Gerichtshöfe erster Instanz, wengleich zahlenmäßig ihre zweitinstanzliche Tätigkeit größer ist, oder technisch „Gerichtshöfe“. Bei den Gerichtshöfen außerhalb Wiens gibt es eigene Handelssenate. Besondere bergrechtliche Senate — deren Errichtung dem Verordnungswege überlassen ist (§ 53 I JN.) — gibt es bei den Landesgerichten in Wien, Graz, Klagenfurt, Salzburg und Innsbruck sowie bei den Kreisgerichten in Steyr und Leoben. E. Oberlandesgerichte (Gerichtshöfe zweiter Instanz) in Wien, Graz und Innsbruck. Auch hier gibt es Handels- und bergrechtliche Senate. F. Der Oberste Gerichtshof in Wien. Sein Sitz könnte dauernd nur durch BuVerfGes. verlegt werden (Art. 6 I BV); während außergewöhnlicher Verhältnisse kann ihn der Bundespräsident verlegen (Art. 6 II BV.).

2. *Sondergerichte*. A. Der Bundesgerichtshof in Wien.

B. Der Abrechnungsgerichtshof in Wien. Amtstage außerhalb Wiens sind möglich (§ 2 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562).

C. Der Patentgerichtshof in Wien; das Patentamt ist kein Gericht. Art. 6 BV. gilt für alle drei angeführten Gerichtshöfe.

D. Das Konsulargericht in Kairo. Ist der diplomatische Schutz von Österreichern einem fremden Staat übertragen, so können diese in vermögensrechtlichen Streitsachen auch den Konsulargerichten dieses Staates unterstellt werden, die dann insoweit als inländische Gerichte gelten (§ 4 Ges. v. 14. III. 1929, B. 123), so z. B. die Konsulargerichte des Deutschen Reiches in Abessinien (Vdg. v. 23. V. 1930, B. 366).

E. Die Gewerbegerichte in Wien, Graz, Leoben, Judenburg, St. Pölten, Innsbruck, Dornbirn, Wr. Neustadt, Linz, Klagenfurt, Salzburg und Amstetten.

F. Das Fachgericht für die Maschinenstickereiindustrie in Vorarlberg (Dornbirn).

G. Die Einigungsämter.

H. Die staatlichen Schiedsgerichte. Die Mietkommissionen entscheiden nur in außerstreitigen Rechtsangelegenheiten.

γ) Errichtung neuer Gerichte. Neue Gerichtstypen können nur durch Gesetz geschaffen werden. Die Errichtung neuer Gerichte bestehender Typen, also z. B. eines neuen Bezirksgerichts, steht dem BMfJ. zu (vgl. § 2 II, S. 2 JN.); soweit durch die Neuerrichtung die Zuständigkeit des OGH. oder BuGH. berührt würde, kann sie nur durch BuVerfGes. erfolgen.

δ) Das Entsprechende gilt für den Gerichtsabbau.

c) Gerichtspersonen.

α) Allgemeines.

Gerichtsperson ist ein Mensch, der Gerichtshandlungen vornimmt, also ein gerichtliches Organ, das ein einzelner Mensch ist. Wir unterscheiden: 1. Richter; 2. Gerichtsbeamte; 3. nicht beamtete Hilfsorgane. Der Richter ist Bundesangestellter, aber nicht Bundesbeamter (§ 2 GehaltsG.).

β) Richter.

1. Begriff.

Das Wort „*Richter*“ ist mehrdeutig. Art. 101 BV. definiert den Begriff überhaupt nicht, doch ergibt Art. 102 BV., daß auch Nichtberufsrichter Richter im Sinne der BV. sind. Der Ausdruck „*richterliche Beamte*“ in § 4 SyndGes. v. 12. VII. 1872, R. 112 ist in einem sehr weiten Sinn genommen, da er sogar die Notare als Gerichtskommissäre umfaßt. § 7 II JN. spricht von Richtern im Gegensatz zu Laienrichtern. Somit muß jede Gesetzesstelle besonders ausgelegt werden.

2. Erfordernisse für die Anstellung.

A. Berufsrichter bei den ordentlichen Gerichten (§§ 1ff. der Gerichtsinstruktion, Kais. Pat. v. 3. V. 1853, R. 81, die noch immer

in Geltung sind, §§ 4ff. GOG. und Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83, §§ 38ff. GehaltsG. und Ges. v. 18. VI. 1935, B. 233). § 1 der Gerichtsinstruktion bestimmt, daß zur Anstellung bei den Gerichtsbehörden die allgemeinen Erfordernisse für die Aufnahme in den „Staatsdienst“ nötig sind. Auf diesem mittelbaren Wege sind auch §§ 1ff. der Dienstpragmatik hier anwendbar.

Sonach ergeben sich folgende Erfordernisse: 1) österreichische Bundesbürgerschaft; 2) die Bewilligung des BMfJ., wenn der Bewerber mehr als 40 Jahre alt ist und nicht schon Bundesangestellter war oder ist; das Mindestalter ergibt sich schon durch das Erfordernis der Absolvierung der Studien; 3) untadelhaftes sittliches Betragen; 4) gute politische Haltung; 5) ein Konkursverfahren darf nicht anhängig sein; 6) im Falle gerichtlicher Verurteilung wegen einer aus Gewinnsucht entspringenden oder der öffentlichen Sittlichkeit zuwiderlaufenden Straftat, Verurteilung zu wenigstens 6 Monaten Freiheitsstrafe überhaupt oder früherer strafweiser Entlassung aus dem Bundesdienst: die ausdrückliche Bewilligung der Bundesregierung; 7) die Bewilligung des BMfJ., wenn der Bewerber während eines anhängigen Disziplinarverfahrens aus dem Bundesdienst ausgetreten ist; 8) militärische Ausbildung in der bewaffneten Macht, ausgenommen Nichtaufnahme oder vorzeitige Entlassung wegen Dienstuntauglichkeit; 9) Absolvierung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien; 10) Ablegung der drei Staatsprüfungen — nicht notwendig der Rigorosen; 11) Zulassung zum richterlichen Vorbereitungsdienst; dadurch wird man Richteramtsanwärter; 12) die Ableistung eines dreijährigen richterlichen Vorbereitungsdienstes, davon wenigstens zwei Jahre bei Gerichten, der Rest bei der Staatsanwaltschaft und, jedoch nicht über sechs Monate, bei einem Rechtsanwalt oder bei der Finanzprokurator. Die beiden letzteren Arten des Vorbereitungsdienstes kann der BMfJ. für einzelne Teile des Bundesgebietes durch Verordnung für notwendig erklären. 13) Die Ablegung der Richteramtsprüfung. Sie kann nur einmal wiederholt werden und wird durch die Rechtsanwaltsprüfung ersetzt.

Jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer österreichischen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät hat die Befähigung zum Richteramt.

Durch die Richteramtsprüfung wird man Hilfsrichter (§ 2 Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83). Dieser hat keinen festen Dienort innerhalb des OLG.-Sprenghels und ist kein Richter, da ihm nur solche Geschäfte übertragen werden können, die keine richterliche Entscheidung enthalten (§ 2 II l. c.).

Der Richter wird auf Vorschlag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten oder auf Grund seiner Ermächtigung vom zuständigen Bundesminister ernannt (Art. 102 I BV.). Regelmäßig ist der zu besetzende Richterposten auszuschreiben (§ 40 GehGes.). Die Personalenate haben ein Vorschlagsrecht (§ 41 l. c.). Sie bestehen nur bei den Gerichtshöfen. Mitglieder sind der Präsident und sein Stellvertreter, sowie weitere von der Gesamtheit der Richter des Gerichtshofs, beim Gerichtshof erster Instanz auch der unterstehenden Bezirksgerichte, ge-

wähle (Wahlpflicht!) Mitglieder (Ersatzmänner), die beim Gerichtshof erster Instanz wenigstens zehn Dienstjahre und einjährige Verwendung im Sprengel aufweisen müssen (Vdg. v. 21. XII. 1921, B. 748 i. d. F. v. 25. X. 1926, B. 315). Zuständig für die Vorschläge sind: Für Richterposten bei den Bezirksgerichten und Gerichtshöfen erster Instanz mit Ausnahme der Präsidenten- und Vizepräsidentenposten der Personalsenat des Gerichtshofs und der des vorgesetzten OLG. Für die Präsidenten- und Vizepräsidentenposten der Gerichtshöfe erster Instanz und für die Richterposten beim OLG. mit Ausnahme der Präsidenten- und Vizepräsidentenposten der Personalsenat des OLG. und der des OGH. Für alle übrigen mit Ausnahme der beiden Präsidenten des OGH. dessen Personalsenat. Die Vorschläge werden dem BMfJ. erstattet.

B. Laienrichter bei den ordentlichen Gerichten (§ 20 GOG.; Vdgn. v. 1. VI. 1897, R. 128 und 129 i. d. F. v. 19. II. 1929, B. 96, Art. XIV 8. GEN.). α) „Aus dem Handelsstande.“ Voraussetzungen: 1. Österreichische Bundesbürgerschaft, 2. Vollgenuß der bürgerlichen Rechte, 3. keine gesetzlich oder 4. richterlich angeordnete Beschränkung der Verfügung über das Vermögen, 5. Mindestalter 30 Jahre, 6. fachliche Berufskennntnisse, 7. Nichtbestehen einer Verwandtschaft oder Schwägerschaft in gerader oder bis zum dritten Grade der Seitenlinie mit einem Richter des betreffenden Gerichtshofs, 8. Bereitwilligkeit zur Amtsübernahme, 9. Wohnsitz am Sitz des Gerichtshofs oder in dessen Nähe. Die Ernennung auf drei Jahre erfolgt durch den BMfJ. im Einvernehmen mit dem BMfHuV. auf Grund von Vorschlägen der Kammer für Handel, Gewerbe und Industrie an den Gerichtshof, der die Vorschläge mit einem Gutachten des Personalsenates im Wege des OLG. dem BMfJ. vorlegt. β) „Aus dem Kreise der Bergbaukundigen.“ Die Voraussetzungen sind bis auf die unter 9. genannte die gleichen. An die Stelle der Kammer für HGul. treten die Berg- und Hüttenwerksbesitzer (Wahl). Der Vorschlag wird im Wege des Revierbergamtes dem Gerichtshof mitgeteilt.

Während der Dauer der Verwendung führen die Laienrichter den Titel Kommerzialrat (VollzA. v. 29. X. 1919, St. 507).

Die Bestellung der Laienrichter als Beisitzer im Berufungssenate gegen Urteile von Gewerbegerichten oder des Fachgerichtes für Maschinenstickerei (Dornbirn) (§ 26 III GewGG., § 27 III FachGG.) erfolgt grundsätzlich nach den Vorschriften der Laienrichterbestellung bei diesen Gerichten. Beim Landesgericht in Feldkirch werden sechs Beisitzer ernannt, von denen zwei Fabrikanten oder Kaufleute, zwei Fergger und zwei Lohnsticker sein sollen.

C. Mitglieder des Bundesgerichtshofs (Art. 177, 179 BV., §§ 3ff. B.G.G.). Ordentliche Mitglieder sind die Präsidenten, Vizepräsidenten, ferner Senatspräsidenten und Räte, die vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden. Sie sind Berufsrichter. Erfordernisse: 1) Zurücklegung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, 2) zehnjährige Ausübung eines diese Studien voraussetzenden Berufes, 3) wenigstens ein Drittel der Mitglieder muß die Befähigung zum Richteramte haben, 4) wenigstens ein Viertel soll

aus Berufsstellungen in den Ländern, womöglich aus dem Verwaltungsdienst der Länder, entnommen werden. Unfähig sind Mitglieder der Bundesregierung, einer Landesregierung, eines vorberatenden Gesetzgebungsorgans, Land- oder Gemeindetags und Vertreter eines Ortsgemeindenverbandes.

Daneben gibt es vier außerordentliche Mitglieder mit Ersatzmännern, die der Bundespräsident auf Grund von Dreivorschlägen ernennt, die zur Hälfte vom Staats-, zur Hälfte vom Länderrat erstattet werden. Sie sind nicht Berufsrichter; für sie gelten nur die unter 1) und 2) angeführten Erfordernisse.

D. Die Mitglieder des Abrechnungsgerechtshofs (§ 56 VorkrSchGes.) werden vom Bundespräsidenten über Vorschlag der Bundesregierung ernannt, der auf einvernehmlichen Antrag des BMfJ. und des BMfFi. erstattet wird. Die Hälfte der Mitglieder wird demselben Kreis entnommen wie die Laienrichter aus dem Handelsstande (Vorschlag durch die Kammer für HGuI.), den Rest bilden rechtsgelehrte Richter. Die Laienrichter führen auch hier den Titel Kommerzialrat (§ 4 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562).

E. Mitglieder des Patentgerichtshofs (§ 41 Pat. G.) sind der Präsident, sein Stellvertreter und mindestens vier rechtskundige, sowie eine Anzahl fachtechnischer Mitglieder. Der Präsident (Stellvertreter) muß Präsident oder Senatspräsident des OGH., mindestens zwei der rechtskundigen Mitglieder Senatspräsidenten oder Räte des OGH. sein oder — wenn sie die Altersgrenze für Richter erreicht haben, aber noch nicht 70 Jahre alt sind — gewesen sein. Die anderen rechtskundigen Mitglieder müssen dem BMfHuV. als Räte angehören, bzw. angehört haben oder im Dienst- oder Ruhestand befindliche ständige rechtskundige Mitglieder des Patentamts sein. Die Ernennung erfolgt durch den Bundespräsidenten auf fünf Jahre. Erfordernisse für die fachtechnischen Mitglieder: 1. Unbescholtenheit, 2. österreichische Bundesbürgerschaft, 3. „hervorragende“ fachtechnische Kenntnisse, 4. Mindestalter 30 Jahre, 5. keine Beschränkung in der Vermögensverfügung. Alle Mitglieder führen für die Dauer ihres Amtes den Titel Rat des Patentgerichtshofes (§§ 1f. Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154).

F. Konsularrichter. § 2, Z. 4 Ges. v. 14. III. 1929, B. 123 überläßt die Bestimmung der Erfordernisse dem Verordnungswege. Nach § 4 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413 ernannt der Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem BMfJ. einen Beamten des höheren Außendienstes oder einen zum Richteramt Befähigten zum Konsularrichter und ebenso einen Stellvertreter.

G. Beim Gewerbegericht (§§ 9ff. GewGG.) sind der Vorsitzende und seine Stellvertreter aktive Richter, vom BMfJ. ernannt. Die Beisitzer werden regelmäßig aus der Gruppe der Arbeitgeber vom BMfHuV. auf Vorschlag der Kammer für HGuI. und aus der Gruppe der Arbeitnehmer vom BMfVs. auf Vorschlag der Kammer für Arbeiter und Angestellte (Interessenvertretungen) ernannt. Für Rechtsstreitigkeiten, betreffend Privatkraftwagenführer und Hausgehilfen, ernennt die Ver-

treter nur der BMfsV. Voraussetzungen: α) österreichische Bundesbürgerschaft, β) Eigenberechtigung, γ) Mindestalter 24 Jahre; δ) ausgeschlossen sind Personen, die wegen einer strafgerichtlichen Verurteilung nicht bei Gericht angestellt werden könnten. Die Ernennung erfolgt auf fünf Jahre. Eine Ablehnung kann nur aus wichtigen Gründen erfolgen, über die der zuständige Bundesminister entscheidet.

H. Für das Fachgericht für die Maschinenstickereiindustrie (Dornbirn) (§§ 9ff. FachGG.) gilt im allgemeinen das gleiche. Die Beisitzer werden vom BMfHuV. auf Vorschlag der Kammer für HGuI. in Feldkirch ernannt.

I. Die Richter der Einigungsämter (§§ 3f. EAG.) müssen nicht Berufsrichter sein. Der Vorsitzende und seine Stellvertreter werden vom BMfJ. im Einvernehmen mit dem BMfsV. auf unbestimmte Zeit ernannt, die Beisitzer (Ersatzmänner) von letzterem aus dem Kreise der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf Vorschlag der Berufsvereinigung auf drei Jahre. Die Ablehnung oder Amtsniederlegung ist nur aus wichtigen Gründen zulässig.

J. Für die einzelnen staatlichen Schiedsgerichte gelten die entsprechenden Sonderbestimmungen. Beim Börsenschiedsgericht (Art. XIII EGZPO., § 6 BörsGes. v. 1. IV. 1875, R. 67) gibt es nur gewählte Laienrichter. Der rechtskundige Sekretär (Art. XV EGZPO.), der zur Ausübung des Richteramts befähigt und Beamter der Börsenkammer sein muß, hat nur beratende Stimme. Er wird von der Börsenkammer angestellt und vom BMfFi. im Einvernehmen mit dem BMfJ. bestätigt.

3. Rechte.

A. **Unabhängigkeit.** I. Begriff. Der Richter ist unabhängig, soweit er bei seiner Entscheidung keiner äußeren Beeinflussung unterliegt. Die Unabhängigkeit ist in Art. 101 BV. festgelegt. Sie versteht sich 1. grundsätzlich gegenüber dem Bundespräsidenten, allen Verwaltungsbehörden, insbesondere dem BMfJ. gegenüber, aber auch 2. gegenüber dem Publikum und politischen Einflüssen. Garantien der Unabhängigkeit sind in ersterer Hinsicht Einschränkungen der Absetzung, Pensionierung und Versetzung, in letzterer Beziehung die staatliche Ernennung (im Gegensatz zur Wahl) und feste Besoldung.

II. Im Einzelnen. a) Berufsrichter bei den ordentlichen Gerichten. α) Ihre *Unabhängigkeit*. Sie sind „in Ausübung ihres richterlichen Amtes“ grundsätzlich unabhängig. Das gilt auch für Justizverwaltungssachen, soweit diese in Senaten oder Kommissionen zu erledigen sind (Art. 101 BV.), z. B. Besetzungsvorschläge. Dagegen besteht in andern Justizverwaltungssachen keine Unabhängigkeit. So ist der Richter z. B. bezüglich der Dienststunden, der Dienstverteilung, des Urlaubs, der Einsendung von Berichten und Statistiken u. dgl. an die Weisungen seiner Vorgesetzten gebunden. Das gilt auch insbesondere von der Dienstaufsicht. Im Rahmen seiner Unabhängigkeit jedoch ist der Richter nur durch das objektive Recht gebunden. Durch dieses aber

stets. Freie Rechtsfindung gegen die Rechtsordnung wäre rechtswidrig. Im übrigen besteht ein Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung.

1. Gesetz. Grundsätzlich hat der Richter nur das Recht und die Pflicht, die gehörige Kundmachung zu prüfen (Art. 104 I BV.). Ist diese erfolgt, so muß er das Gesetz anwenden. Nur der OGH. ist verpflichtet, wenn er gegen ein Bundes- oder Landesgesetz wegen Verfassungswidrigkeit Bedenken hat und wenn es eine Voraussetzung für sein Erkenntnis bildet, das Verfahren zu unterbrechen und den Antrag auf gänzliche oder teilweise Aufhebung des Gesetzes beim Bundesgerichtshof zu stellen (Art. 104 II BV.). Dieser entscheidet dann darüber. Hebt er das Gesetz ganz oder teilweise auf, so ist sein Erkenntnis im betreffenden Gesetzblatt kundzumachen und der OGH. hat das aufgehobene im konkreten Falle nicht mehr anzuwenden. Mit der Aufhebung treten gegebenenfalls die Bestimmungen, die früher galten hatten, im Zweifel wieder in Kraft, was ebenfalls kundzumachen ist (Art. 170 BV.). Das Gesagte gilt nicht für Gesetze, die vor dem 1. VII. 1934 erlassen wurden (§ 53 VerfUebGes.).

2. Verordnung. Das Gericht prüft vor allem die gehörige Kundmachung. Jedes Gericht, nicht nur der OGH., hat aber auch, wenn es gegen die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung, die eine Voraussetzung für sein Erkenntnis bildet, Bedenken hat, das Verfahren zu unterbrechen und den Antrag auf gänzliche oder teilweise Aufhebung beim BuGH. zu stellen (Art. 104 III BV.). Im übrigen gilt das gleiche wie unter 1., nur tritt im Zweifel nicht das vor der aufgehobenen Verordnung geltende Recht in Kraft (Art. 169 BV.). Das Gesagte gilt nicht für Verordnungen, die vor dem 1. VII. 1934 auf Grund von Gesetzen ergangen sind, die Organe der Vollziehung zur Erlassung gesetzändernder Verordnungen ermächtigt haben (§ 51 VerfUebGes.).

β) *Garantien.* 1. Disziplinarverfahren (Ges. v. 21. V. 1868, R. 46). Dieses erfolgt für alle Richter des OGH., sowie für die Präsidenten und Vizepräsidenten der OLG. und der GH. erster Instanz, ferner für die Räte des OLG. in Disziplinarsenaten beim OGH., für alle andern Richter beim OLG. Sie bestehen aus fünf Richtern (§ 3 Ges. v. 24. II. 1907, R. 41). Die Einleitung der Disziplinaruntersuchung kann nur durch — unanfechtbaren — Beschluß des Disziplinarsenats nach Anhörung des Oberstaatsanwalts, beim OGH. des Generalprokurators, und Einvernehmung des Beschuldigten erfolgen. Die Untersuchung wird entweder eingestellt oder sie führt zur mündlichen Verhandlung. Lehnt der Senat des OLG. die Einleitung der Untersuchung ab oder stellt er letztere ein, so steht dem Oberstaatsanwalt Beschwerde an den DiszSen. des OGH. zu. Die mündliche Verhandlung ist nichtöffentlich, doch kann der Beschuldigte drei Vertrauensmänner laden lassen. Sie kann zwecks weiterer Erhebungen — allenfalls durch einen „abgeordneten“ Richter — vertagt werden. Der Beschuldigte kann einen Verteidiger verlangen oder selbst bestellen. Das Erkenntnis kann sein: a) Freispruch, b) Disziplinar- oder c) Ordnungsstrafe und in beiden Fällen Kostenersatz.

Disziplinarstrafen sind: a) Versetzung ohne Ersatz der Übersiedlungskosten; sie kann durch eine Bezugsminderung um höchstens ein Drittel und auf höchstens drei Jahre verschärft werden. b) Pensionierung auf unbestimmte Zeit mit Pensionsminderung um mindestens ein Drittel. c) Dienstentlassung, die mit Titel- und Pensionsverlust verbunden ist.

Ordnungsstrafen sind: a) Mahnung, b) Verweis, der im Standesausweis eingetragen wird. Eine Ordnungsstrafe kann übrigens auch der Gerichtsvorsteher über die ihm unterstellten Richter und der Vorsteher des übergeordneten Gerichtes über den des untergeordneten verhängen.

Rechtsmittel. Gegen Erkenntnisse des DiszSen. des OGH. gibt es kein Rechtsmittel; ebensowenig gegen die Erteilung einer Mahnung. Im übrigen steht gegen Erkenntnisse des DiszSen. des OLG. dem Oberstaatsanwalt und dem Verurteilten die Berufung an den DiszSen. des OGH. zu. Über einen Verweis durch den Gerichtsvorsteher kann sich der Richter beim Vorsteher des übergeordneten Gerichtes, über den Präsidenten des OGH. beim BMfJ. beschweren.

Während des Disziplinarverfahrens oder wenn gegen einen Richter strafgerichtliche Untersuchungshaft verhängt oder Strafverhandlung eingeleitet wurde, kann der Senat die Suspension vom Amte verfügen; in dringenden Fällen oder bei strafgerichtlicher Untersuchungshaft kann es auch der unmittelbare Amtsvorstand oder die höhere Gerichtsbehörde, in welchem Falle jedoch Disziplinaranzeige erstattet werden muß. Der Senat entscheidet dann endgültig über die Suspension. Gegen den Beschluß beim OLG. steht dem Oberstaatsanwalt, bzw. dem Suspendierten, die Berufung an den DiszSen. des OGH. zu. Während der Suspension kann der Richter auf zwei Drittel der Bezüge beschränkt werden. Bei Verdacht strafgerichtlich zu ahndender Handlungen hat der DiszSen. die Strafanzeige zu erstatten und das Verfahren bis zur Rechtskraft der strafgerichtlichen Entscheidung auszusetzen. Hat die strafgerichtliche Verurteilung den Amtsverlust als Rechtsfolge, so spricht der DiszSen. ohne weiteres Verfahren die Entlassung aus. Das gleiche muß bei Verlust der Bundesbürgerschaft gelten.

2. **Absetzung.** Richter dürfen „nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen auf Grund eines gerichtlichen Erkenntnisses ihres Amtes entsetzt“ werden (Art. 102 IV BV.). Das geschieht auf Grund Erkenntnisses des DiszSen. Wo dagegen der Amtsverlust gesetzliche Rechtsfolge einer Verurteilung ist, ist der Ausspruch des DiszSen. nur feststellend.

3. **Pensionierung.** Sie kann erfolgen: a) Mit Zustimmung des zu Pensionierenden; b) wider seinen Willen: α) regelmäßig nur unter denselben Voraussetzungen wie die Absetzung (Art. 102 IV BV.). Sie erfolgt durch den DiszSen. stets auf unbestimmte Zeit. β) Nach § 28 VerfUebGes. v. 19. VI. 1934, B. 75, dessen Geltungsdauer durch Ges. v. 28. XII. 1935, B. 505 neuerlich verlängert wurde, können Richter auch ohne gerichtliches Erkenntnis in den zeitlichen oder dauernden Ruhestand versetzt werden, „wenn ihr Verbleiben . . . im richterlichen Dienst überhaupt dem Ansehen der Rechtspflege offenbar zum Abbruch gereichen, insbesondere

die Unparteilichkeit der Rechtsprechung nicht mehr gewährleisten würde“. Zuständig ist der BMfJ., der den OGH.-Präsidenten oder den Präsidenten des zuständigen OLG. zu hören hat. Der Richter ist „schriftlich unter Mitteilung der Gründe mit dem Bemerkten zu verständigen, daß es ihm freisteht, binnen vierzehn Tagen seine Einwendungen vorzubringen“, über die dann Erhebungen gepflogen werden (§ 82 I Dienstpragmatik v. 25. I. 1914, R. 15). γ) Wenn die Pensionierung durch Veränderungen in der Gerichtsverfassung nötig wird (Art. 102 IV BV., § 50 I Ges. v. 21. V. 1868, R. 46). δ) Wenn der Richter wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen dienstuntauglich wird (§ 50 II l. c.). In diesem Falle ist er von seinem Amtsvorstande schriftlich aufzufordern, um seine Pensionierung anzuseuchen (§ 51 l. c.). Tut er das binnen einem Monat nicht, so wird die Anzeige an das Disziplinargericht erstattet, welches nach Erhebungen durch einen beauftragten Richter und Anhörung des Oberstaatsanwalts (Generalprokurators) Beschluß faßt. Die Anhörung des betreffenden Richters ist nur fakultativ. Gegen den Beschluß beim OLG. steht beiden Teilen Beschwerde an den DiszSen. des OGH. zu (§§ 52 ff. l. c.). ϵ) „Die Richter treten mit dem auf die Vollendung des 65. Lebensjahres nächstfolgenden 31. Dezember kraft Gesetzes in den dauernden Ruhestand“ (§ 5 Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422, Art. 102 III BV.).

4. **Versetzung auf einen anderen Dienstposten** ist möglich: a) mit Zustimmung des betreffenden Richters; b) sonst nur α) als Disziplinarstrafe; β) wenn es durch Veränderungen in der Gerichtsverfassung nötig wird (Art. 102 IV BV., § 43 DiszGes.); γ) mit Beschluß des DiszSen. nach Anhörung des Oberstaatsanwaltes (Generalprokurators), „wenn das Verbleiben des Richters auf seinem Dienstposten der Rechtspflege zum Abbruche gereichen würde“ (§ 43 DiszGes.) Während der Geltungsdauer des § 28 VerfUebGes. kann diese Versetzung auch durch den BMfJ. nach Anhörung des Präsidenten des OGH. oder des zuständigen OLG. erfolgen, wenn der Tatbestand „offenbar“ ist. δ) Wenn zwischen zwei beim selben Gericht angestellten Richtern Schwägerschaft in gerader oder bis zum dritten Grade der Seitenlinie entsteht, muß der Heiratende sich seine Versetzung gefallen lassen (§ 44 DiszGes. mit § 17 KaisPat. v. 3. V. 1853, R. 81). Auch in diesem Falle ist Beschluß des DiszSen. erforderlich (§ 45 DiszGes.). In den beiden letzten Fällen hat er vor Beschlußfassung dem Richter die Versetzungsgründe bekanntzugeben und ihn aufzufordern, sich binnen 14 Tagen schriftlich zu äußern. Ein weiteres Verfahren findet nicht statt. Gegen den Beschluß beim OLG. steht gleichfalls Beschwerde an den DiszSen. des OGH. zu.

Ausnahmsweise kann ein Richter aus dienstlichen Rücksichten zeitweise durch Verfügung des OLG.-Präsidenten oder nach dessen Anhörung durch Verfügung des BMfJ. gegen Entschädigung wider seinen Willen höchstens auf ein Jahr außerhalb seines Amtssitzes verwendet werden, ohne daß das als Versetzung anzusehen ist. Für die Verwendung außerhalb des OLG.-Sprengels ist in diesen Fällen, wenn keine Verfügung des BMfJ. vorliegt, das Einvernehmen der betreffenden OLG.-Präsidenten nötig (§ 49 Ges. v. 21. V. 1868, R. 46 i. d. F. d. Vdg. v. 9. II. 1934, B. I 83).

Eine Anzahl Richter — höchstens ein Viertel der für die Bezirksgerichte außerhalb des Gerichtshofssitzes festgesetzten Richterstellen ausschließlich der Gerichtsvorsteherstellen — kann bloß für den Sprengel des OLG., also innerhalb desselben frei versetzbar, ohne bestimmten Dienstposten ernannt werden (§ 3 II Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83).

Hilfsrichter und Richteramtsanwärter können auch im Verwaltungswege mit gleichem Rang und ohne Gehaltskürzung versetzt werden (§ 48 DiszGes.).

b) Laienrichter bei den ordentlichen Gerichten. Sie haben keine festen Bezüge, sind aber sonst unabhängig (arg. „alle Richter“ Art. 101 I BV.; § 21 II GOG.). Ihr zuständiger DiszSen. ist stets beim OLG. Dieser kann sie ihres Amtes entsetzen, wenn sie ohne genügende Entschuldigung die Amtspflichten dauernd vernachlässigen. Doch können sie auch im Verwaltungswege ihres Amtes entsetzt werden 1. bei Verlust der Eigenberechtigung; 2. bei Verurteilung wegen eines Verbrechens „oder einer anderen aus Gewinnsucht begangenen oder gegen die öffentliche Sittlichkeit verübten strafbaren Handlung“. Verlust der österreichischen Bundesbürgerschaft zieht den Verlust der Richterstellung von selbst nach sich. Eine zeitweise Enthebung ist ausgeschlossen, eine Versetzung gegen ihren Willen nur im Rahmen des § 28 VerfUebGes. möglich. Ein Laienrichter kann nicht Einzelrichter, Vorsitzender, beauftragter oder ersuchter Richter sein.

c) Richter beim Bundesgerichtshof. α) Die ordentlichen Mitglieder sind Berufsrichter (Art. 177 V BV.). Ihr Disziplinargericht ist die Vollversammlung des BuGH., Anklagevertreter der Generalprokurator. Disziplinarbestrafung mit Dienstentlassung bedarf der Zweidrittelmehrheit (§ 7 II B. G. G.). Wird ein ordentliches Mitglied in die Bundes-, eine Landesregierung, ein vorberatendes gesetzgebendes Organ, einen Land- oder Ortsgemeindetag oder in die Vertretung eines Ortsgemeindenverbands berufen, so ist es so zu behandeln, als wäre es in den dauernden Ruhestand versetzt worden (§ 8 I. c.). β) Die außerordentlichen Mitglieder sind nicht Berufsrichter. Sie erhalten Präsenzgelder (§ 9 I. c.). An Stelle der Disziplinarstrafe der Pensionierung oder Dienstentlassung tritt die Enthebung vom Amte. Diese erfolgt auch bei Dienstuntauglichkeit wegen körperlichen oder geistigen Gebrechens nach Erhebungen, die der Präsident durch einen beauftragten Richter vornehmen läßt, und Anhörung des Generalprokurators, allenfalls auch des Betroffenen, durch Beschluß der Vollversammlung (§ 10 I. c.). Die Mitgliedschaft erlischt auch, wenn der Verfassungssenat mit Zweidrittelmehrheit feststellt, daß ein außerordentliches Mitglied drei aufeinanderfolgenden Einladungen zu einer Verhandlung ohne genügende Entschuldigung nicht Folge geleistet hat (§ 11 I. c.).

d) Alle Mitglieder des Abrechnungsgerichtshofs — auch die Laienrichter — sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig (§ 56 V VorkrSchG.), insbesondere unabsetzbar (§ 6 I Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562). Amtsenthebung gegen den Willen des Mitgliedes ist nur möglich

(§ 12 Vdg.) bei α) Verlust der Eigenberechtigung; β) dauernder Amtspflichtenvernachlässigung ohne genügende Entschuldigung; γ) Verübung einer des Richteramtes unwürdigen Handlung. Über die Enthebung entscheidet ein DiszSen. von drei rechtskundigen und zwei fachkundigen Mitgliedern, wenn möglich nach Anhörung des Betreffenden. Über etwaige Suspension während des Verfahrens entscheidet der Präsident.

e) Mitglieder des Patentgerichtshofs (§ 41 PatG.) haben Funktionsgebühren und sind einschließlich der Laienrichter unabhängig. Für sie gilt grundsätzlich das gleiche wie für die Berufsrichter bei den ordentlichen Gerichten, doch werden sie nur auf 5 Jahre ernannt. Wiederberufung ist zulässig. Ihr Amt erlischt ferner von selbst mit dem 31. Dezember des Jahres, in welchem sie 70 Jahre alt werden. Als Disziplinargericht fungiert der Patentgerichtshof selbst. Die Anklage vertritt der Generalprokurator (§ 4 Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154). Bei Laienrichtern tritt an die Stelle der Dienstentlassung die Amtsentsetzung. Amtsverlust von selbst tritt ein bei Verlust der Bundesbürgerschaft oder der Eigenberechtigung.

f) Konsularrichter sind Berufsrichter. Für sie gelten die gleichen Vorschriften wie für die Berufsrichter bei den ordentlichen Gerichten. Ebenso

g) für die Berufsrichter beim Gewerbegericht (§ 9 GewGG.) und

h) beim Fachgericht für die Maschinenstickereiindustrie in Dornbirn (§ 9 FachGG.).

Die Beisitzer (§ 11 GewGG., § 11 FachGG.) werden bei beiden Gerichten auf 5 Jahre ernannt, inzwischen Ernannte für den Rest der fünfjährigen Periode. Der zuständige Bundesminister hat einen Beisitzer seines Amtes zu entheben, α) wenn dieser die österreichische Bundesbürgerschaft oder β) die Eigenberechtigung verliert; γ) wenn er wegen einer Straftat gerichtlich verurteilt wird, die von einer Anstellung bei Gericht ausschließen würde; δ) bei grober Verletzung oder ϵ) dauernder Vernachlässigung seiner Amtspflichten. Beim Gewerbegericht allein auch noch beim Ausscheiden aus der Gruppe, für die er bestellt ist. Eine Amtsenthebung aus anderen Gründen, eine Versetzung oder Pensionierung gibt es nicht.

i) Der Vorsitzende des Einigungsamtes und seine Vertreter sind überhaupt nur auf Widerruf ernannt (§ 4 EAG.), die andern Mitglieder auf 3 Jahre. Enthebung im Verwaltungswege ist möglich: α) wenn das Mitglied nicht mehr Vertreter der Gruppe ist, der es angehören muß; β) wenn Umstände eintreten, die es zur Anstellung bei Gericht unfähig machen würden; γ) bei grober Verletzung oder δ) dauernder Vernachlässigung der Amtspflichten (§ 3 III l. c.).

j) Schiedsrichter bei den staatlichen Schiedsgerichten sind als solche nicht unabhängig.

B. Für Richter besteht manchmal ein besonderer **Gerichtsstand** (§ 79 JN.).

C. Berufsrichter haben ein **Zutrittsrecht** zu Verhandlungen, bei denen die Öffentlichkeit aus einem anderen Grunde als wegen der Erörterung von Tatsachen des Familienlebens ausgeschlossen wurde (§ 174 II ZPO.).

4. *Pflichten.*

A. Unparteilichkeit (vgl. § 46 GerInstr. mit § 19 GOG.). Ihr dient die Möglichkeit der Ausschließung oder Ablehnung von Richtern.

I. Richter — auch Laienrichter — bei den ordentlichen Gerichten. a) Die Ausschließungsgründe sind im Gesetz (§ 20 JN., § 537 ZPO.) erschöpfend aufgezählt. Sie bestehen:

α) wegen des Interesses an der Partei 1. wenn der Richter selbst Partei ist, 2. wenn er zu einer Partei im Verhältnisse eines Mitberechtigten, 3. Mitverpflichteten, 4. Regreßpflichtigen oder (Ähnlichkeitsschluß) 5. Regreßberechtigten steht. Der Partei gleichzustellen ist der Nebenintervenient. Ist eine juristische Person Partei (Nebenintervenient) und ist der Richter ihr Mitglied, z. B. Aktionär, so gilt folgende Erwägung: „Mitberechtigter“ ist auch, wer zwar nicht das gleiche Recht an der Sache hat, aber ein anderes Recht. So ist auch der Pfandgläubiger „Mitberechtigter“ an der Sache. Nun hat jedes Mitglied einer juristischen Person auch einen Anteil am Vereinsvermögen und ist insoweit „Mitberechtigter“, daher als Richter in der Sache der juristischen Person ausgeschlossen. 6. Wenn seine Gattin, 7. ein Verwandter in gerader Linie oder 8. bis zum vierten Grad in der Seitenlinie, 9. ein Schwägerter in gerader Linie oder 10. bis zum zweiten Grad in der Seitenlinie, 11. ein Wahl- oder 12. Pflegeelternteil, 13. ein Wahl- oder 14. Pflegekind, 15. ein Mündel oder 16. Pflegebefohlener von ihm Partei oder Nebenintervenient ist; 17. wenn er Bevollmächtigter einer Partei (eines Nebenintervenienten) war oder 18. ist;

β) wegen des Interesses an der Entscheidung 1. wenn er an der Erlassung der mit einem Rechtsmittel oder 2. mit einem devolutiven Rechtsbehelf (arg. „untergeordneten“ § 20, Z. 5 JN.) angefochtenen Entscheidung teilgenommen hat. 3. Wenn wegen seiner trotz eines Ausschließungsgrundes erfolgten Beteiligung an der Entscheidung die Nichtigkeitsklage oder 4. wegen seiner Amtspflichtverletzung die Wiederaufnahmsklage erhoben wird, ist er von der Verhandlungsleitung und Entscheidung, nicht aber notwendig von sonstigen Prozeßhandlungen, ausgeschlossen. Der Ausschließungsgrund α) 6 gilt auch gegenüber der geschiedenen, nicht aber der getrennten Frau oder, wenn die Ehe für ungültig erklärt wurde. Der Ausschließungsgrund der Schwägerschaft überdauert die Auflösung der Ehe, durch welche erstere begründet wurde — ein Grundsatz, der sich auch im § 321 II ZPO. findet. Ein Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zum Bevollmächtigten einer Partei ist aber arg. „in Sachen“ (§ 20, Z. 2 JN.) kein Ausschließungsgrund (strittig). Die Berufung auf § 39 ZPO. versagt (arg. „dessen Bestimmungen“). Auch Willensunfähigkeit ist kein Ausschließungsgrund. Sie hat einfach ein Nichtverfahren zur Folge. Der Richter ist auch ausgeschlossen, wenn ein Grund beiden Parteien gegenüber besteht; „Aufrechnung“ der Ausschließungsgründe gibt es also nicht. Wer im Verfahren bei der unteren Instanz beauftragter Richter war, ohne an der Entscheidung mitzuwirken, ist nicht ausgeschlossen. Ebenso wenig (arg. „bei einem untergeordneten Gerichte“)

im Falle der Zurückverweisung an die erste Instanz, wer am aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat.

b) Befangenheit (§ 19, Z. 2 JN.). Ob sie vorliegt, ist nach freiem Ermessen zu entscheiden. Das Gesetz führt keine Gründe an. Hierher gehört der oben erwähnte Fall, daß der Richter mit dem Parteienvertreter verwandt oder verschwägert ist. Das Ansehen der Richterschaft und das so wichtige Vertrauen der Bevölkerung zur Rechtsprechung erfordert eine strenge Beurteilung der richterlichen Unbefangenheit. Genügt ja doch schon ein zureichender Grund, die Unbefangenheit „in Zweifel zu ziehen“ (§ 19, Z. 2 JN.). So mag einmal der Umstand, daß der Richter politisch hervorgetreten ist, aber auch, daß er schon vor der Entscheidung seine Ansicht über den Ausgang des Prozesses geäußert hat, was übrigens nach § 51 GerInstr. mit § 19 GOG. verboten ist (vgl. auch § 486 II ZPO.), z. B. er bleibe trotz der Aufhebung durch die obere Instanz bei seinem Urteil, genügen, ihn schon als befangen erscheinen zu lassen.

Die Bestimmungen über Ausschließung und Befangenheit gelten auch für Hilfsrichter und Richteramtsanwärter (§ 45 GOG.).

c) Rechtsfolgen. α) Gemeinsame: 1. Erkennt ein beauftragter oder ersuchter Richter (Hilfsrichter) einen Grund für seine Ausschließung oder Befangenheit, so muß er dies dem Gerichtsvorsteher — dieser selbst seinem Stellvertreter und mangels eines solchen oder, wenn durch das Ausscheiden des Vorstehers das Gericht beschlußunfähig würde, dem Vorsteher des übergeordneten Gerichts — unverzüglich anzeigen (§ 22 GOG.). Die Anzeige kann administrativ erledigt werden, insbesondere durch Anordnung der erforderlichen Stellvertretung. Der zuständige Gerichtsvorsteher kann aber auch, insbesondere wenn er die Anzeige, die er nicht einfach abweisen darf, für unbegründet hält, eine gerichtliche Entscheidung nach §§ 23—25 JN. erwirken (§§ 22, 28 GOG.). Die Entscheidung steht bezüglich eines Richters des Bezirksgerichts dem Bezirksgerichtsvorsteher und, wenn dieser selbst allein oder mit anderen Richtern des Bezirksgerichts in Frage steht, dem übergeordneten Gerichtshof zu. Dieser ist auch bezüglich seiner eigenen Richter zuständig; würde er durch das Ausscheiden des oder der in Frage kommenden Richter beschlußunfähig, so entscheidet der zunächst übergeordnete Gerichtshof. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung, aber allenfalls nach amtswegigen Erhebungen und Einvernehmungen, durch Beschluß. Dieser ist (§ 22 III GOG. mit § 24 II JN.) nur anfechtbar, wenn er den Richter nicht für ausgeschlossen oder befangen erklärt. Der Rekurs gegen einen Beschluß des Gerichtshofs bezüglich eines Richters beim Bezirksgericht geht dann an das OLG., da der Gerichtshof hier ja in erster Instanz entschieden hat. Rekursberechtigt ist der Richter, der die Anzeige erstattet hat. Wird durch das Ausscheiden ausgeschlossener oder befangener Richter ein ganzes Gericht beschlußunfähig, so muß das übergeordnete Gericht ein anderes Gericht gleicher Gattung delegieren (§ 30 JN.).

2. Jede Partei — nicht nur die allenfalls benachteiligte — kann einen Richter (Hilfsrichter, Richteramtsanwärter, § 45 GOG.) wegen eines

Ausschließungsgrundes oder wegen Befangenheit ablehnen (§ 19 JN.). Das gilt auch für jeden Streitgenossen und Nebenintervenienten. Aber nur der einzelne Richter, nicht die ganze Gerichtsabteilung als solche, kann abgelehnt werden. Es genügt die bloße Besorgnis der Befangenheit (strittig). Die Ablehnung erfolgt bei dem Gericht, dem der abzulehnende Richter angehört, durch Schriftsatz oder — insbesondere in der mündlichen Verhandlung — zu Protokoll. Sie ist zu begründen; der abgelehnte Richter hat sich zu äußern (§ 22 I, II JN.).

3. Solange das Verfahren über die Anzeige oder Ablehnung noch nicht rechtskräftig erledigt ist, hat der betreffende Richter alle unaufschiebbaren Handlungen vorzunehmen; ist die Ablehnung offenbar unbegründet und Verschleppungsabsicht zu vermuten, so hat er auch eine begonnene Verhandlung fortzusetzen, darf jedoch die Endentscheidung vor rechtskräftiger Zurückweisung der Ablehnung nicht fällen (§ 25 JN.). Wird die Ablehnung rechtskräftig zurückgewiesen, so hat er die Entscheidung binnen 8 Tagen zu fällen. Sie wird nicht verkündet (§ 415 ZPO.). Wird der Richter für ausgeschlossen oder befangen erklärt, so sind alle seine Prozeßhandlungen nichtig und, soweit erforderlich, aufzuheben (§ 25 JN.).

β) Unterschiede in den Rechtsfolgen: 1. Ein Richter (Hilfsrichter), der nicht beauftragter oder ersuchter Richter ist, sowie ein Richteramtsanwärter ist nur bei Vorliegen eines Ausschließungsgrunds, nicht wegen Besorgnis der Befangenheit zur Anzeige verpflichtet (§ 22 I gegen II GOG.). Der Grund für die verschiedene Behandlung liegt darin, daß die Partei bei den Amtshandlungen des beauftragten oder ersuchten Richters meist nicht zugegen ist, also nicht die Möglichkeit hat, die Befangenheitsgründe geltend zu machen, während ihr dies beim erkennenden Richter ohne weiters überlassen werden kann.

2. Ausschließungsgründe können jederzeit geltend gemacht werden; dagegen kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht ablehnen, „wenn sie sich bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat“ (§ 21 II JN.).

3. Einen Befangenheitsgrund muß die ablehnende Partei bescheinigen; ebenso den Umstand, daß er erst nach Einlassung in die Verhandlung durch die Partei oder nach Antragstellung entstanden oder der Partei bekanntgeworden ist; von Amts wegen ist er nur vom beauftragten oder ersuchten Richter zu beachten. Ausschließungsgründe sind stets von Amts wegen festzustellen (§ 22 III, IV JN.; vgl. auch §§ 494, 510 II mit § 477 I, Z. 1 ZPO.).

4. Die Teilnahme eines ausgeschlossenen Richters an der Entscheidung ist an und für sich ein Nichtigkeitsgrund; bei Befangenheit ist das nur der Fall, wenn die Ablehnung — wohl auch die Anzeige — vom Gericht als berechtigt erkannt worden ist (§ 477 I, Z. 1 ZPO.).

5. Nur ein Ausschließungsgrund kann Grund für die Nichtigkeitsklage sein (§ 529 I, Z. 1 ZPO.).

II. Mitglieder und Schriftführer des Bundesgerichtshofs (§ 26 B. G. G.) „haben sich unter Anzeige an den Präsidenten der Aus-

übung ihres Amtes wegen Befangenheit zu enthalten“, wenn einer der im Gesetz angeführten Gründe, die von den in §§ 19f. JN. genannten in geringem abweichen, vorliegt. Bei der Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Gesetzen oder Verordnungen ist ausgeschlossen, wer dem rechtschaffenden Organ zur Zeit ihrer Erlassung oder dem antragstellenden Gericht zur Zeit der Antragstellung angehört hat. Auch die Partei hat ein Ablehnungsrecht. Die nötigen Verfügungen trifft der Präsident.

III. Beim Abrechnungsgerichtshof ist eine Ablehnung nicht zulässig (§ 10 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562). Die Ausschließungsgründe sind dieselben wie bei den ordentlichen Gerichten. Die Entscheidung trifft der Abrechnungsgerichtshof selbst (§ 11 l. c.).

IV. Mitglieder des Patentgerichtshofs (§ 42 PatG.) sind aus den in § 20, Z. 1 bis 4 JN. genannten Gründen ausgeschlossen und ferner in Sachen, „bezüglich deren sie einen materiellen Vorteil oder Schaden erfahren oder in Aussicht haben“, sowie wenn sie „bei Schöpfung der Entscheidungen bei dem Patentamte mitgewirkt haben“. Befangenheit oder Ablehnung ist nicht vorgesehen.

Ferner darf ein Mitglied des Patentgerichtshofs bei der Verhandlung und Entscheidung über die Berufung gegen eine Endentscheidung der Nichtigkeitsabteilung des Patentamts über einen Antrag auf Nichtigklärung eines Patentes nicht mitwirken, wenn es bei der Beschlußfassung über die öffentliche Bekanntmachung seiner Anmeldung oder über seine Erteilung beim Patentamt mitgewirkt hat. In andern Fällen nur, wenn außerdem über den dem Antrag zugrunde liegenden Tatbestand — auch bezüglich der Zulässigkeit einer Eintragung im Markenregister — bereits das Patentamt entschieden hat (§ 7 Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154).

V. Für die Richter beim Konsular-, Gewerbe- und Fachgericht für Maschinenstickereiindustrie gilt grundsätzlich das gleiche wie bei den ordentlichen Gerichten (vgl. auch § 15 GewGG., § 15 FachGG.); doch entscheidet über die Ablehnung des Konsularrichters in Kairo der OGH. (§ 5 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413) und über die Ablehnung eines Beisitzers des Gewerbe- oder Fachgerichts der Vorsitzende.

VI. Bei den Einigungsämtern fehlen besondere Vorschriften; doch dürfte sich aus § 10 EAG. ergeben, daß das gleiche wie für die Gewerbegerichte gilt.

VII. Die Vorschriften für die staatlichen Schiedsgerichte sind nicht einheitlich.

B. Richtern ist es verboten, in Rücksicht auf ihr Amt für sich oder ihre Angehörigen mittelbar oder unmittelbar vor oder nach Beendigung eines Amtsgeschäfts von wem immer **Geschenke anzunehmen** oder sich andere Vorteile zuwenden zu lassen (§ 49 GerInstr. mit § 19 GOG.).

C. Jeder Richter ist verpflichtet, die **Erledigung** der bei Gericht anhängigen Angelegenheit möglichst zu **beschleunigen** (§ 46 GerInstr. mit § 19 GOG.).

D. Auch außer Dienst hat sich der Richter **standesgemäß** zu verhalten und alles zu vermeiden, was das Vertrauen in seine Tätigkeit vermindern könnte (§ 47 GerInstr. mit § 19 GOG.).

E. Nebenbeschäftigungen sind zwar grundsätzlich gestattet, doch dürfen sie dem Dienst keinen Eintrag tun (§ 48 GerInstr. mit § 19 GOG.).

F. Wahrung des Amtsgeheimnisses (§ 50 GerInstr. mit § 19 GOG.; § 21 II GOG.; § 6 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562; § 12 GewGG.; § 12 FachGG.). Vgl. auch §§ 320, Z. 3, 372 ZPO.

G. Die Richter — auch die fachmännischen Laienrichter — haben bei allen Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht und bei Abnahme des Eides, ausgenommen durch einen ersuchten oder beauftragten Richter, das Amtskleid zu tragen (§ 59 II GeO.). Dem Berufsrichter wird es aus Bundesmitteln beige gestellt (§ 44 GehGes.).

H. Syndikatshaftung ist Haftung des Richters für Schädigung durch richterliche Tätigkeit.

α) Bei den ordentlichen Gerichten. Rechtsquelle ist das Syndikatsgesetz v. 12. VII. 1872, R. 112 i. d. F. des Art. XII 1. GEN. und Art. VI 7. GEN. mit § 8 VerfUebGes. Berufs- und Laienrichter haften, wenn sie in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit durch Übertretung ihrer Amtspflicht einer Partei vorsätzlich oder grobfahrlässig eine Rechtsverletzung und dadurch einen Schaden zufügen, dem durch ein Anfechtungsmittel nicht abgeholfen werden kann. Der Richter haftet als Hauptschuldner, im Innenverhältnis als Alleinschuldner, der Bund als Bürge und Zahler. Die Haftung besteht auch in Ausübung der Justizverwaltung und kann auch durch eine Unterlassung, z. B. der Rechtsbelehrung, begründet werden. „Partei“ ist hier jeder, der eine Amtshandlung in Anspruch nimmt oder vom Gerichte, z. B. als Zeuge, in Anspruch genommen wird. Bei einem Beschluß haften alle, die dafür gestimmt haben, insoweit sie dem Kläger im Strafverfahren bekannt geworden sind.

Der Syndikatsanspruch kann im Verwaltungswege beim OLG.-Präsidenten (Vdgn. v. 6. VI. 1918, R. 206, v. 26. IV. 1923, B. 246, 8. VII. 1927, B. 222 und v. 21. XI. 1930, B. 331) oder gerichtlich mit Klage geltend gemacht werden. Zuständig ist das OLG., in dessen Sprengel der schuldtragende Richter seinen Amtssitz hat. Handelt es sich um den Präsidenten oder einen Senat des OLG. selbst, so hat der OGH. auf Antrag ein anderes OLG. zu delegieren. Auch die Richter des OGH. haften nach dem Syndikatsgesetz, da dieses keine Ausnahme macht (strittig).

β) Bei den Sondergerichten. Da § 4 SyndG. nur von Richtern „bei den Gerichtshöfen und den Bezirksgerichten“ spricht, gilt dieses Gesetz jedenfalls mangels besonderer Bestimmung für die Gewerbegerichte, das Fachgericht für Maschinenstickereiindustrie und die Einigungsämter nicht. Bundes-, Abrechnungs- und Patentgerichtshof sind zwar Gerichtshöfe, doch bestanden sie zur Zeit der Erlassung des SyndG. noch nicht. Art. 177 V BV. erklärt zwar die ordentlichen Mitglieder des BuGH. für Berufsrichter, aber doch nur die Bestimmungen über die Unabhängigkeit, nicht über die Verantwortlichkeit, ausdrücklich für anwendbar. Ebenso § 56 V VorkrSchG. bezüglich der Mitglieder des Abrechnungsgesichtshofes. Auch fehlt trotz anderer Hinweise ein entsprechender Hinweis im § 41 PatG. Somit bleibt das SyndG. bezüg-

lich der Sondergerichte auf den Konsularrichter in Kairo beschränkt; hier ordnet nämlich § 4 II Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413 die Anwendung ausdrücklich an. Zuständig ist in erster und letzter Instanz der OGH.

I. Aktive Richter dürfen eine **Bestellung als Schiedsrichter nicht annehmen** (§ 578, ZPO.)

5. „Erkennender Richter“,

„erkennendes Gericht“ (vgl. z. B. §§ 171, 276 ZPO.) ist der Richter, der über die Hauptsache entscheiden kann. Das ist auch der beauftragte Richter bei der ersten Tagsatzung, weil er eine Sachentscheidung fällen oder den Prozeß abweisen kann.

6. Das Prozeßgericht

steht im Gegensatz zum helfenden Richter (vgl. § 284 II ZPO.).

γ) Gerichtsbeamte.

Die Gerichtskanzlei (§ 16 JN.) heißt jetzt Geschäftsstelle (§ 2 I GeO.). Sie besteht aus dem Vorsteher (§ 30 II GeO.) und (§ 29 GeO.) 1. Fachbeamten (Leitung, wirtschaftlicher Dienst, Grundbuchs-, Register- und Rechnungsführung, selbständiger, erweiterter und vorbereitender Wirkungskreis, höherer Vollstreckungsdienst); 2. Kanzleibeamten (Sichten und Verteilen des Einlaufs, Schreibarbeiten, Abfertigung, Hilfsdienst); 3. Zwangsvollstreckungsbeamten (vgl. § 17 JN.); 4. Hilfsbeamten (Saalwärter, Türhüter, Fernsprehdienst, Zustellung, Reinigung, Verpackung); 5. Vertragsangestellten. Bei Gerichten mit mehreren Gerichtsabteilungen soll auch die Geschäftsstelle nach Tunlichkeit Geschäftsabteilungen haben. Doch bleiben z. B. Präsidialabteilung, Aktenlager und Geldebuch trotzdem für das ganze Gericht einheitlich (vgl. § 2 GeO.). Die Einlaufstellen mehrerer in einem Gebäude untergebrachter Gerichte können vereinigt werden (§ 37 II GeO.).

Für die Geschäftsverteilung zwischen Gericht und Geschäftsstelle gibt es drei Systeme: 1. das alte gemeinrechtliche: nur der Richter hat selbständige Funktionen, der Gerichtsbeamte nur unselbständige über richterlichen Auftrag im Einzelfall; 2. das französische: der Richter nimmt nur die zur Entscheidung führenden Handlungen vor, die andern der Gerichtsbeamte; 3. ein vermittelndes; das geltende österreichische Recht folgt ihm: die Geschäftsstelle hat neben a) der vorbereitenden Tätigkeit (Entwurf richterlicher Erledigungen), b) einen selbständigen (§§ 54ff. GOG.) und c) einen erweiterten Wirkungskreis, der im Rahmen des § 56a GOG. durch Verordnung bestimmt wird. Zum selbständigen Wirkungskreis gehört z. B. die Entgegennahme rechtlich einfachen protokollarischen Anbringens, Erteilung von Ausfertigungen, Auszügen, Abschriften, Auskünften und Bestätigungen; zum erweiterten Wirkungskreis die Bestätigung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit, die Erlassung von Zahlungsbefehlen im Mahnverfahren und die Erteilung des Armenrechts in den Rechtssachen des erweiterten Wirkungskreises (§ 5 Vdg. v. 20. XII. 1929, B. 412 i. d. F. v.

2. IV. 1931, B. 110). In gewissen Fällen muß aber der Fachbeamte ein Geschäftsstück des erweiterten Wirkungskreises dem Richter vorlegen (§ 4 I. c.): α) Wenn sich der Richter dies vorbehalten hat; β) wenn der Fachbeamte von der ihm bekannten Stellungnahme des Richters abweichen will. γ) bei rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten der Bearbeitung. Nur vom Richter sind zu erledigen: α) Rechtsmittel und Beschwerden; β) Geschäftsstücke, deren Erledigung an eine vorgesetzte oder γ) ausländische Behörde oder δ) an eine Vertretungsbehörde zu senden sind; ε) Ordnungsstrafen dürfen nur vom Richter verhängt werden.

Richteramtsanwärter sind auch in den Geschäften der Geschäftsstelle zu unterweisen.

Gerichtsbeamte, die als Zustellungs-, Beurkundungs- oder Vollstreckungsorgane einschreiten, können in gleicher Weise wie die Richter abgelehnt werden. Die Entscheidung trifft unanfechtbar der Gerichtsvorsteher (§ 26 JN.). Syndikatshaftung besteht wie bei Richtern (§ 4 SyndG.).

δ) Hilfsorgane, die nicht Bundesangestellte sein müssen.

1. *Schriftführer.*

Der Schriftführer als solcher ist nicht Bundesangestellter. Wohl aber werden Bundesangestellte als Schriftführer verwendet, z. B. Gerichtsbeamte. Werden Personen, die noch keinen Dienst (Pflichtenangelegenheit) geleistet haben, als Schriftführer verwendet, so müssen sie beidigt werden (§ 15 JN., § 3 GeO.). Der Schriftführer beurkundet die Vorgänge vor dem Richter. Er hat keine beratende Stimme. Ausnahme: der Sekretär des Börsenschiedsgerichtes (Art. XV EGZPO.). Der Richter kann nicht selbst Schriftführer sein. Ausnahme: im Bagatellverfahren (§ 451 III ZPO.). Der Schriftführer muß die Vorgänge, die er beurkundet, selbst zur Gänze wahrgenommen haben. Wird er zeitweilig entfernt (§ 207 III ZPO.), so kann er das inzwischen Vorgekommene nicht beurkunden. Er muß nicht selbst schreiben, aber die Richtigkeit der Niederschrift durch seine Unterschrift bestätigen. Ist er mit dem Richter über einen Vorgang verschiedener Meinung, so hat er nach Weisung des Richters zu protokollieren, aber seine Bemerkungen beizusetzen. Er kann in gleicher Weise wie der Richter abgelehnt werden (§ 26 JN.). Die Entscheidung trifft der Gerichtsvorsteher.

Ein Schriftführer ist beizuziehen: a) Zwingend, ausgenommen im Bagatellverfahren (§ 451 III ZPO.): α) Bei allen mündlichen Gerichtsverhandlungen, wenn auch mit Unterbrechungen (§ 207 ZPO.). β) Zu Protokollen auch außerhalb einer mündlichen Verhandlung. Das ergibt § 216 ZPO., wonach das Protokoll die „im § 207 erwähnten Angaben“, somit also auch „die Benennung . . . des Schriftführers“ zu enthalten hat; vgl. auch § 213 I ZPO. γ) Zum Unterschreiben der Urteilsurschrift; nicht bei Beschlüssen (§ 418 gegen § 429 ZPO.). δ) Zur Verlesung des Verhandlungsprotokolls erster Instanz in der mündlichen Berufungsverhandlung (§ 486 ZPO.) und ε) in der Verhandlung vor dem Revisionsgericht (§ 513

ZPO.); hier auch zur Verlesung des Protokolls über die Berufungsverhandlung. b) *Fakultativ*: Zur Verlesung von Protokollen des vorbereitenden Verfahrens in der Streitverhandlung; sie kann auch durch ein Senatsmitglied erfolgen (§ 262 II ZPO.).

Der Schriftführer gehört nicht zur vorschriftsmäßigen Gerichtsbesetzung; sein Fehlen ist daher nicht der Nichtigkeitsgrund nach § 477 I, Z. 2 ZPO. Mängelrüge ist möglich.

2. *Stenograph.*

Während im Fall des § 209 V ZPO. der Schriftführer stenographiert, erfolgt die stenographische Aufzeichnung der Beweisaufnahme (§ 280 ZPO) durch einen oder mehrere vom Schriftführer verschiedene Stenographen. Ein solcher Stenograph kann nicht abgelehnt werden, muß aber, wenn ihm ein Grund bekannt ist, der einen Richter ausschließen würde, dies dem Gerichtsvorsteher anzeigen, der darüber entscheidet (§ 27 JN.).

3. *Dolmetsch.*

Die ZPO. bestimmt nur, daß der Name des zugezogenen Dolmetschers in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen ist (§ 207 I, Z. 1) und daß der Dolmetsch dann auch das Protokoll zu unterschreiben hat (§ 213 III). Nach § 84 GeO. ist ein Dolmetsch beizuziehen, wenn eine Person zu vernehmen ist, die weder deutsch noch eine andre Sprache kann, die der Richter und der beizuziehende Schriftführer verstehen. Ebenso bei Taubstummen, Tauben und Stummen, wenn eine verlässliche Verständigung sonst nicht möglich ist. Der Dolmetsch ist zu beeden, bzw. an seinen Diensteid zu erinnern. Gerichtsdolmetsche sind für ständig beeedet. Bezüglich Ablehnung und Ausschließung gilt das gleiche wie für den Stenographen.

4. *Andere Sachverständige.*

5. *Gemeindevorsteher*

werden als Zustellstelle verwendet.

d) **Besetzung der Gerichte.**

α) Allgemeines.

Zu unterscheiden ist 1. die Besetzung der Gerichtsanstalt. Hier handelt es sich um die Frage, wer an dem betreffenden Gerichte angestellt ist, also um das Personal des Gerichtes. 2. Die Besetzung der Gerichtsbank. Darnach unterscheidet man vor allem Einzel- und Kollegialgerichte.

β) *Ordentliche Gerichte.*

1. *Personal.* Die auf einen bestimmten Dienstposten ernannten Richter sind damit einem bestimmten Gerichte zugewiesen, die anderen und alle Hilfsrichter werden innerhalb des OLG.-Sprengels vom OLG.-Präsidenten den Gerichtshöfen und den nicht am Sitze des Gerichtshofs befindlichen Bezirksgerichten zugeteilt. Der Präsident des Gerichtshofs erster Instanz teilt sie mit Genehmigung des OLG.-Präsidenten auf den

Gerichtshof und die Bezirksgerichte am Sitze des Gerichtshofs auf (§ 4 Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83). Die Laienrichter sind immer für ein bestimmtes Gericht ernannt. Die Richter des OGH. sind ihm schon durch die Ernennung zugewiesen (§ 3 Ges. v. 25. I. 1919, St. 41). Der Gerichtsvorsteher heißt bei den Gerichtshöfen Präsident.

2. *Die Gerichtsbank.* A. Allgemeines. Die Geschäftsverteilung bei den einzelnen Gerichten erfolgt für die in der Gerichtsverfassung bestimmte Zeit im voraus (Art. 103 BV.), d. i. für ein Kalenderjahr (§ 4 Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422 i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83), durch den Gerichtsvorsteher; sie muß bei Bezirksgerichten dem Vorsteher des übergeordneten Gerichts angezeigt werden. Der Präsident des Gerichtshofs erster oder zweiter Instanz kann sich die Genehmigung bezüglich der Bezirksgerichte vorbehalten. Die Geschäftsverteilung beim Gerichtshof erster Instanz unterliegt der Genehmigung des OLG.-Präsidenten, die Geschäftsverteilung beim OLG. der Genehmigung des BMfJ. Aus wichtigen dienstlichen Gründen (Änderung des Personalstandes, Überlastung, zu geringe Beschäftigung einzelner Richter u. dgl.) können die Gerichtsvorsteher die Geschäftsverteilung bei den ihnen unterstehenden Gerichten unter Anzeige an den übergeordneten Gerichtshofpräsidenten — der OLG.-Präsident an den BMfJ., der OGH.-Präsident ohne solche — ändern. Der BMfJ. kann es bezüglich aller Gerichte (l. c.) ausgenommen den OGH. Die Geschäftsverteilung soll nach der GeO. grundsätzlich nach den Anfangsbuchstaben des Namens, bei besonderen Verhältnissen nach dem Wohnsitz des Beklagten (Erstbeklagten) erfolgen. Doch können auch Fachabteilungen, z. B. für Bestandsachen, gebildet werden (§§ 18ff. GeO.). Bei den Gerichtshöfen erster Instanz kann derselbe Richter als Vorsitzender oder als Mitglied in mehreren Senaten oder als Vorsitzender in einem und als Mitglied im andern und stets daneben auch als Einzelrichter bestellt sein (§ 15 GeO.). Hat ein Richter entgegen der Geschäftsverteilung eine Sache erledigt, so liegt weder Unzuständigkeit noch unrichtige Besetzung vor.

Gerichte mit mehr als einem Richter zerfallen in Gerichtsabteilungen.

B. Bei den ordentlichen Gerichten.

I. Bezirksgerichte. Hier fungiert stets ein (rechtsgelehrter) Einzelrichter.

II. Gerichtshöfe erster Instanz. Als Gerichtsbank können fungieren: α) Einzelrichter; β) Senat; γ) der Senatsvorsitzende als solcher; δ) der Gerichtsvorsteher als solcher; ϵ) ein beauftragter Richter.

Zu α): Einzelrichter beim Gerichtshof ist nicht schon jeder allein fungierende Richter (einzelne Richter). Der Einzelrichter im technischen Sinn steht im Gegensatz zum Vorsitzenden oder Gerichtsvorsteher als solchem und zum beauftragten Richter (§§ 7, 7a gegen § 34 JN.). Einzelrichter sind diese letzteren nur in den im Gesetz genannten Fällen. Auch der die erste Tagsatzung leitende Richter ist

Einzelrichter, wenn er zum Schluß in der Sache selbst entscheidet oder den Prozeß abweist. Der ständig bestellte Einzelrichter entscheidet in folgenden Fällen:

1. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten, wenn der Streitwert nicht über 50.000 S beträgt (Wertbesetzung). Der maßgebende Zeitpunkt ist der Beginn der mündlichen Streitverhandlung. Änderungen des Klagebegehrens nach diesem Zeitpunkt sind ohne Einfluß auf die Besetzung; 2. in Streitigkeiten über die Anerkennung oder 3. Bestreitung der ehelichen Abstammung; 4. über die nichteinverständliche Scheidung und 5. über die nichteinverständliche Trennung; 6. über die Gültigkeit einer Ehe — soweit nicht kirchliche Zuständigkeit besteht — einschließlich der mit den genannten Ehestreitigkeiten verbundenen vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Eheverhältnis ohne Rücksicht auf ihren Wert (§ 7a JN.); 7. in Bagatellsachen und 8. über Besitzstörungsklagen von Richtern und gegen Richter (Art. XIV, Z. 1 EGJN.); 9. über die Hauptintervention und 10. die Klagen der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten wegen Gebühren und Auslagen, wenn der Hauptprozeß vor dem Einzelrichter geführt wird und noch nicht rechtskräftig beendet ist (§ 95 II JN.); 11. wenn es sich im Fall 10 um eine Bagatellsache handelt, auch wenn der Hauptprozeß schon rechtskräftig beendet ist (Art. XIV, Z 1 EGJN, der insoweit durch die neue Fassung des § 95 JN. inhaltlich geändert wurde). Die übrigen Zusammenhangszuständigkeiten sind ohne Einfluß auf die Besetzung (arg. contr. § 95 II JN.). In den Fällen 2 bis 11 ist Artbesetzung (Eigenbesetzung) gegeben. Bei den verbundenen vermögensrechtlichen Streitigkeiten, sowie in den Fällen 9 und 10 liegt Zusammenhangsbesetzung vor.

Dem Einzelrichter stehen ferner folgende einzelne Prozeßhandlungen zu: 1. Zahlungsaufträge im Mandatsverfahren; 2. wechsel- und 3. scheckrechtliche Zahlungsaufträge (§ 7 III JN., § 24 ScheckG.); 4. Der Einzelrichter hat in den ihm zugewiesenen Rechtssachen alle Befugnisse des Senats, z. B. zu Verbindung und Trennung, aber auch zur Anordnung sofortiger Verhandlung über die Hauptsache nach Verwerfung einer Prozeßeinrede. Ein Umkehrschluß aus § 203 ZPO. wäre unzulässig, da dieser zu einer Zeit erlassen wurde, als es ständige Einzelrichter beim Gerichtshof noch nicht gab.

Zweite Instanz über dem Einzelrichter ist stets das OLG., nicht etwa der Senat.

Zu β): 1. Allgemeines. Der Senat hat in allen Fällen zu fungieren, die nicht einem einzelnen Richter zugewiesen sind. Die Sache steht ihm also im Zweifel zu (§ 34 JN.). Er muß sie auch selbst erledigen, da die Übertragung an einen beauftragten Richter nur in den gesetzlich zulässigen Fällen möglich ist (§ 34 I JN.). Die Frage, ob eine Rechtssache vor den Einzelrichter oder vor den Senat gehört, ist keine Frage der Zuständigkeit (Zuständigkeitstheorie), sondern der Besetzung (Besetzungstheorie). Das ergeben unzweifelhaft §§ 56 I, II, 60 I, IV JN. und § 226 II ZPO. Daher begründet die Verletzung der betreffenden Vorschriften in jeder Lage des Verfahrens eine von Amts wegen

wahrzunehmende Nichtigkeit. Auch eine Vereinbarung der Parteien kann grundsätzlich eine vor den Einzelrichter gehörige Sache nicht wirksam vor den Senat bringen. Wohl aber können, wenn der Streitwert mehr als 50.000 S beträgt (Wertbesetzung: Senat), die Parteien wirksam vereinbaren, daß die Sache vom Einzelrichter entschieden werde. Diese Vereinbarung kann ausdrücklich geschehen und muß dem Gerichte spätestens bis zum Beginne der mündlichen Streitverhandlung nachgewiesen werden, widrigenfalls jede Partei den Mangel der Besetzung geltend machen kann. Andererseits aber hat der Einzelrichter, wenn diese Geltendmachung nicht vor Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache — nicht notwendig bei der ersten Tagsatzung — geschieht, nicht das Recht, den Mangel von Amts wegen zu beachten (§ 7a IV JN.).

Die erwähnte Bestimmung zeigt eine Annäherung an die Rechtsfolgen der Unzuständigkeit — auch an die verschwiegene.

Eine Zusammenhangsbesetzung besteht für den Senat bezüglich der Hauptintervention und der Klagen der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten im Rahmen des § 95 II JN., soweit danach eben nicht entsprechend dem oben Ausgeführten der Einzelrichter zu entscheiden hat.

2. Zusammensetzung. Der Senat beim Gerichtshof erster Instanz besteht:

A. regelmäßig aus drei rechtsgelehrten Richtern (Zivilsenat), und zwar aus einem Vorsitzenden und zwei Mitgliedern (§ 7 I JN.).

B. In Handelssachen und in Angelegenheiten des Bergbaues tritt an die Stelle eines rechtsgelehrten Mitgliedes ein fachmännischer Laienrichter (Kausalsenat: Handelssenat oder bergrechtlicher Senat). Das gilt auch, wenn ein Kreis- oder Landesgericht über die Berufung gegen ein in Handels- oder Bergrechtssachen gefälltes bezirksgerichtliches Urteil im Hauptverfahren entscheidet. Ein solches Urteil liegt aber nur vor, wenn es einen ausdrücklichen Beisatz bezüglich der besonderen Gerichtsbarkeit (Gegensatz: allgemeine Gerichtsbarkeit) enthält, der nur auf Parteienantrag aufgenommen wird (§ 446 ZPO.). Im Berufungsvorverfahren entscheidet stets ein Zivilsenat, da § 7 II JN. nur §§ 480 bis 500 ZPO., nicht §§ 471 ff. ZPO. anführt.

Zivil- und Handelssenate gibt es bei jedem Gerichtshof erster Instanz, bergrechtliche Senate dagegen nur in Wien, Steyr, Salzburg, Innsbruck, Graz, Leoben und Klagenfurt.

Beim Handelsgericht in Wien entscheidet regelmäßig ein Handelssenat; dagegen ein Zivilsenat: a) über den Rekurs gegen einen Beschluß, den das Bezirksgericht für Handelssachen gefällt hat; b) gegen sein Urteil, wenn nur der Ausspruch über die Kosten angefochten oder c) über die Berufung, wenn ins Urteil ein die allgemeine Gerichtsbarkeit aussprechender Beisatz auf Parteienantrag (§ 446 ZPO.) aufgenommen wird; d) im Berufungsvorverfahren.

Über die Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts für Handelssachen, das den Beisatz enthält (§ 446 ZPO.), daß es in Bergrechtssachen

gefällt sei, entscheidet ein bergrechtlicher Senat beim Handelsgericht (§ 3 mit § 7 II JN. und § 446 ZPO.).

Kausal- und Zivilsenate stehen zueinander im Zuständigkeitsverhältnis. Eine Verletzung der diesbezüglichen Vorschriften hat also nicht unvorschriftsmäßige Besetzung, sondern Unzuständigkeit zur Folge (§ 61 JN.). Das gleiche gilt analog für das Verhältnis von Handels- und bergrechtlichen Senaten zueinander.

C. Wenn der Gerichtshof über Berufungen gegen gewerbegerichtliche Urteile in Streitsachen über 150 S entscheidet, so besteht der Senat aus drei rechtsgelehrten Richtern und je einem Beisitzer aus der Gruppe der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, also im ganzen aus fünf Richtern (§ 26 III GewGG.).

D. Ein Fünfersenat entscheidet auch über Berufungen gegen solche Urteile des Fachgerichtes für Maschinenstickerei. Von den Beisitzern wird einer aus der Berufsgruppe des Klägers, der andere aus der des Beklagten genommen (§ 27 III FachGG.).

§ 9 I JN. bestimmt, daß bei Verhandlungen und Entscheidungen die Zahl der Stimmführer in den Senaten nicht kleiner sein darf als vorgeschrieben. Aus § 477 I, Z. 2 ZPO. ergibt sich aber, daß sie beim erkennenden Gericht auch nicht größer sein darf, da sonst das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt ist. Für andere Prozeßhandlungen als Verhandlungen und Entscheidungen gilt § 35 I JN. Da nun Prozeßhandlungen außerhalb der mündlichen Verhandlung oder einer Sitzung ohnehin durch einen einzelnen Richter erfolgen, so kann hier die Zahl nicht kleiner sein. Es ist aber arg. contr. § 477 I Z. 2 ZPO. kein Nichtigkeitsgrund, wenn bei einer Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlung mehrere Richter mitwirken. „Zu Verhandlungen von längerer Dauer können vom Vorsitzenden Ergänzungsrichter zugezogen werden, welche an der Verhandlung teilnehmen und im Falle der Verhinderung eines Mitgliedes des Senates einzutreten haben“ (§ 9 II JN., eine Bestimmung zur Wahrung der Unmittelbarkeit des Verfahrens).

In gewissen, im § 36 GOG. angeführten Justizverwaltungssachen fungiert der Gerichtshofspräsident mit 10 oder wenigstens allen andern Mitgliedern des Gerichtshofs.

3. Beschlußfassung. Der Beschlußfassung kann eine Beratung vorausgehen. Sie ist nicht notwendig (arg. „etwa“, § 10 I JN.), aber stets nichtöffentlich (§ 413 ZPO.) und wird vom Vorsitzenden geleitet. Ist keine ausführliche Erörterung nötig, so kann sie auch im Verhandlungssaal mit leiser Stimme erfolgen (§ 117 IV GeO.). In schwierigen Fällen kann der Vorsitzende einen Berichterstatter bestellen (§ 413 ZPO.). Vorgeschrieben ist ein solcher nur: A. wenn ein vorbereitendes Verfahren der Streitverhandlung vorausgegangen ist (§ 262 I ZPO.). B. Bei der mündlichen Berufungsverhandlung (§ 486 I ZPO.). C. Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht (§ 513 ZPO.). Allen Senatsmitgliedern soll die Möglichkeit vorheriger Akteneinsicht geboten werden (§ 117 III GeO.).

Auch die Abstimmung erfolgt nichtöffentlich (§ 413 ZPO.) und wird vom Vorsitzenden geleitet (§ 10 I JN). Falls die Beratung im Verhandlungsaal selbst erfolgt, geschieht auch die Abstimmung in dieser Weise (Umfrage). Zuerst gibt der etwa bestellte Berichterstatter, dann der allenfalls vorhandene fachmännische Laienrichter, sodann die rechtsgelehrten Richter ihrem Dienstrange nach — der ältere vor dem jüngern — zuletzt der Vorsitzende seine Stimme ab (§ 10 II JN.). Alle Stimmen sind gleichwertig. Grundsätzlich ist die Abstimmung mündlich. Doch kann — auf Verlangen des Vorsitzenden muß — jedes Senatsmitglied seine Meinung samt Gründen in einer dem Beratungsprotokoll (Abstimmungsvermerk) beizuschließenden Niederschrift darlegen (§ 122 IV GeO.). Schriftlich kann die Abstimmung nur erfolgen: A. wenn keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, B. die Abstimmung nicht ohne Nachteil oder Gefahr bis zur nächsten ordentlichen Sitzung aufgeschoben werden kann und C. der Vorsitzende eine Beratung wegen Einfachheit der Sache nicht für nötig hält. Ergibt aber die schriftliche Abstimmung keine Einhelligkeit oder verlangt es ein Senatsmitglied, so muß mündliche Beratung und Abstimmung stattfinden (§ 122 V GeO.).

Jeder Richter muß bei jeder Frage so abstimmen, als ob er bei der Vorfrage mit der Mehrheit gestimmt hätte, also „*stante concluso*“. Ist er z. B. mit seiner Ansicht, der Schadenersatzanspruch sei abzuweisen, unterlegen, so muß er doch über die nunmehr erhobene Frage nach der Höhe des zu leistenden Ersatzes mitabstimmen. Im übrigen unterscheidet man Totalabstimmung, also Abstimmung über die ganze Entscheidung in einem, und Abstimmung nach Gründen, bei welcher die zur Entscheidung gelangende Frage in Einzelfragen aufgelöst wird. Die Ergebnisse beider Abstimmungen können verschieden sein. Bei einer Schadenersatzklage z. B. kann der eine Richter der Meinung sein, die Sache sei verjährt, der andere hingegen, den Beklagten treffe kein Verschulden, während der dritte bereits erfolgte Schadensgutmachung annimmt. Bei Totalabstimmung würde also die Klage einhellig abgewiesen werden, während bei Abstimmung nach Gründen jeder einzelne mit seiner Ansicht in der Minderheit bliebe, somit der Klage stattgegeben werden müßte. Aus § 12 II JN. ergibt sich nun, daß grundsätzlich die Totalabstimmung vorzunehmen ist; nur wenn sich bei dieser Schwierigkeiten ergeben, also, wenn z. B. im erwähnten Fall schon bei der Beratung die verschiedenen Gründe gegeneinander vorgebracht werden, hat der Vorsitzende die Abstimmung nach Gründen einzuleiten. Über Vorfragen, das ist über Fragen, bei deren Bejahung oder Verneinung eine weitere Abstimmung sich erübrigt, muß immer zuerst abgestimmt werden, so z. B. über die Zulässigkeit des Rechtswegs vor der Zuständigkeit; über diese oder über die Notwendigkeit von Ergänzungen des Verfahrens (§ 11 II JN.) vor der Hauptsache. Über jeden einzelnen Anspruch muß besonders abgestimmt werden (l. c.).

Die Beschlüsse erfolgen mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 12 I ZPO.). Wird diese bei keiner Frage erzielt, so gelten alle Fragen als verneint. Eine Ausnahme besteht nach § 12 III ZPO., wenn es sich um die Höhe

von Summen handelt. In diesem Falle „werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere Summe abgegebenen so lange hinzugezählt, bis sich eine absolute Stimmenmehrheit ergibt“. Stimmt also in einem Fünfersenat ein Richter für 500, zwei für 300, einer für 200 und einer für 100, so lautet der Beschluß auf 300. Auf Fristen oder artlich Verschiedenes ist diese Bestimmung nicht auszudehnen.

Der Vorsitzende faßt das Ergebnis der Abstimmung zusammen; nunmehr ist jede Stimmenabgabe unwiderruflich geworden, doch kann der Senat, solange er an seine Entscheidung nicht gebunden ist (§ 416 ZPO.), einen neuen Beschluß fassen. Über Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Richtigkeit der Zusammenfassung des Abstimmungsergebnisses durch den Vorsitzenden entscheidet der Senat.

Über die Beratung und Abstimmung ist ein besonderes Protokoll (Beratungsprotokoll) aufzunehmen (§ 14 JN.), welches geheim ist (§ 219 I ZPO.).

Zu γ): Der Senatsvorsitzende als solcher kann nur Gerichtshandlungen vornehmen, die ihm durch Rechtsvorschrift zugewiesen sind (§ 34 I JN.; vgl. z. B. §§ 25, 37, 180ff. ZPO.). Seine Prozeßleitung kann beim Senat (§ 186; vgl. z. B. auch § 342 ZPO.), seine sonstigen Beschlüsse, sofern sie nicht, wie z. B. im Falle der §§ 224 II, 524 II, III ZPO., durch Rechtsmittel unanfechtbar sind, mit Rekurs an das OLG. angefochten werden. Doch muß früher die Abänderung beim Senate beantragt werden (§ 516 ZPO.). Ausnahme: Bestimmung der Sachverständigengebühren (§ 365 V ZPO.).

In den im Gesetz erschöpfend angeführten Fällen ist der Vorsitzende Einzelrichter: 1. § 239 ZPO.; 2. § 386 II ZPO.; 3. § 398 I ZPO.; 4. § 484 ZPO.; 5. § 37 GOG., u. zw. Z. 1 (Einstweilige Zulassung eines Bevollmächtigten nach § 38 ZPO. bei Verhandlungen vor dem Vorsitzenden, insbesondere bei der ersten Tagsatzung); 6. Z. 3 (Bewilligung des Armenrechts); 7. Z. 4 (Aufforderung zur Erlegung von Urkunden nach § 82 ZPO.) und 8. (l. c.) Rückstellung von Urkunden nach § 83 ZPO.; 9. Z. 5 (Entscheidung über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der ersten Tagsatzung); 10. Z. 6 (über die Prozeßkosten und die Feststellung des zu ersetzenden Betrages bei Klagerücknahme vor oder bei der ersten Tagsatzung oder außerhalb einer mündlichen Verhandlung); 11. Z. 7 (Auftrag zur Zustellung der Berufungs- und Revisionschrift an den Gegner und der von diesem überreichten Schriftsätze an den Berufungs- oder Revisionswerber und die Vorlage an die Rechtsmittelinstanz oder an das Gericht, das die Akten an die Rechtsmittelinstanz zu befördern hat); 12. Z. 7a (Entscheidung über die Bestimmung der Zeugen- und Sachverständigengebühren); 13. Z. 7c (Entscheidung über die Kosten einer Beweissicherung); 14. Z. 8 (Auskünfte an andere Behörden sowie Einholung solcher Auskünfte; ferner die vorgeschriebene Verständigung von Behörden bei Anbringung von Klagen); 15. Z. 10 (Erteilung von Bestätigungen über die gesetzmäßige Beschaffenheit der Handelsbücher). Rechtsmittelinstanz in den genannten Fällen ist das OLG. Abänderung

durch den Senat ist hier nicht möglich, da § 516 ZPO. für diese Fälle nicht gilt.

Zu δ): Auch der Gerichtsvorsteher kann nur in den ihm besonders zugewiesenen Fällen als solcher amtshandeln (§ 34 I JN.); vgl. z. B. §§ 100, 219 II, 224 II ZPO. In manchen Fällen (vgl. §§ 100, 224 II ZPO.) kann statt seiner auch der Senatsvorsitzende handeln. Soweit seine Beschlüsse nicht wie z. B. im Falle der §§ 224 II, 524 II, III ZPO. unanfechtbar sind, gilt auch für ihn § 516 ZPO., ausgenommen im Fall des § 386 II ZPO., wo er als Einzelrichter auftritt.

Zu ε): Beauftragter Richter ist ein Richter des gleichen Gerichtshofs, dem eine Gerichtshandlung übertragen wird (§ 34 I JN.). Diese Übertragung ist nur kraft besonderer Rechtsvorschrift zulässig und steht im Zweifel dem zur Rechtssache berufenen Senate (Einzelrichter, § 7a I a. E. mit § 34 JN.; vgl. auch §§ 9 II, 10 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283 mit § 245 a. A. ZPO. und § 7a III JN.) zu. Ausnahmsweise kann dies auch der Gerichtsvorsteher (vgl. §§ 205 II, 247 II ZPO.) oder der Senatsvorsitzende (§ 239 ZPO.) tun. Bei Bezirksgerichten gibt es keine beauftragten Richter. Vorgeschrieben ist die Übertragung richterlicher Amtshandlungen an einen beauftragten Richter im Gerichtshofverfahren, wenn sie außerhalb einer mündlichen Verhandlung oder einer Sitzung und nicht durch ein ersuchtes Gericht vorzunehmen sind (§ 35 I JN.). Manchmal (vgl. §§ 237 III, 414 II, 473 II, 484 III, 584 I ZPO.) steht die Übertragung an einen beauftragten Richter im Ermessen des erkennenden Gerichtes. Auch ein Senatsmitglied kann beauftragter Richter sein; so ist auch der Berichterstatter außerhalb der Sitzung beauftragter Richter. Richteramtsanwärter können nicht beauftragte Richter sein, Hilfsrichter können es sein (§ 2 II, Ges. v. 14. VII. 1921, B. 422, i. d. F. v. 9. II. 1934, B. I 83). Der Auftraggeber kann den Auftrag jederzeit widerrufen, einschränken oder Ergänzungen anordnen.

Beschlüsse des beauftragten Richters können im Zweifel vom Auftraggeber auf Antrag oder von Amts wegen nach etwa erforderlichen Erhebungen abgeändert werden (§ 35 II JN.). Ausnahmen: 1. Beschlüsse im vorbereitenden Verfahren können nur beim Senatsvorsitzenden — auch mündlich — angefochten werden, gegen dessen Entscheidung ein weiteres Rechtsmittel unzulässig ist (§ 255 I, III ZPO.). 2. Entscheidungen des vom Gerichtsvorsteher oder Vorsitzenden beauftragten Richters über die Zulässigkeit einer Frage können vom erkennenden Gerichte (Senat, Einzelrichter) abgeändert werden. Der weitere Rechtszug geht nach § 516 ZPO. an das OLG. (Rekurs). 3. Die Bestimmung der Sachverständigengebühren durch den beauftragten Richter kann nur über Rekurs vom OLG. abgeändert werden (§ 365 V ZPO.). Unanfechtbar ist z. B. der Beschluß des beauftragten Richters nach § 524 II, III ZPO.

Die Übertragung gerichtlicher Amtshandlungen an einen beauftragten Richter ist eine Gefahr für die Unmittelbarkeit und daher sparsam zu gebrauchen.

Als Einzelrichter entscheidet ein Senatsmitglied als beauftragter Richter in den in § 37 GOG., und § 239 ZPO. genannten Fällen, soweit nicht

der Senatsvorsitzende handelt. In diesem Falle ist das OLG. Rechtsmittelinstanz.

III. Oberlandesgerichte. Ständige Einzelrichter gibt es beim OLG. nicht. Gewisse Prozeßhandlungen sind auch hier dem Gerichtsvorsteher (vgl. §§ 91, 100, 219 II ZPO.) oder dem Senatsvorsitzenden (vgl. §§ 25, 470 ZPO.) zugewiesen und in den in § 484 I ZPO. und § 37, Z. 1 bis 8 GOG. angeführten Fällen entscheidet auch hier der Vorsitzende als Einzelrichter. Ferner kommen §§ 239, 386 II, 398 I ZPO. hier in Betracht, wenn das OLG., z. B. in Syndikatssachen, in erster Instanz entscheidet. Auch beauftragte Richter können amtshandeln (vgl. §§ 414 II, 473 II, 488 II ZPO.), und zwar in den in § 239 ZPO., § 37, Z. 1 bis 8 GOG. angeführten Fällen ein Senatsmitglied als Einzelrichter, sofern der Vorsitzende dies nicht tut.

Senate: α) Der Dreiersenat bildet die Regel (§ 8 I JN.). Er ist auch hier entweder Zivil- oder Kausalsenat. Letzteres, sofern das OLG. über Berufungen gegen die in Ausübung der Handels- oder Berggerichtsbarkeit gefällten Urteile der Gerichtshöfe entscheidet. Hat ein Landes- oder Kreisgericht ein solches Urteil gefällt, so muß dieses einen ausdrücklich darauf hinweisenden Beisatz enthalten (§ 417 I ZPO.), der hier, anders als beim Bezirksgericht, von Amts wegen beizufügen ist. In der Verhandlung vor dem Einzelrichter kann auch jede Partei einen diesbezüglichen Antrag stellen (§ 259 III ZPO.). Das entsprechende gilt für allgemeine Gerichtsbarkeit und Gerichtsbarkeit in Bergrechtssachen beim Handelsgericht in Wien (l. c.). Im Berufungsvorverfahren, sowie im Verfahren über Rekurse fungiert stets der Zivilsenat.

β) Disziplinarsachen entscheidet ein Fünfersenat (§ 3 Ges. v. 24. II. 1907, R. 41); bei Notaren werden zwei rechtsgelehrte Mitglieder durch zwei von der Kammer gewählte Notarenrichter ersetzt (§ 161a NotO.).

γ) In den im § 36 GOG. genannten Justizverwaltungssachen entscheidet der Präsident mit 10 oder wenigstens allen Mitgliedern des OLG. (§ 42 GOG.).

δ) In manchen Fällen entwirft ein Berichtstatter die Erledigung, die lediglich nur noch der Genehmigung des Vorsitzenden bedarf, während nur bei Meinungsverschiedenheit der Dreiersenat zu entscheiden hat: 1. Delegation nach § 30 oder 2. § 31 JN.; 3. die Erledigung von Geschäftsstücken, die lediglich zur Kenntnisnahme bestimmte Anzeigen und Mitteilungen oder zur Bekanntgabe an andere Behörden bestimmte Entscheidungen, Verwaltungsakte oder Verfügungen enthalten. Ferner die Erledigung von Rechtsschutzgesuchen, dann die Vermittlung der Korrespondenz mit dem Ausland, die Einholung oder Absendung von Zustellungsnachweisen oder fehlenden Aktenstücken, sowie die Erledigung von Geschäftsstücken, die anderen Behörden zu erteilende oder von ihnen einzuholende Auskünfte zum Gegenstand haben (§ 4 Ges. v. 24. II. 1907, R. 41).

Für die Beratung und Abstimmung gilt das gleiche wie beim Gerichtshof erster Instanz.

IV. Oberster Gerichtshof (vgl. Statut = Kais. Pat. v. 7. VIII.

1850, R. 325; Ges. v. 24. II. 1907, R. 41 und v. 25. I. 1919, R. 41). Ständige Einzelrichter gibt es nicht. Doch ergeben z. B. §§ 513, 600 ZPO., § 4 II Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413, daß auch der Gerichtshofvorsteher und der Senatsvorsitzende selbständige Funktionen haben. Als Einzelrichter handelt der Vorsitzende bei der Syndikatsklage gegen den ägyptischen Konsularrichter unter den Voraussetzungen der §§ 239, 386 II, 398 ZPO. sowie im Falle des § 484 I, III ZPO. bei Berufungen gegen erstinstanzliche Entscheidungen des OLG. und gegen die Entscheidungen des Konsulargerichts in Kairo.

α) Grundsätzlich entscheidet der OGH. in Fünfersenaten (§ 2, Ges. v. 24. II. 1907, R. 41 i. d. F. des Art. II d. 1. GEN.). So auch in Disziplinarsachen (§ 3 l. c.). In solchen von Rechtsanwältinnen werden zwei rechtsgelehrte Beisitzer durch zwei Anwaltrichter ersetzt. Diese werden von der Rechtsanwaltskammer auf drei Jahre gewählt. Bei Notaren fungieren auch hier zwei Notarenrichter. Andere Laienrichter gibt es beim OGH. nicht.

β) Ein Dreiersenat entscheidet über Berufung und Rekurs gegen Entscheidungen des Konsularrichters in Kairo (§ 7 II b, Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413) und in den unter γ) erwähnten Fällen, wenn Vorsitzender und Berichterstatter verschiedener Ansicht sind (§ 4 Ges. v. 24. II. 1907, R. 41).

γ) Berichterstatter und Vorsitzender genügen in den gleichen Fällen wie beim OLG. Für die Delegation nach § 8 SyndGes. gilt wohl das gleiche. Dazu kommt noch die Zuständigkeitsbestimmung nach § 28 JN.

δ) Ein Fünfzehnersenat ist nötig 1. wenn eine Entscheidung des Spruchrepertoriums überprüft werden soll. In dieses werden nämlich grundsätzliche Entscheidungen über einfachen Senatsbeschluß eingetragen. Will nun ein Senat von einer solchen Entscheidung abgehen oder wollen zwei Senate über eine noch nicht eingetragene Rechtsfrage widerstreitende Entscheidungen eintragen lassen, so entscheidet ein Fünfzehnersenat. Dessen Entscheidung wird in das Judikatenbuch eingetragen. 2. Zur Entscheidung einer von den Gerichten verschieden oder unrichtig entschiedenen Rechtsfrage, wenn der Generalprokurator über Auftrag des BMfJ. die Abhaltung einer Plenarversammlung beantragt. Ein Fünfzehnersenat hat auch über Änderungen in der Organisation oder in den Amtsvorschriften des OGH. zu beraten, sowie legislative Gutachten oder Anträge zu erstatten (§ 16 Stat.).

ε) Eine im Judikatenbuch eingetragene Entscheidung kann nur durch einen Einundzwanzigersenat überprüft werden. Dieser wird mit der Sache befaßt: 1. wenn ein Senat bei Beratung einer Sache einhellig beschließt, daß von der im Judikatenbuch eingetragenen Entscheidung abzugehen sei; 2. wenn ein Referent dieser Meinung ist, dem Präsidenten des OGH. davon Mitteilung macht und dieser die neuerliche Beratung der Rechtsfrage anordnet. Die abändernde Entscheidung wird gleichfalls ins Judikatenbuch eingetragen (Kais. Pat. v. 7. VIII. 1872, aufrechterhalten durch § 2 Ges. v. 25. I. 1919, St. 41).

ζ) Der Präsident (Stellvertreter) kann in den unter δ) angeführten Fällen auch eine Vollversammlung aller Mitglieder einberufen.

γ) Sondergerichte.

1. *Bundesgerichtshof* (§§ 13ff. B. G. G.).

Die Geschäftsverteilung trifft die Vollversammlung grundsätzlich für ein Kalenderjahr. Der Präsident hat in allen Fällen einen Berichter zu bestellen. Die Entscheidung erfolgt regelmäßig in Senaten; Entscheidungen und Verfügungen in Armenrechtssachen, Prozeßleitung im Vorverfahren und Verfügungen zur Vorbereitung der Verhandlung trifft aber der Berichter allein.

a) In der Regel entscheidet ein Fünfersenat. Drei ständige Mitglieder werden von der Vollversammlung bestellt, der Vorsitzende und das fünfte — nicht ständige — Mitglied vom Präsidenten.

b) Ein Dreiersenat entscheidet in besonders einfachen oder durch die bisherige Rechtsprechung bereits genügend klargestellten Rechtssachen, wenn der Berichter dies beantragt und der Vorsitzende zustimmt. Das dritte Mitglied weist der Präsident fallweise zu.

c) Siebenersenat. Bei besonders schwierigen oder grundsätzlichen Rechtsfragen oder wenn der Senat von einer früheren Entscheidung abgehen will, ist er auf Verlangen zweier Mitglieder oder des Vorsitzenden durch zwei weitere Mitglieder zu verstärken (Verstärkter Senat). Diese bestimmt der Präsident. Für die Abänderung der in einem früheren Erkenntnisse niedergelegten Rechtsanschauung ist Fünfsiebentelmehrheit erforderlich.

d) Der Verfassungssenat (Art. 179 II BV.) besteht aus fünf ordentlichen und vier außerordentlichen Mitgliedern (Neunersenat).

Wenigstens ein Senatsmitglied muß die Richterbefähigung haben. Ersatzmitglieder bestimmt der Präsident.

Die Abstimmung erfolgt grundsätzlich wie bei den ordentlichen Gerichten. Nur ist § 12 III JN. nicht anwendbar. Die außerordentlichen Mitglieder stimmen dem Lebensalter nach, vom ältesten beginnend, vor den ordentlichen (§ 17 II B. G. G.). Schriftliche Abstimmung ist nicht vorgesehen.

Hat ein Senat über eine grundsätzliche Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung zu entscheiden, so kann der Vorsitzende beim Präsidenten beantragen, daß die Frage der Vollversammlung vorgelegt werde. Der Präsident kann auch jederzeit einen Beschluß der Vollversammlung über grundsätzliche Rechtsauslegungsfragen einholen. Von einem in der Vollversammlung beschlossenen Rechtssatz kann ein Senat nur abgehen, wenn die Vollversammlung mit Zweidrittelmehrheit einen neuen Rechtssatz beschließt (§§ 18f. B. G. G.).

2. *Abrechnungsgesamtgerichtshof* (§ 56 VorkrSchG. §§ 5, 13 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562).

Der Präsident setzt die Senate alljährlich nach bestimmten Gruppen zusammen. Sie bestehen aus einem Vorsitzenden, zwei rechtskundigen und zwei fachkundigen Mitgliedern. Ein Beisitzer muß Berufsrichter

sein. Nach Berichterstatter und Vorsitzendem stimmen die übrigen nach dem Lebensalter vom ältesten angefangen (§ 28 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562).

3. *Patentgerichtshof* (§ 41 PatG.).

Der Senat besteht regelmäßig aus dem Präsidenten, zwei rechtskundigen Mitgliedern, von denen das eine ein im Dienst oder Ruhestand befindlicher Senatspräsident oder Rat des OGH. sein muß, und zwei fachtechnischen Mitgliedern. Bei Beschlüssen, die nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung gefaßt werden, entfällt die Beiziehung des Mitglieds aus dem Stand des OGH. und eines der beiden fachtechnischen Mitglieder. Bei Berufung gegen die Endentscheidung der Nichtigkeitsabteilung des Patentamts in Angelegenheiten des Markenschutzes entfallen die beiden fachtechnischen Mitglieder (§ 22 i. MSchG.).

Handelt es sich nicht um die endgültige Erledigung der Berufung, so kann auch schriftlich abgestimmt werden. Ergibt sich aber keine Einhelligkeit, so muß mündlich abgestimmt werden (§ 11 Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154).

4. *Der Konsularrichter* entscheidet als Einzelrichter (§ 7 I Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413).

5. Beim *Gewerbegericht* steht die Geschäftsverteilung dem Vorsitzenden zu (§ 12 I GewGG.). Die Senate bestehen aus dem Vorsitzenden (Stellvertreter) und je einem Beisitzer aus der Gruppe der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, die der Vorsitzende tunlichst aus einem dem der Partei gleichen oder wenigstens einem verwandten Beruf auswählt (§ 14 l. c.). „Die Beisitzer stimmen nach ihrem Alter, der Vorsitzende stimmt zuletzt ab“ (§ 22 III l. c.). Die erste Tagsatzung findet vor dem Vorsitzenden allein statt. Dieser hat im Falle des Einverständnisses der Parteien ohne Beiziehung von Beisitzern die Verhandlung sofort durchzuführen und in der Hauptsache zu entscheiden (§ 21 l. c.).

6. Für das *Fachgericht* in Dornbirn gilt das gleiche; nur kann der Vorsitzende die Beisitzer zur Verhandlung auch gegen den Willen der Parteien beiziehen (§§ 12, 14, 21f. FachGG.).

7. Bei den *Einigungsämtern* steht auch die Besetzung der Senate im Ermessen des Vorsitzenden (§ 5 EAG.). Zur Beschlußfähigkeit muß außer diesem oder seinem Stellvertreter wenigstens je ein Beisitzer aus der Gruppe der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer anwesend sein. „Sind die Mitglieder der einen Kurie in der Überzahl, so haben von den überzähligen die dem Alter nach jüngsten Mitglieder kein Stimmrecht“ (§ 6 l. c.).

8. Für die staatlichen *Schiedsgerichte* sind die Vorschriften nicht einheitlich.

II. Zuständigkeit.

a) Allgemeines.

Ein staatliches Organ ist für ein bestimmtes Verhalten zuständig, wenn es unter bestimmten Voraussetzungen dieses Verhalten als staatliches Organ beobachten soll. Zuständigkeit ist also eine „Beziehungseigenschaft“. „Welches Gericht ist zuständig?“ heißt: „Welches der ver-

schiedenen Gerichte soll die betreffende Handlung vornehmen?“ Vorher muß natürlich die Frage gelöst werden, ob überhaupt ein Gericht zuständig ist. Heißt hier nun „Gericht“ die Anstalt oder die Gerichtsbank?

Das Gesetz ist nicht einheitlich. 1. Jedenfalls ist die Frage nach der Anstalt immer eine Zuständigkeitsfrage. Bezüglich der Gerichtsbank ist dies nach dem Gesetz (§§ 61 ff. JN.) nur bei der Frage der Senatsart der Fall. 2. Dagegen ist sonst die Frage, welches von verschiedenartigen Organen einer Gerichtsanstalt amtshandeln soll, z. B. ob Einzelrichter oder Senat, ein Dreier- oder Fünfersenat, eine Besetzungsfrage. 3. Die Frage, welches von gleichartigen Organen einer Gerichtsanstalt, z. B. welcher Einzelrichter oder welcher Dreiersenat desselben Gerichts, amtshandeln soll, ist eine Frage der Geschäftsverteilung. Zuständigkeit und Besetzung lassen sich unter dem Begriff Zugehörigkeit einer Rechtssache zusammenfassen.

Das Gesetz unterscheidet ferner einen weiteren und einen engeren Begriff der Zuständigkeit. Im weitern Sinn umfaßt er auch die Zulässigkeit des Rechtswegs (vgl. § 43 JN. „ändern . . . Gründen“ und § 48 JN.). Dazu gehören folgende Fragen: 1. Inländische oder ausländische Gerichtsbarkeit? 2. Gericht oder Verwaltungsbehörde? 3. Ordentliches oder Sondergericht? 4. Zivil- oder Strafgericht? 5. Streitverfahren oder Außerstreitverfahren? (vgl. § 42 I JN. „Unzuständigkeit“ mit § 42 IV JN.). 6. Klagbarkeit? In den §§ 239f. ZPO. wird dagegen die „Unzuständigkeit“ der „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ entgegengestellt.

Zuständigkeitsordnung ist der Inbegriff der die Zuständigkeit regelnden Vorschriften. Sie zerfällt in die materiellen Bestimmungen — Voraussetzungen für die Zuständigkeit — und in die Verfahrensvorschriften (Zuständigkeitsverfahren).

Die Zuständigkeit im engeren Sinn kann sein: 1. Sachliche Zuständigkeit: welche Gerichts- oder Senatsart ist im Zweifel für alle Handlungen eines Verfahrens zuständig? Diese Zuständigkeit umfaßt alle Handlungen eines Verfahrens, die nicht einer andern Gerichts- (Senats-) Type besonders zugewiesen sind. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit setzt natürlich eine Mehrheit von Gerichts- (Senats-) Typen voraus. 2. Örtliche Zuständigkeit: welches von mehreren Gerichten gleicher Art ist im Zweifel für alle Handlungen eines Verfahrens zuständig? Sie setzt eine Mehrheit gleicher Gerichtsarten voraus, kommt daher z. B. beim OGH. oder PatGH. nicht in Frage. 3. Funktionelle Zuständigkeit: welches einzelne — also nach Art und Ort bestimmte — Gericht ist für eine bestimmte Verfahrenshandlung zuständig?, z. B. zur Entscheidung über die Berufung oder zur Leistung von Rechtshilfe. Das Gesetz erwähnt die funktionelle Zuständigkeit nicht besonders. § 37 III JN. spricht z. B. einfach von örtlicher Zuständigkeit.

Der Tatbestand, an den eine Zuständigkeit als Rechtsfolge geknüpft ist, ist der Zuständigkeitsgrund. Sind im Gesetz für die sachliche und die örtliche Zuständigkeit nicht zwei gesonderte Tatbestände gegeben, aus denen sich das im Einzelfall zuständige Gericht sachlich und örtlich

bestimmt ergibt, sondern ist an einen einzigen Tatbestand als Rechtsfolge die Zuständigkeit eines einzelnen bestimmten Gerichtes geknüpft, so spricht man von individueller Zuständigkeit. So ist z. B. jede sachliche Zusammenhangszuständigkeit eine individuelle Zuständigkeit. Vgl. aber auch Art. 115 der Satzungen der österreichischen Nationalbank v. 14. XI. 1922, B. 823.

Nach Art. 100 BV. wird die Zuständigkeit der Gerichte durch Bundesgesetz festgelegt, so daß also die Zuteilung der Rechtssachen an das einzelne Gericht nicht fallweise geschehen kann. Das ist vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit vorgeschrieben.

b) Zulässigkeit des Rechtswegs.

α) Materielle Bestimmungen.

Der Zuständigkeitsgrund im weitern Sinn muß zur Zeit der Entscheidung über die Zuständigkeit bestehen (§ 406 ZPO. analog). Es genügt nicht, daß er zur Zeit der Klageerhebung — das bedeutet arg. § 54 I JN. „anhängig“ — besteht (§ 29, S. 2 JN.): bei nachträglicher Unzulässigkeit des Rechtswegs ist das Verfahren einzustellen. Das gilt aber nur, wenn die Rechtssache dem Rechtsweg entzogen wird; also z. B. für den Sprengel ein Gewerbegericht neu errichtet wird, vor das die Sache gehört, oder der Beklagte exterritorial wird; dagegen nicht, wenn sein inländischer Aufenthalt den einzigen Zuständigkeitsgrund für die inländische Gerichtsbarkeit bot (§ 67, S. 1 JN.) und er nach Klageerhebung das Bundesgebiet verläßt.

1. Inländische Gerichtsbarkeit.

Die Vorschriften, welche die Abgrenzung der inländischen Gerichtsbarkeit von der Zuständigkeit ausländischer Behörden regeln, sind ein Teil des internationalen Prozeßrechts. Insoweit ausländische Konsulargerichte auf Grund österreichischer Rechtsvorschrift die Gerichtsbarkeit über österreichische Bundesbürger haben, gelten sie als inländische Gerichte (§ 4 III Ges. v. 14. III. 1929, B. 123). Rechtsquellen sind Staatsverträge und völkerrechtliche Grundsätze (Art. IX, Abs. 1 EGJN.), aber auch einfache Gesetze. Insbesondere ist mangels entgegengesetzter Staatsverträge oder völkerrechtlicher Grundsätze die inländische Gerichtsbarkeit immer dann gegeben, wenn ein Zuständigkeitsgrund für die örtliche Zuständigkeit eines österreichischen Gerichts vorliegt. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich endlich, daß, wenn die österreichische Rechtsordnung in einem bestimmten Falle die Entscheidung einer ausländischen Behörde nicht anerkennt oder wenigstens nicht vollstreckt (vgl. § 81, Z. 3 EO.), der Anspruch nicht gegen zwingendes Recht (gute Sitten) verstößt, im übrigen der Rechtsweg offen steht und ein inländisches Tatbestandsmerkmal (österreichische Bundesbürgerschaft einer Partei, österreichisches Grundstück u. dgl.) vorliegt, gleichfalls die inländische Gerichtsbarkeit gegeben ist. Liegt in einem Fall, der im übrigen vor ein Gericht gehörte, kein

Zuständigkeitsgrund für österreichische Gerichtsbarkeit vor, so ist auch nach österreichischer Zuständigkeitsordnung ausländische Gerichtsbarkeit gegeben. Es ist aber auch möglich, daß ein österreichisches und ein ausländisches Gericht wahlweise zuständig sind; so z. B. wenn nur einer von mehreren Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand in Österreich hat.

Da das österreichische Recht nur im Bundesgebiet Geltung hat, ist auch die darauf beruhende richterliche Gewalt auf dieses beschränkt (vgl. auch § 33 a. A. JN.). Amtshandlungen im Auslande könnten österreichische Gerichte ebenso wie eine ausländische Behörde in Österreich nur kraft Staatsvertrags vornehmen. Das ist z. B. beim Konsulargericht der Fall.

Persönliche Ausnahmen: a) Nach Völkerrecht untersteht ein fremder Staat grundsätzlich nicht der inländischen Gerichtsbarkeit, doch ist freiwillige Unterwerfung, auch durch Staatsvertrag, möglich; sie wird vor allem angenommen, wenn der fremde Staat im Inlande privatrechtliche Verträge eingeht, insbesondere Rechte an inländischen Grundstücken erwirbt oder eine Niederlassung (§ 87 JN.) begründet; ferner wenn er freiwillig in den Prozeß eintritt (vgl. §§ 19 II, 23, 234 ZPO.). Auch kann inländischer Gerichtsstand vereinbart werden oder sich als Zusammenhangsgerichtsstand ergeben. Einen allgemeinen Gerichtsstand hat aber der fremde Staat im Inlande nie, da sich sein Sitz im Auslande befindet. Für Rechtsstreitigkeiten, in denen der ausländische Staat als Kläger auftritt, besteht überhaupt keine Beschränkung. b) Für Exterritoriale gilt das unter a) Gesagte (vgl. Art. IX, Abs. 2 EGJN.). Hier ordnet das Gesetz die inländische Gerichtsbarkeit für Streitigkeiten um unbewegliches Gut, Besitzstörung an Wasserrechten und für Bestandstreitigkeiten ausdrücklich an (§ 85 JN.). Bei Zweifel bezüglich der Exterritorialität oder der Ausnahme von der inländischen Gerichtsbarkeit hat der Richter die — bindende — Erklärung des BMfJ. einzuholen. Aber auch wenn der Exterritoriale der inländischen Gerichtsbarkeit unterliegt, dürfen gegen ihn keine Zwangsmittel angewendet werden (vgl. § 23 Rechts-hilfeerlaß).

Durch Zuständigkeitsvereinbarung allein kann die inländische Gerichtsbarkeit — die eben erwähnten Fälle des fremden Staates und der Exterritorialen ausgenommen — nicht begründet werden, weil die Rechtssache ja „dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte überhaupt entzogen“ (§ 104 II JN.) ist. Vereinbaren die Parteien, eine vor ein österreichisches Gericht gehörige Rechtssache vor einem ausländischen Gericht auszutragen, so ist das ein Schiedsvertrag und nach §§ 577 ff. ZPO. zu beurteilen.

Anhang. Verhältnis zur kirchlichen Gerichtsbarkeit. Nach Art. VII, § 3 des Konkordats v. 5. VI. 1933, B. 2/34 II anerkennt Österreich die grundsätzliche Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte zum Eheungültigkeitsverfahren. Wegen der Eehindernisse des Ehebandes, der Unmündigkeit, vollen Entmündigung oder der mangelnden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann aber das staatliche Gericht einer kirch-

lichen Ehe die bürgerlichen Rechtswirkungen aberkennen. Sonst nur wegen eines kanonischen Ehehindernisses, wenn kein inländisches kirchliches Ungültigkeitsverfahren, ferner kein Verfahren wegen Vollstreckbarerklärung anhängig ist und auch nicht durch ein rechtskräftig abgeschlossenes inländisches kirchliches Ungültigkeitsverfahren festgestellt ist, daß das Ehehindernis nicht besteht. Und stets sind die Ehegatten zu befragen, ob sie sich einem inländischen kirchlichen Verfahren unterwerfen. Bejahen sie das binnen vier Wochen nach der Zustellung und wird binnen weiteren drei Monaten ein inländisches kirchliches Ungültigkeitsverfahren anhängig, so ist die beim staatlichen Gericht eingebrachte Ungültigkeitsklage wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen (§ 6 Ges. v. 4. V. 1934, B. II 8).

2. Gericht und Verwaltungsbehörde.

Ob eine Rechtssache in die Zuständigkeit der Gerichte oder der Verwaltungsbehörden gehört, bestimmt sich nach den positiven Rechtsvorschriften. Doch bilden diese oft keine sichere Grundlage. Parteivereinbarung kann die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde weder begründen noch beseitigen (§ 6 A.V.G. v. 21. VII. 1925, B. 274, § 104 II JN.).

a) Manchmal ist ein Güteverfahren vor der Verwaltungsbehörde vorgeschrieben, nach welchem erst der Rechtsweg zulässig ist. Vgl. z. B. § 4 Ges. v. 2. VIII. 1932, B. 242 über die Entschädigung ungerechtfertigt Verurteilter. b) In andern Fällen hat die Partei nur das Recht, nicht die Pflicht, vorher den Verwaltungsweg zu beschreiten; so, wie bereits erwähnt, bei Ansprüchen nach dem Syndikatsgesetz. c) Manchmal ist die Verwaltungsbehörde zuständig, es steht aber gegen ihre Entscheidung der Rechtsweg offen; vgl. z. B. § 2 Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72 (Anfechtbarkeit militärischer Ersatzerkenntnisse). d) In manchen Fällen hat der Zivilrichter die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über eine Vorfrage abzuwarten. Vgl. § 20 II MuSchGes. (Text-Vdg. v. 15. V. 1928, B. 118). Hier bleibt die Sache aber Zivilprozeßsache. Mangels besonderer Vorschrift braucht jedoch der Zivilrichter die Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht abzuwarten, kann also eine Vorfrage selbst lösen, auch wenn zur Entscheidung darüber, falls sie Hauptfrage wäre, die Verwaltungsbehörde zuständig wäre. Ist aber die Sache bereits bei einer Verwaltungsbehörde anhängig, so kann das Gericht auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage unterbrechen (§ 190 I ZPO.). e) Hat die zuständige Verwaltungsbehörde die Vorfrage bereits rechtskräftig entschieden, so ist das Gericht daran gebunden und umgekehrt. Die Entscheidung dagegen, welchen Einfluß eine Verfügung der Verwaltungsbehörde auf das materielle Recht hat, steht dem Gerichte zu. Das gilt insbesondere vom Ehedispens.

3. Ordentliches Gericht und Sondergericht.

A. Die Zuständigkeit der Sondergerichte ist eine ausschließliche und kann ohne positivrechtliche Vorschrift durch Parteivereinbarung

nicht geändert werden (§ 104 II JN.). Solche Vorschriften sind: α) Nach § 2 FachGG. können sich die Parteien dem Dornbirner Fachgericht für Maschinenstickereiindustrie in Streitsachen über 2000 S, in denen das Gericht bis zu diesem Betrage zuständig wäre, durch ausdrückliche, schon in der Klage urkundlich nachzuweisende, Vereinbarung unterwerfen. β) Die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts kann durch schriftliche Parteivereinbarung ausgeschlossen (§ 6 II BörsG. v. I. IV. 1875, R. 67 mit Art. XIII und XIIIa EGZPO.) oder auch im Rahmen des Art. XIV. Abs. I EGZPO. erweitert werden. Vgl. auch § 4 IV GewGG., §§ 7 f. EAG., § 4 II FachGG.

Die Fälle der Zusammenhangszuständigkeit bei den ordentlichen Gerichten können auf die Sondergerichte nicht ohne weiteres angewendet werden, da die JN. grundsätzlich nur für die ordentlichen Gerichte gilt. Auch wenn in solchen Gesetzen — vgl. z. B. § 50 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562 für den AbrGH.; § 17 GewGG. — die Verfahrensvorschriften für die ordentlichen Gerichte für anwendbar erklärt sind, so sind damit die Zuständigkeitsvorschriften nicht gemeint. Ist aber z. B. die Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage nach den Vorschriften der ZPO. beim Sondergericht zulässig — vgl. z. B. § 28 GewGG. —, dann gilt auch die betreffende Zusammenhangszuständigkeit. Für das Konsulargericht ist die Frage insoweit bedeutungslos, als es ohnehin für alle Zivilrechtsachen zuständig ist.

B. Im Einzelnen: I. Bundesgerichtshof (Art. 168 bis 170 BV und §§ 62 ff., 74 ff. B. G. G.). Für das Zivilgerichtsverfahren kommen nur in Betracht: 1. Die Entscheidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden; 2. zwischen Gerichten untereinander, soweit nicht ein ordentliches Gericht zu entscheiden hat; 3. die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen; 4. der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen und 5. die Oppositionsklage, wenn die Entscheidung des BuGH. Exekutionstitel ist (§ 35 II EO.); 6. in Zivilsachen entscheidet der BuGH. selbst, wenn er das nach Art. 173 f. BV. angeklagte Bundes- oder Landesregierungsmitglied (Bürgermeister oder Vizebürgermeister von Wien) verurteilt und Ersatzansprüche erhoben werden. Er kann sich auch nur auf die Feststellung des Grundes beschränken und die des Betrages mangels Einigung dem Rechtsweg überlassen (§ 91 B. G. G.).

II. Der Abrechnungsgerichtshof (§§ 52, 53, 55 VorkrSchG.) ist zuständig: 1. für Rechtsstreitigkeiten aus Lebensversicherungsverträgen, die vor dem 10. IX. 1919 abgeschlossen wurden, wenn in der Klage Erfüllung in Gold oder ausländischer Währung begehrt wird, außer letzteres wäre durch Staatsverträge festgesetzt. 2. Für Anträge a) inländischer Schuldner auf Gewährung der gleichen Erleichterungen, die ihr Gläubiger seinen Gläubigern gegenüber erlangt hat (§ 48 I. c.); b) des Gläubigers auf Einschränkung oder Aufhebung der durch § 47 I. c. gewährten Stundung (§ 49 I. c.); c) des Schuldners auf Erleichterungen über das Maß des § 47 I. c. hinaus (§ 49 II bis IV I. c.); d) des Gläubigers auf Sicherheitsleistung durch den Schuldner (§ 50 I. c.); 3. für Be-

schwerden gegen Abrechnungen und Entscheidungen des BMfFi. nach dem VorkrSchG.

III. Der Patentgerichtshof (§§ 36, Z. 3, 41 I PatG., § 22g, i, mit § 30 MSchG.) ist als Berufungsinstanz gegen die Endentscheidungen der Nichtigkeitsabteilung des Patentamts über Anträge auf Rücknahme, Nichtigkeitsklärung, Aberkennung, Nennung als Erfinder, Abhängigerklärung, Vorbenutzerrechte, Feststellungsanträge und Zwangslizenzen und Anträge auf Löschung einer registrierten Marke, sowie auf Feststellung, „daß ein Zeichen, das zur Bezeichnung von Waren bestimmt ist . . . nicht unter das Recht aus einer bestimmten registrierten Marke fällt“, zuständig. Das ist nicht bloß funktionelle Zuständigkeit, da die Nichtigkeitsabteilung eine Verwaltungsbehörde, kein Gericht, ist.

IV. Das Konsulargericht in Kairo hat die Zuständigkeit des Bezirksgerichts und des Gerichtshofs erster Instanz (§ 2 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413). In Abessinien steht den deutschen Konsulargerichten die Gerichtsbarkeit über Österreicher in vermögensrechtlichen Streitsachen zu. Für sonstige ist das Konsulargericht in Kairo zuständig (§ 1 Vdg. v. 23. V. 1930, B. 366 i. d. F. v. 5. X. 1932, B. 323 und 6. XII. 1934, B. II 406).

V. Das Gewerbegericht (§ 1 GewGG.) ist ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig: Für Streitigkeiten aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis zwischen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern sowie zwischen Arbeitnehmern desselben Betriebes 1. in Unternehmungen, die der Gewerbeordnung unterliegen oder 2. in den §§ 1f. AngGes. angeführt sind; 3. in den Betrieben der Monopolverwaltung des Bundes; 4. der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen, der Unternehmungen von ständigen Überfuhren sowie in Schwemm- und Flößanstalten; 5. in Unternehmungen einer öffentlichen Körperschaft oder eines öffentlichen Fonds, die mangels Gewerbsmäßigkeit nicht der Gewerbeordnung unterliegen, falls das Arbeits- oder Dienstverhältnis ein privates ist; 6. in Unternehmungen öffentlicher Belustigungen oder Schausstellungen; 7. bezüglich der im Privatkraftwagenführergesetz v. 20. XII. 1928, B. 359 und 8. im Hausgehilfengesetz geregelten Dienstverhältnisse; 9. bezüglich Dienst-erfindungen (§ 5m PatG.); in allen Fällen, soweit nicht das Einigungsamt oder andere staatliche Schiedsgerichte zuständig sind; 10. für Nichtigkeits- und 11. Wiederaufnahmsklagen (§ 28 II GewGG.), sofern die erste Instanz zuständig ist (vgl. § 532 ZPO.). Wo kein Gewerbegericht besteht, fallen die erwähnten Streitigkeiten in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

VI. Das Dornbirner Fachgericht für Maschinenstickereindustrie (§ 1 FachGG.) ist zuständig: 1. für Rechtsstreitigkeiten aus einem Werkvertrag oder 2. aus der Vermittlung eines solchen betreffend die Erzeugung von Stickwaren, wenn der Streitwert nicht über 2000 S beträgt; 3. (§ 28 II l. c.) für die entsprechenden Nichtigkeits- und 4. Wiederaufnahmsklagen, soweit die erste Instanz zuständig ist.

VII. Die rechtsprechende Tätigkeit des Einigungsamtes (im Gegensatz zu seiner Schlichtungstätigkeit und seiner Tätigkeit betreffend Kollektivverträge) erstreckt sich (§ 9 EAG.) auf Entscheidungen über

Streitigkeiten betreffend Akkord-, Stück- oder Gedinglohn, die Errichtung des Betriebsrats oder die Wahl von Vertrauensmännern, die Geschäftsführung derselben, die Anfechtung der Kündigung oder Entlassung eines Dienstnehmers durch den Betriebsrat (Vertrauensmänner), die Kündigung oder Entlassung oder die Beschränkung oder Benachteiligung eines Mitglieds des Betriebsrats (Vertrauensmanns) und endlich in den in Art. I Ges. v. 12. VII. 1934, B. II 153 über die Errichtung von Werkgemeinschaften bezeichneten Fällen. Durch Verordnung können für Gruppen von Arbeitsverhältnissen besondere Einigungsämter errichtet werden (§ 2 II EAG.).

VIII. Die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts leitet sich aus dem Börsenstatut ab. Dieses kann die Zuständigkeit desselben für Börsengeschäfte bestimmen (§ 6 II BörsGes. mit Art. XIII EGZPO.). Dann erstreckt sich die Zuständigkeit kraft Gesetzes (Art. XIIIa EGZPO.) auch auf die Streitigkeiten zwischen Partei und Handelsmäkler. Die Zuständigkeit kann aber auch durch das Statut im Rahmen der Art. XIIIa, XIV und XIVa EGZPO. erweitert werden.

IX. Auch für die übrigen staatlichen Schiedsgerichte gelten besondere Zuständigkeitsvorschriften.

4. *Zivil- und Strafgerichtsbarkeit.*

Die gegenseitige Zuständigkeitsabgrenzung bietet keine Schwierigkeiten. Über privatrechtliche Ansprüche entscheidet der Strafrichter nur auf Antrag des Beschädigten bei Verurteilung, wenn die Ergebnisse des Strafverfahrens eine genügende Grundlage bieten. Andernfalls verweist er auf den Zivilrechtsweg (§§ 4, 366 StPO.).

Sollte vom Zivilrichter ein Strafurteil verlangt werden, so liegt Unzulässigkeit des Rechtswegs vor.

Die strafrechtliche Entscheidung einer präjudiziellen Frage kann abgewartet werden.

Wird die Wiederaufnahme wegen Urkundenfälschung oder -fälschung, falscher Aussage, Urteilerwirkung durch strafrechtlichen Betrug oder durch Amtsmißbrauch des Richters (§ 530 I, Z. 1 bis 4 ZPO.) begehrt, ohne daß ein inländisches Strafverfahren noch stattgefunden hätte oder wenigstens eingeleitet worden wäre, so hat das Prozeßgericht ohne mündliche Verhandlung aber nach allfälliger Parteienvernehmung und Erhebungen die Einleitung eines solchen zu veranlassen. Dieser Beschluß ist unanfechtbar. Das weitere zivilgerichtliche Verfahren ist erst nach rechtskräftiger strafgerichtlicher Verurteilung, bei Freispruch nur, wenn er aus andern Gründen als wegen mangelnden Tatbestandes oder Mangels an Beweisen erfolgte, durchzuführen (§ 539 ZPO.). An das rechtskräftige Straferkenntnis ist der Zivilrichter gebunden (§ 268 ZPO.), wenn es verurteilend ist. Insoweit es Freispruch ist, beurteilt der Richter die Strafsache nach freiem Ermessen. Nur die Frage, ob der Schaden aus einer „durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung“ (§ 1331 abGB.) entstanden ist, ist damit für den Zivilrichter bindend verneint. Die Bindung an ein verurteilendes Erkenntnis besteht aber nur bezüglich der Zurechnung,

nicht bezüglich der zivilrechtlichen Beurteilung, z. B. ob grober Undank nach § 948 abGB. vorliegt. Auch kann der Zivilrichter Mitverschulden einer anderen Person annehmen. Bindung an das Straferkenntnis einer Verwaltungsbehörde oder eines ausländischen Strafgerichts besteht nicht.

Hat der Strafrichter im Anschlußverfahren über zivilrechtliche Ansprüche rechtskräftig entschieden, so ist der Verurteilte daran gebunden. Der Privatbeteiligte aber kann, wenn ihm die zugesprochene Entschädigung nicht genügt, Abänderung im Zivilrechtsweg verlangen (§ 372 StPO.).

5. *Zivilprozeß und Außerstreitverfahren.*

Im Zweifel ist eine Rechtssache im Streitverfahren auszutragen (§ 1 Kais.Pat. v. 9. VIII. 1854, R. 208; AP.). Ins Außerstreitverfahren gehört: α) insbesondere alles was im AP. geregelt ist; β) was in andern Gesetzen ausdrücklich diesem Verfahren zugewiesen ist. Vgl. z. B. § 24 EisenbEnteignG. v. 18. II. 1878, R. 30; § 16 II Nov. I z. abGB.; γ) schlüssig Zugewiesenes, z. B. durch die Worte „Einwilligung der Gerichtsbehörde“ (§ 49 abGB.), „ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes“ (§ 1221 abGB.) u. dgl. Strittig ist die Art des Verfahrens bezüglich Ungültigkeitserklärung einer Ehe durch das staatliche Gericht. Nach § 94 abGB. erfolgt die Einleitung des Verfahrens bei öffentlichen Ehehindernissen von Amts wegen, sonst auf „Ansuchen“, also nicht Klage. Der Tatbestand ist stets „von Amtswegen zu erheben“ (§ 97 abGB.). Das alles spricht für ein Außerstreitverfahren. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Endentscheidung (§ 11 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283) ein Urteil ist. Das Gesagte ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung der Überschriften „Verfahren in Streitigkeiten über die Scheidung von Tisch und Bett“ (vor § 2 l. c.) und „Verfahren über die Ungültigkeit und Trennung der Ehe“ (vor § 8 l. c.). Das gleiche gilt für die einverständliche Trennung. Wo dagegen das Eheverfahren mit Klage eingeleitet wird, liegt ein Zivilprozeß vor (vgl. §§ 7 a, 50, 76 JN.). Kraft positivrechtlicher Bestimmung (§ 2 I Vdg.) ist das ohne Einwilligung des andern Gatten eingebrachte Scheidungsgesuch wie eine Klage zu behandeln.

Wo etwas auf den Rechtsweg verwiesen wird, ist immer das Streitverfahren anzuwenden. Die Rechtsprechung neigt jetzt mehr dazu, Ansprüche im Außerstreitverfahren zuzulassen. Wo sich aber ein gesetzlicher Anhaltspunkt nicht ergibt, sind, wie erwähnt, Ansprüche im Streitverfahren geltend zu machen. Das gilt z. B., wie gegen die herrschende Rechtsprechung festzustellen ist, für das Begehren eines Ehegatten, den andern Teil zur Rückkehr in die Ehegemeinschaft zu verhalten; vgl. § 50 II, Z. 3 JN. „nach den gesetzlichen Vorschriften“. Das gleiche gilt für Unterhaltsansprüche pflegebefohlener Kinder gegen ihre ehelichen Eltern (strittig).

6. *Klagbarkeit.*

Unklagbarkeit, z. B. des Anspruchs eines Ausländers mangels Gegenseitigkeit bezüglich dieses Anspruchs (§ 33 abGB.) oder aus einer

Wette ohne Hinterlegung oder wirkliche Entrichtung des Preises, hat grundsätzlich Unzulässigkeit des Rechtswegs zur Folge. Eine Ausnahme besteht nur, wenn Einrede nötig ist, wie z. B. bei Verjährung (§ 1501 abGB.), was eben das Gesetz besonders sagt.

7. Zeitweilige Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Sie entsteht durch die Konkursöffnung für Ansprüche gegen die Masse (§ 6 I KO.). Die Unzulässigkeit endet mit der Konkursaufhebung.

8. Verschiebung der Zuständigkeit

(im weitern Sinn) tritt ein: α) durch Errichtung neuer Sondergerichte, z. B. eines Gewerbegerichts; β) durch Abbau eines solchen; γ) durch unrichtige rechtskräftige unbehebbar Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder über die Zuständigkeit eines Sondergerichts.

β) Verfahren.

1. Gericht.

A. Das Gericht (Vorsitzender, § 230 ZPO.) hat die Zulässigkeit des Rechtswegs sogleich nach Klageanbringung von Amts wegen zu prüfen (§ 41 I JN). Es ist zu unterscheiden (§ 41 II JN.):

1. Die Angaben des Klägers sind dem Gerichte nicht als unrichtig bekannt. a) Aus ihnen ergibt sich die Zulässigkeit des Rechtswegs. In diesem Falle hat das Gericht seine sonstige Zuständigkeit zu prüfen und bejahendenfalls keinen besonderen Beschluß über die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Zuständigkeit im engeren Sinn zu fassen, sondern die erste Tagsatzung anzuordnen. Nur wenn der prüfende Senatsvorsitzende der Meinung ist, daß der vom Kläger angegebene Streitwert zu hoch gegriffen und nach dem wirklichen Streitwert das Dornbirner Fachgericht für Maschinenstickereiindustrie zuständig wäre, so hat er den Senat einzuberufen (§ 230 II ZPO.) und dieser nach § 60 JN. vorzugehen (Ähnlichkeitsschluß).

b) Ist bereits nach den klägerischen Angaben der Rechtsweg ausgeschlossen, weil z. B. die Sache vor die Verwaltungsbehörde gehört, so hat das Gericht (Senat) seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens durch Beschluß auszusprechen (§ 42 I JN.). Die Klage wird zurückgewiesen (arg. min. § 43 I JN.). Handelt es sich aber um eine im Bezirksgerichtsverfahren zu Protokoll gegebene Klage, so ist dem Kläger vorher mündlich und auf Verlangen schriftlich diesbezüglich Rechtsbelehrung zu erteilen (§ 435 II ZPO.), die Klageaufnahme aber nicht zu verweigern, wenn der Kläger doch darauf besteht. Eine Überweisung der Streitsache von Amts wegen erfolgt nur, wenn der Abrechnungsgerichtshof zuständig ist (§ 52a I VorkrSchG.).

2. Sind die Angaben des Klägers dem Gerichte als unrichtig bekannt, so hat es sie bei der Prüfung der Klage nicht zu berücksichtigen, sondern nur die ihm bekannten Tatsachen. Auch in diesem Falle erfolgt eine formelle Entscheidung (Beschluß) über die Zulässigkeit des Rechtswegs nur bei Verneinung derselben.

B. Erkennt das Gericht erster oder höherer Instanz erst im Laufe des Verfahrens die Unzulässigkeit des Rechtswegs, so hat es — die höhere Instanz aber nur im Rahmen der Anfechtung (vgl. §§ 462 I, 504 I ZPO.) — sogleich von Amts wegen seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens durch Beschluß auszusprechen (§ 42 I JN.: Gesetzeskonkurrenz mit § 240 III ZPO.; vgl. auch §§ 494, 510 II ZPO.). Die Klage wird zurückgewiesen (vgl. § 478 I ZPO.).

Diese Entscheidung kann der die erste Tagsatzung leitende Richter als solcher nicht treffen, denn er ist nur zur Entscheidung über die im § 239 III ZPO. genannten Punkte berufen (§ 239 IV ZPO.) und hier bedeutet „Unzuständigkeit“ arg. § 240 I, II gegen § 240 III ZPO. und arg. § 239 II ZPO. nicht auch die Unzulässigkeit des Rechtswegs. Darüber steht also in diesem Falle die Entscheidung nur dem Senate zu.

Wenn die Unzulässigkeit des Rechtswegs sich aus der Zuständigkeit des Abrechnungsgerichtshofs ergibt, kann das Gericht die Sache auf Antrag beider Parteien, also nicht von Amts wegen, und nur bis zum endgültigen Schluß der Verhandlung in erster Instanz an den Abrechnungsgerichtshof überweisen (§ 52a III VorkrSchG.); vgl. auch § 53 II l. c.

Auch der Beklagte kann die Unzulässigkeit des Rechtswegs einwenden. Die Bedeutung dieses Rechts trotz der Amtspflicht, die Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen, liegt nicht nur darin, daß der Beklagte mit seinem Antrag gehört werden muß, sondern insbesondere darin, daß das Gericht nun auch dann eine förmliche Entscheidung fällen muß, wenn es die Einrede verwirft, also die Zulässigkeit des Rechtswegs annimmt. Die Einrede kann bei der ersten Tagsatzung angemeldet werden (§ 239 II ZPO.), doch kann, wie gesagt, bei dieser nicht darüber entschieden werden. Die Ausführung der angemeldeten Einrede kann in der Klagebeantwortung (§ 243 II ZPO.), bei abgesonderter Verhandlung über die Einrede in dieser und beim Bezirksgericht in der Streitverhandlung erfolgen. Die Einrede berechtigt nicht zur Verweigerung der Einlassung in die Hauptsache (§ 260 I ZPO.). Die Unzulässigkeit des Rechtswegs kann aber auch im weiteren Verfahren jederzeit geltend gemacht werden, da sie von Amts wegen zu beachten ist (§ 240 III ZPO.). Geltendmachung bei der Streitverhandlung berechtigt nicht zur Verweigerung weiterer Teilnahme an der Verhandlung zur Hauptsache (§ 260 III ZPO.).

Die Entscheidung erfolgt nach vorgängiger mündlicher Verhandlung, entweder mit der Hauptsache zusammen oder über richterliche Anordnung (Senat) in abgesonderter Verhandlung (§§ 260f. ZPO.). Wird der Einrede stattgegeben, so erfolgt die Entscheidung im Sinne des § 42 I JN. mit Beschluß. Bei Abweisung ist zu unterscheiden: α) Wurde mit der Hauptsache zusammen verhandelt, so wird die Entscheidung nicht besonders ausgefertigt, sondern in die Entscheidung über die Hauptsache aufgenommen. β) Wurde abgesondert verhandelt, so kann — in Bagatellsachen muß (§ 450 ZPO.) — das Gericht (Senat) nach Verkündung des Beschlusses die sofortige Verhandlung zur Hauptsache anordnen (kein Rechtsmittel). Auch in diesem Falle wird die Entscheidung über

die Einrede in die Entscheidung über die Hauptsache aufgenommen und gilt das gleiche wie oben. Ordnet das Gericht die Verhandlung nicht sogleich an, so kann jede Partei nach Rechtskraft des Beschlusses die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung in der Hauptsache verlangen (§ 261 IV ZPO.).

All das Gesagte gilt auch, wenn das Gericht die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs von Amts wegen zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung macht (§ 261 V ZPO.).

Erhebt der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit, weil der Abrechnungsgerichtshof zuständig sei, so ist stets abgesehen davon zu verhandeln und zu entscheiden. Wird der Einrede stattgegeben, so kann die Sache auf Antrag des Klägers an den Abrechnungsgerichtshof überwiesen werden (§ 52 a II VorkrSchG.). Ohne diesen Antrag wird einfach die Unzuständigkeit ausgesprochen und die Klage zurückgewiesen.

C. Daß die Unzulässigkeit des Rechtswegs auch ein Nichtigkeitsgrund ist (§ 477 I, Z. 6 ZPO.), hat seine besondere Bedeutung: Wenn eine noch nicht rechtskräftige Sachentscheidung ergangen ist, also augenblicklich kein Gericht mit der Sache befaßt ist, um von Amts wegen einen Beschluß im Sinne der §§ 42 I JN., 240 III ZPO. fassen zu können, so besteht die Möglichkeit, die Sache durch ein Rechtsmittel — Berufung, Revision (§ 503, Z. 1 ZPO.), Rekurs (§ 514 II ZPO.) — wieder vor ein Gericht zu bringen.

D. Ein Beschluß im Sinne der §§ 42 I JN., 240 III ZPO. kann nicht erfolgen, wenn eine noch bindende, wenn auch zur Zeit noch nicht rechtskräftige, Entscheidung desselben oder eines andern inländischen Gerichts ausgesprochen hat, daß der angebliche Nichtigkeitsgrund nicht besteht (§ 42 III JN.). Das kann auch mittelbar dadurch geschehen, daß ein bestimmtes Dienstverhältnis als privates oder ein Verein als inländischer festgestellt wurde. Auch die bereits erfolgte Entscheidung des Zuständigkeitsstreits durch den BuGH. kommt in Betracht.

E. Rechtsmittel. Hat das Gericht keinen förmlichen Beschluß über die Zulässigkeit des Rechtswegs gefaßt, so kann die Unzulässigkeit nur durch Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache geltend gemacht werden. Das gleiche gilt, wenn die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs in die Entscheidung über die Hauptsache aufgenommen wird. Ist die Endentscheidung daher ein Urteil, so kann die Anfechtung nur mit Berufung, nicht mit Rekurs erfolgen, auch wenn das Urteil nur wegen des Ausspruchs über die Zulässigkeit des Rechtswegs angefochten wird (§ 461 gegen § 55 ZPO.) (strittig). In allen andern Fällen ist Rekurs nach allgemeinen Grundsätzen möglich (§ 514 II ZPO.).

F. Wird die Unzulässigkeit des Rechtswegs erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluß offenbar, so hat nach § 42 II JN. auf Antrag der obersten Administrativbehörde der OGH. die Nichtigkeit des Verfahrens auszusprechen, wenn nicht die Ausnahme des § 42 III JN. Platz greift. Gehört aber die Sache ins Außerstreitverfahren, so wird der Verstoß arg. contr. § 42 I JN. „der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen“ mit § 42 IV JN. durch Rechtskraft

geheilt. Ebenso wenn die Sache nach § 52 VorkrSchG. vor den Abrechnungsgerichtshof gehörte (arg. § 52a III l. c.).

Zuständige Verwaltungsbehörde ist: α) Zur Wahrung der Zuständigkeit einer ausländischen Behörde das BMfÄ.; β) einer Bundesverwaltungsbehörde das vorgesetzte BM.; γ) einer Landesbehörde die vorgesetzte Landesregierung; δ) in den übrigen Fällen das BMfJ. Der Antrag steht im freien Ermessen der Behörde, die sich von Opportunitätsgründen leiten lassen kann.

G. Wird eine vor die inländische Gerichtsbarkeit gehörige Sache vor einem ausländischen Gerichte durchgeführt, so kümmert das den zuständigen inländischen Zivilrichter, der ja nicht von Amts wegen einzuschreiten hat, ebensowenig, wie wenn überhaupt keine Klage erhoben wird.

2. Verwaltungsbehörden.

Die Verwaltungsbehörden haben ihre Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen (§ 6 A.V.G. v. 21. VII. 1925, B. 274).

Hat eine Verwaltungsbehörde über einen vor die Gerichte gehörigen Anspruch entschieden, so ist ihr Bescheid von der Aufsichtsbehörde als nichtig zu erklären (§ 68 IV lit. a A. V. G.). Das ist nach Ablauf von drei Jahren nach Zustellung des Bescheides oder bloß mündlicher Verkündigung desselben nicht mehr möglich (l. c. V). In allen Fällen kann aber das Gericht angerufen werden, das selbständig über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidet.

3. Sondergerichte.

Auch sie haben ihre Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen; vgl. § 27 B. G. G., § 14 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562 (AbrGH.), § 88a mit § 72 PatG., § 7 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413 (KonsGer.), § 4 GewGG., § 4 FachGG., § 10 EAG. Hat ein Sondergericht über einen vor ein ordentliches Gericht gehörigen Anspruch rechtskräftig entschieden, so ist damit die Sache arg. § 63 II B. G. G. endgültig erledigt.

Das Entsprechende gilt in allen Fällen, in denen ein Sondergericht über eine in die Zuständigkeit eines andern Sondergerichts fallende Sache entschieden hat.

Die bejahende oder verneinende Entscheidung des Börsenschiedsgerichts über seine Zuständigkeit kann nach Art. XXIII EGZPO. mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Handelsgericht (-senat) angefochten werden.

4. Außerstreitverfahren.

Wird über eine auf den Rechtsweg gehörige Sache im Außerstreitverfahren entschieden, so gilt das gleiche wie bei Unzulässigkeit des Rechtswegs, nur wird der Mangel durch Rechtskraft geheilt (§ 42 IV JN., der § 42 II im Gegensatz zu I und III nicht anführt). Die Einschränkung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den Fall, daß eine überhaupt nicht zur Gerichtsbarkeit gehörige Sache im Außerstreitverfahren anhängig wurde, ist durch nichts begründet.

5. Zuständigkeitsstreit.

Er ist ein bejahender, wenn beide Behörden die Zuständigkeit beanspruchen. Das ist in Zivilprozesssachen, in denen ja das Verfahren nicht von Amts wegen eingeleitet wird, nur möglich, wenn man einen Anspruch gleichzeitig bei beiden Behörden oder bei der zweiten unter Verschweigung der bei der ersten erfolgten Geltendmachung geltend macht und beide ihre Zuständigkeit bejahen, mag dies auch ohne förmlichen Beschluß durch einfaches Amtshandeln geschehen. Allerdings ist auch möglich, daß die zweite Behörde unter Gesetzesverletzung trotz Kenntnis vom Verfahren bei der ersten amtshandelt. Der Zuständigkeitsstreit ist verneinend, wenn beide Behörden ein Amtshandeln ablehnen, weil sie sich für unzuständig erklären.

Der Zuständigkeitsstreit unterscheidet sich von den unter 1 bis 4 angeführten Fällen dadurch, daß dort nicht gleichzeitig zwei Behörden mit der Sache befaßt sind.

Die Rechtsordnung sucht Zuständigkeitsstreitigkeiten dadurch zu vermeiden, daß sie in vielen Fällen die Bindung eines Gerichts an die Zuständigkeitsentscheidung eines andern ausspricht. So an die bejahende Zuständigkeitsentscheidung (§ 63 B. G. G.) im Verhältnis zwischen dem BuGH. und einem andern Gericht oder zwischen einem ordentlichen und einem Sondergericht und an verneinende Entscheidungen: § 53a Vorkr.-SchG., § 5 GewGG., § 5 FachGG., Art. XXIV EGZPO. Da ferner § 46 I JN. arg. „ordentlichen Gerichte“ in Art. I EGJN. nur für die ordentlichen Gerichte gilt, so ist die gegenseitige Bindung der Behörden an ihre Zuständigkeitsentscheidungen nicht lückenlos; und aus der Rechtskraftwirkung einer Entscheidung über die Zuständigkeit ergibt sich nur, daß, wenn eine Behörde ihre Zuständigkeit ausgesprochen hat, eine andere Behörde sich nicht aus dem Grunde für unzuständig erklären darf, weil die erstere zuständig sei. Da überdies auch Fehlentscheidungen vorkommen, so sind Zuständigkeitsstreitigkeiten immer möglich.

a) Das inländische Gericht hat einen bejahenden oder verneinenden Zuständigkeitsstreit mit einem ausländischen Gericht dem BMfJ. anzuzeigen. Bis zu dessen — bindender — Erklärung hat es nur diejenigen Verfügungen zu treffen, die α) zur Wahrung öffentlicher Interessen oder β) zur Sicherung der Parteien oder γ) des Verfahrenszwecks dringend notwendig erscheinen (§ 48 JN.). Das gleiche gilt im Verhältnis zu kirchlichen Gerichten (§ 8 II Ges. v. 4. V. 1934, B. II 8).

b) Ebenso für Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Gericht und ausländischer oder kirchlicher Verwaltungsbehörde (§ 48 JN., § 8 II Ges. v. 4. V. 1934, B. II 8).

c) Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen ordentlichem oder Sondergericht und inländischer Verwaltungsbehörde fallen in die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs (Art. 168 BV., §§ 62, 64 B. G. G.):

α) Bejahender Zuständigkeitsstreit. Er liegt nur vor, wenn ein Gericht und eine Verwaltungsbehörde die Entscheidung derselben Sache in Anspruch nehmen oder in der Sache selbst entschieden haben.

Solange noch kein rechtskräftiger gerichtlicher Spruch vorliegt, kann der Antrag auf Entscheidung des Zuständigkeitsstreits beim BuGH. von der zuständigen obersten Verwaltungsbehörde (nicht vom Gericht) binnen sechs Wochen nach amtlicher Kenntnis vom Zuständigkeitsstreit gestellt werden. Die Behörde hat das Gericht vom Antrag zu verständigen. Diese Verständigung unterbricht das gerichtliche Verfahren bis zur Entscheidung des BuGG. Die am Verfahren beteiligten Personen können den entsprechenden Antrag der Verwaltungsbehörde anregen und, falls er nicht fristgerecht erfolgt, den Antrag selbst binnen weiteren sechs Wochen stellen (§ 66 I B. G. G.). Die Entscheidung des BuGH. erfolgt nach mündlicher Verhandlung, zu der die beteiligte Verwaltungsbehörde — nicht das Gericht (§ 66 II gegen §§ 63 VI, 64 II l. c.) — und die beteiligten Parteien zu laden sind. Das Erkenntnis hat auch die Aufhebung der ihm widersprechenden Amtshandlungen auszusprechen (§ 68 l. c.).

Mit den erwähnten Vorschriften ist klargelegt, daß der BuGH. nur beim direkten Zuständigkeitsstreit, d. h. bezüglich der Entscheidungsgewalt in der Hauptsache und nicht beim indirekten zuständig ist. Letzterer ist gegeben, wenn die Entscheidung einer Behörde Vorfrage für die Entscheidung einer andern ist, die sich nun an die erstere nicht für gebunden erachtet. So z. B. ein Gericht an die Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Ehedispens ist keine Entscheidung und hindert daher das Gericht nicht, die Ungültigkeit der Ehe auszusprechen. Eine Anrufung des BuGH. ist im Gesetz nicht begründet.

Versäumt die oberste Verwaltungsbehörde die Antragsfrist, so ist das Gericht endgültig zuständig geworden (§ 62 III B. G. G.). § 42 II JN. kommt nicht in Frage; denn er setzt voraus, daß die Unzulässigkeit des Rechtswegs erst nach Rechtskraft der Gerichtsentscheidung offenbar wird, also die oberste Verwaltungsbehörde von ihr erst in diesem Zeitpunkt Kenntnis erlangt.

β) Der verneinende Zuständigkeitsstreit zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde kann vom BuGH. — fristlos — auf Antrag einer beteiligten Partei entschieden werden. Zur Verhandlung ist der Antragsteller zu laden und den beteiligten Behörden — auch dem Gericht — das Erscheinen freizustellen (§ 64 B. G. G.).

d) Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen ordentlichem und Sondergericht.

α) Bei bejahenden Zuständigkeitsstreitigkeiten schreitet der BuGH. von Amts wegen ein, sobald er von dem Streit durch Anzeige einer beteiligten Behörde — die anzeigepflichtig ist — oder Partei oder aus seinen eigenen Akten Kenntnis erlangt und noch kein rechtskräftiger gerichtlicher Spruch in der Hauptsache gefällt ist; denn ein solcher bleibt für ihn maßgebend (§ 63 l. c.). § 66 l. c. gilt auch hier.

β) Für den verneinenden Zuständigkeitsstreit gilt das unter c) β) Gesagte.

e) Das unter d) Gesagte gilt auch für Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Sondergerichten.

c) Zuständigkeit im engeren Sinn.

α) Sachliche Zuständigkeit.

1. Allgemeines.

Es gibt Gerichte mit A. besonderer Zuständigkeit, d. h. sie sind nur für die ihnen besonders zugewiesenen Rechtssachen zuständig; B. allgemeiner Zuständigkeit (Zweifelszuständigkeit), d. h. sie sind für alle Rechtssachen, die nicht einem anderen Gericht zugewiesen sind, zuständig. Die allgemeine Zuständigkeit haben nur a) die Zivilsenate (Einzelrichter) der Kreis- und Landesgerichte (vgl. §§ 50 I, 51 bis 53 JN. und die besonderen Zuständigkeitsvorschriften für Sondergerichte); b) das Konsulargericht in Kairo (§ 2 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413). Die besondere Zuständigkeit geht der allgemeinen vor. Auch die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes in Handelssachen (Wien) geht der des allgemeinen Bezirksgerichts vor.

2. Dauer der sachlichen Zuständigkeit.

Maßgebend bleibt, anders als bezüglich der Zulässigkeit des Rechtswegs, der Zuständigkeitsgrund zur Zeit der Klageerhebung (§ 29 mit § 54 I JN.), d. i. der Anhängigkeit. Doch genügt es, wenn der Zuständigkeitsgrund zwar nach Anhängigkeit aber vor Entscheidung über die Zuständigkeit eintritt (§ 406 ZPO. analog). Maßgebend ist immer, wann der Zuständigkeitsgrund gegeben ist, nicht wann er vorgebracht wurde.

3. Sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Da die Zivilsenate (Einzelrichter) der Kreis- und Landesgerichte Zweifelszuständigkeit haben, ist die sachliche Zuständigkeitsordnung lückenlos.

A. Gesetzliche Zuständigkeit.

I. Allgemeine Zusammenhangszuständigkeit. a) Grundgedanke der Zusammenhangszuständigkeit überhaupt: Bei einem Gericht findet oder fand ein Verfahren statt oder soll ein solches stattfinden; eine zweite Rechtssache hängt sachlich damit zusammen, und es ist daher zweckmäßig, beide Verfahren beim gleichen Gericht (individuelle Zuständigkeit) durchzuführen. Die Erhebung der Klage bei dem zusammenhangszuständigen Gericht steht bald im Belieben des Klägers (Wahlzuständigkeit), bald kann er sie nur dort erheben (absolute Zwangszuständigkeit). Manchmal verliert die Klage durch Erhebung bei einem andern Gericht ihren besonderen Charakter, z. B. als Widerklage (relative Zwangszuständigkeit).

b) Fälle: α) *Das erste Verfahren ist ein Streitverfahren.*

1. Absolute Zwangszuständigkeit: a) Nichtigkeitsklagen; zuständig ist das Gericht (Senatsart), von dem die angefochtene Entscheidung gefällt wurde, und wenn mehrere von verschiedenen Instanzen im selben Prozeß gefällte Entscheidungen angefochten werden, das höchste dieser Gerichte (§ 532 I ZPO.). b) Das gleiche gilt für die Wiederaufnahmsklagen

wegen richterlicher Amtspflichtverletzung (l. c.). c) Die andern Wiederaufnahmsklagen sind beim Prozeßgericht erster Instanz, wenn aber lediglich das Urteil einer höheren Instanz vom Anfechtungsgrund betroffen ist, bei dieser Instanz anzubringen (§ 532 II ZPO.). Hat also die höhere Instanz in der Sache selbst entschieden, aber den vom Anfechtungsgrund betroffenen erstrichterlichen Tatbestand, z. B. die falsche Zeugenaussage, ihrer Entscheidung zugrundegelegt, so ist nicht nur ihr Urteil vom Anfechtungsgrund betroffen; daher ist das Prozeßgericht erster Instanz zuständig (strittig). Anders, wenn nur der in höherer Instanz geänderte Tatbestand vom Wiederaufnahmsgrund betroffen ist.

2. Relative Zwangszuständigkeit: a) Die Hauptinterventionsklage kann beim Gericht des Hauptprozesses — immer bei der ersten Instanz — angebracht werden, auch wenn dieses sonst nicht zuständig wäre (§§ 94 I, 95 ZPO.). Voraussetzung ist, daß der Hauptprozeß bei diesem Gericht, bzw. bei der höheren Instanz darüber, tatsächlich anhängig ist. Ob das Gericht für ihn wirklich zuständig war, ist gleichgültig. Die Zuständigkeit für die Hauptintervention bleibt also, auch wenn die Hauptklage wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen wird.

b) Die Widerklage kann beim Gericht der Vorklage angebracht werden (§ 96 JN.). Voraussetzungen der Widerklage: α) Kläger- und Beklagtenrolle sind entgegengesetzt wie bei der Vorklage. Auch Streitgenossen sind auf beiden Seiten möglich und die Widerklage kann auch gegen einzelne und von einzelnen Streitgenossen der Vorklage erhoben werden. Ist aber auch jemand mitbeklagt oder Mitkläger, der im Vorprozeß nicht Partei, wenn auch z. B. Nebeninterventient, war, so ist § 96 JN. unanwendbar. β) Der Vorprozeß muß bereits rechtshängig und γ) noch nicht bis zum endgültigen Schluß der mündlichen Verhandlung in erster Instanz gediehen sein (vgl. auch § 233 II ZPO.). δ) Vereinbarliche Zuständigkeit des Gerichts, wenn der Anspruch nicht mit Widerklage sondern selbständig erhoben würde; also ist zwar beim Bezirksgericht eine Widerklage mit einem Streitwert über 2000 S, nicht aber beim Gerichtshof eine solche mit einem geringeren Streitwert zulässig. Dagegen ist die Senatsart gleichgültig. Ebenso die Besetzung. ϵ) Zusammenhang beider Klagen („Konnexität“) oder Aufrechenbarkeit („Kompensabilität“) oder der Gegenstand der Widerklage könnte auch Gegenstand eines Zwischenfeststellungsantrags sein („Präjudizialität“). Auch bei der Widerklage genügt es, daß die Vorklage bei dem betreffenden Gericht tatsächlich anhängig ist. Auf die Verfahrensart kommt es überhaupt nicht an.

c) Zuständigkeit der passiven Streitgenossenschaft (im Gegensatz zur Einzelgeltendmachung jedes Anspruches; § 93 I JN.).

3. Wahlzuständigkeit: a) Mit der Pfandklage kann bei der Realinstanz (§ 81 JN.) die Klage auf Zahlung der pfandrechlich versicherten Forderung und b) mit der Klage auf Aufhebung (Löschung) des Pfandrechts die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens dieser Forderung verbunden werden, wenn beide Klagen gegen denselben Be-

klagen gerichtet sind (§ 91 I JN.). Eine Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit tritt ein, wenn die eine Klage sonst vor ein Handelsgericht (Handelssenat, Bezirksgericht für Handelssachen) gehörte oder wenn nach dem Pfandwert das Bezirksgericht Realinstanz ist, während die zweite Klage sonst vor den Gerichtshof gehörte (§ 95 I JN.). c) Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte können wegen Gebühren und Auslagen beim Gericht erster Instanz des Hauptprozesses, und zwar zum Unterschiede von der entsprechenden Zusammenhangsbesetzung auch nach seiner rechtskräftigen Beendigung ohne Rücksicht auf die sonstige Zuständigkeit klagen (§§ 94 II, 95 JN.). d) Zuständigkeit der passiven Streitgenossenschaft bei (verzichtbarer) Unzuständigkeit der Senatsart für einen Anspruch; sie ist wahlweise beim allgemeinen Gerichtsstand jedes Streitgenossen begründet. Nicht hierher gehört der Eintritt des Auktors, weil ja die Zuständigkeit für diesen Rechtsstreit bereits durch die Klageerhebung festgestellt ist.

β) *Das erste Verfahren ist kein Streitverfahren.* 1. Absolute Zwangszuständigkeit (nur während des Zwangsvollstreckungsverfahrens): a) Das Exekutionsgericht ist im Zweifel für alle im Laufe und aus Anlaß eines Vollstreckungsverfahrens sich ergebenden Streitigkeiten zuständig (§ 17 II EO.). Nur die Interessenklage kann auch bei dem sonst hierfür zuständigen Gericht erhoben werden (§ 368 II EO.). b) Vor das Bewilligungsgericht gehören (§ 38 EO.): I. Oppositionsklage, außer die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, eines andern öffentlichen Organs oder des BuGH. ist Exekutionstitel (§ 35 II EO.). II. Impugnationsklage (§ 36 II EO., Art. XVII EGEO.). III. Exszindierungsklagen vor Beginn des gerichtlichen Exekutionsvollzuges (§ 37 III EO.). IV. Klagen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung eines Börsenschiedsspruches nach Art. XXIXf. EGEO.

2. Wahlzuständigkeit: a) Außerstreitverfahren: Erbteilungsklagen gehören, wenn eine Nachlaßabhandlung stattfindet, auch nach rechtskräftiger Einantwortung vor das Nachlaßgericht (§ 77 II JN.). b) Zwangsvollstreckung: Interessenklagen (§ 368 II EO.).

Bei relativer Zwangszuständigkeit und bei Wahlzuständigkeit hat der Kläger die Wahl zwischen wenigstens zwei Gerichten. Diese ist mit Klagezustellung vollzogen (§ 102 JN.), doch lebt das Wahlrecht, wenn Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht erfolgt, wieder auf.

II) Eine besondere Zusammenhangszuständigkeit gibt es bei Gerichtshöfen erster Instanz aller Arten; sie ist, ausgenommen den Fall des § 113 II KO., immer absolute Zwangszuständigkeit.

a) „Streitigkeiten über Ansprüche, die nach dem Gesetze durch oder gegen einen gemeinsamen Kurator geltend gemacht werden müssen, gehören vor jenen Gerichtshof, der den Kurator zu bestellen hat“ (§ 83a I JN.).

b) Vor das Konkurs- bzw. Ausgleichsgericht (§§ 63 ff. KO., § 1 AO.; vgl. ferner §§ 111, 173 KO., § 63 AO.) gehören: α) Rechtsstreitigkeiten über die Richtigkeit von Konkursforderungen, für die der Rechtsweg zulässig

ist (§ 111 I KO.), also z. B. nicht, wenn die Klage vor das Gewerbegericht gehört (strittig) (§ 110 KO.); β) über die Rangordnung von Konkursforderungen, auch wenn sie nicht auf den Rechtsweg gehören (§ 111 I mit § 110 III KO.); γ) die Fortsetzung der durch die Konkursöffnung unterbrochenen Prozesse, wenn dies das Konkursgericht auf Antrag beschließt (kein Rechtsmittel, § 113 II KO.); das auch, wenn sie vor einem Sondergericht geführt wurden. Prozesse vor einem ausländischen Gericht kommen nicht in Betracht, da hier durch die Konkursöffnung keine für Österreich wirksame Unterbrechung eintritt. Ebensowenig (arg. „Kläger“ und „Beklagter“, § 7 KO.) Verwaltungsverfahren. δ) Die Rückforderung dessen, was ein Gläubiger auf Grund einer vor Rechtskraft des Zwangsausgleichs (§ 162 mit § 150 KO.) oder Ausgleichs (§ 59 mit § 47 AO.) geschlossenen Vereinbarung durch ungültige Begünstigung erhalten hat. ϵ) Die Klage auf Bezahlung des Ausfalls oder auf Unwirksamkeitserklärung der sonst gewährten Begünstigungen, wenn der Zwangsausgleich (§§ 161f. KO.) oder Ausgleich (§§ 58f. AO.) durch betrügerische Handlungen oder unzulässige Begünstigungen zustande kam.

III. Beim Gerichtshof erster Instanz (Zivil- oder Kausalgericht) besteht eine besondere Befangenheitszuständigkeit (§ 79 JN. und Ähnlichkeitsschluß):

α) Klagen von und gegen beim zuständigen Bezirksgericht als Einzelrichter verwendete Personen gehören vor den übergeordneten Gerichtshof erster Instanz.

β) Klagen von und gegen Vorsteher eines Gerichtshofs erster Instanz, die vor ein im Sprengel des Gerichtshofs liegendes Bezirksgericht gehörten, sind bei einem sprengelangrenzenden Gerichtshof erster Instanz anzubringen.

Das Gesagte gilt nicht, wenn der betreffende Richter nur als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder auftritt (strittig); hier ist nur allenfalls Ablehnung wegen Befangenheit möglich.

IV. Zuständigkeit der einzelnen ordentlichen Gerichte.

Zulässigkeit des Rechtswegs ist Voraussetzung. Artzuständigkeit (Eigenzuständigkeit) besteht im Gegensatz zur Wertzuständigkeit ohne Rücksicht auf den Streitwert.

a) Bezirksgericht für Handelssachen in Wien.

α) Wertzuständigkeit (§ 52 I mit § 51 I JN., §§ 39f. EGHGB.): Nicht über 2000 S folgende Handelssachen: 1. Streitigkeiten aus Handelsgeschäften — auch akzessorischen — auf Seiten des zur Zeit der Klageanbringung (§ 29 JN.) im Handelsregister eingetragenen beklagten Einzelkaufmanns, persönlich haftenden Gesellschafters (denn nach Art. 85, 150 HGB. betreibt er das Handelsgewerbe), aber auch (arg. Art. 150 HGB.) Kommanditisten, sowie einer registrierten Handelsgesellschaft oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Registrierungspflicht ersetzt die Registrierung nicht. Ferner ohne Rücksicht auf Registrierung: 2. Streitigkeiten zwischen den Vertragsschließenden aus der Veräußerung eines Handelsgewerbes; 3. über den Firmengebrauch;

4. aus den Berufsgeschäften der Handelsmäkler, Wäger, Messer u. dgl., zwischen diesen und den Parteien; 5. zwischen Kaufleuten und ihren nicht bloß Gesindedienste leistenden Angestellten, soweit überhaupt der Rechtsweg zulässig ist; 6. zwischen allen diesen und Dritten, denen sie sich im Handelsgewerbe verantwortlich machen; 7. soweit nicht § 83 b JN. anwendbar ist, aus den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter einer Handelsgesellschaft, 8. einer stillen sowie 9. einer Gelegenheitsgesellschaft zueinander, auch nach Auflösung der Gesellschaft; 10. der Vorsteher und Liquidatoren einer Handelsgesellschaft zueinander und 11. zu den Gesellschaftern.

β) Artzuständigkeit (§ 52 II JN.): Streitigkeiten 1. aus der Schiffsmiete, 2. dem Dienstverhältnis der Schiffsmannschaft und 3. dem Seefrachtgeschäft. Nur die Meeresschiffahrt ist hier gemeint.

b) Allgemeine Bezirksgerichte.

Ihnen sind außerhalb Wiens auch die unter a) angeführten Sachen zugewiesen (§ 52 a. A. JN. e contr.; vgl. auch § 446 ZPO.).

α) Wertzuständigkeit (§ 49 I JN.): Nicht über 2000 S alle vermögensrechtlichen Sachen, für die nicht ein anderes Gericht artzuständig ist.

β) Artzuständigkeit (§ 49 II JN.): Streitigkeiten 1. über die uneheliche Vaterschaft. Ihre Feststellung nach dem Tode des angeblichen Vaters behufs Legitimation erfolgt außerstreitig (Art. XVI EGJN.); 2. über die Verpflichtung des unehelichen Vaters gegenüber der Mutter (Schadenersatz wegen Fehlgeburt gehört daher nicht hierher) und 3. dem Kinde; 4. wegen sonstiger Leistung des gesetzlichen Unterhalts, soweit letztere Streitigkeiten nicht mit Ehestreitigkeiten verbunden sind; 5. Grenzstreitigkeiten; 6. Streitigkeiten über die Dienstbarkeit der Wohnung; 7. das Ausgedinge; 8. wegen Besitzstörung, wenn nur Besitzschutz und Wiederherstellung verlangt wird; 9. aus Bestand- oder Teilpachtverträgen, ausgenommen betreffend das Bestehen des Vertrages oder die Zinszahlung; 10. über Aufkündigung, Übergabe oder Übernahme der auf Grund solcher Verträge zum Gebrauch überlassenen Sachen; 11. wegen Zurückbehaltung der dem Bestandgeber haftenden Fahrnisse; 12. aus Dienstverträgen, soweit der Rechtsweg zulässig ist; 13. zwischen Reedern, Schiffern, Flößern, Fuhrleuten oder Wirten und ihren Auftraggebern, Reisenden und Gästen aus diesen Verhältnissen; 14. wegen Viehmängel; 15. die Exszindierungsklage gegen eine politische Exekution (Art. III EGEO.).

c) Handelsgericht Wien.

α) Wertzuständigkeit (§ 51 I JN.): Über 2000 S die sonst vor das Bezirksgericht gehörigen Handelssachen.

β) Artzuständigkeit (§ 51 II JN.): Streitigkeiten 1. aus wechselmäßigen Ansprüchen, daher z. B. nicht die Bereicherungsklage, außer die Zuständigkeit ergäbe sich aus andern Gründen; 2. über scheckrechtliche Regreßansprüche (§ 24 I ScheckG.); 3. über Schutz und Gebrauch von Marken, ausgenommen das Ansuchen um Löschung (§§ 21 ff. MSchG.) und Feststellungsanträge, daß ein Warenzeichen nicht unter ein bestimmtes Markenrecht fällt (§ 30 l. c.); hier ist das Patentamt zuständig;

4. über Schutz und Gebrauch von Mustern und Modellen, ausgenommen die Ungültigkeit der Hinterlegung und den Verlust des Musterrechts, die vor die Verwaltungsbehörde gehören (§ 19 MustSchG.); 5. aus Geschäften, die nach Privatseerecht zu beurteilen sind, ausgenommen die unter b) β), 9 bis 13 angeführten Rechtssachen; 6. Klagen auf Anerkennung des Patentrechts, Unterlassung fernerer Eingriffe, Beseitigung der Eingriffsgegenstände, Umgestaltung der Eingriffsmittel, Entschädigung oder Herausgabe der Bereicherung (§ 96 PatG.); 7. über Ansprüche auf Verlängerung eines Lizenzvertrages nach § 9 Ges. v. 26. IV. 1921, B. 267; vgl. auch Art. VI, Abs. 1, Z. 3 und Art. VII PatGNov. v. 2. VII. 1925, B. 219; 8. Ersatzklagen auf Grund der Eisenbahnhaftpflicht (§ 3 Ges. v. 5. III. 1869, R. 27, § 1 Ges. v. 12. VII. 1902, R. 147 mit Art. VI, 2 EGJN.); 9. Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, einem Aktienverein, einer Ges. m. b. H. oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und den Mitgliedern, wenn die Ansprüche allen oder einer bestimmten Teilnehmergruppe gemeinsam sind und überhaupt die Handelsgerichtsbarkeit gegeben ist (§ 83 b JN.); auf die Parteirolle kommt es nicht an; 10. Klagen wegen Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse dieser Vereinigungen, ausgenommen der Aktienvereine und der Genossenschaften, die nicht Kaufleute sind (§ 83 b JN.; vgl. auch § 42 GmbHGes.); 11. Klagen auf Grund des UnlWG. v. 26. IX. 1923, B. 531 (§ 22 l. c.); 12. soweit sie nicht vor das satzungsmäßige Schiedsgericht gehören (Art. 110 der mit Ges. v. 14. XI. 1922, B. 823 gegebenen Satzungen), Klagen gegen die österreichische Nationalbank, auch wenn sie, wie z. B. manche Schadenersatzklagen, nicht Handelsgeschäften oder dem Verbandsverhältnis entspringen (Art. 115 l. c.), ausgenommen Streitigkeiten zwischen der Bundesverwaltung und der Bank; 13. Entscheidungen über Ablehnung des Vorstehers sowie der mit ihm abgelehnten Richter des BG. für Handelssachen; 14. ferner eines Richters des Handelsgerichts, soweit nicht das OLG. zuständig ist (vgl. § 23 JN.); 15. Nichtigkeitsbeschwerde (Art. XXIII EGZPO.) und 16. Unwirksamkeitsklage (Art. XXV EGZPO.) gegen ein Erkenntnis des Börsenschiedsgerichts.

d) **Handelssenate.** Die Zuständigkeit ist mit Ausnahme der unter c) β), 12 und 13 genannten Fällen die gleiche wie unter c) Über die Ablehnung eines Mitglieds des Handelssenats entscheidet dieser, bei Ablehnung des Vorsitzenden unter dem Vorsitz seines Stellvertreters.

e) **Bergrechtliche Senate.**

α) **Wertzuständigkeit (§ 53 I JN.):** Alle den Bergbau betreffenden Streitigkeiten mit einem Streitwert über 2000 S, soweit nicht Artzuständigkeit des Bezirksgerichts oder Unzulässigkeit des Rechtswegs gegeben ist.

β) **Artzuständigkeit (§ 53 II JN.):** 1. Geltendmachung eines dinglichen Rechts auf Gegenstände des Bergwerkeigentums (wozu Freischürfe nicht gehören) samt Zugehör. Ferner Streitigkeiten, betreffend 2. die Aufhebung eines solchen Rechts; 3. die Benützung solcher Gegenstände; 4. das Alter im Felde; 5. die Aufforderung zur Feldesstreckung; 6. Freierklärung von

Bergbauberechtigungen; 7. Eigentum oder 8. Benützung von Grubenwässern; 9. die in den Berggesetzen geregelten Verhältnisse der Bergbauunternehmer untereinander, zu ihren Beamten und Bevollmächtigten sowie zu Besitzern anderer unbeweglicher Güter; 10. Verwaltung und Rechnungsführung zwischen Bergwerksbesitzern und ihren Beamten oder Bevollmächtigten über den Betrieb des Werkes und dessen Zugehör; 11. Gesellschaftsverträge über Betrieb, Benützung oder Verwaltung gemeinschaftlicher Bergbaue; 12. die in den Berggesetzen geregelten Verhältnisse der Gewerkschaften zu ihren Mitgewerken. Dagegen z. B. nicht Klagen auf Ersatz des durch den Bergbaubetrieb einem Grundeigentümer zugefügten Schadens. 13. Für die Ablehnung eines Senatmitgliedes gilt das unter d) Gesagte.

f) Oberlandesgerichte.

Es gibt keine Wertzuständigkeit. Artzuständigkeit in erster Instanz: α) Syndikatsklagen (§ 600 ZPO., § 8 SyndGes.). β) Entschädigungsklagen wegen rechtswidriger Verletzung von Zivilpersonen im Weltkrieg (§ 7 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 317). γ) Entscheidung über die Ablehnung 1. von Richtern des Gerichtshofs erster Instanz, wenn die verbleibenden nicht abgelehnten Richter nicht mehr beschlußfähig sind; 2. von Richtern des OLG. (§ 23 JN.).

g) Oberster Gerichtshof.

Es gibt keine Wertzuständigkeit. Artzuständigkeit in erster Instanz: α) Syndikatsklagen gegen den Konsularrichter (§ 4 Vdg. v. 6. XII. 1929 B. 413) β) Ablehnung: 1. von Richtern des OLG., wenn der nicht abgelehnte Rest nicht beschlußfähig ist; 2. von Richtern des OGH. (§ 23 JN.).

h) Landes- und Kreisgerichte; Zivilsenate bzw. Einzelrichter.

Sie haben wie erwähnt Zweifelszuständigkeit, außerdem aber eine besondere Artzuständigkeit (§ 50 II JN.): α) für Streitsachen mit dem Einzelrichter als Artbesetzung. Die besondere Zuständigkeit für die verbundenen vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist, wenn der Streitwert 2000 S nicht übersteigt, eine Zusammenhangszuständigkeit. β) Alle ändern nicht rein vermögensrechtlichen streitigen Rechtssachen aus dem Verhältnis der Ehegatten oder γ) der Eltern und Kinder. δ) Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Fideikommißverhältnis. ϵ) Lehensstreitigkeiten. ζ) Klagen auf Entschädigung für Untersuchungshaft (§ 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 318), sowie η) wegen ungerechtfertigter Verurteilung (§ 6 Ges. v. 2. II. 1932, B. 242). θ) Streitigkeiten aus dem Verbandsverhältnis, soweit nicht Handelsgerichtsbarkeit gegeben ist (§ 83 b JN.), ι) Anfechtungsklagen gegen militärische Ersatzerkenntnisse nach § 2 III Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72 (Art. XI, Z. 5 EGZPO.).

Das Landesgericht Wien ist ferner zuständig für Streitigkeiten zwischen der Bundesverwaltung und der österreichischen Nationalbank (Art. 49 der mit Ges. v. 14. XI. 1922, B. 823 gegebenen Satzungen), soweit sie nicht vor das satzungsmäßige Schiedsgericht gehören (Art. 110 l. c.).

B. Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit.

I. Neuerrichtung von Gerichten, z. B. eines Bezirksgerichts für Handelssachen (vgl. § 2 II, S. 2 JN.).

II. Abbau von Gerichten.

III. Zuständigkeitsvereinbarung (§ 104 I, II JN. „Konsensprorogation“). Das Rechtsgeschäft muß eine Vereinbarung, darf also nicht bloß einseitig sein (anders § 599 ZPO.). Es kann auch Bestandteil eines andern Vertrages sein; in diesem Falle kann auch das Nichtbestehen des Hauptvertrages vor dem vereinbarten Gerichte geltend gemacht werden. Zustimmung des Gerichtes ist nicht erforderlich; eine Form, insbesondere Schriftlichkeit ist nicht vorgeschrieben: nur der Nachweis in der Klage muß urkundlich erfolgen. Ausdrücklichkeit ist aber nötig. Doch kann in der Klageanstellung bei dem vom Beklagten bestimmten Gerichte die Zustimmung des Klägers liegen. Im übrigen sind die Erfordernisse nicht nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen, da eine Prozeßhandlung vorliegt. Die Vereinbarung kann sich auf die sachliche oder örtliche Zuständigkeit allein oder auf beide, niemals aber (arg. „erste Instanz“ § 104 JN.) auf die funktionelle beziehen. Durch die negative Zuständigkeitsvereinbarung wird eines von mehreren wahlweise zuständigen Gerichten ausgeschlossen. Aber auch der Schiedsvertrag ist eine negative Zuständigkeitsvereinbarung. Andererseits können (arg. „mehreren“ § 104 I JN.) mehrere Gerichte wahlweise vereinbart werden.

Die Vereinbarung muß sich auf einen bestimmten Rechtsstreit oder auf Rechtsstreitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen, also nicht z. B. auf die Entscheidung aller zukünftigen Prozesse. Jedes vereinbarte Gericht muß bestimmbar sein.

Unwirksam sind die Vereinbarungen: a) von einem Bezirksgericht auf einen Gerichtshof; b) von einem Gerichtshof auf einen höheren oder c) von einem Gerichtshof als höherer Instanz auf einen niederen Gerichtshof und d) auf eine andere Senatsart in höherer Instanz (arg. „erster Instanz“, § 104 I mit § 2 JN.); e) bei ausschließlicher Zuständigkeit eines Gerichtshofs — auch des OLG. (arg. min.) — auf ein Bezirksgericht; es sind das die Fälle der Artzuständigkeit; f) von dem nach § 79 JN. zuständigen Gerichtshof auf einen darnach befangenen; g) von einem Gericht mit absoluter Zusammenhangszuständigkeit.

In den genannten Fällen ist jedes Gericht anderer Art absolut (unverzichtbar) unzuständig, es besteht unverzichtbare (unabdingbare) Zuständigkeit. Der Ausdruck „unheilbare Unzuständigkeit“ wird besser vermieden, da Heilung durch Rechtskraft eintritt.

Wirksam ist dagegen die Vereinbarung vom Kausalgericht (-senat) auf das allgemeine Gericht (Senat) und umgekehrt, sowie von einer Art Kausalsenat auf die andere, selbst in den dem Gerichtshof ausschließlich zugewiesenen Fällen (§ 50 II JN.). Das ergibt sich daraus, daß § 104 II JN. in diesen Fällen ausdrücklich nur die Wirksamkeit der Vereinbarung der Bezirksgerichtszuständigkeit ausschließt. Wirksam ist auch die Vereinbarung von dem nach § 79 JN. sachlich zuständigen Gerichts-

hof auf einen nicht „befangenen“ oder vom OLG. als erster Instanz auf einen Gerichtshof erster Instanz.

In den erwähnten Fällen besteht verzichtbare (abdingbare) Zuständigkeit. Ein anderes Gericht ist verzichtbar unzuständig, bzw. vereinbarlich zuständig.

Die Zuständigkeitsvereinbarung wirkt auch auf Gesamt- und Einzelrechtsnachfolger (§§ 1394, 1407 abGB.). Keine Zuständigkeitsvereinbarung ist die Besetzungsvereinbarung nach § 7a IV. JN.

IV. Verschwiegene Unzuständigkeit. Die Einrede der verzichtbaren Unzuständigkeit muß bei der ersten Tagsatzung im technischen Sinn angemeldet (§ 240 I ZPO.) und, wenn keine stattfindet, vor der Einlassung in die Verhandlung über die Hauptsache (§ 261 VI; vgl. auch § 441 ZPO.), im Mandats-, Wechsel- und Bestandverfahren zugleich mit den Einwendungen vorgebracht werden (§§ 552, 559, 562, 567 ZPO.), sonst hat sich der Beklagte des Einrederechts verschwiegen. Dadurch ist das Prozeßgericht unanfechtbar zuständig geworden (§ 104 III JN.). Nur wenn das ganze Verfahren für nichtig erklärt wird, kann der Beklagte in einem vor demselben Gerichte etwa eingeleiteten neuen Verfahren wiederum bis zum gleichen Zeitpunkt die Unzuständigkeitseinrede vorbringen.

Statt von verschwiegener Unzuständigkeit von „stillschweigender Zuständigkeitsvereinbarung“ oder „Präklusionsprorogation“ zu sprechen ist nicht angemessen, weil die Rechtsfolge auch gegen den Willen des Beklagten eintritt, der z. B. die Einrede deshalb nicht erhoben hat, weil er glaubte, das Gericht werde die Unzuständigkeit von Amts wegen feststellen.

Bei unverzichtbarer Zuständigkeit tritt eine Verschiebung durch Verschweigung der Einrede nicht ein.

V. Rechtsgestaltende Zuständigkeitsentscheidung. Wie jede unanfechtbare unrichtige gerichtliche Entscheidung rechtsgestaltend wirkt, so auch eine solche Entscheidung, worin sich ein Gericht für zuständig erklärt. Da nun auch absolute Unzuständigkeit durch Rechtskraft geheilt wird, ist durch die Rechtskraft der Entscheidung das gesetzlich unzuständige Gericht zuständig geworden. Wird allerdings das ganze Verfahren vernichtet, so wird auch die einen Teil desselben bildende Zuständigkeitsentscheidung unwirksam.

In allen Fällen ist aber eine ausdrückliche Entscheidung über die Zuständigkeit Voraussetzung. Es genügt nicht, wenn das Gericht, von seiner Zuständigkeit ausgehend, einfach in der Sache selbst entschieden hat, mag auch die Unzuständigkeitseinrede verschwiegen sein. Die Entscheidung muß im Spruch, nicht bloß in den Gründen erfolgen.

β) Örtliche Zuständigkeit.

1. Allgemeines.

A. Gerichtssprengel ist ein Gebiet, in dem allein ein bestimmtes Gericht seine Amtshandlungen vornehmen kann und soll (§ 32 I JN.),

während die Gerichtsgewalt eines jeden Gerichts im ganzen Bundesgebiet, mit Ausnahme exterritorialer Räume (z. B. Gesandtschaften und Wohnräume Exterritorialer) besteht. Die unmittelbare Zwangsgewalt hat das Gericht also nur in seinem Sprengel. Soll daher z. B. ein gerichtliches Erkenntnis außerhalb des Gerichtssprengels vollzogen werden, so kann das nur durch ein Gericht geschehen, in dessen Sprengel der Vollzugsort liegt (§ 36 I, S. 2 JN.).

Das Gericht amtiert gewöhnlich an seinem festen Sitz im bestimmten Gerichtsgebäude; der BMfJ. kann aber regelmäßige Gerichtstage (§ 29 GOG.) außerhalb dieses Sitzes anordnen. Doch dürfen dort mündliche Streitverhandlungen nur abgehalten werden, „wenn es nach dem Wohnorte der zu ladenden Personen zweckmäßig ist und wenn hiedurch die sonstigen Geschäfte des Gerichtstages nicht beeinträchtigt werden“ (§ 72 II GeO.). Bei besonderem Geschäftsandrang kann der Gerichtshofpräsident einen außerordentlichen Gerichtstag abhalten lassen.

Ausnahmen von dem Grundsatz, daß das Gericht alle Amtshandlungen im Sprengel vorzunehmen hat: 1. In manchen Fällen kann das Gericht auch im eigenen Sprengel die Handlung nicht selbst vornehmen: Gegen a) fremde Staaten; b) Exterritoriale; vgl. § 32 III JN., § 119 ZPO., § 31 EO. 2. Beschränkt ist die Gerichtsgewalt a) in militärischen oder von der bewaffneten Macht besetzten Gebäuden; vgl. § 32 II JN., § 92 ZPO., § 31 EO.; b) gegen im Dienst befindliche Militärpersonen des Präsenzdienstes und Gendarmen (vgl. §§ 29, 386 EO.). 3. Amtshandlungen außerhalb des Sprengels sind nur zulässig: a) bei Gefahr im Verzug; b) bei Amtshandlungen an der Sprengelgrenze, in welchen Fällen aber das Sprengelgericht zu verständigen ist (§ 33 JN.). Insoweit an Orten, wo mehrere Bezirksgerichte sind, durch Verordnung einem oder mehreren derselben gewisse Amtshandlungen für den ganzen Ort übertragen werden (erweiterter Sprengel, Sammelzuständigkeit), so α) für Rechtshilfe (§ 37 IV JN.) und β) für Klagen einer Berufsvormundschaft desselben Ortes in Vertretung ihrer Mündel (§ 103 II JN.) hat das Gericht einen engeren und überdies einen weiteren Sprengel.

Der Gerichtssprengel wird durch Verordnung bestimmt. Er kann sein: 1. das ganze Bundesgebiet: a) Bundesgerichtshof, b) Patentgerichtshof, c) Abrechnungsgerichtshof, d) Oberster Gerichtshof. Für diese gibt es keine Frage der örtlichen Zuständigkeit. 2. Ein Teil des Auslandes: Konsulargericht. 3. Ein Teil des Bundesgebietes: Alle anderen Gerichte. Hier ist wieder möglich: a) Lückenlosigkeit, d. h. es gibt keinen Teil des Bundesgebietes, der nicht Sprengel eines Gerichtes der betreffenden Art wäre: α) OLG., β) Kreis- und Landesgerichte, γ) allgemeine Bezirksgerichte. Die allgemeinen Bezirksgerichtssprengel summieren sich zu Gerichtshofsprengeln und diese zu OLG.-Sprengeln, so daß auch diesbezüglich Deckung besteht. b) Lücken: Die Gerichtssprengel ergänzen sich nicht zum Bundesgebiet: Alle andern Gerichte.

Der Gerichtssprengel kann auch kleiner sein als ein Ort im geographischen Sinn (Ortschaft), z. B. ein Bezirksgerichtssprengel in Wien.

Der Sprengel hat auch Bedeutung für die örtliche Zuständigkeit. Zuständigkeitsgrund ist hier nämlich die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals im Sprengel. Das örtlich zuständige Gericht heißt Gerichtsstand. Der persönliche Gerichtsstand beruht auf der Zugehörigkeit des Beklagten — ausnahmsweise des Klägers (§§ 79 II, 100 I JN., Art. VI Z. 5 EGJN. mit Art. 315 HGB., Art. XI Z. 5 EGZPO. mit § 2 III Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72) — zum Sprengel, der sachliche auf der Zugehörigkeit des Streitgegenstandes. Diese Zugehörigkeit bildet den örtlichen Zuständigkeitsgrund. Für den Zeitpunkt, in dem er gegeben sein muß, gilt das gleiche wie bei der sachlichen Zuständigkeit.

B. Die Zugehörigkeit einer Person zum Sprengel kann eine vollständige sein; dann ist ein allgemeiner Gerichtsstand gegeben, ein Gericht mit örtlicher Zweifelszuständigkeit (§ 65 a. A. JN.); Gegensatz: besonderer Gerichtsstand (vgl. Überschrift vor § 76 JN.). Bei teilweiser Zugehörigkeit besteht die Zweifelszuständigkeit nur für Rechtsstreitigkeiten aus dieser Zugehörigkeit, z. B. aus der Niederlassung (§ 87 JN.). Die örtliche Zuständigkeitsordnung ist äußerst verwickelt und vereinfachungsbedürftig. Da ferner der allgemeine Gerichtsstand eine Begünstigung des Beklagten zum Ausgleich dafür darstellt, daß der Kläger den Zeitpunkt des Angriffs bestimmt, sollten nicht so viele Ausnahmen bestehen.

a) Hat der Kläger die Wahl zwischen dem allgemeinen und einem besonderen Gerichtsstand, so ist letzterer ein Wahlgerichtsstand, sonst ein ausschließlicher. Die Wahl zwischen mehreren „ausschließlichen“ ist aber grundsätzlich möglich, so z. B. zwischen den Gerichtsständen nach § 77 I und § 81 JN. Da aber der allgemeine Gerichtsstand ausgeschlossen ist, ist das ein notwendig besonderer Gerichtsstand, kein Wahlgerichtsstand. § 102 JN. gilt auch hier.

b) Bei einem absoluten Zwangsgerichtsstand besteht überhaupt keine Wahl, während beim relativen die Klage allein ihren besonderen Charakter, z. B. als Widerklage, behält, den sie bei einem andern — möglichen — Gericht nicht hat. Bei Mehrheit von örtlichen Zuständigkeitsgründen, z. B. mehreren Wohnsitzen (§ 66 II JN.) oder Lage der maßgebenden Sache in mehreren Sprengeln (§ 84 I JN.) hat der Kläger die Wahl, was das Gesetz noch überdies ausdrücklich sagt. Im übrigen besteht hier zum Unterschied vom Wahlgerichtsstand immer nur die Wahl zwischen zwei allgemeinen oder zwei besonderen Gerichtsständen; daher stehen auch §§ 66 II, 84 I JN. nicht unter der Überschrift „Wahlgerichtsstände“ (vgl. vor § 86 JN.).

Das Gesagte gilt auch bei Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage, die wegen der Lage der Sache, auf die sie sich beziehen, vor verschiedene Gerichte gehörten: Der Kläger kann eines davon wählen (§ 84 II JN.). In allen diesen Fällen sind wahlweise Gerichtsstände gegeben.

c) Ein ergänzender Gerichtsstand liegt vor, wenn das Gesetz

trotz Fehlens des gegenwärtigen örtlichen Zuständigkeitsgrundes einen Gerichtsstand anordnet.

d) Endlich gibt es auch örtliche Zusammenhangszuständigkeit: Zusammenhangsgerichtsstand, Attraktionsgerichtsstand.

e) Ist jemand beim Bezirksgericht eines Ortes mit mehreren Bezirksgerichten zu klagen, so ist die Klage bei dem Bezirksgericht anzubringen, in dessen Sprengel der Beklagte seinen Wohnsitz, oder mangels eines solchen seinen Aufenthalt hat. Hält sich der Beklagte dort nicht wirklich auf — z. B. beim Gerichtsstand des Erfüllungsortes —, so hat der Kläger zwischen den mehreren Bezirksgerichten die Wahl (§ 103 I JN.), außer es besteht ein örtlicher Zuständigkeitsgrund gerade für eines dieser Gerichte; z. B. die Berufsstätte des Beklagten (§ 87 JN.) ist im Sprengel dieses Gerichtes.

C. Für die Dauer der örtlichen Zuständigkeit gilt das gleiche wie für die sachliche (§ 29 JN.).

2. Der allgemeine Gerichtsstand.

Allgemeiner Gerichtsstand ist das Gericht unter mehreren gleichartigen, bei dem alle Klagen angebracht werden müssen, für die kein besonderer Gerichtsstand, und können, wenn kein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand besteht. Der allgemeine Gerichtsstand kann sein: I. selbständig, II. abgeleitet. Der letztere bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand einer andern Person und geht dem ersteren vor, so daß der in der Person des Beklagten liegende tatsächliche Zuständigkeitsgrund unbeachtlich ist.

I. Der Zuständigkeitsgrund für den selbständigen allgemeinen Gerichtsstand ist:

a) Bei physischen Personen: α) In erster Linie sein notwendiger Wohnsitz. β) Mangels dieses der freiwillige Wohnsitz. γ) Mangels beider der Aufenthalt im Inlande (§§ 66f. JN.).

Zu α): Der notwendige Wohnsitz ist unabhängig vom Willen und vom tatsächlichen — auch ständigen — Aufenthalt, Lebenszentrum usw. Es ist

1. Der Garnisonsort (§ 68 JN.) bei a) Militärpersonen des Präsenzdienstes; b) aktiven Beamten der Heeresverwaltung und c) aktiven Gendarmeriebeamten. Der dadurch begründete Gerichtsstand bleibt während zeitlicher Beurlaubung bestehen und dauert bei Garnisonswechsel bis zum Eintreffen in die neue Garnison fort. Er gilt aber nur für Eigenberechtigte, denn § 68 JN. bestimmt lediglich den Wohnsitz, auf den es beim Gerichtsstand von Nichteigenberechtigten nicht ankommt (§§ 71f. JN.).

2. Für Mitglieder der Finanzwache ist der für die Abteilung bestimmte Standort als Wohnsitz anzusehen (HD. v. 28. IX. 1842, JGS. 643).

Zu β): Voraussetzungen des freiwilligen Wohnsitzes: 1. Fähigkeit zur Begründung. Unfähig sind a) Nichteigenberechtigte; b) wem verboten ist, einen bestimmten Ort zu verlassen: Sträflinge, Häftlinge, Konfinierte; sie behalten den früheren Wohnsitz; c) die Gattin bei rechtlich bestehen-

der Ehegemeinschaft; d) wer einen notwendigen Wohnsitz hat. 2. Niederlassung (§ 66 I JN.), d. i. Aufenthaltnahme (objektiv) und Einrichtungen, woraus sich die Absicht auf Dauer ergibt (subjektiv, „Zusinnbarkeit“), also z. B. Beziehen einer Wohnung im eigenen Haus, nicht aber bloß im eigenen Sommerhäuschen oder Aufenthaltnahme in einer Heilanstalt, mag auch der tatsächliche Aufenthalt noch so lange dauern. 3. Rechtmäßigkeit, also z. B. nicht gegen die verhängte Abschaffung. Es gibt auch Menschen ohne Wohnsitz (Vagabunden, Globetrotter) und andererseits kann man auch mehrere freiwillige Wohnsitze haben (§ 66 II JN.), z. B. ein Arzt, der seiner Praxis wegen im Winter in Wien und im Sommer in Gastein wohnt. Daher hört der freiwillige Wohnsitz nicht schon mit der Begründung eines neuen auf, wohl aber mit der Aufgabe des ständigen Aufenthaltes. Die bloße Aufgabe der „Absicht“ genügt nicht.

Zu γ): Der Aufenthalt ist die rein körperliche Anwesenheit ohne Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestands. Er ist auch für den bewußtlos an einen Ort Gebrachten dort gegeben. Keinen Aufenthalt hat man aber dort, wo man verbotenerweise ist. Der inländische Aufenthalt begründet den allgemeinen Gerichtsstand nur, wenn kein — auch kein ausländischer — Wohnsitz besteht (§ 67 JN.). Hat jemand weder Wohnsitz noch inländischen Aufenthalt oder ist der letztere unbekannt, so hat er keinen allgemeinen Gerichtsstand.

b) Bei juristischen Personen. Der allgemeine Gerichtsstand des Bundes, der Länder und Gemeinden bestimmt sich nach dem Sitz ihres Vertretungsorgans (§ 74 JN.) — Finanzprokurator, Landeshauptmann (Art. 114 I BV.), Gemeindevorsteher. Da nur in Wien eine Finanzprokurator ist, ist auch dort der allgemeine Gerichtsstand des Bundes, während der eines Landes in der Landeshauptstadt ist. Bei andern juristischen Personen ist im Zweifel der Ort der Verwaltungsführung (Sitz) maßgebend. Wird die juristische Person aber durch einen Vertreter des Bundes oder eines Landes vertreten oder untersteht sie einer Gemeindeverwaltung, so gilt § 74 JN. auch für sie (§ 75 JN.). Einen „Aufenthalt“ einer juristischen Person gibt es nicht.

c) Ergänzende allgemeine Gerichtsstände: α) Österreichische Bundesangestellte mit einem ausländischen Dienort behalten den letzten inländischen allgemeinen Gerichtsstand bei. Haben sie keinen oder läßt er sich nicht ermitteln, so haben sie den allgemeinen Gerichtsstand in Wien im Sprengel des Gerichts, in dem das Bundeskanzleramt seinen Sitz hat (§ 69 JN., der zu eng nur vom Bezirksgericht spricht). β) Für die im § 68 JN. genannten Militärpersonen ist, wenn sie sich im Ausland befinden, der letzte inländische Garnisonsort ihres Militärkörpers oder ihr eigener letzter maßgebend (§ 68 III JN.).

II. Abgeleiteter Gerichtsstand. a) Die Gattin in rechtlich bestehender Ehegemeinschaft teilt den allgemeinen Gerichtsstand des Gatten (§ 70 I JN.). Ausnahmen: α) Verlegt der Gatte seinen Wohnsitz ins Ausland und bleibt die Gattin mit seinem Willen (arg. „zurückgelassen hat“) im Inland, so begründet ihr ständiger Aufenthaltsort den allgemeinen Gerichtsstand, solange der Gatte nicht wieder einen

inländischen Wohnsitz nimmt. β) Das gleiche gilt, wenn der Gatte seinen Wohnsitz überhaupt aufgibt (§ 70 II JN.). Den Gerichtsstand des Aufenthaltes (§ 67 JN.) teilt also die Gattin nur, wenn der Gatte seit der Eheschließung noch keinen Wohnsitz hat. γ) Den durch den notwendigen Wohnsitz begründeten und den ergänzenden allgemeinen Gerichtsstand des Mannes teilt die Gattin nicht, wenn sie nicht im Haushalt mit ihm lebt; hier ist ihr ständiger Aufenthalt maßgebend (§ 73 I JN.), auch wenn sie nicht eigenberechtigt ist. Wohnsitz ist nicht erforderlich.

b) Nichteigenberechtigte Kinder mit Ausnahme der verheirateten Tochter, für die das unter a) Gesagte auch dann gilt, wenn sie minderjährig ist und ihr Vater noch lebt (arg. „Pflegebefohlene“, § 70 I JN. im Zusammenhalt mit der Bedeutung dieses Ausdruckes in § 373 mit § 372 und § 336 I ZPO.). α) Eheliche, legitimierte aller Art und Wahlkinder: 1. Waren oder sind sie unter väterlicher Gewalt, so teilen sie grundsätzlich den allgemeinen Gerichtsstand des Vaters (§ 71 JN.), auch wenn er den Wohnsitz ins Ausland verlegt oder aufgibt (arg. contr. „für sie“, § 70 JN.). Die unter a), γ) angeführte Ausnahme gilt auch hier. Sie behalten den väterlichen Gerichtsstand bis zur Eigenberechtigung, auch wenn die väterliche Gewalt inzwischen aus einem andern Grund erlischt. 2. Waren und sind sie nicht unter väterlicher Gewalt, so können sie nur einen selbständigen allgemeinen Gerichtsstand haben. β) Andere Kinder: 1. Sind sie auf Kosten einer öffentlichen, zu ihrer gesetzlichen Vertretung berufenen Anstalt in oder außerhalb derselben untergebracht, so teilen sie den allgemeinen Gerichtsstand dieser Anstalt. 2. Sonst haben sie den allgemeinen Gerichtsstand der Mutter (§ 72 JN.). Ist dieser unbekannt oder hat sie keinen, so können sie nur einen selbständigen allgemeinen Gerichtsstand haben.

Andere abgeleitete Gerichtsstände kennt das österreichische Recht nicht. Ein Entmündigter behält also einfach seinen bisherigen allgemeinen Gerichtsstand bei. Der Sitz des Pflegschaftsgerichts ist kein örtlicher Zuständigkeitsgrund, weil im Gegenteil dieses Gericht durch den allgemeinen Gerichtsstand bestimmt ist (§ 109 I JN.).

3. Die besonderen Gerichtsstände.

A. Gesetzliche.

I. Zusammenhangsgerichtsstände. a) Ausschließliche.

α) Absolute Zwangsgerichtsstände. Hierher gehören die gleichen Fälle wie zur absoluten Zwangszuständigkeit bei Zusammenhangszuständigkeit.

β) Relative Zwangsgerichtsstände. Abgesehen von den Fällen relativer Zwangszuständigkeit bei Zusammenhangszuständigkeit, insbesondere des Gerichtsstandes des Hauptprozesses für den Hauptintervenienten, gehören noch die mit Ehestreitigkeiten verbundenen vermögensrechtlichen Klagen dazu; sie können gegen einen Österreicher, wenn kein allgemeiner oder besonderer inländischer Gerichtsstand gegeben ist, auch beim allgemeinen Gerichtsstand des Klä-

gers angebracht werden. § 100 JN. spricht zwar von den verbundenen vermögensrechtlichen Ansprüchen nicht; da aber durch § 7a (sachlich) und § 76 JN. (örtlich) die Verbindung der beiden Klagen hier gestattet ist, ohne daß die sonst nach § 227 I ZPO. erforderliche Zuständigkeit des Prozeßgerichtes für beide Klagen schon vorher bestehen müßte, ist § 100 JN. ausdehnend auszulegen.

γ) Notwendig besondere Gerichtsstände: 1. Der Gerichtsstand für Streitige Nachlaßsachen bestimmt sich bis zur Einantwortung nach dem Sitz des Abhandlungsgerichts (§ 77 I JN.). Hierher gehören: a) die Erbrechtsklagen; nicht die Erbschaftsklagen, da diese vor der Einantwortung nicht möglich sind; b) die Klagen aus sonstigen Verfügungen auf den Todesfall (Vermächtnissen, Schenkungen, Auflagen); c) Pflichtteils- und d) Pflichtteilsergänzungsklagen; e) Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen gegen den Erblasser oder f) gegen den Erben als solchen, z. B. auf eidliche Bekanntgabe des Nachlaßvermögens. Wird statt der Einantwortung der Nachlaß vom Bund als kaduk eingezogen, so endet der Gerichtsstand mit der Übergabe an den Bund. Findet keine Abhandlung statt, so ist auch der Gerichtsstand nicht gegeben. 2. Gerichtsstand für Erbteilungsklagen (§ 77 II JN.). 3. Die Zusammenhangszuständigkeit des Konkursverfahrens ist auch ein Zusammenhangsgerichtsstand.

b) Wahlgerichtsstände: α) Nach § 91 JN. (Gerichtsstand der belasteten Sache). β) Nach § 94 II JN. (Gerichtsstand des Hauptprozesses für Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte).

II. Die einzelnen besonderen Gerichtsstände:

a) Allgemeines. Die örtlichen Zuständigkeitsgründe sind nicht einheitlich. Sie sind bald besondere Eigenschaften der Person, bald des Streitgegenstands. Ausschließliche Gerichtsstände sind: 1. alle besonderen Gerichtsstände, wenn kein allgemeiner Gerichtsstand gegeben ist; 2. die Gerichtsstände der §§ 76 bis 83b JN. (vgl. Überschrift vor § 76 JN.); 3. des § 6 Ges. v. 2. VIII. 1932, B. 242; 4. des § 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 318; 5. des § 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 317; 6. des Art. 315 HGB.; 7. des § 23 UnlWG.

b) Im einzelnen.

α) Besondere persönliche Eigenschaften: a) des Klägers. Klagen des Vorstehers eines Gerichtshofs erster Instanz, die vor seinen Gerichtshof oder ein in dessen Sprengel gelegenes Bezirksgericht gehörten, sind bei einem Gerichtshof anzubringen, dessen Sprengel angrenzt (§ 79 II JN.). b) des Beklagten. Das gleiche gilt für solche Klagen gegen den Gerichtshofvorsteher (§ 79 I JN.). Das ist kein allgemeiner Gerichtsstand; denn wenn der Gerichtshofvorsteher im Sprengel eines andern Gerichts wohnt, als wo er angestellt ist, hat er seinen allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitzgericht und andere Klagen gegen ihn, als die erwähnten, fallen überhaupt nicht unter § 79 JN. Daher gilt diese Bestimmung auch nicht für seine Gattin oder Kinder.

β) Besondere sachliche Gerichtsstände.

A. Hat jemand eine Berufsstätte (Bergwerk, Fabrik, Niederlassung, Betriebsstätte, Gutswirtschaft u. dgl., nicht aber z. B. eine Wohnvilla), so kann er wegen aller Ansprüche betreffend seine berufliche Tätigkeit beim Gericht, in dessen Sprengel die Berufsstätte liegt, geklagt werden. Das Entsprechende gilt für eine Zweigberufsstätte (§ 87 JN., der zu eng vom Gerichtsstand der „Niederlassung“ spricht, welcher Ausdruck z. B. nicht auf einen Arzt, Rechtsanwalt oder Gutsbesitzer paßt).

B. Klagen aus dem Fideikommißverhältnis gehören vor das Fideikommißgericht (§ 78 I JN.), d. i. (§ 116 I JN.), soweit nicht vor der JN. bereits eine andere Zuständigkeit bestand oder die Satzungen anderes bestimmen, der Gerichtshof, vor dem der Stifter zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand hatte.

C. Lehensstreitigkeiten — die erbrechtlichen nur nach der Einantwortung — gehören, wenn der Lehensherr Partei ist, vor das Landesgericht, sonst vor den Gerichtshof, in dessen Sprengel das Lehen liegt (§ 78 II JN.).

D. Vermögensrechtliche Ansprüche überhaupt.

I. Wo sich ein Prozeßfähiger unter Umständen, die auf einen längeren Aufenthalt schließen lassen (z. B. als Dienstnehmer, Studierender, Unternehmer, aber auch als Insasse einer Strafanstalt), aufhält, kann er wegen vermögensrechtlicher Ansprüche beim Gerichte des Aufenthaltsorts geklagt werden; nicht eigenberechtigte Militärpersonen unbeschadet ihres wirklichen Aufenthaltsorts (z. B. bei Abkommandierung) beim Gericht des Garnisonsorts (§ 86 JN., der zu eng von einem Gerichtsstand des Ortes der Beschäftigung spricht, da eine solche nicht Voraussetzung ist, also z. B. auch das Mieten einer Sommerwohnung ausreicht). Ein subjektiver Tatbestand ist nicht erforderlich und ein Gegenbeweis bei Vorliegen des objektiven bedeutungslos. Für Klagen gegen den Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrag besteht dieser Gerichtsstand nicht (§ 12 IV VVG.).

II. Vermögensrechtliche Klagen gegen Personen ohne inländischem Wohnsitz können bei jedem Gerichte angebracht werden, in dessen Sprengel sich Vermögen des Beklagten befindet: Gerichtsstand des Vermögens (§ 99 I JN.). Der Klageanspruch muß sich nicht auf dieses Vermögen beziehen. Inländischer Aufenthalt hindert den Gerichtsstand nicht. Hat der Beklagte auch keinen ausländischen Wohnsitz, so ist Gesetzeskonkurrenz mit § 67 JN. gegeben. Staatsbürgerschaft und Wohnsitz des Klägers ist belanglos. „Vermögen“ ist jedes Recht (Aktivum), auch ein kleiner Betrag, ein geringwertiger Gegenstand (strittig). Bei Forderungen ist der inländische Wohnsitz des Drittschuldners und mangels eines solchen der inländische Ort der etwa haftenden Pfandsache maßgebend (§ 99 II JN.). Fehlt auch dieser, so ist die Forderung nicht im Inland. Ein Wertpapier im Inland genügt, nicht aber ein bloßes Beweispapier. Eine Forderung des Beklagten gegen den Kläger reicht aus, wenn dieser ihren Bestand nicht bestreitet. Hat der Kläger zuerst bei einem unzuständigen Gericht geklagt, damit dem Beklagten ein Kostenanspruch erwachse und so Vermögen im Inland begründet

werde, so läßt die Rechtsprechung dadurch den Gerichtsstand nicht entstehen.

III. Nach § 99 JN. wird der Gerichtsstand des Vermögens auch dort begründet, wo sich der eingeklagte Gegenstand befindet (Gerichtsstand des Klagegegenstands), was eine besondere Bedeutung hat, wenn er nicht im Eigentum, sondern z. B. nur in der Inhabung des Beklagten steht. Bei negativer Feststellungsklage kann der Tatbestand arg. „der . . . in Anspruch genommene Gegenstand“ nicht gegeben sein.

IV. Ausländische juristische Personen können auch beim inländischen Gericht geklagt werden, in dessen Sprengel sich ihre ständige Vertretung für das Inland oder ein ständiges Organ befindet (§ 99 III JN.): Gerichtsstand der ständigen Vertretung. Der Anspruch muß nicht aus der Tätigkeit des Vertreters entstanden sein.

E. Sachenrechtliche Ansprüche.

I. Gerichtsstand der gelegenen Sache (§ 81 JN.). Das Gericht, in dessen Sprengel die Sache liegt, ist bei unbeweglichen Sachen (auch Rechten) zuständig: Für Klagen wegen „dinglicher“, d. i. Sachenrechte daran, der Freiheit von einem solchen Recht, der Aufhebung desselben, für Teilungs-, Grenzberichtigungs- und Besitzstörungsklagen. Bei Grunddienstbarkeiten und Reallasten kommt es daher auf das dienende (belastete) Grundstück an. Ausnahme: Bei Besitzstörungsklagen bezüglich eines Wasserrechts ist der Störungsort maßgebend (§ 82 JN.).

II. Besitzstörungsklagen bezüglich beweglicher Sachen können beim Gericht des Störungsorts angebracht werden (§ 92 JN.).

III. Die Klage auf Verkauf der Gegenstände, an denen ein Kaufmann das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 313f. HGB. hat, gehört vor den allgemeinen Gerichtsstand des Klägers (Art. VI, Z. 5 EGJN. mit Art. 315 HGB.).

F. Schuldrechtliche Ansprüche.

I. Schadenersatzklagen. Einen generellen besonderen Gerichtsstand für sie gibt es nicht. a) Syndikatsklagen: Maßgebend ist der Sitz des Gerichts, von dem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung verursacht wurde (§ 80 JN.). b) Eisenbahn- und c) Automobilhaftpflichtklagen können beim Gericht des Ereignisorts erhoben werden (§ 3 Ges. v. 5. III. 1869, R. 27 mit § 1 Ges. v. 12. VII. 1902, R. 147 und Art. VI Z. 2 EGJN.; § 9 AHG.). d) Ersatzklagen wegen ungerechtfertigter Verurteilung (§ 6 Ges. v. 2. VIII. 1932, B. 242) und e) Untersuchungshaft (§ 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 318) oder f) rechtswidriger Verletzung einer Zivilperson im Weltkrieg (§ 6, Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 317) gehören nach Wahl des Klägers vor das Gericht seines Wohnsitzes oder ständigen Aufenthalts oder des Beschädigungsorts; letzteres ist in den beiden ersten Fällen der Sitz des zuletzt erkennenden Strafgerichts erster Instanz. g) Anfechtungsklagen gegen militärische Ersatzerkenntnisse gehören vor den allgemeinen Gerichtsstand des Klägers zur Zeit der Zustellung des Ersatzerkenntnisses (Art. XI, Z. 5 EGZPO. mit § 2 III Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72). h) Für Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs ist maßgebend (§ 23 UnIWG.): grundsätzlich die Lage des Unternehmens bzw. der be-

treffenden Niederlassung, bei rein ausländischen Unternehmungen der inländische Wohnsitz des Beklagten und mangels dieses sein inländischer Aufenthalt, in letzter Linie der Begehungsort.

II. Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 88 I JN):

a) Allgemeine Voraussetzungen: 1. Ein wenn auch sonst ungültiger Vertrag; also nicht ein einseitiges Rechtsgeschäft. 2. Vereinbarung des Erfüllungsorts (formlos); daß ein gesetzlicher gegeben ist, reicht nicht aus; ebensowenig die Angabe des Ablieferungsorts im Frachtbrief. 3. Urkundlicher Nachweis, nicht notwendig schon in der Klage (strittig) (§ 88 I gegen § 104 I JN.). 4. Eine Klage gegen den, der erfüllen soll. 5. Klagegegenstand: Das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrags, Erfüllung oder Aufhebung, Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung. Der Gerichtsstand besteht nicht: 1. bei Klagen gegen den Versicherungsnehmer (§ 12 IV VVG.) und 2. den Ratenkäufer (§ 6 I RatG.). Der Erfüllungsort bestimmt den Sprengel des sachlich zuständigen Gerichts, das nicht notwendig am Erfüllungsort selbst seinen Sitz haben muß. Sind mehrere Leistungen aus dem Vertrag an verschiedenen Orten zu erfüllen oder hat der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Erfüllungsorten, so kann er auch zwischen den entsprechenden verschiedenen Gerichtsständen wählen; doch muß er dort klagen, wo er Erfüllung verlangt.

b) Ein besonderer Fall des Gerichtsstandes des Erfüllungsorts ist der Faktorengerichtsstand (§ 88 II JN.). Die Vereinbarung eines Erfüllungsorts ist nicht erforderlich, daher auch nicht der urkundliche Nachweis, wohl aber die andern drei Voraussetzungen, und ferner: 4. die Vertragschließenden müssen ein Handelsgewerbe betreiben; dadurch sind sie Kaufleute (Art. 4 HGB.) (strittig). Registrierung ist nicht erforderlich. Der Vertrag muß nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören. 5. Eine Faktura, d. i. eine Rechnung, die Ware und Kaufpreis enthält. Auf die Bezeichnung kommt es nicht an. 6. Daher muß ein Kaufvertrag vorliegen. Selbsteintritt des Kommissionärs genügt; nicht dagegen Tausch (strittig) (vgl. auch „Ware“ und „Zahlung“, § 88 II JN. gegen „Erfüllung“, § 88 I JN.). Umtauschrecht des Käufers ist kein Hindernis; Annahme unbestellter gelieferter Ware genügt. 7. Die Faktura muß einen bestimmten Zahlungsort und 8. Klageort enthalten. Der Vermerk „zahlbar und klagbar in Wien“ genügt. 9. Beide Orte müssen im gleichen Gerichtssprengel liegen (ausdehnende Auslegung). Die Verabredung eines vom Faktorengort abweichenden Erfüllungsorts ist für den Gerichtsstand bedeutungslos. Enthält jedoch die Faktura mehrere Zahlungsorte in verschiedenen Sprengeln und nur einen Klageort, so hindert das den Faktorengerichtsstand. Der Vermerk „zahlbar und klagbar in Wien oder Wr. Neustadt“ dagegen überläßt dem Kläger die Wahl. 10. Die Faktura darf nicht später als die Ware, muß aber nicht mit der gleichen Sendung einlangen (berichtigende Auslegung des schlecht stilisierten Satzes). Daß die Ware einlangt, ja überhaupt abgesendet wurde (strittig) ist nicht erforderlich. Nicht ausreichend ist, wenn die Ware an einen vom Käufer Benannten, die Faktura nachher an den Käufer gesendet wird. Auch beim Platzkauf kann der Faktorengerichtsstand begründet werden.

Dagegen tritt er nicht ein: 1. bei Beanständung des Vermerks betreffend den Zahlungs- oder 2. Klageort; 3. der Faktura als vertragswidrig; 4. bei Zurückstellung der Faktura ohne Bemerkung oder 5. der fakturierten Sendung als nicht bestellt, also nicht bloß als vertragswidrig oder mangelhaft. Die Beanständung kann stets schlüssig geschehen, darf sich aber nicht bloß auf die Ware beziehen. Sie ist empfangsbedürftig (strittig), wie das im Zweifel jede „Erklärung“ ist, und muß innerhalb der Frist erfolgen, die für die Annahme eines Vertrags unter Abwesenden besteht. Der Faktorengerichtsstand geht inhaltlich nicht weiter als der Gerichtsstand des Erfüllungsortes überhaupt, da er nach § 88 II JN. nur ein besonderer Fall desselben ist. Er gilt daher auch nicht für Klagen gegen den Versicherungsnehmer und den Ratenkäufer.

III. Bestandstreitigkeiten: α) über unbewegliche Sachen (Rechte) und über Bauwerke auf Schiffen gehören vor den Gerichtsstand der gelegenen Sache (§ 83 JN.). β) Schiffsmiete (§ 90 JN.): Die Klage kann auch beim Gericht des Aufenthalts des Beklagten, des Orts, wo die Ware abgeliefert, der Transport des Reisenden endigen soll oder die Reise abgebrochen wird, angebracht werden.

IV. Dienstverträge. α) Der Schiffsmannschaft. Auch hier gilt § 90 JN. β) Forderungen für geleistete Dienste gegen Schiffer und Personen der Schiffsmannschaft können beim Gerichte des jeweiligen Aufenthalts des Beklagten geltend gemacht werden (§ 98 JN.). γ) Hausgehilfen (§ 31 II HghG.): Klagen gegen den Dienstgeber können auch beim Gerichte des Orts, wo zur Zeit der Klageanbringung die Dienste geleistet werden, angebracht werden. δ) Die gleiche Bestimmung findet sich auch in einigen Landarbeiterordnungen, z. B. für Niederösterreich (§ 28 I Ges. v. 22. III. 1921, L. 240).

V. Werkverträge. α) Seefrachtgeschäft: Klagen können auch beim Gerichte des Orts, wo der Beklagte sich aufhält oder die Ware abgeliefert werden soll, angebracht werden (§ 90 JN.). β) § 98 JN. gilt auch hier.

VI. Versicherungsverträge: Klagen gegen den Versicherer aus der Versicherung können auch beim Gerichte der Zweigniederlassung angebracht werden, die den Vertrag abgeschlossen hat (§ 12 V VVG.). Ebenso Klagen gegen den Versicherungsnehmer aus der Versicherung im gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betrieb beim Sprengelgericht der Berufsstätte (§ 12 II l. c.).

VII. Gerichtsstand für Warenforderungen der Kaufleute (§ 87a JN.). Voraussetzungen: α) Der Kläger muß protokollierter Kaufmann (Handelsgesellschaft, Art. 5 HGB., § 61 III GmbHGes., handeltreibende Genossenschaft, § 13 GenGes.), β) der Beklagte überhaupt Kaufmann (Handelsgesellschaft, handeltreibende Genossenschaft) sein. γ) Die Forderung muß einem Kauf entspringen. Selbsteintritt des Kommissionärs genügt; nicht dagegen Tausch. δ) Der Kauf muß im Kreise des Handelsgewerbes des Klägers abgeschlossen sein. ϵ) Der Verkäufer

muß der Kläger sein. ζ) Die letzte Bestellung darf nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. η) Die Bestellung und θ) die Ablieferung der Ware muß urkundlich nachgewiesen werden, aber nicht schon in der Klage (arg. § 87 a gegen § 104 I JN.). ι) Bei Geschäften auf Grund einer Bevollmächtigung muß auch die Vollmacht des Bestellers urkundlich nachgewiesen werden.

Gerichtsstand für Warenforderungen ist das Gericht des Niederlassungs-orts des Klägers.

VIII. Gewerbetreibenden kommt für ihre Forderungen gegen Schiffer und Personen der Schiffsmannschaft für gelieferte Erzeugnisse und Waren der Gerichtsstand des § 98 JN. zustatten.

IX. Bei Streitigkeiten aus dem Verbandsverhältnis ist der Sitz der juristischen Person örtlicher Zuständigkeitsgrund (§ 83 b JN.).

X. Für Streitigkeiten aus Teilschuldverschreibungen und ähnlichen Schuldtiteln, die nicht unter das Ges. v. 24. IV. 1874, R. 49 fallen, ist der allgemeine Gerichtsstand des Schuldners ausschließlicher besonderer Gerichtsstand (§ 83 a II JN.).

XI. Wechselklagen kann der Wechselinhaber auch beim Gericht des Zahlungsorts anbringen (§ 89 JN.), selbst wenn er nicht das Wechselverfahren in Anspruch nimmt.

XII. Das entsprechende gilt für scheckrechtliche Regreßansprüche (§ 24 ScheckG.).

XIII. Rückständige Reallastleistungen können gegen den belasteten Grundbesitzer bei dem Gericht eingeklagt werden, in dessen Sprengel das Grundstück liegt (§ 91 II JN.).

G. Patentrechtliche Ansprüche.

Streitigkeiten zwischen Dienstgebern und Dienstnehmern oder zwischen letzteren über Dienstleistungen gehören, insoweit kein Gewerbegericht besteht, vor das sachlich zuständige Gericht in der Landeshauptstadt, für das Burgenland in Wien (§ 5 m PatG.).

H. Familienrechtliche Ansprüche:

I. Ehestreitigkeiten können gegen einen Österreicher oder einen Ehemann, der zur Zeit der Eheschließung Österreicher war und es jetzt nicht mehr ist, wenn kein allgemeiner oder besonderer inländischer Gerichtsstand gegeben ist, auch beim inländischen allgemeinen Gerichtsstand des Klägers angebracht werden.

II. Das gleiche gilt für nicht rein vermögensrechtliche Klagen aus dem ehelichen oder

III. Elternverhältnis (§ 100 JN.), also nicht für Unterhaltsansprüche; denn diese sind rein vermögensrechtliche Ansprüche (§ 49, Z. 2 a mit § 7 a III JN.).

J. Die Exszindierungsklage gegen eine politische Exekution gehört vor das Bezirksgericht, in dessen Sprengel sich zur Zeit der Klageanbringung die Gegenstände ganz oder teilweise befinden, an denen die behaupteten Rechte bestehen sollen (Art. III EGEO.).

Anhang. Ergänzende Gerichtsstände.

a) Unmittelbar kraft Gesetzes.

α) Mangels bekannten allgemeinen Gerichtsstandes kann man wegen aller während des Aufenthaltes im Inland entstandenen oder hier zu erfüllenden Verbindlichkeiten beim Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes oder Aufenthalts geklagt werden (§ 67, S. 2 JN.). Wo die Verbindlichkeit entstanden ist, ist gleichgültig.

β) Gewerbetreibende, Privatlehrer und Lohnarbeiter können wegen ihrer Forderungen für gelieferte Erzeugnisse und Waren oder geleistete Dienste und Arbeiten innerhalb 90 Tagen von der letzten Leistung beim Gerichte des früheren Wohnsitzes ihres Vertragsgegners klagen, wenn dieser ihn in einen andern Gerichtssprengel verlegt hat (§ 97 JN.): Gerichtsstand des früheren Wohnsitzes. Nicht maßgebend ist der frühere Standort der Berufsstätte (strittig).

γ) Die in § 7 a III JN. angeführten Ehestreitigkeiten samt den damit verbundenen vermögensrechtlichen Klagen sowie Klagen wegen aller nicht rein vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Eheverhältnis, z. B. auf Aufnahme in die eheliche Gemeinschaft, gehören, wenn kein gemeinsamer Wohnsitz besteht, vor das inländische Gericht, in dessen Sprengel die Gatten den letzten gemeinsamen Wohnsitz hatten (§ 76 JN.). Haben sie ihn noch, so ist ja der allgemeine Gerichtsstand begründet.

δ) Hat in den in § 100 JN. genannten Fällen auch der Kläger keinen inländischen allgemeinen Gerichtsstand, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien, bzw. das Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Landesgericht liegt, zuständig.

ε) Gerichtsstand der Gegenseitigkeit. Wenn ein anderer Staat für Klagen gegen Österreicher eine nach der österreichischen Zuständigkeitsordnung nicht bestehende örtliche Zuständigkeit gibt — oder (arg. „zugelassen“) eine entsprechende Übung duldet —, die für seine Staatsbürger nicht begründet ist, so ist, mag diese Zuständigkeit auch andere Ausländer treffen oder nicht, gegen seine Angehörigen ein gleicher Gerichtsstand in Österreich begründet (§ 101 JN.): formelle Gegenseitigkeit (strittig), die ja im Zweifel immer gilt (§ 33 abGB.); es besteht ja auch kein Grund zur Vergeltung, wenn der Österreicher im ausländischen Staat nicht schlechter als ein Angehöriger desselben gestellt ist.

ζ) War der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Burgenländer, so bleibt der burgenländische Gerichtsstand, auch wenn der Mann nicht mehr Burgenländer ist und umgekehrt (§ 10 I, Z. 4, Vdg. v. 29. V. 1922, B. 316).

b) Kraft Bestimmung durch den OGH. (§ 28 JN.).

Auf Parteiantrag, wenn zwar die inländische Gerichtsbarkeit, aber kein örtlicher Zuständigkeitsgrund gegeben oder letzterer nicht mehr zu ermitteln ist. § 28 JN. ist z. B. anwendbar, wenn es sich um die Feststellung der Legitimation eines Österreichers durch nachfolgende Ehe handelt.

Durch die ergänzenden Gerichtsstände ist auch die örtliche Zuständigkeitsordnung geschlossen, soweit überhaupt inländische Gerichtsbarkeit besteht.

B. Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit.

I. Durch Neuerrichtung von Gerichten. Jede dem neu errichteten Gericht zugewiesene Rechtssache scheidet aus der örtlichen Zuständigkeit eines andern Gerichts aus.

II. Durch Abbau eines Gerichts wird die örtliche Zuständigkeit wenigstens eines andern Gerichts erweitert.

III. Zuständigkeitsvereinbarung. Im allgemeinen gilt das für die sachliche Zuständigkeit Gesagte. Unabdingbar ist die örtliche Zuständigkeit der zweiten Instanz (arg. „erster Instanz“, § 104 I JN.). Grundsätzlich sind auch ausschließliche Gerichtsstände abdingbar, wenn das Gesetz nicht das Gegenteil sagt, wie z. B. in § 83a JN. Beschränkt abdingbar ist der allgemeine und der besondere Gerichtsstand des Versicherungsnehmers nach § 12 VVG. Hier ist nämlich Vereinbarung auf das Gericht am Sitze des Gerichtshofs erster Instanz zulässig, in dessen Sprengel sich der Wohnsitz oder die Berufsstätte des Versicherungsnehmers befindet (§ 12 III VVG.). Unabdingbar ist der Gerichtsstand des inländischen Wohnsitzes des Ratenkäufers (§ 6 I RatG.), zum Nachteil des Beschädigten der Gerichtsstand für Automobilhaftpflichtklagen (§ 13 AHG.) und zum Nachteil des Versicherungsnehmers der Gerichtsstand des Versicherers nach § 12 V VVG. (§ 22 I. c.).

IV. Für die verschwiegene örtliche Zuständigkeit gilt das gleiche wie für die sachliche. Bei Ratengeschäften setzt sie vorausgegangene richterliche Belehrung des Beklagten voraus (§ 6 III RatG.).

V. Rechtsgestaltende Zuständigkeitsentscheidung. Es gilt das bei der sachlichen Zuständigkeit Angeführte.

VI. Delegation ist Bestimmung eines andern als des sonst örtlich zuständigen Gerichts durch Justizverwaltungsakt. a) Ist bei einem Gerichte wegen Ausschluß oder Befangenheit die vorschriftsmäßige Besetzung nicht mehr möglich, so hat es dem übergeordneten Gericht Anzeige zu erstatten. Dieses hat ohne Prüfung des Ausscheidens der betreffenden Richter ein Gericht gleicher Gattung als örtlich zuständig zu bestimmen (§ 30 JN.). Beim Gerichtshof erster Instanz, nicht aber bei den höheren Gerichtshöfen, ist stets Senatsbeschluß erforderlich. b) Aus Zweckmäßigkeit kann das OLG. auf Parteiantrag ein anderes Gericht seines Sprengels gleicher Gattung delegieren, der OGH., wenn ein außerhalb des OLG.-Sprengels gelegenes Gericht delegiert werden soll. Der Antrag hat keine aufschiebende Wirkung; die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung, aber dem bisher zuständigen Gericht und den Parteien sind unter Fristsetzung Aufklärungen abzufordern (§ 31 JN.; vgl. auch § 8 Synd. Ges.). Die Besetzung ist die gleiche wie unter a) angeführt. Gegen die Entscheidung des OLG. ist Rekurs der Partei, nicht des Gerichts möglich. c) Verweisung an ein gleichartiges Untergericht durch das Berufungs-, d) Revisions- oder e) Rekursgericht (§§ 478 III, 510 II ZPO. und Ähnlichkeitschluß).

Anhang.

Sondergerichte. Für den Bundes-, Abrechnungs- und Patentgerichtshof gibt es, wie erwähnt, keine Frage der örtlichen Zuständigkeit.

1. Die örtliche Zuständigkeit der Konsulargerichte ist durch § 2 Ges. v. 14. III. 1929, B. 123 dem Verordnungswege überlassen. Die örtliche Zuständigkeit des Konsulargerichts in Kairo erstreckt sich auf alle Österreicher, die sich in Ägypten (§ 1 Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413) und Abessinien aufhalten (§ 1 II Vdg. v. 23. V. 1930, B. 336 i. d. F. v. 5. X. 1932, B. 323).

2. Gewerbeberichte. Standort und Sprengel bestimmt die errichtende Verordnung (§ 6 GewGG.) Örtlicher Zuständigkeitsgrund ist die Lage der Betriebsstätte oder des Unternehmens, bei Rechtsstreitigkeiten der Privatkraftwagenführer und Hausgehilfen der Wohnsitz des Dienstgebers oder der Ort der Dienstleistung zur Zeit der Klageanbringung; bei Zwischenmeistern oder Heimarbeitern der Ort der Arbeitsleistung oder der Lohnzahlung; in allen Fällen hat der Kläger die Wahl (§ 3 l. c.).

3. Das Fachgericht in Dornbirn ist zuständig, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz oder das geklagte Unternehmen seinen Sitz oder eine Betriebsstätte in Vorarlberg hat oder dort der Gerichtsstand des Vermögens oder des Klagegegenstands gegeben ist (§ 3 FachGG.).

4. Einigungsämter: Standort und Sprengel werden durch Verordnung bestimmt (§ 2 EAG.).

5. Die örtliche Zuständigkeit der staatlichen Schiedsgerichte ist verschieden geregelt.

γ) Funktionelle Zuständigkeit.

1. Das sachlich und örtlich zuständige Gericht erster Instanz hat auch die funktionelle Zuständigkeit für folgende vorprozessuale Handlungen: a) Die Entscheidung über das Armenrecht; b) über die Begebung des Armenanwalts (§§ 65f ZPO.). Dagegen gehört der Fall des § 433 I ZPO. nicht hierher, da hier das Wohnsitzbezirksgericht auch dann funktionell zuständig ist, wenn es nicht das örtlich zuständige Gericht ist.

2. Der Kläger kann ohne Zustimmung des Beklagten bis zum endgültigen Schlusse der mündlichen Verhandlung, über die das Urteil ergeht (§ 236 ZPO.), der Beklagte ohne Zustimmung des Klägers nur während der mündlichen Streitverhandlung (§ 259 II ZPO.) beantragen, daß ein im Prozeß streitig gewordenes, ganz oder teilweise präjudizielles Rechtsverhältnis oder Recht im Urteil, insbesondere Zwischenurteil, festgestellt werde, wenn das Prozeßgericht „sachlich“ zuständig und nicht ein anderes Verfahren vorgeschrieben ist (Zwischenfeststellungsantrag). Hier besteht also auch funktionelle Zuständigkeit des Prozeßgerichts; vgl. ferner §§ 303ff. ZPO.

3. Die Zuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung über Rechtsmittel ist eine funktionelle, denn das Rechtsmittelgericht ist nicht für alle nicht besonders ausgenommenen Handlungen im einzelnen Prozeß zuständig. Die JN. spricht auch hier nicht von sach-

licher und örtlicher Zuständigkeit (wie in den §§ 49ff., 65ff.), sondern von „Instanzenverhältnis“; so vor §§ 2ff.; vgl. auch „berufen“, nicht: „zuständig“ in § 2 I JN. Über nichtdevolutive Rechtsmittel entscheidet das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird; sonst ist ein übergeordnetes Gericht Rechtsmittelgericht; an dieses geht der Rechtszug.

a) Ordentliche Gerichte (§§ 3f. JN.). Zweite Instanz ist α) für Entscheidungen des allgemeinen Bezirksgerichts regelmäßig das Landes- oder Kreisgericht, in dessen Sprengel das Bezirksgericht liegt, für ein als handelsrechtliches bezeichnetes Urteil eines allgemeinen Bezirksgerichts im Sprengel des Wiener Handelsgerichts, dieses, β) über dem Bezirksgericht für Handelssachen das Handelsgericht in Wien, γ) über dem Gerichtshof erster Instanz das OLG., δ) über diesem als erster Instanz der OGH.

Dritte Instanz ist, soweit eine solche gegeben ist, stets der OGH. (§§ 3 II, 4 JN.).

Das Rechtsmittelgericht ist aber nicht für das ganze Rechtsmittelverfahren zuständig. Vielmehr bleibt die Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz (Erstgericht) für gewisse Prozeßhandlungen (vgl. z. B. §§ 465 I, 505 I, 520 I ZPO.).

Der Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung kann in erster oder zweiter Instanz überreicht werden (§ 492 I ZPO.), die Zurücknahme eines Rechtsmittels bald beim Erstgericht, bald in höherer Instanz.

Bei Bewilligung der Wiedereinsetzung kann das Untergericht eine Entscheidung der höheren Instanz aufheben (vgl. § 150 I mit § 148 I ZPO.). Ebenso bei Stattgebung der Wiederaufnahmsklage durch das nach § 532 II ZPO. zuständige Gericht, wenn auch eine Entscheidung höherer Instanz mitangefochten war.

b) Sondergerichte. α) Bundes-, Abrechnungs- und Patentgerichtshof sowie Einigungsämter (§ 10 EAG.) entscheiden endgültig.

β) Der Rechtszug gegen das Konsulargericht in Kairo geht an den OGH. (§ 7 II b Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413).

γ) Der Rechtszug gegen das Gewerbegericht geht an den Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel es liegt, nicht weiter (§ 25f, 28 GewGG.).

δ) Auch der Rechtszug gegen das Dornbirner Fachgericht an das Landesgericht in Feldkirch (§§ 26ff. FachGG.) ist endgültig.

4. Oft besteht eine besondere funktionelle Zuständigkeit für bestimmte Prozeßhandlungen, so z. B. des Gerichts, das das Urteil gefällt hat, für die Berichtigung (§ 419 I ZPO.); des Bezirksgerichts des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthalts für die Anbringung der Klage der armen Partei (§ 64, Z. 4 ZPO.) oder des Gesuchs um Bewilligung des Armenrechts (§ 65 I ZPO.) zu Protokoll; oder des Bezirksgerichts, in dessen Sprengel sich die in Augenschein zu nehmende oder die Grundlage des Sachverständigenbeweises bildende Sache befindet, für den Antrag auf Beweissicherung (§ 384 III ZPO.).

5. Rechtshilfe im weitern Sinn ist Vornahme einzelner Prozeßhandlungen in einem bei einem andern Gericht anhängigen Verfahren

(auch Rechtsmittelverfahren). Das diese Prozeßhandlungen vornehmende Gericht heißt ersuchtes Gericht (ersuchter Richter). Zum Unterschied von der Delegation handelt es sich hier nie um Entscheidungen in der Hauptsache. Der ersuchte Richter ist im Gegensatz zum beauftragten immer ein Richter eines andern Gerichts, mag das auch ein Bezirksgericht im Sprengel des Prozeßgerichtshofs sein (§ 36 JN.); doch spricht das Gesetz (§ 36 I JN.) von „Rechtshilfe“ nur in einem engern Sinn, nämlich dann, wenn die Amtshandlung außerhalb des Sprengels des ersuchenden Gerichts vorzunehmen ist. Den beauftragten und den ersuchten Richter kann man helfenden Richter nennen.

a) Das ersuchende Gericht kann ein ordentliches (§ 37 I JN.) oder ein Sondergericht sein, denn alle Gerichte sind einander rechtshilfepflichtig. Nach Art. 13 BV. gilt das überhaupt für alle öffentlichen Behörden und Organe. Die Rechtshilfe gegenüber dem Abrechnungs-, Patentgerichtshof, Gewerbegericht und Einigungsamt sowie den staatlichen Schiedsgerichten ist besonders ausgesprochen (§ 15 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562; § 31 Ges. v. 12. X. 1925, B. 386; §§ 8, 24 EAG.; Art. XIII EGJN.). Sie besteht sogar gegenüber privaten Schiedsrichtern (Art. XIII EGJN.; vgl. auch Art. XXII EGZPO.). Auch ein helfender Richter kann selbst wieder um Rechtshilfe ersuchen (§ 285 II ZPO.). Die Partei dagegen kann nur bei dem mit der Sache befaßten Richter den Antrag stellen und gegen die Abweisung Rekurs erheben. Das Ersuchen hat vom Richter, nicht vom Gerichtsbeamten auszugehen (arg. contr. §§ 56, 56a GOG.; vgl. auch § 37 I, Z. 8 GOG.); in Senatssachen vom Senat. Im Zweifel, d. h. mangels entgegenstehender Bestimmung, ist auch ausländischen Gerichten Rechtshilfe zu leisten (§ 38 I JN.).

Rechtshilfe von Verwaltungsbehörden ist oft besonders angeordnet: 1. Post; vgl. §§ 88, 96, 104, 107, 109 ZPO.; 2. Gemeindevorsteher; vgl. §§ 88, 104, 107, 109 ZPO.; 3. Bundeskanzleramt; vgl. §§ 32 III, IV JN., 119f. ZPO.; 4. militärische Behörden: § 32 II JN., §§ 92, 330 ZPO.; 5. Gendarmeriebehörden: §§ 92, 330 ZPO.; 6. Sicherheitswache: § 330 ZPO.; 7. österreichische Auslandsvertretung: § 121 ZPO.; 8. öffentliche Behörden überhaupt: §§ 183 I Z. 3, 229 I Z. 2, 301, 369 ZPO., Art. XXXVIII EGZPO.

b) Ersuchtes Gericht ist im Zweifel das allgemeine Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Amtshandlung vorzunehmen ist (§ 37 II JN.). Nur wenn die Amtshandlung lediglich von einem andern Gericht vorgenommen werden kann, z. B. Auskunftserteilung über einen dort erliegenden Akt oder ein Register (vgl. auch § 120 JN.), kann auch ein anderes Gericht (Gerichtshof, Bezirksgericht für Handelssachen usw.) ersucht werden. An Orten mit mehreren Bezirksgerichten kann die Zuständigkeit für Rechtshilfe einem oder mehreren dieser Gerichte übertragen werden (§ 37 IV JN.). Auf Grund besonderer Bestimmungen (Staatsverträge u. dgl.) kann auch ein ausländisches Gericht ersucht werden (§ 36 II JN.).

c) Voraussetzungen: α) Notwendige Rechtshilfe (§§ 36, 37 II

JN.): aa) Wegen einer Prozeßhandlung außerhalb des Sprengels des mit der Sache befaßten Gerichts, wenn nicht die Ausnahme des § 33 JN. vorliegt; bb) Übertragung an ein ersuchtes Gericht muß auch sonst erfolgen: 1. (arg. min.) wenn nur das andere Gericht die Prozeßhandlung vornehmen kann (vgl. auch § 300 I ZPO. „nicht erfolgen kann“); 2. bei besonderer gesetzlicher Vorschrift (vgl. z. B. § 509 III ZPO.); 3. zur Erleichterung der Sachbehandlung; 4. zur Vermeidung unnützer Kosten.

β) Ermessensweise Rechtshilfeersuchen: Das mit der Sache befaßte Gericht hat die Wahl, eine Amtshandlung selbst, auch durch einen beauftragten Richter, vorzunehmen oder sie durch einen ersuchten Richter vornehmen zu lassen; vgl. z. B. §§ 300 I, 328 I, 352 I, 368 II ZPO. Das Ermessen gilt aber nicht unbeschränkt; stets gehen die unter α) angeführten Vorschriften vor. Somit besteht z. B. die Wahl bei Besorgnis des Verlustes der Urkunde nach § 300 I ZPO., nicht aber im Falle des § 328 I Z. 3 ZPO.

d) Verfahren. α) Ersuchen durch ein inländisches Gericht. Das Ersuchen (§ 36 II JN.) ergeht schriftlich. Die Anordnung der Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter ist nicht mit abgedeutertem Rechtsmittel anfechtbar (§ 291 I ZPO.). Ersuchschreiben an eine ausländische Behörde wegen Beweisaufnahme können (kein Rechtsmittel, § 291 II ZPO.) dem Beweisführer auf seinen Antrag zur Übermittlung an die ersuchte Behörde übergeben werden; ja er kann sogar ohne Ersuchschreiben ermächtigt werden, eine den Gesetzen des betreffenden Auslandes entsprechende öffentliche Urkunde über die ausländische Beweisaufnahme zu bringen (§ 283 ZPO.). Das ersuchte Gericht prüft das Ersuchen 1. bezüglich der eigenen Gerichtsgewalt, also ob es die verlangte Prozeßhandlung überhaupt vornehmen kann. Wäre ihm das tatsächlich oder rechtlich unmöglich, insbesondere mangels sachlicher oder örtlicher Gerichtsgewalt — das Gesetz spricht letzterenfalls von „örtlich unzuständig“ (§ 37 III JN.) — so ist das Ersuchen abzulehnen; 2. bezüglich der Form; ein mündliches Ersuchen ist abzulehnen. Unüberprüfbar durch das ersuchte Gericht ist aber die Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts zu dem dort anhängigen Verfahren oder das Vorliegen der Voraussetzungen des Ersuchens, insbesondere auch der Zweckmäßigkeit. Das ersuchte Gericht hat 1. aus den oben erwähnten Gründen die Rechtshilfe abzulehnen; ausnahmsweise nur 2. ein drittes Gericht zu ersuchen, wenn die verlangte Beweisaufnahme vor diesem sachgemäß erscheint (§ 285 II ZPO.); z. B. der Zeuge, wohnt zwar im Sprengel des ersuchten Gerichts, aber näher dem Sitz eines andern Gerichts; 3. im übrigen das Ersuchen ganz oder — im Zusammenhang mit Fall 2 — teilweise durchzuführen. Bei Verweigerung der Rechtshilfe wird im Dienstaufsichtsweg durch das beiden Gerichten übergeordnete Gericht entschieden. Handelt es sich um Rechtshilfe gegenüber dem Gewerbegericht, einem staatlichen Schiedsgericht oder privaten Schiedsrichter, so hat auf Begehren des ersuchenden das dem ersuchten Gericht vorgesetzte OLG. ohne vorherige mündliche Verhandlung zu entscheiden (Art. XIII EGJN. mit § 40 JN.). Für andere Sondergerichte gilt das kraft Ähnlichkeitsschlusses.

β) Ersuchen ausländischer Gerichte (vgl. Rechtshilfeerlaß v. 30. IV. 1924, JustABl. 14 mit Novellen). 1. Allgemeines (§§ 38 ff. JN.). Bezüglich der Prüfung des schriftlichen Ersuchens gilt das gleiche wie unter α). Das Ersuchen ist aber auch abzulehnen, wenn die — formelle (§ 33 abGB.) — Gegenseitigkeit fehlt. Im Zweifel entscheidet bindend der BMfJ. Ist eine andere inländische Behörde zuständig, so kann das ersuchte Gericht das Ersuchen an diese leiten. Die Durchführung der Rechtshilfe erfolgt nach inländischem Recht. Wird ausdrücklich ersucht, bei einem bestimmten Vorgang ausländisches Recht anzuwenden, so kann das geschehen, wenn es nicht gegen zwingendes Recht verstößt. Bei Verweigerung der Rechtshilfe oder Meinungsverschiedenheiten darüber gilt § 40 JN. 2. Besondere Vorschriften gelten auf Grund von Staatsverträgen, insbesondere des Haager Prozeßübereinkommens v. 17. VII. 1905, R. 60/09.

δ) Zuständigkeitsverfahren.

Im allgemeinen gilt das bezüglich der Zulässigkeit des Rechtswegs Ausgeführte. Abweichungen:

1. Erkennt das Gericht erster Instanz seine Unzuständigkeit, so ist auch hier grundsätzlich die Klage von Amts wegen zurückzuweisen (§ 43 I JN.). Ausnahmsweise aber erfolgt Prozeßüberweisung an das zuständige Gericht, die Klage wird überwiesen: a) bei klägerischer Überwertung der Streitsache zugunsten des Gerichtshofs (§ 60 JN.); b) bei Klagen auf Entschädigung wegen ungerechtfertigter Untersuchungshaft (§ 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 318) und c) Verurteilung (§ 6 Ges. v. 2. VIII. 1932, B. 242); d) wegen rechtswidriger Verletzung einer Zivilperson im Weltkrieg (§ 6 Ges. v. 18. VIII. 1918, R. 317); e) vgl. auch §§ 61 ff., 261 VI ZPO. Prozeßüberweisung beläßt die Streit-anhängigkeit und das Klagedatum, was z. B. für befristete Klagen bedeutsam ist. Beim neuen Gericht findet eine neuerliche erste Tagsatzung im technischen Sinn nicht statt; die gegebenenfalls erforderliche Klagebeantwortung wird schriftlich aufgetragen. Das bisherige Prozeßmaterial ist zu benützen und bei Verhandlungsbeginn vom Vorsitzenden (Einzelrichter) vorzutragen. Der Beklagte kann die Unzuständigkeits-einrede hier nicht im Widerspruch mit früheren Behauptungen erheben (§ 261 VI mit § 138 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß).

2. Nach Anberaumung der ersten Tagsatzung kann sich das Gericht nur für unzuständig erklären: a) bei unverzichtbarer Unzuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens bis zur Gerichtsbindung ans Urteil (§ 416 ZPO.) von Amts wegen oder über Einrede des Beklagten (§ 43 I JN., §§ 239 II, 240 II, 441, S. 2 ZPO.); b) bei verzichtbarer Unzuständigkeit, wenn der Beklagte rechtzeitig, d. h. bei der ersten Tagsatzung (§ 240 I ZPO.), bzw. (§ 441 ZPO.) vor Einlassung in die Hauptsache die Unzuständigkeitseinrede erhebt. Aus der Einrede muß hervorgehen, ob örtliche oder sachliche Unzuständigkeit oder beides behauptet wird, da die Einrede der einen die Verschweigung der andern nicht hindert. Bei Streitsachen vor dem Einzelrichter kann die Einrede nicht auf die sachliche Zuständigkeit eines andern Gerichts-

hofs, beim Bezirksgericht nicht auf die sachliche Zuständigkeit eines andern Bezirksgerichts gestützt werden (§ 43 III JN.). Wohl aber in beiden Fällen auf die örtliche.

Der Beschluß lautet nebst Zurückweisung der Klage bei unverzichtbarer Unzuständigkeit auf Einstellung des Verfahrens (§ 239 III ZPO.), sonst einfach auf Unzuständigkeit (§ 43 I JN.). Die Nichtigkeit des Verfahrens wird nicht besonders ausgesprochen. Hat nach Unzuständigkeits- einrede des Beklagten vor Entscheidung darüber der Kläger den Antrag gestellt, daß das Gericht im Fall der Stattgebung der Einrede die Klage an ein vom Kläger benanntes Gericht überweise, so hat dies im gleichen Beschluß zu geschehen, wenn das benannte Gericht nicht offenbar unzuständig ist. Das kann auch der die erste Tagsatzung leitende Richter tun (§ 261 VI mit § 239 III ZPO.).

Besondere Vorschriften gelten, wenn die Unzuständigkeitseinrede im Verhältnis zwischen Zivil- und Kausalsenat erhoben wird. Spricht der Senat vor Verhandlungsschluß seine Unzuständigkeit aus, so kann er bei Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf den Stand der Verhandlung (wenn also nicht zu viel nachzuholen ist) zugleich seine entsprechende Umwandlung durch Ersatz des einen Mitglieds beschließen. Dieser Beschluß ist hier stets in die Endentscheidung aufzunehmen (§ 61 JN.). Wird dagegen die Entscheidung über die Einrede der Hauptentscheidung vorbehalten, so kann der Vorsitzende (kein abgesonderter Rekurs) einen entsprechenden weiteren Beisitzer als Ergänzungsrichter beiziehen, der bei nachträglicher Stattgebung der Einrede an die Stelle eines ausscheidenden Mitglieds tritt (§ 62 I JN.). Man spricht hier von einem kombinierten Senat. Alle diese Bestimmungen sind unanwendbar, wenn ein bergbaukundiger Laienrichter beigezogen werden sollte, aber am Gerichtsort keiner bestellt ist. In diesem Fall ist nur Zurückweisung wegen Unzuständigkeit möglich. Die Klage müßte dann bei dem örtlich zuständigen Gericht angebracht werden, das einen bergrechtlichen Senat hat. Dagegen hindert der Umstand, daß die Unzuständigkeitseinrede im Verhältnis zwischen Handelsgericht und Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien erhoben wird, die Anwendung der §§ 61f. JN. nicht (§ 63 JN.). Die Senatsänderung und die Namen der tatsächlich Entscheidenden sind bei der Entscheidungsverkündung bekanntzugeben (§ 62 II JN.). Das bei Stattgebung der Einrede ausscheidende Senatsmitglied — nicht aber der Ergänzungsrichter, der infolge Abweisung der Einrede nicht eintritt — hat, obgleich es an der Beratung nicht teilnimmt, dem Vorsitzenden innerhalb dreier Tage seine Entscheidung schriftlich bekanntzugeben. Diese wird dem Beratungsprotokoll beigelegt (§ 62 III JN.). Grund: § 64 JN. Das Gesagte ist analog auch im Verhältnis von handels- und bergrechtlichem Senat anzuwenden.

3. Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Zuständigkeit.
a) Erfolgt ein abgesonderter Beschluß, so ist grundsätzlich Rekurs möglich (§ 514 ZPO.). Unanfechtbar sind: α) Der Überweisungsbeschluß nach § 261 VI ZPO. als solcher. Anders der darin enthaltene Ausspruch über die Kosten. β) Die Entscheidung im Zuständigkeitsstreit (§ 47 III JN.).

γ) Bejahende Entscheidungen des Gerichtshofs erster Instanz über seine sachliche Zuständigkeit (§ 45 I JN.), außer es wäre das OLG. oder der OGH. in erster Instanz zuständig. δ) Die bejahende Zuständigkeitsentscheidung eines Bezirksgerichts kann nicht deshalb angefochten werden, weil ein Bezirksgericht anderer Gattung zuständig sei (§ 45 II JN.), wohl aber wegen ausschließlicher Gerichtshofzuständigkeit.

Stets ist eine formelle Entscheidung über die Zuständigkeit Voraussetzung der Anfechtung.

Die erwähnten Entscheidungen sind aber nur wegen ihres Inhalts nicht anfechtbar; dagegen steht der Anfechtung z. B. wegen Nichtigkeit nichts im Wege.

b) Ist keine formelle Entscheidung über die Zuständigkeit ergangen, sondern hat das Gericht einfach in der Hauptsache entschieden, so kann nur im Rechtsmittel über die Sachentscheidung auch die Unzuständigkeit geltend gemacht werden, wenn sie unverzichtbar ist (§ 477 I, Z. 3 ZPO.), also auch wenn ein Gerichtshof in einer Bezirksgerichtssache entschieden hat (strittig).

c) Wird die Zuständigkeitsentscheidung in die Sachentscheidung aufgenommen, so kann sie nur mit dem Rechtsmittel gegen diese angefochten werden. Daher ist Anfechtung auch lediglich der in ein Urteil aufgenommenen Zuständigkeitsentscheidung nur mit Berufung, nicht mit Rekurs, möglich (strittig) (§§ 261 III, 461 gegen § 55 ZPO. Außerdem wäre sonst § 475 I ZPO., Fall „Nichtzuständigkeit“, nie anwendbar).

4. Der Mangel der Zuständigkeit wird grundsätzlich durch Rechtskraft geheilt, kann aber nach erfolgreicher Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage wieder geltend gemacht werden, wenn die Unzuständigkeit unverzichtbar ist. Die Unzuständigkeit des Erfüllungsorts- oder vereinbarten Gerichtsstands nach § 6 RatG. ist bis zur exekutiven Veräußerung von Amts wegen zu beachten.

5. Prüfung der Zuständigkeit in zweiter Instanz.

a) Der eigenen Zuständigkeit (§§ 41 I JN., 470f., 473f., 479 II ZPO.; für das Rekursgericht Ähnlichkeitsschluß). Das Rechtsmittelgericht prüft seine eigene Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens, da sie unverzichtbar ist. Die Entscheidung erfolgt, wenn die Frage nicht erst bei der mündlichen Berufungsverhandlung auftaucht, in nichtöffentlicher Sitzung, allenfalls nach Erhebungen. Spricht das Gericht seine Unzuständigkeit aus, so hat es das Rechtsmittel an das dafür zuständige Gericht zu überweisen, das an diesen Beschluß gebunden ist (§ 499 II ZPO.) und von Amts wegen das Erforderliche anzuordnen hat. Hier sei auch nochmals darauf verwiesen, daß verschiedene Senatsarten zueinander im Zuständigkeitsverhältnis stehen. Dieser Fall ist für das Berufungsgericht (Rekursgericht ist immer ein Zivilsenat, § 7 II JN.) noch besonders geregelt (§ 479a ZPO.): Hat eine Partei in erster Instanz ohne Erfolg einen Beisatz (vgl. §§ 259 III, 417 I, Z. 1, 446 ZPO.) über die besondere Gerichtsbarkeit beantragt oder über die allgemeine Gerichtsbarkeit abgelehnt oder wurde der Beisatz über die allgemeine Gerichtsbarkeit von Amts wegen ins Urteil aufgenommen, so kann die Partei

die Kausalbesetzung des Berufungsgerichts in der Berufungsschrift, bzw. Gegenschrift, der Berufungsgegner auch mit besonderem Schriftsatz, beantragen. Auch das Umgekehrte gilt entsprechend. Liegt ein solcher Antrag vor, so wird darüber in nichtöffentlicher Sitzung entschieden. Der Beschluß wird nicht besonders ausgefertigt, sondern in die Berufungsentscheidung aufgenommen und ist unanfechtbar.

b) Der Zuständigkeit der ersten Instanz, die darüber unrichtig entschieden hat, und zwar durch:

α) Ablehnung der Zuständigkeit: rechtzeitig von Amts wegen oder in Stattgebung der Einrede. 1. In abgesonderter Verhandlung. Berufung ist da nur unter den Voraussetzungen der §§ 61, 63 JN. möglich, da sonst mit Beschluß entschieden wird (§ 261 I, V ZPO.), der nur mit Rekurs anfechtbar ist. Das Rechtsmittelgericht trägt dem Erstgericht Verhandlung und Urteilsfällung auf (§ 475 I ZPO.). 2. Nach Verhandlung in der Hauptsache. Hier ist unter den gleichen Voraussetzungen (§§ 62 f. JN.) Berufung möglich; außerdem a) bei objektiver Klagenhäufung, wenn der die Unzuständigkeit bezüglich eines Anspruchs aussprechende Beschluß in das Urteil über die andern Ansprüche aufgenommen wird; b) entsprechend bei Streitgenossenschaft, nicht dagegen arg. § 404 II ZPO. bei bloßer Verhandlungsverbindung. Der Auftrag geht auf Urteilsfällung (§ 475 I ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt, wenn das Erstgericht zu Unrecht in Stattgebung der Unzuständigkeitseinrede ein Senatsmitglied durch ein andres ersetzen läßt und die von diesem abgegebene Sonderentscheidung mit dem angefochtenen Spruch übereinstimmt. In diesem Fall ist die Unzuständigkeit unbeachtlich (§ 64 JN.).

β) Annahme der Zuständigkeit. Eine besondere Entscheidung erfolgt nur bei Verwerfung der Einrede in abgesonderter Verhandlung. 1. Verzichtbare Unzuständigkeit: Das erste Urteil wird, wenn die Zuständigkeitsentscheidung berechtigterweise angefochten wird, aufgehoben und die Rechtssache von Amts wegen (§ 475 II ZPO.) (strittig) an das zuständige Gericht überwiesen. Das Rekursgericht kann das aber auch durch das Prozeßgericht erster Instanz veranlassen (§ 527 I ZPO.). Für die neuerliche Verhandlung gilt das gleiche wie nach § 261 VI ZPO. Die Parteierklärungen behalten ihre Wirksamkeit, neuerliche sind möglich, versäumte können nachgeholt werden (§§ 475 II, 476 ZPO.). 2. Unverzichtbare: Hier ist Nichtigkeit nach § 477 I, Z. 3 ZPO. gegeben. Urteil und Verfahren sind, soweit angefochten, aufzuheben, auch wenn die Zuständigkeitsentscheidung als solche nicht angefochten wurde (§ 477 a. A. und Z. 3 mit § 471, Z. 7 gegen Z. 6 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). Das gilt sogar, wenn die erste Instanz ohne förmliche Zuständigkeitsentscheidung in der Sache selbst entschieden hat. Eine Verweisung an das zuständige Gericht erfolgt aber arg. §§ 475 II, 477 a. A. mit Z. 3 ZPO. bei unverzichtbarer Unzuständigkeit nicht. Die Aufhebung kann nicht erfolgen, wenn die bejahende Zuständigkeitsentscheidung der Unterinstanz rechtskräftig, insbesondere überhaupt unanfechtbar ist.

Die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz erfolgt regelmäßig in nicht-

öffentlicher Sitzung, beim Berufungsgericht im Vorverfahren; vgl. aber §§ 494 f. ZPO. und Ähnlichkeitsschluß.

6. Rechtsmittel gegen die Zuständigkeitsentscheidung der zweiten Instanz. Sie ist inhaltlich unanfechtbar, soweit sie ein die erste Instanz betreffender Beschluß nach §§ 45 JN., 261 VI ZPO. ist. a) Revision, soweit sie überhaupt zulässig ist. α) Wegen Unzuständigkeit des Berufungsgerichts (§ 503, Z. 1 mit § 477 I, Z. 3 ZPO.), die ja immer unverzichtbar ist. Dagegen nicht wegen unrichtiger Zuständigkeitsentscheidung als solcher, da § 503, Z. 4 ZPO. nur von der Beurteilung der Sache spricht (Sachentscheidung) und selbst Nichtigkeit des Ersturteils kein Revisionsgrund ist. β) Rekurs, soweit er überhaupt gegeben ist (vgl. §§ 519, 528 ZPO.).

7. Prüfung der Zuständigkeit in dritter Instanz. a) Der eigenen. Wird ein Rechtsmittel an den OGH. gerichtet, für das ein anderes Gericht zuständig ist, so verweist es der OGH. an das zuständige Gericht (§ 474 I ZPO. analog). b) Der Zuständigkeit der zweiten Instanz. Hat diese zu Unrecht ihre Unzuständigkeit ausgesprochen, so wird ihr das Verfahren aufgetragen, im entgegengesetzten Falle ihre Entscheidung aufgehoben, da unverzichtbare Unzuständigkeit vorliegt (§ 513 mit §§ 475, 477 I, Z. 3 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). c) Der Zuständigkeit der ersten Instanz: Infolge Anfechtung der Entscheidung darüber allein oder mit der Sachentscheidung, soweit dies beim OGH. zulässig ist. Hier sind gleichfalls die §§ 475 f., 477 I, Z. 3 ZPO. anzuwenden (§ 513 ZPO.). War das Erstgericht unverzichtbar unzuständig, so hat das der mit der Sache befaßte OGH., soweit die Rechtsmittelerklärung reicht, von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. auch § 510 II ZPO.). Das auch dann, wenn beide Unterinstanzen über die Zuständigkeit übereinstimmend entschieden haben (strittig), außer die Entscheidung der zweiten Instanz wäre rechtskräftig, insbesondere überhaupt unanfechtbar.

8. Bindende Zuständigkeitsentscheidungen. Hat sich ein Gericht für sachlich unzuständig erklärt, so ist diese Entscheidung für jedes andere Gericht bindend. Dieses kann sich also nur mit der Begründung für unzuständig erklären, daß ein drittes Gericht zuständig sei; andernfalls wäre ein verneinender Zuständigkeitsstreit gegeben. Hat sich ein Bezirksgericht wegen des Streitwerts für unzuständig erklärt, so kann die Rechtssache schon vor Rechtskraft der Unzuständigkeitsentscheidung beim Gerichtshof angebracht werden, der an die Entscheidung gebunden ist, solange sie nicht in höherer Instanz abgeändert wird. Das gleiche gilt im Verhältnis von Zivil- und Kausalgericht (-senat) (§ 46 JN.). Analogie für das Verhältnis von Kausalsenaten untereinander ist zwingend.

9. Zuständigkeitsstreite zwischen ordentlichen Gerichten entscheidet das zunächst übergeordnete Gericht. Also z. B. zwischen Gerichten in verschiedenen OLG.-Sprengeln der OGH., zwischen Gerichtshof erster Instanz und einem in seinem Sprengel gelegenen Bezirksgericht das übergeordnete OLG. Die Entscheidung erfolgt unanfechtbar auf Parteienantrag oder Anzeige eines der beteiligten Gerichte ohne mündliche Verhandlung, aber erforderlichenfalls nach Abforderung befristeter Äußerungen der

beteiligten Gerichte und Parteien mit Beschluß und wird den Parteien durch das als zuständig bestimmte Gericht mitgeteilt. Das entscheidende Gericht kann alles verfügen, was inzwischen zur Wahrung öffentlicher Interessen oder Sicherung der Parteien oder des Verfahrenszweckes nötig erscheint (§ 47 JN.).

B. Prozeßteilnehmer.

I. Die Parteien.

a) Im Allgemeinen.

α) Begriffliches. 1. *Partei* — im Gesetz fehlt eine Definition — ist der Träger des formellen Rechtsschutzanspruchs im Prozeß. Auch der Beklagte hat einen solchen, bei Anträgen und im Rechtsmittelverfahren sogar nicht nur auf Verlangen des Klägers. Ebenso der zu Unrecht Prozeßführende. Daher kommt es weder auf den Urteilsanspruch, noch auf den privatrechtlichen Anspruch an, welcher letzterer z. B. auch bei berechtigter negativer Feststellungsklage nicht gegeben ist. Partei ist also, in wessen Namen Prozeßhandlungen im weitern Sinn — somit auch vorprozessuale Handlungen für den Prozeß — gesetzt werden, in dessen Interesse also das Gericht tätig wird. Der Prozeß ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Parteiseiten und dem Gericht (dreiseitig), bei sofortiger Klagezurückweisung aber nur zwischen der Klägerseite und dem Gericht (zweiseitig). Der gesetzliche Vertreter als solcher ist nicht Partei (vgl. §§ 5, 49 ZPO.; vgl. auch § 373 III ZPO. „in Bezug auf die Vernehmung“). Auch wer zwar kraft eigenen Rechts, aber in fremdem Namen Prozeß führt, ist nicht Partei; so nicht der Masse- oder der Zwangsverwalter. Daher ist z. B. für die örtliche Zuständigkeit, soweit überhaupt, stets der Gerichtsstand des Vertretenen maßgebend. Der Kurator der ehelichen Geburt ist bei Klage des Kindes selbst (§ 159, S. 1 abGB.) Partei (mit Prozeßstandschafft), weil er hier nicht das Kind vertritt. Bei Klage des Mannes (§ 158 abGB.) oder der Erben (§ 159, S. 2 abGB.) ist er es dagegen nicht, da hier das Kind selbst Partei ist. Der Ehebandsverteidiger ist nie Prozeßpartei, weil im Ehestreit stets der gegnerische Ehegatte Partei ist. Auch die durch den Pfleger vertretenen Fideikommißanwärter sind Partei; sind sie doch sogar Träger eines Anteiles am Obereigentum (§ 629 abGB.), also, soweit noch nicht geboren, juristische Person, wie die Leibesfrucht (§ 22 abGB.). Der Geborene ist dann Rechtsnachfolger. Die Inhaber von Teilschuldverschreibungen oder Pfandbriefen sind in ihrer Gesamtheit juristische Person; diese ist im Prozeß Partei. Auch unbekannte, noch unbestimmte Personen können Partei sein, z. B. die noch unbekanntenen Teilnehmer an einem Geschäft (§ 276 abGB.).

Die Konkursmasse ist Partei (§ 373 II ZPO.) und insoweit (beschränkte) juristische Person. Das gleiche gilt von der Kommanditistengesamtheit nach Art. 195 HGB.

Die Partei ist 1. Kläger, wenn sie den Rechtsschutzanspruch zuerst

geltend macht. Der Kläger stützt sich auf folgende Schlußreihe: a) materieller Gesetzessatz, d. i. der Satz, der den Klagegegenstand zur Rechtsfolge hat, z. B. Darlehnsempfang verpflichtet zur Rückgabe zur bestimmten Zeit. Er kann auch ein Satz des Prozeßrechts sein, z. B. bei der Nichtigkeitsklage. b) Tatbestandsverwirklichung: Kläger habe dem Beklagten ein Darlehn von 100 S, rückzuzahlen am 1. VI., gegeben, welcher Tag bereits gekommen sei. Daher c) bestehe der materielle Anspruch. d) Formeller Gesetzessatz, d. i. der Satz, dessen Rechtsfolge der Rechtsschutzanspruch ist: Darlehn sind klagbar. Daher: e) Kläger habe Anspruch auf Prozeßführung und Darlehnsrückgabe.

Die Partei ist 2. Beklagter, wenn der Rechtsschutzanspruch des Klägers gerichtliches Verhalten, insbesondere Entscheidung, gegen sie zum Inhalt hat. Der Beklagte kann in Verteidigung: a) den vom Kläger behaupteten materiellen Gesetzessatz oder b) die eingetretene Tatbestandsverwirklichung (auch beides) leugnen; c) eine Ausnahme vom Gesetzessatz und ihre Tatbestandsverwirklichung behaupten, z. B. er sei zur Zeit der Darlehnshingabe voll entmündigt gewesen (rechtshindernde Einrede); er habe bereits gezahlt (rechtsvernichtende Einrede); er habe Stundung erhalten (rechtshemmende Einrede); das alles ist Sachabwehr; d) den formellen Gesetzessatz leugnen; Einrede der Unklagbarkeit; z. B. mangels Gegenseitigkeit des Staats, dem der Kläger angehört; e) ebenso seine Tatbestandsverwirklichung z. B. Einrede der unverzichtbaren Unzuständigkeit; f) eine Ausnahme und ihre Tatbestandsverwirklichung behaupten, z. B. Einrede vereinbarter ausschließlicher Zuständigkeit eines andern Gerichts; das unter d)—f) Angeführte ist Prozeßabwehr; g) ein Gegenrecht geltend machen, das trotz Vorliegens der klägerischen Voraussetzungen dem Klageanspruch entgegensteht: Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht; das ist wieder Sachabwehr.

Der Kläger kann das Vorbringen des Beklagten entsprechend bekämpfen (Replik), dieser wieder eine Duplik vorbringen usw. Der Ausdruck Einwendung wird von der ZPO. im Sinne der Abwehr einer bestimmten Verfahrensweise gebraucht; vgl. §§ 212 II, 235 II, 257 II, 370 III, 550 II ZPO. u. a.

In einem Rechtsstreit ist die Rolle jeder Partei eindeutig. Prozesse, in denen auch der Kläger in der Hauptsache verurteilt werden könnte, gibt es nach österreichischem Recht nicht (vgl. allerdings § 561 II ZPO.). Die Widerklage leitet einen zweiten Rechtsstreit ein. Im Teilungsprozeß ist nur der Teilungsplan des Klägers umstritten; einen Gegenplan des Beklagten müßte dieser mit Klage in einem zweiten Prozeß vorbringen.

Vorteile der Klägerrolle: a) Bestimmung der Angriffszeit und b) -art; c) Unmöglichkeit, in der Sache verurteilt zu werden; nur Kostenpflicht oder auch Verurteilung zu einem Entschädigungsbetrag (§ 408 ZPO.) ist möglich; d) manchmal auch das Wahlrecht zwischen mehreren Gerichten.

Vorteile des Beklagten: a) Er braucht nichts zu beweisen, bevor der

Kläger seine Beweise erbringt; b) praktisch kann er meist den Ablauf der Erfüllungsfrist abwarten, bis er leistet.

2. *Parteifähigkeit* (Prozeßrechtsfähigkeit der Partei) ist die Fähigkeit, Partei zu sein. Im Gesetz fehlt eine Definition. Aus §§ 19, 22, 26 abGB., 66, 74f. JN. ergibt sich: Jede Person ist parteifähig und nur Personen sind es. Daher nicht Behörden, sondern nur die von ihnen vertretenen Körperschaften (Bund, Land, Gemeinde). Beschränkte juristische Personen sind es bezüglich ihrer Rechte. Der Umstand, daß jemand das eingeklagte Recht nicht haben kann, hindert die diesbezügliche Parteifähigkeit nicht. Daher kann z. B. ein Ordensgeistlicher auf Gültigkeit seiner Ehe klagen. Denn abgesehen davon, daß er ja geheiratet haben könnte, bevor er Geistlicher wurde, ist eben zwischen Urteilsanspruch und formellem Rechtsschutzanspruch zu unterscheiden. Handelsgesellschaften sind stets juristische Personen (Art. 111, 164 HGB., §§ 51 I, Z. 1, 75 JN., § 373 III, ZPO.). Unerlaubte Gesellschaften sind mangels Persönlichkeit nicht parteifähig. Wer die aktive Parteifähigkeit (Fähigkeit, Kläger zu sein) hat, hat auch grundsätzlich die passive (Fähigkeit, Beklagter zu sein) und umgekehrt. In letzterer Beziehung könnte mangelnde Gegenseitigkeit nach § 33 abGB. bei Ausländern eine Ausnahme schaffen; vgl. auch § 425 StPO.

3. *Prozeßfähigkeit* (Prozeßhandlungsfähigkeit der Partei) ist die Fähigkeit, gerichtliche Parteiwillenserklärungen selbst oder durch einen selbstbestellten Bevollmächtigten wirksam abzugeben. Sie setzt Parteifähigkeit voraus, nicht notwendig aber die Fähigkeit, die Willenserklärung selbst unmittelbar wirksam abzugeben; zu eng daher § 1 ZPO. „selbständig vor Gericht . . . zu handeln“: Darnach wäre ein Gelähmter, der nicht vor Gericht erscheinen kann, prozeßunfähig, was gewiß nicht im Sinne des Gesetzes ist. Auch wer prozessuale Willenserklärungen nur durch einen Bevollmächtigten abgeben kann, ist prozeßfähig; die Vollmacht muß er allerdings selbst erteilen können. Wer bloß Wissenserklärungen wirksam abgeben kann, z. B. ein Kind nach § 373 I ZPO., ist nicht prozeßfähig.

A. Prozeßfähig ist, wer selbständig gültige Verpflichtungen eingehen kann (§ 1 ZPO.), soweit nicht besondere Beschränkungen bestehen. Maßgebend ist (arg. „eingehen“) die Geschäfts-, nicht die Deliktsfähigkeit. Daß man ein bestimmtes Rechtsgeschäft (z. B. Adoption) nicht schließen kann, hindert die Prozeßfähigkeit in einem Rechtsstreit darüber nicht.

B. Prozeßunfähig ist, wem die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit ganz fehlt, also ein Geschäftsunfähiger; nicht dagegen ein Abwesender, mag sein Aufenthalt auch unbekannt sein und für ihn ein Kurator bestellt werden (§ 276 abGB.; vgl. auch §§ 115f., 386 III ZPO.). Denn er kann z. B. wirksam schriftlich einen Bevollmächtigten bestellen oder Schriftsätze einsenden. Ein Ausländer ist nur dann prozeßunfähig, wenn er es nach österreichischem und nach seinem Heimatsrecht ist § 3 ZPO.); es gilt also das günstigere Recht. Vielfach besteht staatsvertragliche Regelung, insbesondere im Haager Prozeßübereinkommen. Juristische Personen sind prozeßunfähig. Da auch die Vollversammlung Organ und

nicht die juristische Person selbst ist, ist auch der Vertreter im Prozeß, z. B. der von der Vollversammlung bestellte Vorstand, nicht von der juristischen Person selbst bestellt. Ausnahmsweise ist ein Prozeßunfähiger zu Prozeßhandlungen zuzulassen (§ 6 II ZPO.).

C. Beschränkt prozeßfähig ist, wer nur in gewissen Prozessen prozeßfähig ist.

I. Wer beschränkt verpflichtungsfähig ist, ist „insoweit“ (§ 1 ZPO.) prozeßfähig, als es sich um einen Klagegegenstand im Umfange seiner Verpflichtungsfähigkeit handelt. Ein Beispiel bietet § 2 ZPO., wonach ein Minderjähriger in Prozessen darüber, worüber er frei „verfügen“ kann, prozeßfähig ist. Maßgebend ist aber auch hier die Verpflichtungsfähigkeit (vgl. insbesondere § 247 abGB., den § 2 ZPO. selbst heranzieht). In sonstigen Prozessen ist der Minderjährige prozeßunfähig, also z. B. auch für eine Klage auf Erfüllung eines von seinem gesetzlichen Vertreter geschlossenen Vertrags. Wohl aber kann der Minderjährige als Kläger aus einem Anspruch, den er selbständig erwerben kann, auftreten, z. B. aus einem bloß den Gegner verpflichtenden Geschäft (§ 865 abGB.). Auch im Eheverfahren ist der Minderjährige prozeßfähig (§ 5 HD. v. 23. VIII. 1819, § 4 Vdg. v. 9. XII. 1897 R. 283). Soweit überhaupt die Fähigkeit besteht, selbständig Rechtsänderungen herbeizuführen, besteht auch die Prozeßfähigkeit. Ein Ausländer ist in der Prozeßfähigkeit insoweit beschränkt, als er es nach österreichischem und nach seinem Heimatrechte ist (arg. mai. § 3 ZPO.).

II. Soweit jemandem die Verwaltung eines Vermögens oder Vermögensteils entzogen ist, fehlt ihm auch die entsprechende Prozeßfähigkeit. a) Ordensgeistliche. Das HD. v. 13. VI. 1793, wonach Klagen von Mönchen nicht angenommen werden sollen, ist durch Art. I, Abs. 2 EGZPO. aufgehoben. Aber soweit die Fähigkeit zur Vermögensverwaltung fehlt (vgl. Art. 182 AP.), fehlt auch die entsprechende Prozeßfähigkeit. Dagegen besteht sie z. B. in Schadenersatzprozessen oder nichtvermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten. b) Der Gemeinschuldner ist in Masseprozessen schon deshalb prozeßunfähig, weil die Masse selbst Partei ist. c) Prozeßunfähig ist auch der Verpflichtete in Prozessen, die dem Zwangsverwalter zustehen (§ 109 EO.).

4. *Postulationsfähigkeit* ist die Fähigkeit, prozessuale Willenserklärungen selbst wirksam abzugeben. Sie setzt also Prozeßfähigkeit voraus. Wer nur durch von ihm selbst bestellte Bevollmächtigte prozessuale Willenserklärungen wirksam abgeben kann, ist prozeß-, aber nicht postulationsfähig. Der Postulationsfähige hat also die Wahl, prozessuale Willenserklärungen selbst oder durch einen von ihm Bestellten abzugeben (§ 26 I ZPO.), der Postulationsunfähige kann nur das letztere. Der Prozeßunfähige wiederum wird durch einen für ihn, aber nicht von ihm Bestellten vertreten. Die Postulationsunfähigkeit bezieht sich: A. Auf den ganzen Prozeß: I. Anwaltsprozeß ohne persönliche Ausnahme; II. sonstiger Vertretungszwang, z. B. beim Bundes- oder Patentgerichtshof; III. Taubstumme (§ 275 abGB.). Dagegen sind der Gerichtssprache Unkundige postulationsfähig, weil der Dolmetsch nicht Ver-

treter, sondern nur Gehilfe ist. Auch der bloß tatsächlich Verhinderte, insbesondere der Abwesende, ist postulationsfähig, da zwischen rechtlicher Fähigkeit und tatsächlicher Möglichkeit unterschieden werden muß. B. Auf einzelne Prozeßhandlungen, z. B. die Berufung an Orten mit wenigstens zwei Rechtsanwälten (§§ 465 II, 467, Z. 5 ZPO.); vgl. auch § 185 ZPO. Der Postulationsunfähige kann regelmäßig — Ausnahme § 185 ZPO. — Wissenserklärungen wirksam abgeben (§ 26 II ZPO. und arg. min. § 373 ZPO.), Willenserklärungen dagegen im Anwaltsprozeß grundsätzlich nur, soweit sie nicht im Widerspruch zum Verhalten des Vertreters stehen. Denn nach § 34 ZPO. können nur „tatsächliche Erklärungen“, d. i. Wissenserklärungen der Partei im Widerspruch zum Vertreter wirksam sein. Daher ist „Erklärungen“ in § 26 II ZPO. einschränkend auszulegen. Im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof gilt aber diese Einschränkung nicht (§ 23 IV B. G. G. e sil.). Auch der gesetzliche Vertreter eines Prozeßunfähigen kann postulationsunfähig sein (§ 5 ZPO.). Die Postulationsfähigkeit eines Ausländers wird stets nach österreichischem Recht beurteilt, da § 3 ZPO. hier nicht gilt.

5. *Sachlegitimation* (Prozeßführungsrecht) ist die Eigenschaft, Träger des geltend gemachten Anspruches (Aktivlegitimation) oder der ihm entsprechenden Verpflichtung (Passivlegitimation) zu sein. Es handelt sich also um die Frage nach dem richtigen Kläger und dem richtigen Beklagten. Die Beurteilung erfolgt stets nach dem Rechtsordnungsteil, dem der geltend gemachte Anspruch angehört, also meist nach Privatrecht, bei Prozessen um prozessuale Rechte nach Prozeßrecht. Bestreitet der Schuldner, daß die Forderung auf den klagenden angeblichen Zessionar übergegangen sei, so bestreitet er die Aktivlegitimation. Der Einwand betrifft also die Hauptsache und ist daher kein prozessualer. Der Beklagte bestreitet, daß der Kläger gegen ihn den Klageanspruch habe (Sachabwehr). Daß er es gerade damit begründet, daß der Anspruch einem andern oder gegen einen andern zustehe, ist prozessual unwichtig. Bei negativer Feststellungsklage ergibt der Feststellungsanspruch die Aktivlegitimation, nicht das Festzustellende; das rechtliche Interesse des Klägers bestimmt den richtigen Beklagten. Das Gesetz kennt zwar nicht den Ausdruck, wohl aber den Begriff (vgl. §§ 156f., 549 ZPO.).

6. *Prozeßstandschaft* hat eine Partei, die ausdrücklich nicht über ihre eigenen Rechte prozessiert; z. B. der Veräußerer der streitverfangenen Sache (§ 234 ZPO.) oder der vom Kind geklagte Kurator der ehelichen Geburt; nicht aber der Kläger, der unrichtigerweise behauptet, ihm stehe das eingeklagte Recht zu.

β) Verfahren. 1. *Betreffend die Partei*. A. *Grundsatz des Zweiparteienverhältnisses*. Der Rechtsstreit ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Parteiseiten, die aber nicht notwendig nur aus einem Menschen bestehen müssen. Nicht erforderlich ist, daß beide Parteiseiten tätig sind (Säumnisverfahren!).

Fehlt eine Partei schon zu Beginn des Verfahrens — z. B. ein Unternehmer klagt unter der Firma eines seiner Unternehmen die Firma eines zweiten seiner Unternehmen — so hat arg. min. § 7 ZPO. das befaßte

Gericht in jeder Lage des Verfahrens die Einstellung desselben mit Beschluß auszusprechen. Denn es ist ein Nichtverfahren und eine etwa ergehende „Entscheidung“ in der Sache wäre eine Nichtentscheidung, also rechtlich bedeutungslos (arg. min. § 529 I, Z. 2). Bezüglich der Kosten ist § 51 ZPO. analog anzuwenden. Das Gesagte gilt nicht, wenn ein inländisches Gericht die juristische Persönlichkeit des einen Unternehmens in einer noch bindenden, wenn auch zur Zeit noch nicht rechtskräftigen, Entscheidung anerkannt hat (vgl. § 7 II ZPO.). Fällt das Zweiparteienverhältnis erst während des Prozesses, z. B. infolge Beerbung der einen Partei durch die andere, fort, so ist jedes weitere Verfahren ein Nichtverfahren. Es erfolgt Einstellung mit Beschluß. Entsteht die Partei erst während des Prozesses (z. B. die Aktiengesellschaft wird nachträglich registriert) so ist der Mangel geheilt.

B. *Rechtsnachfolge in die Parteistellung.* Möglich ist

I. *Privatrechtliche Rechtsnachfolge ohne prozessuale:*

a) Rechtsnachfolge vor Prozeßbeginn; b) nach Anhängigkeit, aber vor Streitanhängigkeit; hier ist im Gesetz die Möglichkeit einer Parteiänderung nicht vorgesehen; c) nach Streitanhängigkeit ohne Zustimmung beider Parteien zur Parteiänderung (§ 234 ZPO.).

II. *Prozessuale Rechtsnachfolge ohne privatrechtliche:*

a) Ersatz einer Partei durch den Nebenintervenienten (§ 19 II ZPO.);
 b) Eintritt des Auktors (§§ 22ff. ZPO.). Der als Besitzer einer Sache oder eines dinglichen Rechts — also nicht aus einem Vertrag oder Delikt — Beklagte kann, wenn er behauptet, bloßer Inhaber zu sein, also im Namen eines Dritten — nicht des Klägers selbst —, zu besitzen, diesen Dritten (Auktor) sogleich nach Klagezustellung auffordern, sich über sein Verhältnis zum Streitgegenstand oder Klageanspruch bei der ersten Tagsatzung zu erklären. Der Beklagte braucht seine bloße Inhabereigenschaft nicht zu beweisen. Die Aufforderung geschieht mit Schriftsatz, im Bezirksgerichtsverfahren auch mündlich zu Protokoll (§ 434 ZPO.), und muß vor der ersten Tagsatzung, bei der sich ja der Auktor erklären soll, und stets vor Streiteinlassung (arg. „nicht einlassen will“) erfolgen. Streitanhängigkeit ist Voraussetzung. Die Zustellung an den Auktor verfügt im Senatsverfahren der Vorsitzende allein (§ 25 ZPO.). Dagegen bedarf hier die Zurückweisung des Schriftsatzes eines Senatsbeschlusses (§ 239 III e sil. gegen § 239 II ZPO.). Die Benennung des Auktors ist ein Recht, keine Pflicht des Beklagten. Die Zustimmung des Klägers zur Aufforderung ist nicht nötig, doch wird ihm eine Ausfertigung noch vor der ersten Tagsatzung mitgeteilt. Nun ist möglich:

α) Der Auktor erkennt bei der Tagsatzung das vom Beklagten behauptete Verhältnis an; dann kann er mit dessen Zustimmung an seine Stelle als Partei treten. Der Zustimmung des Klägers bedarf es nur, soweit dieser Ansprüche geltend macht, die durch das zwischen dem Auktor und dem Beklagten bestehende Vertretungsverhältnis nicht berührt werden; z. B. auf Ersatz erlittener Beschädigung. Über den klägerischen Widerspruch entscheidet in Senatssachen der Senat (§ 239 III e sil. gegen § 239 II ZPO.). Infolge des Eintritts des Auktors ist aber der Beklagte

auf seinen Antrag von dem die erste Tagsatzung leitenden Richter durch Beschluß von der Klage zu entbinden (§ 23 II mit § 241 ZPO.). Der eintretende Auktor ist auch an die schon erfolgten Prozeßhandlungen des Beklagten nicht gebunden. Entscheidungen gegen den Beklagten wirken nicht gegen den Auktor. Er kann also einen Richter ablehnen, obwohl der Beklagte mit der Ablehnung abgewiesen wurde usw. Die Entbindung von der Klage ist keine vollständige Instanzerledigung und hat daher auch keinen Kostenspruch zu enthalten (§ 52 ZPO. e contr.). Der entbundene Beklagte hat keinen Kostenanspruch. Das Gegenteil gilt für die Entscheidung über den klägerischen Widerspruch. Das im weiteren Verfahren gegen den Auktor gefällte Urteil ist mangels gesetzlicher Bestimmung gegen den ausgeschiedenen Beklagten nicht wirksam oder vollstreckbar.

β) Der Auktor erscheint und anerkennt auch ausdrücklich das vom Beklagten behauptete Verhältnis, aber 1. er lehnt den Eintritt ab oder 2. der Beklagte, der es sich z. B. überlegt hat, gibt nun nicht die Zustimmung zum Eintritt oder endlich 3. der zustimmungsberechtigte Kläger verweigert die Zustimmung. In diesen Fällen kann der Beklagte die Streiteinlassung nicht weiter verweigern.

γ) Der Auktor anerkennt nicht ausdrücklich das vom Beklagten behauptete Verhältnis: 1. er bestreitet es; 2. er erscheint, gibt aber keine Erklärung ab; 3. er erscheint trotz gehöriger Ladung nicht. Nun ist der Beklagte berechtigt, sich durch Befriedigung des klägerischen Anspruchs von der Klage zu befreien. § 24 I a. E. ZPO. spricht das überflüssigerweise aus; ist ja doch das außerprozessuale Verhältnis zwischen Beklagtem und Auktor nach bürgerlichem Recht zu beurteilen (vgl. § 24 II ZPO.) und prozessual der Beklagte als Partei berechtigt, den klägerischen Anspruch zu befriedigen. Die Kosten trägt der Beklagte, weil er erst nach der von ihm veranlaßten Klage erfüllt hat (§ 45 ZPO. e contr.).

c) In den Fällen der §§ 7, 37 KO. Nicht hierher gehören §§ 308 ff. EO., weil der Überweisungsgläubiger „namens des Verpflichteten“ (§ 308 I EO.) auftritt.

III. Privatrechtliche und prozessuale Rechtsnachfolge:

a) Unter Lebenden. α) Einzelnachfolge. Nach § 234 ZPO. ist die Veräußerung einer Streitverfangenen Sache oder Forderung durch den Kläger oder Beklagten ohne Einfluß auf den Prozeß; doch wirkt das Urteil auch bezüglich des Erwerbers (§ 9 EO.). Der Veräußerer ist Partei mit Prozeßstandschaft.

Der Erwerber kann aber auch als Partei eintreten, wenn er darüber mit beiden Parteien einverstanden ist. Daß auch die Zustimmung des Veräußerers nötig ist, ergibt die Erwägung, daß, wenn der Erwerber mangels gegnerischer Zustimmung nur als Nebenintervenient beitreten könnte und dann Partei werden wollte, er nach § 19 II ZPO. die Zustimmung beider Prozeßparteien brauchte; daher auch, wenn er, ohne erst Nebenintervenient zu sein, Partei wird. „Veräußerung“ ist jeder Rechtsübergang, nicht aber bloße Belastung. Analogie für Schuldübernahme ist möglich. Der Eintretende übernimmt den Prozeß in

dem Stadium, in dem dieser sich befindet: Was geschehen ist, bleibt wirksam; er kann es nur ändern, soweit es auch der Veräußerer als Partei noch ändern könnte. Auch die Zuständigkeit bleibt (§ 29 JN.), mag sie auch nur auf Eigenschaften des Veräußerers gegründet sein. Abgesehen von den Kosten, die dem Veräußerer bereits zugesprochen wurden, erfolgt der Kostenspruch nunmehr nur für oder gegen den Erwerber, der sich diesbezüglich mit dem Veräußerer lediglich nach bürgerlichem Recht auseinandersetzen kann. Die Endentscheidung hat auch nur für und gegen den Erwerber Wirksamkeit.

β) Gesamtnachfolge, z. B. Fusion, Liquidation, Erbschafts Kauf. Hier gilt kraft Ähnlichkeitsschlusses das gleiche wie für Erbgang.

b. Infolge Todes einer Partei (§§ 155ff. ZPO.). Gesamt- und Einzelrechtsnachfolger — das Gesetz unterscheidet nicht — treten sogleich in die Parteistellung ein. Der Prozeßbevollmächtigte des Erblassers oder der allfällige Kurator sind ihre Vertreter. Die „Aufnahme“ des Verfahrens beendet nur die Unterbrechung.

Keine Parteiänderung ist die Richtigstellung der Parteibezeichnung (Berichtigung des Namens), ihre Änderung (Name statt Firma) oder die Namensänderung der Partei selbst. Ebensowenig, wenn für die Partei ihr Vertreter, mag dies auch, z. B. nach ihrer Entmündigung, ein gesetzlicher sein, den Prozeß fortführt.

C. *Parteibeitritt*. 1. Streitgenössischer Nebenintervenient (§ 20 ZPO.). 2. Der Erwerber der streitverfangenen Sache kann mit Zustimmung beider Parteien auch als Streitgenosse neben den Veräußerer treten, da § 234 ZPO. nicht unterscheidet. 3. In Analogie zu §§ 20, 234 ZPO. ist auch sonst der Beitritt als Streitgenosse mit Zustimmung beider Parteien zulässig.

2. Der *Mangel der Parteifähigkeit* ist in jeder Lage des Verfahrens — nicht aber nach seinem Abschluß — von Amts wegen zu berücksichtigen, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Anerkenntnis der Parteifähigkeit durch den Gegner. Kann der Mangel beseitigt werden (z. B. Ersatz des Unternehmens ohne juristische Persönlichkeit durch den Unternehmer als Partei), so hat das Gericht, welcher Instanz immer, die erforderlichen Aufträge unter Fristsetzung zu erteilen (kein abgesondertes Rechtsmittel). Fristverlängerung ist zulässig, wenn die Mangelbehebung durch Umstände verhindert wird, auf deren Beseitigung der für den Parteiunfähigen Auftretende oder der Gegner keinen Einfluß hat. Ist für die „Partei“, deren Parteifähigkeit in Zweifel steht, mit dem Verzug Gefahr, z. B. einer Fristversäumnis, verbunden, so kann der als Vertreter Auftretende vor Fristablauf vorbehaltlich der Mangelbeseitigung, also nur, wenn diese zu erwarten ist, zu den notwendigen Prozeßhandlungen — nicht zur Führung des ganzen Prozesses — zugelassen werden (kein abgesondertes Rechtsmittel; § 6 ZPO. analog; die Analogie ergibt sich schon daraus, daß Prozeßfähigkeit Parteifähigkeit voraussetzt). Ist der Mangel unheilbar, klagt z. B. eine unerlaubte Gesellschaft, oder ist die Frist fruchtlos verstrichen, so ist in jeder Lage des Verfahrens die Einstellung mit Beschluß auszusprechen, da ein Nichtverfahren vorliegt. Stets kann

die Mangelbehebung trotz Fristablauf noch bis zur Entscheidung wirksam erfolgen. Eine im Verfahren mit einem Parteionfähigen gefällte Entscheidung ist eine Nichtentscheidung. Die Parteifähigkeit ist aber der Überprüfung entzogen, wenn ein inländisches Gericht sie bereits in einer noch bindenden, wenn auch noch nicht rechtskräftigen, Entscheidung festgestellt hat (§ 7 ZPO. analog); doch muß über die Parteifähigkeit selbst eine formelle Entscheidung erfolgt sein. Die notwendigen Entscheidungen trifft in Senatssachen der Senat (§ 230 II ZPO. analog), bei der ersten Tagsatzung aber der sie leitende Richter, allenfalls auf Einrede (§ 239 III ZPO. analog).

3. Für die *Prozeßfähigkeit* gilt grundsätzlich das gleiche. Unterschiede: A. Bei Gefahr im Verzug kann auch der Prozeßunfähige selbst zu Prozeßhandlungen zugelassen werden (§ 6 II ZPO.). B. Die Behebung des Mangels kann hier auch durch Zuziehung eines gesetzlichen Vertreters geschehen, dessen Bestellung allenfalls zu veranlassen ist. C. Überhaupt muß für den Prozeßunfähigen außer dem Fall A stets ein gesetzlicher Vertreter handeln. D. War das nicht der Fall, so liegt arg. §§ 477 I, Z. 5, 529 I, Z. 2 ZPO. keine Nichtentscheidung, sondern nur ein Nichtigkeitsgrund vor. E. Nach Rechtskraft der Entscheidung ist aus demselben Grund Nichtigkeitsklage zulässig (§ 529 I, Z. 2 ZPO.). F. Nachträgliche Genehmigung der Handlungen des Prozeßunfähigen durch den prozeßfähig Gewordenen oder den bestellten gesetzlichen Vertreter heilt, vor und nach Rechtskraft, den Mangel (§§ 477 I, Z. 5, 529 I ZPO.). Genehmigung liegt insbesondere im Eintritt des gesetzlichen Vertreters in das Berufungsverfahren, ohne Geltendmachung des bisherigen Vertretungsmangels (§ 477 II ZPO.). G. Verliert die Partei ihre Prozeßfähigkeit, so wird der Prozeß nur unterbrochen, wenn kein Vertreter mit Prozeßvollmacht da ist. Die Unterbrechung dauert bis zur Aufnahme des Prozesses durch den gesetzlichen Vertreter (§ 158 ZPO.), aber auch durch den inzwischen wieder prozeßfähig Gewordenen, z. B. nach Aufhebung der Entmündigung. H. Sollen Prozeßhandlungen gegen einen unvertretenen Prozeßunfähigen vorgenommen werden und wäre mit dem Verzug Gefahr für seinen Gegner verbunden, so hat das Prozeßgericht, welcher Instanz immer, auf dessen Antrag mit Beschluß ohne vorgängige mündliche Verhandlung, allenfalls nach Erhebungen darüber, einen Kurator für den Prozeßunfähigen zu bestellen. Die Bestellung erfolgt in Senatssachen durch den Vorsitzenden, während der Verhandlung vor dem Senat aber durch diesen. Der Kurator vertritt die Partei bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters und hat nötigenfalls dessen Bestellung zu veranlassen (§§ 8f. ZPO.).

4. Die *mangelnde Postulationsfähigkeit* ist auch in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zu berücksichtigen (§§ 37 II, 185 ZPO.). Da der selbst handelnde Postulationsunfähige nicht, wie vorgeschrieben, vertreten ist (vgl. § 133 III ZPO.), sind gleichfalls §§ 477 I, Z. 5, 529 I, Z. 2 ZPO. anwendbar. Eine Mangelbehebung durch nachträgliche Genehmigung ist hier nicht vorgesehen.

5. Die *mangelnde Sachlegitimation* wird nur auf Einwendung des

Beklagten berücksichtigt. Dann muß der Kläger die aktive und die passive Legitimation nachweisen, widrigenfalls die Klage abgewiesen wird (Sachentscheidung).

b) Parteienmehrheit.

α) Begriff und Arten der Streitgenossenschaft (§ 11 ZPO.). Streitgenossen sind wenigstens zwei Parteien in gleicher Parteirolle.

1. Wenigstens zwei Kläger sind aktive, wenigstens zwei Beklagte passive Streitgenossen.

2. Materielle, eigentliche, echte Streitgenossenschaft besteht bei 1. Rechtsgemeinschaft am Streitgegenstand oder 2. Berechtigung oder 3. Verpflichtung aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund; letzteres z. B. bei Klage wegen gemeinsamer Schädigung oder gegen mehrere Miterben wegen einer erblasserischen Schuld, wobei es auf die Haftungsart in keiner Weise ankommt. Nämlichkeit des Grundes genügt: die Ansprüche können verschieden sein; so wenn bei gemeinsamer Schädigung der eine Gesamthaftende auf ein Drittel, der andere auf zwei Drittel oder auf teilweise Wiedergutmachung in Natur geklagt wird. Dagegen gehören Ansprüche gegen verschiedene Verpflichtete aus einem Wechsel, die nicht Korrealschuldner sind, nicht hieher, weil jede wechselfähige Verpflichtung selbständig ist; andererseits liegt Rechtsgemeinschaft nicht nur bei Mitberechtigung, sondern auch bei Mitverpflichtung vor, weil der Streitgegenstand eben die Verpflichtung ist.

Formelle, uneigentliche, unechte, äußerliche Streitgenossenschaft erfordert gleichartige, auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen; z. B. mehrere Mieter desselben Hauses klagen aus gleichartigen Mietverträgen auf Vertragseinhaltung oder der Beschädigte klagt den Angestellten und den für ihn haftenden Geschäftsherrn.

Gesetzliche Streitgenossenschaft liegt ohne Rücksicht auf die bisher genannten Voraussetzungen einfach kraft besonderer Vorschrift vor. Vgl. z. B. § 12 ZPO. (Hauptschuldner und Bürge; nicht bei Schadlos- und Rückbürgen), §§ 16 ZPO., 37 II, 128, 232, 258 I, 286 I EO., § 9 II SyndGes., § 3 II Ges. v. 5. III. 1869, R. 27, Art. 50, § 2 IÜ., § 7 II GehKassGes. (Text-Vdg. v. 16. I. 1928, B. 23) u. a.

3. Unzertrennliche, einheitliche Streitgenossenschaft — im Gegensatz zur einfachen — ist gegeben, wenn die zu fällende Entscheidung (§ 14 ZPO. spricht zu eng nur vom Urteil) auf die mehreren „wirkt“, sofern sie zurzeit noch Streitgenossen sind. Keine „Wirkung“ besteht also bezüglich desjenigen, der z. B. durch Klagerücknahme weggefallen ist. Unzertrennlich ist die Streitgenossenschaft: 1. „Kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses“. 2. „Kraft gesetzlicher Vorschrift“; vgl. §§ 20 ZPO, 110 I, 112 I KO., 128, 232 II, 286 I EO.

Die unzertrennliche Streitgenossenschaft ist notwendig, wenn nur alle Streitgenossen zusammen Sachlegitimation haben: Sind nicht alle auf einer Parteiseite zusammengefaßt, so ist die Klage auf Einrede abzuweisen. Fälle: Gesamthandgläubiger und -schuldner, §§ 110 KO., 63GBG.

Es ist auch möglich, daß ein Teil der in einer Klage genannten Streitgenossen unzertrennlich, der Rest einfach oder nur unter sich unzertrennlich ist.

Bloß formelle Streitgenossenschaft ist nie unzertrennlich.

4. Ursprüngliche Streitgenossenschaft besteht vom Prozeßbeginn an, nachträgliche entsteht später: 1. Durch Parteibeitritt, 2. dadurch, daß an Stelle einer Partei mehrere Rechtsnachfolger treten, z. B. mehrere Miterben oder mehrere Mitbesitzer als Auktoren. Durch Verhandlungsverbindung (§ 187 ZPO.) entsteht dagegen keine Streitgenossenschaft. Die ursprüngliche Streitgenossenschaft entsteht mit der Klageanbringung. Das gilt auch für die passive, denn „geklagt“ (§ 11 a. A. ZPO.) ist man schon vor Klagezustellung (arg. „Beklagten“, § 229 I, Z. 1).

Die Streitgenossenschaft endet immer mit dem Prozeß; doch kann ein Streitgenosse früher ausscheiden, z. B. infolge Todes und Beerbung durch einen andern Streitgenossen, durch Anerkenntnis oder Verzicht. Bei Streitgenossenschaft bestehen stets so viele Klageansprüche, als das Produkt aus der Zahl der Kläger und der der Beklagten beträgt; denn jeder Kläger hat einen Klageanspruch gegen jeden Beklagten. Das gilt also auch, wenn der Gläubiger des Erblassers die mehreren Erben klagt. Bei Gesamthaftung bestehen, wie auch z. B. bei Wahlschuld, mehrere gleichlaufende Ansprüche, d. s. Ansprüche, bei denen die Befriedigung aus einem das Erlöschen der übrigen zur Folge hat. In den andern Fällen der Streitgenossenschaft besteht subjektive Klagenhäufung. Da ferner der Prozeß auch ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ist, bestehen ebensoviele Prozesse als Klageansprüche. Daß formell, wenn das Gericht nicht trennt, nur eine Verhandlung stattfindet, ist, arg. „mehrere Rechtsstreite“, § 187 ZPO., kein Gegenbeweis.

Beim Abrechnungsgerichtshof heißen die Parteien, denen die Stattgebung der Beschwerde gegen eine Entscheidung des Finanzministeriums einen Rechtsnachteil verursachen würde, Mitbelangte, wenn sie in der Beschwerde genannt sind; im Falle der Beiziehung von Amts wegen aber Mitbeteiligte (§ 57 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562).

β) Zuständigkeit bei Streitgenossenschaft. Der Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft ist nur bei materieller und bei gesetzlicher Streitgenossenschaft möglich. Erstere ist (§ 11, Z. 1 gegen Z. 2 ZPO.) unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch zulässig, wenn der Anspruch gegen den einen Streitgenossen vor ein anderes Gericht gehörte als der gegen den andern. Das gilt bezüglich der örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich; bezüglich der sachlichen aber nur, soweit es sich um die Senatsart handelt. Das ergibt sich aus folgendem:

Der Streitwert bestimmt sich bei subjektiver Klagenhäufung grundsätzlich durch Zusammenrechnung (§ 55 JN.). Zuständig ist nun (§ 93 I JN.): 1. der bestehende gemeinschaftliche besondere Gerichtsstand, auch wenn er, wie der des Erfüllungsorts, ein Wahlgerichtsstand ist; 2. in Ermangelung eines solchen der inländische allgemeine — nicht ein besonderer (vgl. z. B. § 79 JN.) — Gerichtsstand eines der Streitgenossen, wenn dieses Gericht nicht für einen der anderen Ansprüche unver-

zichtbar unzuständig ist. Gehören nun einzelne Ansprüche vor das Bezirksgericht, andre vor den Gerichtshof, so ist ein Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nicht gegeben. Denn die Vorschrift der Zusammenrechnung verbietet das Bezirksgericht, die unverzichtbare Unzuständigkeit (§ 104 II JN.) den Gerichtshof. Somit ist Streitgenossenschaft in diesem Fall überhaupt nicht möglich. Ebenso wenig bei Artzuständigkeit teils des Bezirksgerichts, teils des Gerichtshofs oder wenn ein Anspruch vor ein Sondergericht, z. B. Gewerbegericht, gehört, während für einen andern ein ordentliches Gericht oder ein andres Sondergericht zuständig ist.

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt aber für gleichlaufende Ansprüche, von denen einer der Wertzuständigkeit (nicht der Artzuständigkeit) nach vor das Bezirksgericht, der andre vor den Gerichtshof gehört. Das ist z. B. bei teilweisem bloß persönlichen Erlaß möglich. In diesem Fall ist ein Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft beim Bezirksgericht gegeben, da nicht zusammenzurechnen ist. Dagegen nicht beim Gerichtshof (§ 104 II mit § 93 I JN.).

Gehören alle einzelnen Ansprüche vor das Bezirksgericht, während nur die Summe Wertzuständigkeit des Gerichtshofs ergäbe, so ist der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft beim Bezirksgericht begründet (arg. min. § 227 I ZPO.). Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft ist ausgeschlossen, wenn die verschiedenen Ansprüche in verschiedenen Verfahrensarten zu behandeln sind (§ 227 I ZPO. e min.). Dazu gehören gemäß der Überschrift die im 6. Teil der ZPO. (§§ 548 ff.) geregelten Verfahrensarten, also weder das Bagatell- noch das Besitzstörungsverfahren.

Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bleibt bestehen, auch wenn die Klage gegen den Streitgenossen zurückgenommen wird, vor dessen allgemeinem Gerichtsstand sie erhoben wurde (§ 29 JN.). Sind Haupt- und Nebenverpflichtete Streitgenossen, so ist der allgemeine Gerichtsstand eines Hauptverpflichteten maßgebend (§ 93 I JN.).

Nach § 93 II JN. können aus einem Wechsel Verpflichtete auch als Streitgenossen beim Gerichte des Zahlungsortes geklagt werden, was sich schon aus §§ 89, 93 I JN. und § 11, Z. 2 ZPO. ergäbe. Das gleiche gilt für mehrere aus einem Scheck Rückgriffspflichtige (§ 24 I ScheckG.). Da in diesen Fällen die Voraussetzungen des § 11 I ZPO. fehlen, kann die Klage nicht beim allgemeinen Gerichtsstand eines der Streitgenossen erhoben werden, wenn er nicht zugleich auch der aller übrigen ist.

Ein besonderer Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft besteht nach § 23 II UnlWG. vor jedem für einen der mehreren Beklagten nach § 23 I l. c. begründeten besonderen Gerichtsstand.

Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gilt für die formelle Streitgenossenschaft nicht, da sie die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für jeden einzelnen Beklagten voraussetzt (§ 11, Z. 2 ZPO.). Für die aktive Streitgenossenschaft gibt es keinen besonderen Gerichtsstand.

γ) Besetzung bei — materieller oder formeller — Streitgenossen-

schaft. Einzelrichter- und Senatssachen miteinander verbunden gehören vor den Senat (§ 227 II ZPO. e min.). Sind alle einzelnen Ansprüche Einzelrichtersachen, so gehören stets, auch bei subjektiver Klagenhäufung, alle zusammen vor den Einzelrichter (§ 227 III ZPO. e min.).

δ) Wirkung der Streitgenossenschaft. 1. Einfache (§ 13 ZPO.) Handlungen und Unterlassungen eines Streitgenossen wirken weder für noch gegen den andern. Tätigkeit des einen befreit insbesondere den andern nicht von Säumnisfolgen. Hat bloß einer das Armenrecht, müssen die andern die ganzen staatlichen Gebühren voll bezahlen. Nur Fristen für dieselbe Prozeßhandlung laufen stets zugunsten aller: Es gilt also die längste Frist (§ 127 ZPO.). Auch kann jeder einzelne das Recht zur Prozeßbetreibung ausüben (§ 15 I ZPO.), z. B. den Antrag auf Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens oder auf Säumnisurteil stellen. Bewirkt freilich die Prozeßhandlung des einen ein amtswegiges gerichtliches Einschreiten, z. B. im Rechtsmittelverfahren Beachtung einer nicht geltend gemachten Nichtigkeit, so wirkt die Handlung eines Streitgenossen mittelbar auf die andern.

2. Unzertrennliche (§§ 14, 15 II ZPO.). Die Streitgenossen bilden eine „einheitliche Streitpartei“. Solange sie also Streitgenossen sind, kann nur eine Entscheidung für oder gegen alle gefällt werden. Bezüglich der Kosten gilt § 46 ZPO., also besteht nicht notwendig Gesamthaftung. Die Tätigkeit eines Streitgenossen wirkt säumnishindernd für den andern. Somit sind zu einer auf Antrag anberaumten Tagsatzung auch früher säumige Streitgenossen zu laden. Die Prozeßhandlungen der einzelnen Streitgenossen sind so zu werten, als ob sie eine einzelne Partei hintereinander gesetzt hätte. Daher gilt bei widersprechenden Erklärungen nicht die günstigste, sondern die erste; soweit aber Widerruf möglich ist, die letzte; prozessuale Verfügungen über den Streitgegenstand sind jedoch nicht nur Prozeßhandlungen (§ 31 I, Z. 2 gegen Z. 1 ZPO.) und daher grundsätzlich nur für und gegen den Verfügenden wirksam. Werden gleichzeitig widersprechende Erklärungen abgegeben, gilt keine. Insoweit das Handeln eines Streitgenossen für den andern wirkt, ist er Vertreter; er bedarf aber keiner Vollmacht, muß daher, arg. contr. „Bevollmächtigten“, § 29 ZPO., weder eigenberechtigt noch unter den Voraussetzungen des bedingten Anwaltszwangs Anwalt sein, kann dagegen ein Winkelschreiber sein und sogar gegen das Verbot des andern Streitgenossen für ihn wirksam handeln.

ε) Hauptintervention ist Klage gegen beide Parteien eines Prozesses als Streitgenossen wegen gänzlicher oder teilweiser Inanspruchnahme des Streitgegenstands (§ 16 ZPO.), z. B. eines Vermögensrechts, der väterlichen Gewalt usw. Der Hauptinterventient behauptet also, daß das Recht ganz oder teilweise weder dem Kläger noch dem Beklagten, sondern ihm zustehe. Der Klagegegenstand muß nicht gegen beide Parteien der gleiche sein; die Klage kann z. B. gegen eine auf Feststellung, gegen die andere auch auf Herausgabe gehen. Voraussetzung ist, arg. „zwischen andern Personen“, Streitanhängigkeit. „Anhängig“ bedeutet eben in der ZPO. etwas anderes als in § 29 mit § 54 JN. Hauptintervention

ist auch in höherer Instanz möglich, solange überhaupt ein Gericht mit der Sache befaßt ist. Ebenso auch nach Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage. Zuständigkeit: §§ 94f. JN. Wer nur eine Partei klagt, ist nicht Hauptintervenient. Wegen der Hauptintervention kann das Gericht (Senat) auf Antrag Unterbrechung des Hauptprozesses (§ 190 II ZPO.), allenfalls von Amts wegen (§ 190 I ZPO.) des Interventionsprozesses anordnen. Die Entscheidung im Interventionsprozeß hat Rechtskraft für den Hauptprozeß, weil dessen beide Parteien auch Parteien im Interventionsprozeß waren, weshalb sie dessen Entscheidung bindet. Siegt daher der Hauptintervenient, so ist der Hauptprozeß, insoweit dieselbe Rechtssache vorliegt, wegen rechtskräftig entschiedener Streitsache aufzuheben.

Dagegen bindet die allenfalls zuerst gefällte Entscheidung im Hauptprozeß den Hauptintervenienten nicht, da er an ihm nicht teilnimmt. Die Streitgenossenschaft beider Beklagter ist im Interventionsprozeß nicht unzertrennlich; können ja auch die Klagegegenstände verschieden sein.

c) Verhältnis zwischen Parteien und Gericht.

α) Grundsätzlich sind unmaßgebliche Aufträge und Befehle des Gerichts an die Parteien zu unterscheiden. Erstere binden sie nicht; sie sind unvollstreckbar. Die Nichterfüllung kann ohne alle Folgen sein; so beim Auftrag nach § 440 III ZPO., wenn keine kostenverursachende Verzögerung eintritt (sonst Kostenpflicht, § 48 ZPO.). Sie kann aber auch Säumnisfolgen nach sich ziehen („monitorische Verfügung“), z. B. der Auftrag, die Klagebeantwortung fristgerecht einzubringen (vgl. § 398 ZPO.). Andere Folgen: vgl. z. B. § 314 V ZPO. Ein vollstreckbarer Befehl („arktatorische Verfügung“) mit Ungehorsamsfolgen liegt nur kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift vor; vgl. z. B. §§ 198 II, 199 mit 201 I ZPO.

β) Ordnungsstrafen. 1. Wegen Beleidigung des Gerichts, des Gegners, eines Vertreters, Zeugen oder Sachverständigen in Schriftsatz oder 2. Verhandlung (§§ 86 I, 199 I ZPO.); letzterenfalls auch eines eigenen Streitgenossen. 3. Wegen gröberer Ungebühr bei der Verhandlung (§ 199 I ZPO.). 4. Wegen Widersetzung gegen gerichtliche Anordnungen zur Erhaltung der Ordnung und Ruhe (§ 199 II ZPO.). 5. Wegen Nichtbefolgung einer gerichtlichen Ladung im Ehetrennungs- und -ungültigkeitsverfahren (§ 12 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283 mit § 87 GOG.). Das Höchstmaß ist 100 S für jede einzelne Ordnungswidrigkeit, bei Rechtsanwältinnen 200 S; im Fall 4. kann Haft bis zu 3 Tagen, in allen Fällen mangels Zahlungsfähigkeit bis zu 10 Tagen verhängt werden. Geldstrafen fließen in den Armenfond am bekannten inländischen Wohnsitz des Bestraften, sonst am Sitz des strafenden Gerichts (§ 220 ZPO.). Die Strafverfügung erläßt im Fall 1. das Gericht, an das der Schriftsatz amtlich gelangt, in allen Fällen in Senatssachen der Senat, aber auch der helfende Richter (§ 203 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß), bei Rechtsmitteln schon die erste Instanz, bei der es überreicht wird; nicht aber nachträglich, wenn das Rechtsmittelgericht die Bestrafung abgelehnt hat. Im Fall 5.

ist zuerst neuerliche Ladung unter Strafdrohung nötig. Bei fortgesetztem Ausbleiben ist Verdopplung innerhalb des Höchstmaßes möglich.

Der Bestrafte kann in allen Fällen Rekurs erheben. Dieser hat in den Fällen 1. und 5. aufschiebende Wirkung (§ 524 I, S. 2 gegen § 201 I ZPO.). Bei erfolgreichem Rekurs besteht kein Kostenanspruch, da das Gericht außer im Falle des § 51 II ZPO. nie kostenpflichtig ist. Keinen Rekurs hat der Gegner wegen Ablehnung eines Bestrafungsantrags, wegen Herabsetzung des Strafausmaßes oder wegen Strafaufhebung durch das Rekursgericht.

γ) Mutwillenstrafen wegen 1. Erschleichung des Armenrechts (§ 69 I ZPO.); 2. mutwilliger Bestreitung einer Urkundenechtheit (§ 313 ZPO.); 3. mutwilliger oder nur zur Verzögerung angebrachter Revision (§ 512 ZPO.) oder 4. eines solchen Rekurses gegen einen zweitinstanzlichen Beschluß (§ 528 II ZPO.); vgl. auch § 12 III JournG. Der Höchstbetrag ist 600 S (§ 220 I ZPO.). Im übrigen gilt das für Ordnungsstrafen Gesagte. Der Rekurs hat aber immer aufschiebende Wirkung (§ 524 I ZPO.).

δ) Die Parteien sind der Sitzungspolizei unterworfen.

d) Verhältnis der Parteien zueinander.

Sie sind Gegner. Vgl. §§ 8 I, 13, 15 II, 41 I u. a. m. ZPO. In ihrem Kampf sind aber nur die gesetzlichen Mittel erlaubt. Insbesondere hat jede Partei ein Fragerecht gegen die andere (§ 184 ZPO.).

Schutz gegen Mißbrauch wird gewährt:

α) Unnötige Prozeßführung. Sie liegt genau genommen auf einer Seite immer vor, ausgenommen bei Rechtsgestaltungsklagen, deren Erfolg nicht, wie z. B. bei Scheidung, durch außerstreitigen Beschluß ersetzt werden kann; vgl. z. B. die Unehelichkeitsklage nach §§ 158f. abGB. 1. Vorbeugungsmittel. a) Aktorische Kautio; b) Anwaltszwang bereits in erster Instanz; c) vgl. Art. XXXIII EGZPO.; d) richterliche Prüfung der Zulässigkeit der Klage (§§ 41 ff. JN., 230 II, 233 I, 240 ZPO.). 2. Repression. a) Nachträgliche richterliche Prüfung der Zulässigkeit des Verfahrens (§§ 42f. JN., 240 ZPO.); b) Entscheidung zugunsten des Gegners; c) Kostenbelastung; d) Wiederaufnahme nach § 530 I, Z. 6 ZPO. Diese Fälle setzen keinen subjektiven Tatbestand voraus. e) Der offenbar mutwillig Prozeßführende kann, wenn er unterliegt, auf Antrag des Gegners zu einem entsprechenden, nach Ermessen festzusetzenden, Entschädigungsbetrag verurteilt werden (§ 408 ZPO.). Der Mutwillige handelt aus Lust am Handeln, ohne die Rechtswidrigkeit zu bedenken oder wenigstens als hemmend zu empfinden. Im erstern Fall ist Fahrlässigkeit, im zweiten Vorsatz gegeben. Der Antrag muß einen erlittenen Schaden beziffern, der durch Prozeßkostenersatz nicht gedeckt ist, insbesondere auch einen immateriellen, wie beim Schmerzensgeld (vgl. § 408 III mit § 273 ZPO.). Der Antrag muß regelmäßig in erster Instanz gestellt werden (§§ 482, 513 ZPO.). Da durch die Verhandlung darüber die Entscheidung in der Hauptsache nicht aufgehalten werden darf, ist gegebenenfalls Trennung anzuordnen, über die früher spruchreife Sache mit Teilurteil und hernach über die andre mit Endurteil (strittig) zu entscheiden. Die Anfechtung

bestimmt sich nach der anzufechtenden Entscheidung. Der Anspruch auf Entschädigung kann stets auch mit besonderer Klage geltend gemacht werden. Verbindung (§ 187 ZPO.), bzw. Unterbrechung des Verfahrens darüber (§ 190 ZPO.) ist möglich.

β) Unnötigkeit einzelner Prozeßhandlungen. 1. Vorbeugungsmittel. A. Erfordernis der Glaubhaftmachung, widrigens der Antrag ohne Sachprüfung zurückgewiesen wird; vgl. §§ 54, 115, 156 u. a. ZPO. Manchmal besteht das Erfordernis nur auf Verlangen des Gerichts; vgl. z. B. §§ 128 IV, 135 I ZPO. B. Sicherstellungspflicht als Voraussetzung der Prozeßhandlung; vgl. § 38 I ZPO. C. Anwaltszwang für Rechtsmittel. 2. Repression. A. Abweisung des Antrags, insbesondere auf Fragestellung (§§ 184, 186 ZPO.). B. Kostensonderung (vgl. §§ 44, 48 ZPO.). C. In offener Verschleppungsabsicht verspätet Vorgebrachtes kann in gewissen Fällen zurückgewiesen werden (vgl. § 179 I ZPO.). D. Der Antrag nach § 408 ZPO. ist auch in höherer Instanz zulässig, wenn die Ergreifung des Rechtsmittels offenbar mutwillig war. E. Die Bestimmungen der §§ 512, 528 II ZPO. sind daneben anwendbar.

γ) Unwahres Vorbringen. Die Wahrheitspflicht für die Antragsbegründung ist im § 178 ZPO. ausgesprochen, unwahres Vorbringen daher rechtswidrig und bei Verschulden nach bürgerlichem Recht zu Schadenersatz verpflichtend. Der Richter (Vorsitzende) hat die Wahrheit zu ermitteln (§ 182 ZPO.). Vorsätzlich falsche Aussage bei eidlicher Parteivernehmung ist Verbrechen nach § 199 a StG. (vgl. 377 III ZPO.), aber auch ohne Beeidigung unter den gesetzlichen Voraussetzungen Betrug. Vgl. ferner § 69 ZPO.

II. Vertreter im Prozeß.

a) Allgemeines.

Soweit Prozeßhandlungen nicht höchstpersönlich sind — vgl. z. B. § 183 I, Z. 1 ZPO. mit § 12 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283, §§ 205, 273 I, S. 2, 371 ff.; vgl. aber § 373 ZPO. — ist unmittelbare Stellvertretung zulässig. Auch hier gibt es gesetzliche (vgl. §§ 4f. ZPO.) und gewillkürte Vertreter, Bevollmächtigte (Überschrift vor § 26 ZPO.). Ihre Vertretungsmacht erstreckt sich auf den ganzen Prozeß oder auch nur auf einzelne Prozeßhandlungen (vgl. §§ 8, 33 I ZPO.). Der Vertreter handelt selbständig im Gegensatz zum früheren „Beistand“, der mit der Partei zusammen handelte. Ein Überbleibsel desselben finden wir im § 5 HD. v. 23. VIII. 1819 (§ 4 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283: Eltern, Vormünder, Kuratoren der im Eheprozeß prozeßfähigen Pflegebefohlenen werden den Gerichtsverhandlungen zugezogen) und § 18 II GewGG. („Vertreter“ des jugendlichen Arbeitnehmers). Erlaubte Handlungen des Vertreters im Rahmen seiner Vertretungsmacht gelten als vom Vertretenen gesetzt. Unerlaubte können nur mittelbar auf ihn wirken; vgl. § 200 II ZPO.

b) Gesetzliche Vertreter.

α) Arten. 1. Vertreter kraft Gesetzes: Vater mit väterlicher Gewalt; 2. amtliche Vertreter. A. ohne Rücksicht auf den Prozeß

bestellt: Vormund, Pfleger, Masseverwalter, Zwangsverwalter. B. Mit Bezug auf den Prozeß bestellt — ihn nennt § 8 II ZPO. nicht „gesetzlicher Vertreter“: Pfleger nach § 276 abGB., §§ 8ff. ZPO., Armenanwalt, Armenvertreter nach § 64, Z. 4 ZPO. u. a.; vgl. auch § 386 III ZPO. Gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person ist nur die Vollversammlung, nicht aber ein von dieser bestelltes Organ. Dagegen sind die vom Gesetz bestimmten Vertreter des Bundes und anderer öffentlicher juristischer Personen gesetzliche Vertreter.

β) Rechtsstellung. 1. Nach außen. Grundsätzlich sollen die Bestimmungen über Parteien, soweit die ZPO. nicht unterscheidet, auch auf deren gesetzliche Vertreter anzuwenden sein (§ 5 ZPO.); doch gilt das z. B. für §§ 40 f. ZPO. nicht. Besondere Bestimmungen über gesetzliche Vertreter enthalten z. B. §§ 49, 64, Z. 5, 158 — gegen 155ff. — 185 a. E., 373 ZPO. Arg. „kann“ hat § 233 abGB. Außenwirkung; daher kann der Vormund oder (§ 282 abGB.) Pfleger einen Rechtsstreit nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung wirksam vergleichen. Das gleiche gilt von allen wichtigen Klagen, die nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb gehören; so z. B. von Vaterschaftsklagen. Bei erweiterter Vormundschaft entfällt die Notwendigkeit der Bewilligung bei Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltsleistung sowie Abschluß von Vergleichen über die Höhe wiederkehrender Zahlungen des Vaters (§ 2, Z. 1 Ges. v. 13. VII. 1928, B. 194). Zur Prozeßführung als Beklagter braucht der Vormund oder Pfleger keine gerichtliche Genehmigung; ebensowenig zum Antrag auf Beweisführung durch Parteivernehmung in Aktiv- oder Passivprozessen ihrer Vertretenen (Art. XLI EGZPO.). Der Vater bedarf der gerichtlichen Zustimmung zu Klagen namens des unter seiner väterlichen Gewalt Stehenden nicht. Ob die erforderliche Genehmigung des Gerichts vorliegt — nicht aber, ob sie hätte erteilt werden sollen — muß das Gericht ebenso prüfen wie die Vertretereigenschaft überhaupt (§ 37 I ZPO.). Beides ist, sofern es bei Gericht nicht offenkundig ist, bei der ersten Prozeßhandlung urkundlich nachzuweisen (§ 4 ZPO.); sonst ist allenfalls Zulassung im Rahmen des § 38 ZPO. möglich:

Der Richter (Vorsitzende, § 37 I, Z. 1 GOG.) kann nämlich den als Vertreter Auftretenden auch ohne Vollmachtsnachweis zu einzelnen dringlichen Prozeßhandlungen nach Ermessen zulassen; er kann auch vorher eine Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden verlangen. Arg. „Partei“ muß aber der Prozeß bereits begonnen haben. Für die Klageanbringung gilt § 38 ZPO. also nicht. Der Richter muß stets zugleich die Nachbringung der Vollmacht oder wenigstens der Parteigenehmigung befristet anordnen und inzwischen mit der zu erlassenden Entscheidung oder Verfügung innehalten. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist ohne Rücksicht auf das Einschreiten vorzugehen; die durch letzteres verursachten Kosten und Schäden sind dem Gegner vom „Vertreter“ zu ersetzen (Beschuß auf Antrag; nur dieser Beschuß ist abgesondert anfechtbar). Diese Bestimmungen finden nicht nur Anwendung, wenn bloß der Nachweis der Vollmacht fehlt, sondern auch, wenn jemand als vollmachtloser „Geschäftsführer“ auftritt, gleichgültig, ob er die nachträgliche Beibringung

der Vollmacht oder Genehmigung beabsichtigt oder nicht; sie gelten also auch für den Pseudovertreter. Das ergibt trotz der schlechten Fassung „ohne die erfolgte Bevollmächtigung nachweisen zu können“ deutlich die Wendung „oder die Beibringung der Genehmigung der Partei“, da sonst nur die nachträgliche Vorlage der Vollmacht erforderlich wäre, die ohnehin besonders erwähnt ist.

Der gesetzliche Vertreter wird nicht als Zeuge, sondern als Partei vernommen (§ 373 ZPO.).

Die Kosten des mit Rücksicht auf den Prozeß bestellten Vertreters schuldet die Partei, durch deren Prozeßhandlung die Bestellung veranlaßt wurde (§§ 10, 118 II, 119 IV ZPO.; vgl. auch § 40 I ZPO.), unbeschadet ihres allfälligen Kostenersatzanspruchs. Für den Anspruch des Vertreters gegen die vertretene Partei gelten nicht §§ 52 ff. ZPO.; insbesondere bedarf es nicht der Vorlage eines Kostenverzeichnisses. Eine Sondervorschrift enthält § 117 I ZPO.: danach haftet für die Kosten des Zustellungskurators auch der Vertretene; somit hat der Pfleger den Anspruch gegen beide Parteien. Ist jemand gesetzlicher Vertreter des Klägers und des Beklagten, so darf er keinen der beiden vertreten (§ 272 abGB. und Ähnlichkeitsschluß).

2. Nach innen. Aufträge des Vertretenen binden den gesetzlichen Vertreter nicht und machen ihn auch nicht verantwortungsfrei.

3. Mangel der nötigen gesetzlichen Vertretungsmacht oder der erforderlichen Ermächtigung „wirkt“ wie Mangel der Prozeßfähigkeit.

c) Gewillkürte Vertreter.

α) Arten. 1. A. satzungsmäßig von der Vollversammlung einer juristischen Person Bestellte (Organe); B. von einem Organ; C. von einer prozeßfähigen Partei; D. von einem gesetzlichen und E. von einem gewillkürten Vertreter Bestellte.

2. A. Notwendige: bei Prozeß- oder Postulationsunfähigen; B. im Parteiermessens Stehende.

3. A. Beschränkt, B. unbeschränkt auswählbare Vertreter: Jeder Eigenberechtigte (auch eine Frau), der dem Richter nicht als Winkelschreiber bekannt ist (§ 29 ZPO.). Nicht wesentlich ist, daß der Vertreter sich verständlich äußern kann, denn auch andernfalls ist er „Bevollmächtigter“ (vgl. § 185 II ZPO.) und daher im Anwaltsprozeß die Tagsatzung nicht versäumt (§ 185 gegen § 133 III ZPO.). Ein Nichteigenberechtigter kann nicht Prozeßbevollmächtigter sein (§ 29 I ZPO.; anders § 1018 abGB). Erscheint er mit der Partei, so ist diese ohne Bevollmächtigten erschienen, daher gegebenenfalls § 185 I, nie aber § 185 II ZPO. anwendbar: Erscheint nur der Nichteigenberechtigte, so ist die Partei nicht vertreten, die Tagsatzung versäumt (§ 133 II ZPO.).

β) Winkelschreiber. Nach der durch Art. IV, Z. 5 EGZPO. aufrechterhaltenen Verordnung v. 8. VI. 1857, R. 114 ist zu unterscheiden:

1. Winkeladvokat ist, wer unbefugt im Anwaltsprozeß im Namen einer Partei einschreitet oder für sie Eingaben verfaßt. 2. Winkelschreiber ist, wer unbefugt gewerbsmäßig Rechtsurkunden oder ge-

richtliche Eingaben für Parteien verfaßt oder bei Gericht als Bevollmächtigter einschreitet. Entgeltlichkeit oder gewinnsüchtige Absicht ist also erforderlich. Vereinskundliche, die für Vereinsmitglieder einschreiten, sind daher nicht Winkelschreiber, wenn die Mitglieder nur die tatsächlichen Ausgaben ersetzen müssen oder die Funktionäre für diese Tätigkeit keine besondere Entlohnung erhalten. Inkassobesorgung als solche ist nicht Winkelschreiberei. Durch Art. VIII, Abs. 1 d E. G. V. G. v. 21. VII. 1925, B. 273 ist Winkelschreiberei auch die unbefugte gewerbsmäßige Vertretung vor inländischen Verwaltungsbehörden und Verfassung von schriftlichen Anbringen und Urkunden zum Gebrauch bei Behörden überhaupt, Erteilung von Auskünften betreffend solche Vertretungen vor inländischen Verwaltungsbehörden und schriftliches Anbieten zu allen erwähnten Tätigkeiten; vgl. auch § 2 Ges. v. 16. VII. 1925, B. 244. Der Winkelschreiber ist von dem Gericht, bei dem er unmittelbar oder mittelbar einschreitet oder bei dem eine von ihm verfaßte Eingabe oder Rechtsurkunde überreicht wird, sonst von der Verwaltungsbehörde zu bestrafen. Dem Bestraften steht Rekurs zu. Rechtsanwalts- und Notariatskammer sind von der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zu verständigen, haben Akteneinsicht und Antragsrecht sowie Rekurs gegen die Einstellung oder den Freispruch, welche Beschlüsse ihnen zuzustellen sind (Art. IV, Z. 5 EGZPO.). Die Zusage der Entlohnung ist zivilrechtlich gültig. Ebenso die Vertretung des dennoch zugelassenen Winkelschreibers (arg. „dürfen“, § 29 II ZPO.). Da gegen die Nichtzulassung als Vertreter kein abgesondertes Rechtsmittel zusteht, hat der nicht zugelassene selbst überhaupt kein Rechtsmittel. Ein Winkelschreiber darf auch nicht als Organ einer juristischen Person zugelassen werden. Doch kann er gesetzlicher Vertreter im Prozeß sein. Erscheint die Partei selbst mit einem Winkelschreiber, der nicht zugelassen wird, so ist sie nicht „ohne Bevollmächtigten“ erschienen (arg. „dürfen“ § 29 II ZPO.), daher gegebenenfalls § 185 I ZPO. nicht anwendbar. Ebensowenig § 185 II ZPO., wenn nur er selbst erscheint und verhandlungsfähig wäre, da der Tatbestand nicht verwirklicht ist.

γ) Befugt zu gewerbsmäßiger Vertretung sind: 1. Rechtsanwälte, 2. Rechtsanwaltsanwärter im Rahmen der §§ 31 II ZPO., 15 RAO., 3. Rechtsanwaltsgehilfen im Rahmen des § 31 IV ZPO., 4. die Finanzprokurator in ihrem Wirkungskreis, 5. allenfalls für sie eine Verwaltungsbehörde, 6. Patentanwälte im Rahmen ihrer Befugnis, 7. Organe einer juristischen Person für diese selbst. Notare sind, obgleich ihnen § 5 NotO. nur die berufsmäßige Verfassung von Eingaben außer Streit gestattet, nie Winkelschreiber; vgl. §§ 28 I, 30 II, 42 II ZPO.; doch liegt in der gewerbsmäßigen Streitvertretung nach herrschender Lehre eine Ordnungswidrigkeit.

δ) Anwaltszwang. Sein Zweck ist bei verwickelten Rechtssachen Entlastung des Gerichts, das nun den Parteien auch weniger behilflich sein muß, vor allem aber wirtschaftliche Hilfe für die Rechtsanwälte. Die Parteien können ihn nicht mit prozessualer Wirksamkeit vereinbaren.

I. Kraft Gesetzes besteht: A. *Absoluter (unbedingter) Anwalts-*

zwang. 1. Wirkung. Die Partei muß sich vertreten lassen, und zwar durch einen Rechtsanwalt; sie ist insoweit postulationsunfähig. Erscheint sie ohne Anwalt, so ist sie säumig (§ 133 III ZPO.); doch muß die erste Ladung zur mündlichen Verhandlung, die nicht bereits an einen Rechtsanwalt ergeht, die Aufforderung enthalten, rechtzeitig einen solchen als Vertreter zu bestellen; ferner die Rechtsbelehrung über die Folgen der Nichtbestellung (§ 131 II ZPO.), widrigenfalls keine Versäumnisfolgen eintreten (§ 402 I, Z. 1 ZPO.). Fehlt die nötige Unterschrift eines Rechtsanwalts auf einem Schriftsatz, so wird die Verbesserung veranlaßt (§§ 84 f. ZPO.). Bei Klage und Klagebeantwortung ohne erforderliche Vollmachtsurkunde für den Rechtsanwalt hat der Richter (Vorsitzende) der Partei eine unverlängerbare Frist zur Bestellung eines Rechtsanwalts und Vorlegung der Vollmacht zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Verlauf der Schriftsatz zurückgewiesen wird (§ 37 II ZPO.).

2. Fälle: a) Ordentliche Gerichte. Absoluter Anwaltszwang besteht grundsätzlich bei den Gerichtshöfen aller Instanzen ohne Rücksicht auf die Besetzung (Anwaltsprozeß im Gegensatz zum Parteiprozeß) (§ 27 I ZPO.; vgl. auch §§ 463 II, 467, Z. 5, 468 II, 506 I, Z. 4, 507 III, 513, 520 I ZPO.).

Ausnahmen: α) Sachliche (vgl. § 27 II ZPO.): 1. Eheverfahren in erster Instanz. Anwaltszwang besteht aber bei Verbindung mit vermögensrechtlichen Streitigkeiten; 2. Prozeßhandlungen vor dem ersuchten oder 3. beauftragten Richter; Anwaltszwang besteht aber im vorbereitenden Verfahren (§ 248 II ZPO.) vor letzterem, nicht dagegen im Eheverfahren; 4. vor dem Gerichtsvorsteher oder 5. Senatsvorsitzenden; 6. bei der ersten Tagsatzung, obwohl hier der Richter erkennender Richter ist; 7. arg. mai. bei allen Prozeßhandlungen vor dem Einzelrichter, die im Senatsverfahren dem Vorsitzenden oder einem beauftragten Richter zugewiesen sind; 8. in der Geschäftsstelle; 9. bei allen Prozeßhandlungen betreffend das Armenrecht (§ 72 III ZPO.); 10. für Zeugen (§ 324 II ZPO.) und Sachverständige (§ 367 ZPO.) bei Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit der Aussageverweigerung sowie 11. bei Anzeigen und Gesuchen (§§ 348, 367 ZPO.); 12. für den Antrag auf Bestellung eines Schiedsrichters oder Schiedsobmanns nach § 582 I ZPO.; 13. für die Verhandlung und Entscheidung von Bagatell- und Besitzstörungsklagen bei Befangenheitszuständigkeit und 14. von ersteren beim Gerichtshof, der für Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte zuständig ist (Art. XIV, Z. 1 EGJN.); 15. im Fall des § 114 KO.; vgl. auch § 139 ZPO.

Im Rechtsmittelverfahren insbesondere 1. für die Berufungsschrift und 2. -gegenschrift zu gerichtlichem Protokoll (§§ 465 II, 468 II ZPO.); 3. für die Armenberufung nach § 90 GOG.; 4. den Rekurs von Zeugen (§ 348 ZPO.) und 5. Sachverständigen (§ 367 ZPO.) sowie 6. zu Protokoll (§§ 72 III, 520 I ZPO., Art. XXXIII, S. 3 a. E. EGZPO.); 7. für Rechtsmittel und Rechtsmittelverfahren gegen Urteile des Gewerbegerichts (§§ 25 f. GewGG.), sowie 8. des Dornbirner Fachgerichts (§§ 26 f. FachGG.).

β) Persönliche: 1. Rechtsanwälte, Notare sowie bei einem Gericht — auch Sondergericht — angestellte Berufsrichter und Hilfsrichter als

Partei (§ 28 ZPO.) oder als gesetzliche Vertreter (§ 5 ZPO.), solange sie ihre Stellung nicht als Disziplinarstrafe verlieren. Wer auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft freiwillig verzichtet, sein Notariat zurücklegt oder als Richter sonst aus dem Amt scheidet, behält das Privileg, wenn diese Umstände erst während des Prozesses eintreten. Bloße Suspension ist unbeachtlich. Beamte der Finanzprokuratur, auch mit Rechtsanwaltsprüfung, sind nicht befreit; ebensowenig Richteramtsanwärter, Kanzlei-beamte, alle bei der Staatsanwaltschaft Angestellten, Rechtsanwalts-anwärter, Notariatskandidaten, Professoren der Rechts- und Staats-wissenschaften;

2. alle durch die Finanzprokuratur Vertretenen.

b) Sondergerichte. Absoluter Anwaltszwang besteht: α) beim Bundesgerichtshof für Parteianträge im Rahmen des § 24 B. G. G.; β) beim Abrechnungsgerichtshof; der Bund dagegen wird vom BMfFi. vertreten (§ 57 I VorkrSchG., §§ 40 II, 47 I, 52, 64 Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562 mit Vdg. v. 6. XII. 1934, B. II 396).

B. *Relativer (bedingter) Anwaltszwang* (§ 29 I ZPO.): 1. Wirkung. Die Partei muß sich nicht vertreten lassen, sie kann selbst handeln. Läßt sie sich aber vertreten, so muß es durch einen Rechtsanwalt geschehen. Doch ist dann (arg. § 27 I gegen § 29 I ZPO.) kein Anwaltsprozeß gegeben. Daher sind §§ 37 II, 131 II ZPO. nicht anwendbar. Kommt nur ein Bevollmächtigter, der nicht Rechtsanwalt ist, und läßt ihn der Richter pflichtgemäß nicht zu, so ist die Partei nicht vertreten. Der gegen § 29 I ZPO. Zugelassene ist aber Bevollmächtigter (arg. „sind . . . nur . . . zuzulassen“).

2. Fälle: a) Ordentliche Gerichte: In Streitsachen ohne absoluten Anwaltszwang über 2000 S an Orten, wo wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Sitz haben. Es muß sich also um Zusammenhangs-, Art- oder vereinbarte Zuständigkeit des Bezirksgerichts oder um — persönliche oder sachliche — Ausnahmen vom absoluten Anwaltszwang handeln. Die beiden Rechtsanwälte müssen am Sitz des Gerichts, nicht bloß in dessen Sprengel ihren Sitz haben, da der Partei die Entfernungskosten nicht zuzumuten sind. Die Rechtsanwälte müssen als solche tätig sein: wer auf die Ausübung verzichtet hat, suspendiert oder flüchtig ist, wird nicht mitgezählt. Ausnahmen auch vom relativen Anwaltszwang bilden die Fälle der §§ 72 III, 324 II, 348, 367, 582 ZPO., Art. XIV, Z. 1 EGJN. und das erstinstanzliche Eheverfahren (strittig), wie überhaupt alle Fälle ohne Streitbewertung. Das ergibt deutlich § 29 I, S. 2 ZPO. e contr. „In Streitsachen über 2000 S“.

b) Von Sondergerichten ist nur beim Bundesgerichtshof für Private relativer Anwaltszwang gegeben, soweit kein absoluter besteht (§ 23 I B. G. G.).

II. *Angeordneter Anwaltszwang*: Ist eine ohne Bevollmächtigten zur mündlichen Verhandlung erschienene Partei verhandlungsunfähig, so ist die Tagsatzung erstmalig auf kurze Zeit zu erstrecken (Vorsitzender) und die Partei anzuweisen, bei sonstiger Versäumnis bei der neuerlichen Tagsatzung unter Vertretung eines geeigneten Bevollmächtigten, erforder-

lichenfalls eines Rechtsanwalts, zu erscheinen (§ 185 I ZPO.). Das gleiche gilt, wenn der ohne die Partei erschienene Bevollmächtigte oder der Bevollmächtigte im Anwaltsprozeß überhaupt verhandlungsunfähig ist (§ 185 II ZPO.). Die Worte „erforderlichenfalls eines Rechtsanwalts“ beziehen sich nicht auf den gesetzlichen Anwaltszwang, denn dieser wäre bereits durch die Worte „geeigneten Bevollmächtigten“ gedeckt; sie beziehen sich also auf Fälle, wo nach Meinung des Richters die Partei sonst keinen geeigneten Bevollmächtigten bestellen würde.

e) Die Rechtsanwaltschaft (Rechtsanwaltsordnung — RAO. — v. 6. VII. 1868, R. 96; Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter v. 1. IV. 1872, R. 40, beide mit Novellen; Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305 betreffend den Rechtsanwaltsstarif (RATar.) mit der mehrfach novellierten Vdg. v. 9. IV. 1924, B. 121).

1. Voraussetzungen: a) Österreichische Bundesbürgerschaft; b) Eigenberechtigung; das Geschlecht ist gleichgültig; c) Zurücklegung des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaften; d) Doktorat der Rechts- und Staatswissenschaften; e) 7 Jahre Praxis als Rechtsanwaltsanwärter, davon wenigstens ein Jahr, höchstens vier Jahre bei Gericht, der Rest, und zwar wenigstens drei Jahre nach dem Doktorat, bei einem Rechtsanwalt oder der Finanzprokurator; f) Rechtsanwaltsprüfung nach dem Doktorat und vierjähriger Praxis; g) Gelöbnis; h) durch keine Handlung getrübtet Vertrauenswürdigkeit; i) Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte durch die Rechtsanwaltskammer. Die Erfordernisse d) bis f) werden durch fünfjährige Verwendung als stimmführender Rat bei einem inländischen Gerichtshof ersetzt, wenn nicht Entlassung oder unfreiwillige Versetzung in den Ruhestand durch Disziplinarerkenntnis erfolgt. Im Sprengel der letzten Verwendung ist aber die Eintragung erst fünf Jahre nach Enthebung vom richterlichen Dienst zu bewilligen und auch erst dann Übersiedlung dahin zulässig. Rechtsanwalt kann nicht sein, wer a) Notar oder b) besoldeter Bundesangestellter ist — Lehrer ausgenommen — oder c) eine standeswidrige Beschäftigung hat.

2. Organisation. a) Die Rechtsanwaltskammer ist die Gesamtheit aller Rechtsanwälte eines Sprengels. Die bestehenden Sprengel können vom BMfJ. im Einvernehmen mit der betreffenden Kammer geändert werden. Die Kammer ist juristische Person.

b) Der Ausschuß ist ihr Organ. Seine Mitglieder werden aus den Kammermitgliedern in der Vollversammlung gewählt. Der BMfJ. bestimmt derzeit, wann die Mandate erlöschen, und kann auch den Ausschuß auflösen. In diesen Fällen, sowie wenn der Ausschuß beschlußunfähig wird, kann der BMfJ. „die Mandate aus den Kreisen der Standesangehörigen neu besetzen oder einen behördlichen Kommissär mit der Fortführung der Geschäfte betrauen und ihm einen Beirat aus den Kreisen der Standesangehörigen an die Seite stellen“ (§ 3 Vdg. v. 31. III. 1934, B. I 196, i. d. F. des Ges. v. 13. VII. 1935, B. 300).

Der Ausschuß hat vor allem die Liste der Anwälte und Anwärter zu führen. Die Eintragung ist bei Vorliegen der Voraussetzungen Pflicht

und nicht Ermessen. Gegen die Verweigerung der Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte steht, ebenso wie gegen die Löschung, Berufung an die Kammer zu. Ihre Geschäftsordnung kann einen von der Vollversammlung auf drei Jahre gewählten Berufungssenat bestimmen. Die Verhandlung ist mündlich und nur für Rechtsanwälte zugänglich. Die weitere Berufung geht an den OGH. Hier entscheidet der Disziplinarsenat für Rechtsanwälte. Bei der Liste der Anwärter tritt als zweite Instanz an Stelle der Kammer das OLG. Dem Ausschuß obliegt ferner die Bestellung eines einstweiligen Vertreters (Aushilfsvertreter), wenn ein Rechtsanwalt stirbt, die Eigenberechtigung verliert, dauernd erkrankt oder abwesend ist, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder ihm die Ausübung eingestellt wird; ferner wenn er Bundeskanzler, Minister oder Staatssekretär wird und in allen diesen Fällen, ausgenommen die Einstellung nach Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135, der Rechtsanwalt nicht selbst einen Vertreter bestellt. Der Aushilfsvertreter braucht aber Vollmacht der Partei, um sie in einem bestimmten Fall vertreten zu können. Der Ausschuß bestellt den Armenanwalt und den Anwalt eines Zahlungsfähigen, dessen Vertretung kein Anwalt übernehmen will (Notvertreter). Letzterenfalls besteht Übernahmepflicht gegen Sicherstellung der Vertretungsgebühren. Auch die gütliche Beilegung eines Honorarstreits ist Sache des Ausschusses usw.

3. Disziplinarrecht. Die Aufsicht über die Anwälte und Anwärter hat der Kammerausschuß, die Oberaufsicht der BMfJ. Für jeden Kammerstempel wird am Sitze der Kammer von der Vollversammlung ein Disziplinarrat auf drei Jahre gewählt, dessen Mitgliederzahl von der Zahl der Kammermitglieder abhängt. Daneben fungiert ein Kammeranwalt mit ein bis vier Stellvertretern.

Disziplinarfälle sind: α) Verletzung der Berufspflichten; β) standeswidriges Benehmen; γ) Erschleichung der Eintragung in die Liste; δ) Ausübung der Rechtsanwaltschaft trotz Suspendierung. Strafen: Schriftlicher Verweis, Geldbuße bis 5000 S, Suspension bis zu einem Jahr — bei Anwärtern Verlängerung der Praxis bis zu einem Jahr oder Verlust der Substitutionsberechtigung auf bestimmte Zeit — endlich Streichung von der Liste, insbesondere in den Fällen γ) und δ). Das Verfahren ist mündlich, aber nicht öffentlich. Nach Zulassung des Raumes kann der Beschuldigte österreichische Anwälte oder Anwärter als Vertrauenspersonen beiziehen. Die Berufung hat der Bestrafte, außer bei Verweis; zu seinem Nachteil der Kammeranwalt und bei Verletzung der Berufspflichten auch der Oberstaatsanwalt. Über sie entscheidet der OGH.

Rechtsanwälten, die nach einer im § 1 II Vdg. v. 26. I. 1934, B. I 52 angeführten Vdg. oder nach Vdg. v. 12. II. 1934, B. I 78 rechtskräftig abgestraft wurden, kann das BMfJ. innerhalb zweier Monate die Berufsausübung einstellen (§§ 1 und 4 Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135, deren Geltungsdauer zuletzt mit BVG. v. 14. XII. 1935, B. 473 verlängert wurde).

4. Rechtsstellung des Anwalts. Er ist der berufsmäßige Parteiberater und -vertreter vor allen österreichischen Behörden in öffentlichen und

privaten Angelegenheiten. Er ist Privatmann, nicht Beamter; doch kann er Mißbrauch der Amtsgewalt (§ 102 d. StG.) begehen; vgl. auch § 30 II ZPO. Er ist freizügig, nicht nur weil er vor jeder Behörde als Vertreter auftreten kann, sondern auch, weil er seinen Sitz im ganzen Bundesgebiet verlegen kann. Er muß das nur drei Monate früher dem Kammerausschuß, bei Übersiedlung in den Sprengel eines andern auch diesem anzeigen. Er braucht keine Urlaubsbewilligung. Er kann grundsätzlich eine Vertretung ohne Angabe von Gründen ablehnen. Ausnahmen: Armenanwalt (vgl. aber Art. XXXIII EGZPO.) und Notvertreter. Er muß ablehnen, α) wenn er in derselben oder einer zusammenhängenden Sache selbst Gegner (arg. min. § 10 RAO.) oder Vertreter des Gegners ist (Doppelvertretung) oder war; β) Richter oder γ) Staatsanwalt war (§ 10 RAO.). Darf er ja nicht einmal beiden Parteien in derselben Sache einen Rat erteilen. Rechtsanwälte haben bei nichtöffentlichen Verhandlungen das gleiche Zutrittsrecht wie Richter (§ 174 II ZPO.); Verhandlungen des Berufungssenates der Kammer sind nur ihnen zugänglich. Sie haben ein Zeugnisweigerungsrecht bezüglich des ihnen in ihrer Eigenschaft von der Partei (auch in einem andern Prozeß) Anvertrauten (§ 321 I, Z. 4 ZPO.) und sind persönlich vom Anwaltszwang ausgenommen (§ 28 ZPO.); Prozeßkosten können sie vom Gegner auch in eigener Sache nach dem RAtar. ersetzt verlangen (§ 4 II Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305). Sie können (arg. § 434 ZPO.) prozessuale Erklärungen weder im eigenen noch in fremdem Namen statt eines Schriftsatzes zu Protokoll geben; vgl. ferner §§ 30, 42 II, 83, 101, 112f. ZPO. usw.

5. Parteivertretung des Rechtsanwalts. I. Entstehung. 1. Durch Vollmacht. Sie ist grundsätzlich nach bürgerlichem Recht zu beurteilen, bedarf daher insbesondere keiner Annahmeerklärung und ist jederzeit widerruflich und kündbar (§ 36 ZPO.). Sie kann formlos erteilt werden, soweit nicht nach bürgerlichem Recht, wie z. B. für einen Blinden (Notariatsakt), eine Ausnahme besteht; nur der Nachweis muß urkundlich erfolgen, soweit nicht protokollarisches Anbringen genügt (§ 30 ZPO.). Maßgebender „Dritter“ ist das Gericht, demgegenüber die Vollmacht daher empfangsbedürftig ist.

Einem Rechtsanwalt kann nur Prozeßvollmacht erteilt werden (§ 31 I mit § 158 I und e contr. § 33 I ZPO.), nicht bloß Vollmacht für einzelne bestimmte Prozeßhandlungen (Einzelvollmacht). Diese wäre, einem Rechtsanwalt erteilt, unwirksam. Die Prozeßvollmacht kann mit einer Vollmacht nach § 1008 abGB. verbunden werden. Sie kann nicht nur für den einzelnen Prozeß, sondern auch für alle von der Partei zu führenden Prozesse (Generalvollmacht) oder für eine bestimmte Gruppe erteilt werden.

Der Inhalt der Prozeßvollmacht ist gesetzlich umschrieben (§ 33 II ZPO.). Sie berechtigt (§ 31 I ZPO.):

α) zur Prozeßeinleitung und allen Prozeßhandlungen einschließlich der durch Widerklage, Wiederaufnahmsklage, Antrag auf einstweilige Verfügung oder durch Hauptintervention veranlaßten. Auf die Nichtigkeitsklage und die durch sie veranlaßten Prozeßhandlungen

erstreckt sich die Vollmacht für den einzelnen Prozeß im Zweifel nicht, da es sich um einen neuen Prozeß handelt und arg. contr. § 31 I, Z. 1 ZPO.

β) Zu prozessualen Anspruchsverfügungen (Vergleich, Anerkenntnis, Verzicht).

γ) Zur Einleitung der Exekution und des Sicherungsverfahrens gegen den Prozeßgegner — nicht gegen Dritte, z. B. nach § 49 ZPO. — und zur Vertretung der Partei als betreibenden Gläubigers; nicht als Verpflichteten und überhaupt nicht in den mit der Exekution zusammenhängenden Prozessen.

δ) Zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten, nicht aber des Streitgegenstands.

e) Zur Vollmachtweitergabe (Substitution). 1. Für den ganzen Prozeß oder für den Rest des Prozesses kann der Rechtsanwalt im Verhinderungsfall einen andern Rechtsanwalt „unter gesetzlicher Haftung“ substituieren. Diese Bestimmung des § 14 RAO. ist durch § 31 II ZPO., der nur von der Weitergabe für einzelne Akte oder Abschnitte des Verfahrens spricht, nicht aufgehoben, weil dieser keine Verhinderung voraussetzt, also beide Tatbestände einander nicht ausschließen. Die volle Weitergabe ist ferner immer mit Zustimmung des Vertretenen zulässig. Ersterenfalls ist der Ersatzmann durch das Gesetz, letzterenfalls durch die Zustimmungserklärung der Partei bevollmächtigt, also ihr unmittelbarer Vertreter geworden.

2. Für einzelne Akte oder Abschnitte des Verfahrens (§ 31 II und IV ZPO.), z. B. für das Rechtsmittelverfahren, kann der Rechtsanwalt auch ohne Verhinderung nach Ermessen die Vollmacht übertragen:

A. an einen andern Rechtsanwalt;

B. an einen bei ihm in Verwendung stehenden substitutionsberechtigten Anwärter; das ist ein Anwärter, der die Rechtsanwaltsprüfung mit Erfolg abgelegt hat und weder mit Praxisverlängerung noch mit Verlust des Substitutionsrechts bestraft ist. Die Prüfung kann auf Ansuchen eines Rechtsanwalts einem bei ihm in Verwendung stehenden Anwärter aus rücksichtswürdigen Gründen vom Kammerausschuß mit Zustimmung des OLG. erlassen werden, wenn er das inländische Doktorat der Rechts- und Staatswissenschaften und wenigstens ein Jahr zivil- und strafgerichtliche sowie zwei Jahre Praxis bei einem Rechtsanwalt oder bei der Finanzprokurator hat. Der Erlaß wirkt nur für die Dauer der Verwendung beim ansuchenden Rechtsanwalt. Seine Verweigerung ist unanfechtbar.

C. An einen bei ihm in Verwendung stehenden nicht substitutionsberechtigten Anwärter, aber nur für Verhandlungen ohne Anwaltszwang (§ 15 RAO.).

D. Für die erste Tagsatzung im technischen Sinn an einen seiner Rechtsanwaltsgehilfen, d. h. einen Kanzleiangestellten, der nicht Anwärter ist. Doch muß ihm der Kammerausschuß auf Antrag des Dienstgebers durch Ausfertigung einer Beglaubigungsurkunde die — jederzeit widerrufliche — Vertretungsbefugnis gewährt haben. Die Anstellung

muß nicht entgeltlich, wohl aber dauernd sein. Eigenberechtigung ist arg. min. § 29 I ZPO. nötig (strittig). Muß bei der Tagsatzung eine Erörterung oder Verhandlung nach § 239 III ZPO. erfolgen, so kann der Richter die erste Tagsatzung nach Ermessen auf Kosten des Dienstgebers des Rechtsanwaltsgehilfen erstrecken.

E. Für Prozeßhandlungen ohne Anwaltszwang — nicht aber für ganze Verhandlungen (arg. contr. § 31 II ZPO. „Verhandlungen“) — an einen beliebigen Eigenberechtigten, der nicht Winkelschreiber ist.

Die besonderen Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts für Substitution (Notfall oder besondere Gestattung des Auftraggebers) sind in allen diesen Fällen nicht erforderlich und andererseits ist der Substitut hier Bevollmächtigter der Partei, ohne daß diese eine besondere Vollmacht zu erteilen braucht. Die Zuziehung von Gehilfen bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.

Die Prozeßvollmacht berechtigt nicht zum Abschluß von Schiedsverträgen und überhaupt Rechtsgeschäften sowie zur Vertretung außer Streit. Sie ist im Gegensatz zur internen Ermächtigung grundsätzlich unbeschränkbar (Formalvollmacht), ausgenommen bezüglich der prozessualen Anspruchsverfügungen und der Vertretung im Exekutions- und Sicherungsverfahren; doch wirken solche Beschränkungen dem Gegner gegenüber nur, wenn er besonders verständigt wird (§ 32 ZPO.). Unwirksam wäre z. B. Beschränkung auf eine Instanz, Bedingung, Befristung, Kollektivvollmacht.

2. Durch Bestellung als Armenanwalt, der, wie erwähnt, gesetzlicher Vertreter ist.

II. Verhältnis des bestellten Rechtsanwalts zum Gericht. a) Legitimation (§ 30 ZPO.). Die Bevollmächtigung ist bei der ersten Prozeßhandlung durch eine Urschrift oder beglaubigte Abschrift nachzuweisen. Diese kann bei Gericht zurückbehalten werden, ist aber nach Prozeßende oder Aufhören der Vollmacht der Partei auf Verlangen zurückzugeben (§ 219 III ZPO.). Verweis auf eine beim Gericht (Anstalt!) erliegende Generalvollmacht genügt, nicht dagegen Zeugen oder ein Telegramm. Liegt eine private Urkunde vor, gegen deren Echtheit Bedenken entstehen, die sich nicht auf kurzem Wege durch Parteibefragung (§ 57 GeO.) beseitigen lassen, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen, auch wenn der Gegner die Echtheit anerkennt (§ 30 II gegen § 312 ZPO.), die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift anordnen (kein Rekurs), außer der einschreitende Rechtsanwalt ist dem Gericht bekannt und bestätigt mit Berufung auf sein Gelöbniß die Echtheit der Unterschrift (§ 30 II ZPO.), woraus auf die Echtheit der Erklärung geschlossen wird (§ 294 ZPO.). Erscheint vor dem Bezirksgericht die Partei bei einer Tagsatzung mit dem Bevollmächtigten persönlich, so genügt eine protokollarische Erklärung über die Bevollmächtigung. Aber auch § 38 ZPO. gilt für den Anwalt.

b) Prozeßhandlungen des Vertreters gelten als solche der Partei; daher keine Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung. Bei Tagsatzungen im Anwaltsprozeß — nicht in Schriftsätzen (arg. „mit-

erschienenen“) — kann aber die Partei tatsächliche Erklärungen des Vertreters wirksam widerrufen oder berichtigen (§ 34 ZPO.). In Parteiprozessen gilt, wenn Partei und Vertreter verschiedene Willenserklärungen abgeben, bei widerrufenen die spätere, sonst die frühere, wie wenn die Partei selbst beide Erklärungen abgegeben hätte. Auch verschiedene Wissenserklärungen sind so zu betrachten, wie wenn sie von einer Partei herrührten (vgl. § 266 II ZPO.).

Im übrigen sollen, soweit die ZPO. nicht unterscheidet, ihre Bestimmungen über die Partei auch auf Bevollmächtigte anwendbar sein (§ 39 ZPO.). Aber auch §§ 40f., 371ff. ZPO. unterscheiden nicht und sind doch auf Bevollmächtigte nicht anwendbar, während §§ 86, 512, 528 II ZPO. äußerlich unterscheiden, aber das gleiche anordnen. Wirkliche Besonderheiten für Rechtsanwälte gegenüber der Partei finden wir z. B. in den §§ 42, 83, 112f, 179, 185 II, 200 gegen 198f., 220 ZPO.

c) Unterordnung unter das Gericht. 1. Befehle im Gegensatz zu unmaßgeblichen Aufträgen verpflichten den Rechtsanwalt; vgl. §§ 83 II, 200 II ZPO. 2. Strafen. A. Ordnungsstrafen. α) Wegen Beleidigungen im Schriftsatz wie bei der Partei (§ 86 II ZPO.); β) wegen Vorbringens in Verschleppungsabsicht, wenn der Prozeß erheblich verzögert wird, bei grobem Verschulden (§ 179 II ZPO.); γ) wegen Störung der Verhandlung, δ) größerer Ungebühr oder ϵ) Beleidigung dabei wie bei der Partei (§ 200 I ZPO.). Das Höchstmaß der Ordnungsstrafe ist 200 S; Umwandlung in Haft findet nur statt, wenn der Rechtsanwalt nicht als Vertreter auftritt (§ 220 ZPO.). Im übrigen gilt diesbezüglich das gleiche wie für die Partei. B. Verweis. Er ist statt der Geldstrafe in den Fällen A. γ) bis ϵ) möglich (§ 200 I ZPO.). C. Bei fortgesetztem ungehörigen Benehmen und bei Widersetzlichkeit kann der Richter (Senat) dem Rechtsanwalt dauernd das Wort entziehen und die Partei, wenn sie postulationsunfähig ist, auffordern, einen andern geeigneten Vertreter zu bestellen. Kann die Bestellung nicht sogleich erfolgen, so ist die Tagsatzung auf Kosten des Vertreters zu erstrecken. Bei erschwerenden Umständen kann der Richter (Senat) die Anzeige an die Disziplinarbehörde erstatten (§ 200 II, III ZPO.). D. Bezüglich der Mutwillensstrafen gilt das von der Partei Gesagte, nur findet keine Umwandlung in Haft statt (§§ 39, 220 III ZPO.). 3. Die Wahrheitspflicht trifft den Anwalt wie die Partei. 4. Er kann alles, was er für nötig erachtet, vorbringen, soweit es nicht seiner Vollmacht, seinem Gewissen und den Gesetzen widerspricht (§ 9 I RAO.). Er genießt also keine Immunität.

III. Verhältnis zur vertretenen Partei. 1. Maßgebend ist der erteilte Auftrag. 2. Der Anwalt muß die Rechte der Partei gegen jedermann vertreten (Treuepflicht). 3. Verschwiegenheitspflicht (§ 9 RAO., § 321 Z. 4 ZPO.). 4. Entgelt: Mit Ausnahme des Vertreters der armen Partei besteht freie Vereinbarung und ist die Vertretung im Zweifel entgeltlich (§§ 16ff. RAO.). Vereinbarungen unter dem RAtAr. werden für standeswidrig angesehen. Der RAtAr. gilt für Leistungen, die eine Durchschnittsbewertung zulassen. Unentgeltlichkeit kann vereinbart werden, befreit aber im Zweifel die Partei nicht von Ansprüchen des Rechts-

anwalts aus besonderen Umständen (§ 2 II RAr.). Auch Pauschalentgelt oder — insbesondere bei Generalvollmacht — fester Gehalt ist möglich. Ungültig ist die Vereinbarung: a) eines Anteils am Prozeßerfolg; b) des ganzen oder c) teilweisen Anschließens der Streitsache (§ 879 abGB., § 16 RAO.); wohl aber kann der Anwalt von den für die Partei eingegangenen Barschaften den ihm noch geschuldeten Betrag gegen Verrechnung abziehen (§ 19 I RAO.). Mangels Vereinbarung ist Auslagenersatz und Tätigkeitsentgelt zu unterscheiden, und zwar des Rechtsanwalts selbst und seiner Kanzlei.

Bei Streit über die Forderung des Anwalts haben beide Teile das Recht, den Kammerausschuß um gütliche Beilegung anzugehen. Der Anwalt kann bis zur Höhe der bestrittenen Forderung bei ihm eingegangene Barschaften der Partei gerichtlich erlegen, wodurch er ein Pfandrecht daran erlangt (§ 19 RAO.). Er hat auch ein Pfandrecht an der der Partei zugesprochenen oder vergleichsweise zugesagten Kostenforderung, und zwar nicht nur für seine, sondern auch für seiner Vorgänger Forderungen aus dem Prozeß. Den vom Kostenschuldner eingehenden Betrag hat er mit den Vorgängern im Forderungsverhältnis zu teilen. Von mehreren gleichzeitigen Anwälten hat das Pfandrecht der zuerst Genannte. Der Kostenschuldner kann jederzeit an den Pfandgläubiger und, bevor dieser die Bezahlung fordert, auch an die Partei wirksam zahlen (§ 19a RAO.).

IV. Verhältnis zum Prozeßgegner. Soweit der Anwalt für die Partei handelt, gilt das für diese Gesagte.

V. Ende der Vertretungsmacht. Die Vollmacht endigt grundsätzlich nach bürgerlichem Recht; aber nicht durch den Tod des Gewaltgebers; auch Veränderung seiner Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung ist einflußlos. Der Rechtsnachfolger oder der neue gesetzliche Vertreter kann die Prozeßvollmacht jederzeit widerrufen (§ 35 ZPO.). Lehre und Rechtsprechung schränken § 35 ZPO. auf den Fall ein, daß der Prozeß bereits begonnen habe; die Prozeßvollmacht erlösche also, wenn die erwähnten Umstände noch vor Klageerhebung eintreten. Zu Unrecht; denn dann wäre § 35 I neben §§ 155 I, 158 I ZPO. unnötig. Analoge Anwendung ergibt sich für das Erlöschen einer juristischen Person und Fortdauer des Prozesses für die „Liquidierungsmasse“, die eine neue juristische Person ist. Tod des Anwalts oder Verlust seiner Prozeßfähigkeit bewirkt Unterbrechung (§ 158 I ZPO.).

Die Endigung durch Widerruf oder Kündigung wirkt dem Gegner gegenüber erst, wenn ihm die Partei das Erlöschen — im Anwaltsprozeß die Bestellung eines andern Anwalts — durch Schriftsatz — beim Bezirksgericht auch durch protokollarisches Anbringen (§ 434 ZPO.) — anzeigt. Sonstige Kenntnis des Gegners reicht im Gegensatz zu § 1026 abGB. nicht aus. Die Zustellung verfügt das Gericht (Vorsitzender, § 25 ZPO.), aber nur an den Gegner, nicht an den Bevollmächtigten selbst (§ 36 I ZPO.). Nach Kündigung durch ihn oder die Partei — nicht auch nach Widerruf der letzteren — muß der Anwalt noch

14 Tage alles tun, was Rechtsnachteile der Partei verhindert (§ 36 II ZPO., § 11 RAO.). Bei jeder Endigung der Vertretung hat er alle der Partei gehörigen Urkunden und Akten auf Verlangen in Urschrift auszufolgen, kann aber die zur Feststellung noch unberichtigter Vertretungskosten nötigen Abschriften auf Parteikosten anfertigen und zurückbehalten. Von Entwürfen, Briefen der Partei an ihn und anderen Handakten sowie Belegen über von ihm geleistete und noch nicht ersetzte Zahlungen hat er der Partei auf ihre Kosten Abschriften auszufertigen. Diese Pflicht erlischt fünf Jahre nach Vertretungsende (§ 12 RAO.). Sein Vollmachtsexemplar braucht er nicht zurückzustellen, doch kann die Partei darauf den Widerruf ersichtlich machen (§ 13 RAO.).

6. Erlöschen der Rechtsanwaltschaft (§ 34 RAO., Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135). Gründe: α) Tod; β) Verlust der österreichischen Bundesbürgerschaft; γ) der Eigenberechtigung, bis zur Wiedererlangung; δ) rechtskräftige Eröffnung des Konkurses, bis zur rechtskräftigen Aufhebung; ε) unvereinbare Beschäftigung, solange sie dauert; ζ) strafgerichtliche Verurteilung nach Maßgabe des StG.; η) Verzicht, aber nicht während des Disziplinarverfahrens; Wiedererlangung ist möglich; ϑ) Einstellung durch den Kammerausschuß: 1. von Eröffnung des Konkurses bis zu ihrer Rechtskraft; 2. wegen Eröffnung des Ausgleichsverfahrens oder 3. Einleitung des Entmündigungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Beendigung; ι) Einstellung im Disziplinarverfahren.

ζ) Die Finanzprokurator (Art. IV, Z. 1 EGZPO.; Vdg. v. 9. III. 1898, R. 41; 14. VI. 1923, B. 308; Art. XXXII EGZPO.) in Wien (derzeit die einzige) ist eine Verwaltungsbehörde. Sie vertritt den Bund, die staatlich verwalteten oder dotierten Fonds, das Kirchenvermögen und sonst durch Gesetz oder Verordnung bestimmte juristische Personen; ferner von physischen den nach dem SyndGes. Belangten auf Ansuchen und mit Vollmacht (§ 9 l. c.); andere Personen dagegen auch nicht, wenn Vollmacht erteilt würde, da eine private Vollmacht ohne besondere Rechtsvorschrift nie behördliche Zuständigkeit bewirken kann. Sie vertritt daher insbesondere nicht Länder — ausgenommen beim BuGH. (§ 23 B.G.G.) — und Gemeinden. Dagegen kann jede Bundesbehörde sie im Zweifel um gerichtliche Vertretung des Bundes angehen. Im übrigen braucht sie keine besondere Vollmacht; Kündigung oder Widerruf wäre unwirksam. Intern ist sie an die Weisungen des BMfFi. und der „vertretenen“ Behörde gebunden. Der Inhalt der Vertretungsmacht nach außen ist der gleiche wie beim Rechtsanwalt. Substitution erfolgt nicht nach § 31 II bis IV ZPO., sondern die Finanzprokurator kann außerhalb ihres Amtssitzes eine Verwaltungsbehörde und mangels einer geeigneten solchen einen Rechtsanwalt substituieren. Wäre sie zuständige Vertreterin beider Parteien, so darf sie keine vertreten. Die juristische Person, deren berufener Vertreter die Finanzprokurator ist, darf regelmäßig keinen anderen Vertreter bestellen. Ausnahme z. B. § 7 Ges. v. 19. VII. 1923, B. 407 betreffend die österreichischen Bundesbahnen. Mit der Vertretung durch die Finanzprokurator wird auch dem Anwaltszwang Genüge geleistet; überhaupt

gelten die Bestimmungen der ZPO. über Rechtsanwälte auch für die Finanzprokuratur; vgl. auch § 42 II ZPO.

η) Sonstige Auswahlbeschränkungen. I. Bundesgerichtshof: Während für Private Anwaltszwang gilt, werden die öffentlichen Körperschaften durch ihre zuständigen Organe vertreten; Bund, Länder und von deren Organen verwaltete Stiftungen, Fonds und Anstalten auch durch die Finanzprokuratur; Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände auch durch die zuständigen Ministerien. Diese und die Finanzprokuratur dürfen aber die Vertretung anderer Personen als des Bundes nur übernehmen, wenn weder eine Bundesbehörde noch der Bund selbst beteiligt ist und bei Vertretung von Behörden der zuständige Minister, sonst der BMFFi., zustimmt (§ 23 B.G.G.).

II. Patentgerichtshof (§§ 43, 43a PatG.). Vertretungsbefugt sind: a) Rechtsanwälte, b) die Finanzprokuratur, c) Patentanwälte. Voraussetzungen für letztere: 1. österreichische Bundesbürgerschaft; 2. Großjährigkeit; 3. inländischer Wohnsitz; 4. keine Vorstrafe wegen gewinnsüchtigen Deliktes; 5. Absolvierung einer technischen oder montanistischen Hochschule, der Hochschule für Bodenkultur oder einer philosophischen Fakultät mit allen Staatsprüfungen, bzw. einem Diplom; 6. nachherige fünfjährige Praxis bei einem Patentanwalt, auf die gewisse Verwendungen angerechnet werden; 7. Prüfung vor dem Patentamt. Praxis und Prüfung werden durch 20jährige Verwendung als fachtechnischer Beamter des Patentamtes, davon wenigstens 15 Jahre als fachtechnisches Mitglied desselben, ersetzt; 8. Patentanwalt kann nicht ein Mitglied des Patentamtes oder des Patentgerichtshofs sein; 9. Bestellung durch den Präsidenten des Patentamtes nach Anhörung der Gewerbebehörde; 10. Eintragung ins Patentanwaltsregister, die im Patentblatt kundzumachen ist. Gegen die Verweigerung steht binnen einem Monat Beschwerde beim BMfHuV. zu. Disziplinarbehörde ist das Patentamt. Der Patentanwalt ist auch in Angelegenheiten des Erfindungsschutzes nach dem Patentgesetz vertretungsbefugt (§ 1, Z. 1 Ges. v. 16. VII. 1925, B. 244). Einstellung der Befugnisausübung ist durch das BMfHuV. aus den gleichen Gründen wie bei Rechtsanwälten möglich (Ges. v. 17. VIII. 1934, B. II 209, dessen Geltungsdauer zuletzt mit BVG. v. 14. XII. 1935, B. 473 verlängert wurde).

III. Gewerbegericht (§ 18 GewGG.), IV. Fachgericht Dornbirn (§ 18 FachGG.) und V. Einigungsamt (§ 10 EAG.). Vertretungsbefugt sind: α) Angehörige. Da der Begriff in keinem dieser erwähnten Gesetze definiert wird, aber § 17 der beiden erstgenannten die Vorschriften der ZPO. über das Bagatellverfahren subsidiär gelten läßt (vgl. auch § 10 EAG.), ist § 321, Z. 1 mit § 322 ZPO. („Angehörigen“) anzuwenden. β) Geschäftsführer. γ) Angestellte. δ) Berufsgenossen. ε) Bevollmächtigte der Berufsvereinigung. ζ) Bei einem Streitwert über 50 S auch Rechtsanwälte.

VI. Vor dem Börsenschiedsgericht sind als Vertreter zuzulassen: Börsemitglieder, Börsebesucher, andere Personen aus der von der Kammer für Handel, Gewerbe und Industrie anzulegenden Schieds-

richterliste für Börsefremde (Art. XVI EGZPO. mit Vdgn. v. 11. II. 1896, R. 28 und v. 31. III. 1910, R. 71), Rechtsanwälte, die Finanzprokurator, persönlich haftende Gesellschafter, Prokuristen und Angestellte der Parteien sowie Kuratoren (Art. XX EGZPO.).

VII. Vgl. auch §§ 64, Z. 4, 97 ZPO.

ð) Der gewöhnliche Bevollmächtigte. Die Partei kann nach Wahl Prozeßvollmacht oder Einzelvollmacht erteilen. Letztere bestimmt sich grundsätzlich nach bürgerlichem Recht (§ 33 ZPO.). Hier ist auch Kollektivvollmacht möglich (§ 1011 abGB.). Dagegen ist Prozeßvollmacht auch hier unbeschränkbar (§ 33 II mit § 32 ZPO.). Das gilt insbesondere auch von der in der Prokura, in der Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters, Vorstands oder Liquidators liegenden Vollmacht. §§ 30, 34 bis 36, 37 I, 38f. ZPO. gelten auch für den gewöhnlichen Bevollmächtigten (bei Prozeß- oder Einzelvollmacht). Die Zulassung nach § 38 ZPO. setzt aber voraus, daß der Betreffende im Besitz einer Vollmacht tauglicher Vertreter sein könnte, also z. B. nicht Winkelschreiber ist. Einzelvollmacht für das ganze Verfahren in erster Instanz ist unwirksam, weil das nicht bloß einzelne Prozeßhandlungen sind. Substitution ist mangels gesetzlicher Bestimmung nur mit Vollmacht des Vertretenen möglich. § 49 ZPO. gilt auch für den gewöhnlichen Bevollmächtigten, § 200 ZPO. aber nur bei Prozeßvollmacht und ohne das Privileg nach § 220 III ZPO. Überhaupt unterfällt er der Sitzungspolizei wie die Partei; doch ist das Höchstmaß der gemäß § 200 I ZPO. zu verhängenden Ordnungsstrafe 200 S, wenn er Prozeßvollmacht hat.

ι) Der Rechtsanwaltsanwärter als Bevollmächtigter. Grundsätzlich gilt für ihn das gleiche wie für einen gewöhnlichen Bevollmächtigten. Ausnahmen: α) Er erhält vom Kammerausschuß eine Legitimation (vgl. § 15 RAO.); β) die Anzeige an die Disziplinarbehörde erfolgt wie bei Rechtsanwälten; γ) Umwandlung von Geldstrafen in Haft findet nicht statt (§ 220 III ZPO.).

Letzteres gilt auch für: κ) Öffentliche Beamte als amtliche Vertreter (§ 220 III ZPO.).

λ) Der Notar als Prozeßbevollmächtigter. Einen Zwang zur Stellvertretung durch einen Notar gibt es im Streitverfahren nicht. Das Notariat ist vor allem in der Notariatsordnung (NotO. Ges. v. 25. VII. 1871, R. 75 mit zahlreichen Novellen) geregelt.

I. Voraussetzungen. α) Österreichische Bundesbürgerschaft; β) Großjährigkeit; γ) Fähigkeit zur freien Vermögensverwaltung; δ) unbescholtener Lebenswandel; ε) Absolvierung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien; ζ) die drei Staatsprüfungen — nicht notwendig das Doktorat; η) vierjährige Praxis, davon zwei Jahre bei einem Notar, zwei auch bei einem Rechtsanwalt, Gericht oder bei der Finanzprokurator. ð) Wer als Hilfsarbeiter in einer Notariatskanzlei in der Liste bei der Notariatskammer eingetragen ist, ist Notariatskandidat. Die Eintragung ist zu verweigern, wenn der Bewerber eine Handlung begangen hat, die ihn des Vertrauens unwürdig macht. Gegen die Verweigerung

steht ihm Beschwerde an das OLG., von da an den OGH. zu. *ι*) Eine der drei Justizprüfungen: Rechtsanwalts-, Richteramts- oder Notariatsprüfung. Letztere nach zwei Jahren Notariatspraxis, wovon ein Jahr durch Richteramts- oder Rechtsanwaltspraxis ersetzt werden kann. *κ*) Notar kann nicht 1. ein Rechtsanwalt, 2. ein besoldeter Bundesangestellter — Lehrer ausgenommen — oder 3. jemand werden, der eine standeswidrige Beschäftigung oder 4. eine solche Beschäftigung hat, durch die das Vertrauen in seine Unparteilichkeit oder in die Glaubwürdigkeit seiner Urkunden erschüttert werden könnte. *λ*) Ernennung durch den BMfJ. Die Zahl ist für jeden Gerichtssprengel durch Verordnung festgesetzt. Regelmäßig geht eine Konkursausschreibung voraus. *μ*) Genehmigung des Amtssiegels durch die Notariatskammer im Einvernehmen mit dem Staatsanwalt. *ν*) Angelobung beim OLG. oder bei einem von ihm beauftragten Gerichtshof erster Instanz. Der Notar erhält vom OLG. ein Dekret.

2. Organisation. *α*) Das Notariatskollegium ist die Gesamtheit der Notare und Notariatskandidaten — letzterer, wenn es wenigstens fünf sind — im Gerichtshofsprengel. Der BMfJ. kann mehrere vereinigen oder eines trennen. Die Gruppe der Notare und die der Kandidaten haben die Standespflichten zu wahren und die Interessen zu vertreten. Sie haben Verwaltungsaufgaben, aber auch die Berichterstattung über den Zustand der Rechtspflege u. dgl.

β) Die Mitglieder der Notariatskammer werden von beiden Gruppen aus ihren Mitgliedern gewählt. Die Kandidaten sind nur wählbar, wenn sie substitutionsberechtigt sind und wenigstens sieben Jahre Praxis haben. Fehlen solche im Kollegium, so kommen nur Notare in die Kammer. Sind weniger als 15 Notare im Kollegium oder können nicht alle Kammerstellen aus dem Notariatsstande besetzt werden, so versieht der Gerichtshof am Kammersitze ihre Geschäfte, letzterenfalls nach Übertragung durch den BMfJ. Der Gerichtshof entscheidet in einem Fünfersenat, in den auf Anordnung des BMfJ. zwei Notare und ein Kandidat von ihrer Gruppe zu wählen sind. Die Vdg. v. 31. III. 1934, B. I 196 i. d. F. des Ges. v. 13. VII. 1935, B. 300 gilt auch für die Notariatskammer.

Wirkungskreis der Kammer: Führung des Verzeichnisses der Notare und desjenigen der Kandidaten, Überwachung ihrer Praxis, Bestätigung der Zeugnisse für Kandidaten, Handhabung der Disziplin, Vermittlung bei Streitigkeiten zwischen Kollegiumsmitgliedern oder zwischen Notar und Partei, Vorbereitung von Kollektivverträgen usw., insbesondere auch Anträge auf Bestellung eines Substituten durch den Gerichtshof am Kammersitz bei Verhinderung eines Notars und Erstattung eines diesbezüglichen Vorschlages, außer bei Urlaub oder Krankheit, wo ihn der Verhinderte selbst erstattet. Substitut kann auch ein Kandidat werden, wenn er sonst alle Erfordernisse eines Notars hat (substitutionsberechtigter Notariatskandidat). Im Notfalle wird von der zweijährigen Praxis bei einem Notar abgesehen. Die Kammer wird von den Präsidenten der Gerichtshöfe erster und zweiter Instanz überwacht.

γ) Zur Vertretung der Standesinteressen sowie Erstattung von Anträgen und Gutachten entsenden die Kammern Vertreter zu zwei Dritteln von den Notaren, zu einem Drittel von den Kandidaten zu einem Delegiertentag, dessen Beschlüsse über das Verhalten von Standesmitgliedern dem BMfJ. mitzuteilen sind.

δ) Das gleiche gilt vom Ausschluß des Delegiertentags.

3. Disziplinarrecht der Notare und Kandidaten. Straffälle und Strafen: α) Beeinträchtigung der Ehre oder Würde des Berufs: Ordnungsstrafe der Mahnung oder schriftlichen Rüge durch die Kammer bzw. den Gerichtshof erster Instanz. Ein Rechtsmittel steht nur letzterenfalls zu, und zwar nur wegen Rüge Beschwerde an das OLG. β) Pflichtverletzung oder Bloßstellung der Ehre oder Würde des Standes: Disziplinarstrafen: 1. Schriftlicher Verweis. 2. Geldbuße bis 500 S. 3. Suspension, bzw. für Kandidaten Entziehung der Substitutionsberechtigung bis zu einem Jahr, beides allenfalls kumuliert mit einer Geldstrafe. 4. Amtsentsetzung; bei Kandidaten Streichung vom Verzeichnis. Zuständig ist das OLG., in dessen Sprengel der Amtssitz des zu Bestrafenden ist. Die Berufung geht an den OGH. Im übrigen gelten ähnliche Bestimmungen wie für Richter. Die Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135 gilt auch für Notare und Kandidaten.

4. Rechtsstellung des Notars. Er ist kein Bundesangestellter, wenn er auch vom BMfJ. ernannt, öffentlich beglaubigt wird und ein „Amt“ hat. Entfernung über acht Tage vom Amtssitz bedarf der Bewilligung der Kammer; über zwei Monate Urlaub erteilt das OLG., über drei Monate das BMfJ. (§ 142 NotO.).

Der Notar bedarf beim absoluten Anwaltszwang für seine Person keines Rechtsanwalts (§ 28 ZPO.) und ist, wie erwähnt, nie Winkelschreiber, darf aber nach JME. v. 14. IV. 1932 mit JME. v. 21. VIII. 1851 und 17. II. 1852 aus Vertretungen im Streitverfahren keinen Erwerb machen. Er darf auch nicht vertreten, wenn im Prozeß eine von ihm aufgenommene Urkunde als Beweismittel gebraucht werden soll (§ 40 NotO.) oder wenn er in der Sache als Gerichtskommissär eingeschritten ist (§ 186 NotO. mit § 52 Pat. v. 3. V. 1853, R. 81).

5. Parteivertretung des Notars. Grundsätzlich gelten für ihn die Vorschriften wie für einen gewöhnlichen Bevollmächtigten. Ausnahmen: α) § 30 II ZPO., β) § 42 II ZPO., γ) § 101 I ZPO., δ) § 103 II ZPO., ε) § 220 III ZPO., der auch für Kandidaten gilt; ζ) der Notar kann prozessuale Erklärungen weder im eigenen noch in fremdem Namen statt eines Schriftsatzes zu Protokoll geben (§ 434 ZPO. analog); η) das Entgelt bestimmt sich nach dem RATar. (§ 4 I Ges. v. 4. VI. 1923, B. 305; § 4 II l. c. gilt für Notare nicht).

6. Erlöschen des Notariats. α) Zurücklegung und Annahme durch den BMfJ. β) Enthebung durch das OLG. (nicht aufschiebender Rekurs an den OGH.) wegen: 1. Übertritts zur Rechtsanwaltschaft oder 2. zu besoldetem Staatsamt, Lehramt ausgenommen. 3. Verlustes der österreichischen Bundesbürgerschaft, 4. der freien Vermögensverwaltung, 5. Ablaufs des Kalenderjahrs, in dem der Notar 75 Jahre alt wird (§ 1

Vdg. v. 17. III. 1934, B. I 169); 6. strafgerichtlicher Verurteilung nach Vorschrift des Strafgesetzes. γ) Bei dauernder Unfähigkeit wegen körperlichen oder geistigen Gebrechens hat ihn die Kammer, und wenn es diese nicht tut, der Präsident des Gerichtshofs erster Instanz am Kammersitz aufzufordern, sein Amt zurückzulegen. Geschieht letzteres nicht, erfolgt Anzeige an das OLG. Dieses spricht nach Disziplinarbehandlung das Erlöschen aus. δ) Disziplinare Amtsentsetzung. ϵ) Einstellung der Amtsausübung durch den BMfJ. nach Vdg. v. 16. II. 1934, B. I 135.

III. Nebenintervention.

a) Begriff und Voraussetzungen (§§ 17f. ZPO.).

Nebenintervention (akzessorische Intervention) ist Teilnahme an fremdem Prozeß auf einer Parteiseite. Voraussetzungen: α) Ein bereits anhängiger und β) noch nicht beendeter Prozeß γ) zwischen anderen Personen, δ) ein rechtliches Interesse ϵ) am Siege ζ) einer Partei (Hauptpartei, §§ 19f. ZPO.); η) da nur ein Mensch ein Interesse (Lustgefühl) haben kann, eine juristische Person wenigstens kraft Fiktion, muß der Nebenintervenient parteifähig sein.

Zu α) und β) gilt das bei der Hauptintervention Gesagte; daher ist Eintritt des Nebenintervenienten im Beweissicherungsverfahren vor dem Prozeß nicht möglich (strittig). Ohne Hauptprozeß keine Nebenintervention (strittig).

Zu γ). Auch ein Streitgenosse kann im Prozeß des andern Nebenintervenient sein, ausgenommen bei einheitlicher Streitgenossenschaft. Dagegen kann die Partei selbst in ihrem Prozeß nicht Nebenintervenient sein, wohl aber ein Gesellschafter, wenn die Gesellschaft als juristische Person Partei ist, also auch der offene Handelsgesellschafter im Prozeß der Gesellschaft (strittig). Ebenso der Gemeinschuldner in Masseprozessen.

Zu δ). Das rechtliche Interesse muß arg. contr. Art. XLII, Abs. 2 EGZPO. kein privatrechtliches sein. Es muß im Zeitpunkte des Eintrittes in den Prozeß, im Bestreitungsfall aber im Zeitpunkt der Entscheidung über die Zulassung vorhanden sein (arg. § 406 ZPO.). Das Interesse einer Person ist ein rechtliches, wenn ihre Rechtsstellung vom Prozeß abhängig ist. In Betracht kommen, wenn die Partei siegt, vorläufige Rechtsfolgen; sie bestehen bis zur allfälligen Aufhebung in einem neuen Prozeß, soweit das zulässig ist:

1. Tatbestandswirkung der Entscheidung. A. Ein Anspruch des Nebenintervenienten ist damit festgestellt, z. B. des Vermächtnisnehmers gegen den Testamentserben, der den Erbrechtsstreit gegen den Vertragserben führt; desjenigen, dem eine Forderung verpfändet ist, wenn der Forderungsgläubiger den Schuldner auf Feststellung des Bestandes der Forderung klagt. B. Ein Anspruchsverlust tritt für den Nebenintervenienten nicht ein, z. B. für denjenigen, dem eine Forderung verpfändet ist, wenn der Schuldner den Gläubiger auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung klagt. C. Der Intervenient wird von einer Verbindlichkeit frei, z. B. der Bürge, wenn der Schuldner auf

Nichtbestand der Forderung klagt. D. Eine Verbindlichkeit des Intervenienten entsteht nicht, z. B. die Gewährleistungshaftung bei der Entwährungsklage.

2. Vollstreckungswirkung: A. Der Anspruch des Intervenienten könnte gegen die Partei vollstreckt werden, z. B. A hat B eine Sache verkauft, die C hat, die aber A von C mit der Eigentumsklage verlangt. B. Es wird vermieden, daß ein Anspruch des Intervenienten gegen die Partei nicht mehr vollstreckt werden könnte, z. B. A hat B eine Sache verkauft, die A hat, die aber C von ihm mit der Eigentumsklage verlangt.

3. Rechtskraftwirkung; vgl. z. B. § 568 ZPO.

Nicht ausreichend ist ein bloß wirtschaftliches Interesse, z. B. des Gläubigers daran, daß sein vermögensloser Schuldner einen Erbschaftsprozess gewinne oder daß ein anderer Gläubiger gegen diesen Schuldner nicht obsiege; ebensowenig ein bloß ideelles Interesse, z. B. des Rechtslehrers am Prozeß, den sein Schüler selbst führt, oder der ehelichen Mutter am Ehelichkeitsstreit des Kindes mit dem Vater.

Zu ε). Das Interesse muß am Siege der Partei bestehen, nicht bloß allgemein an der Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses. So reicht es nicht aus, daß dem Schuldner bei streitiger Zession daran liegt, zu wissen, wer eigentlich sein Gläubiger sei.

Zu ζ). Bloßes Interesse am Siege eines Nebenintervenienten oder Zeugen (nach § 324 ZPO.) genügt nicht. Und ein Dritter, der lediglich ein Interesse am eigenen Siege hat, kann nur Hauptintervenient sein.

Der Nebenintervenient kann auch nur einem Streitgenossen an die Seite treten, auch wenn einheitliche Streitgenossenschaft gegeben ist.

In gewissen Fällen gestattet das Gesetz unmittelbar den Beitritt als Nebenintervenient, sodaß eine weitere Prüfung der Voraussetzungen nicht nötig ist; vgl. zu B. Art. 194f., 226 HGB., § 25 GenGes., § 42 GmbHGes., § 310 EO., § 9 PfandbrG. v. 24. IV. 1874, R. 49, Art. 50, § 1 IÜ.

b) Rechtstellung des Nebenintervenienten.

Er muß, wie erwähnt, Person sein. Bezüglich Prozeß- und Postulationsfähigkeit gilt dasselbe wie für die Partei. Er ist nicht Partei (vgl. § 19 II ZPO. e contr.); daran ändert auch der Ausdruck „Hauptpartei“ (§§ 19f. ZPO.) nichts. Daher ist er als Zeuge zu vernehmen. Er hat keinen Urteils-, wohl aber einen Rechtsschutzanspruch. Er muß den Rechtsstreit so annehmen, wie er ihn vorfindet (§ 19 I ZPO.); Geschehenes und Versäumtes wirkt also auch für und gegen ihn, insbesondere beginnen Fristen für ihn nicht neu zu laufen: maßgebend ist stets die Zustellung an die Hauptpartei. Der Intervenient kann alle Prozeßhandlungen zur Unterstützung der Hauptpartei — und nur solche — vornehmen. Sie wirken für diese, soweit sie nicht mit deren eigenen Handlungen im Widerspruch stehen. Bloß erklärter Widerspruch genügt daher nur (strittig), wo die Erklärung als solche schon die Prozeßhandlung ist. Insoweit Wirkung eintritt, ist also der Nebenintervenient unmittelbarer Stellvertreter, aber nicht „Bevollmächtigter“ (daher § 29 ZPO. nicht anwendbar), und seine

Vertretungsmacht erstreckt sich nicht auf prozessuale Anspruchsverfügungen.

Man pflegt helfende und beaufsichtigende (kontrollierende) Nebenintervention zu unterscheiden. Will die Partei siegen, so ist der Intervenient, soweit er wirksam handelt, arg. „zur Unterstützung“ (§ 19 I ZPO.) immer helfend, da er ja andere Handlungen nicht mit Wirkung für die Hauptpartei setzen kann. Kolludiert aber die Partei mit dem Gegner und will sie nicht siegen, so ist die Nebenintervention nur dann beaufsichtigend, wenn der Intervenient im Widerspruch zur Partei wirksam handeln kann, also im Falle der streitgenössischen Nebenintervention, soweit er unwiderrufliche Prozeßhandlungen setzt. Bei widerruflichen deshalb nicht, weil da auch hier die letzte und nicht die günstigste gilt, daher die Hauptpartei entgegenhandeln kann.

Der Intervenient ist dem Verfahren beizuziehen; seine Prozeßhandlungen sind, soweit sie wirksam sind, anzunehmen. Das Gericht hat diesbezüglich ein Prüfungsrecht, da die gesetzliche Vertretungsmacht des Intervenienten nicht weiter reicht. Er muß zu allen Terminen geladen werden; Nichtladung ist also Grund für Aufsichtsbeschwerde, allenfalls Syndikatshaftung, nicht aber für Vertagung und hindert auch (arg. „Partei“, § 402 I, Z. 1 ZPO. und arg. min. § 13 ZPO.) Versäumungsurteil nicht. Er ist von allen Schriftsätzen, prozeßleitenden Verfügungen und Entscheidungen zu verständigen; doch hat er keinen Anspruch auf eigene Ausfertigungen. Er hat das gleiche Akteneinsichtsrecht wie die Partei (§ 219 I ZPO. analog), nicht beschränkt wie Dritte (§ 219 II ZPO.). Die materiellen Wirkungen des Prozesses, also der Anhängigkeit, Streitabhängigkeit oder des Urteils, treffen ihn nicht. Die Unterordnung unter das Gericht besteht grundsätzlich wie bei der Partei, da auch dort, wo das Gesetz nur die Partei erwähnt (vgl. §§ 69, 86, 313 ZPO.), Analogie zwingend ist. Eine Zulassung namens des Nebenintervenienten nach § 38 ZPO. ist nicht möglich.

c) Streitgenössische Nebenintervention

(§ 20 ZPO.) ist gegeben, wenn die Rechtskraft der Entscheidung sich auf den Nebenintervenienten erstreckt; so insbesondere in den Fällen gesetzlicher Nebenintervention. Auch dieser Nebenintervenient ist nicht Partei (vgl. § 98 ZPO.); er hat aber die prozessuale Stellung eines unzertrennlichen Streitgenossen (§ 20 ZPO., der § 14 ZPO. anführt); er ist als Streitgenosse zu behandeln (§ 98 ZPO.). Daraus folgt: a) Seine Prozeßhandlungen wirken auch, soweit sie mit solchen der Hauptpartei im Widerspruch stehen. b) Wenn er stirbt, ist § 155 ZPO. anzuwenden. c) Er wird als Partei, nicht als Zeuge vernommen. d) Ihm müssen Ausfertigungen zugestellt werden. e) Er haftet für Prozeßkosten wie ein anderer Streitgenosse, was seinem Recht, auch gegen Widerspruch der Partei Prozeßhandlungen zu setzen, entspricht. Prozessuale Anspruchsverfügungen kann der Nebenintervenient mit Wirkung für die Partei ebensowenig treffen wie ein Streitgenosse. Als Zustellungsbevollmächtigter gilt im Zweifel die Hauptpartei (§ 98 ZPO.).

d) Der Beitritt des Nebenintervenienten

zum Verfahren (§ 18 ZPO.) hängt vor allem von seinem Willen ab. Er erfolgt durch Zustellung (Vorsitzender, § 25 ZPO.) eines Schriftsatzes — beim Bezirksgericht auch durch protokollarisches Anbringen (§ 434 ZPO.) — an beide Parteien. Das ist kein vorbereitender Schriftsatz, denn erst über den Zurückweisungsantrag erfolgt Verhandlung. Das rechtliche Interesse ist bestimmt anzugeben. Der Schriftsatz ist bei der Instanz anzubringen, bei der die Sache gerade anhängig ist. Erklärung in der mündlichen Verhandlung genügt nicht. Ist der Schriftsatz formwidrig, so ist das Verbesserungsverfahren (§§ 84 f. ZPO.) einzuleiten und bei Fruchtlosigkeit dieses der Nebenintervenient von Amts wegen zurückzuweisen; letzteres hat auch zu geschehen, wenn der Prozeß noch nicht oder nicht mehr anhängig ist, der Schriftsatz von einer Partei herrührt oder das rechtliche Interesse nicht angegeben ist (strittig). Nur das Vorhandensein des vorgeschriebenen rechtlichen Interesses ist der amtswegigen Prüfung entzogen. Zurückweisung mangels desselben kann nur auf Parteienantrag durch die Instanz, bei der der Schriftsatz anzubringen ist (strittig), nach mündlicher Verhandlung erfolgen. Das Hauptverfahren geht inzwischen ungehemmt weiter, doch kann Unterbrechung angeordnet werden (§ 190 II ZPO.). Der Antrag ist wirkungslos, wenn die Partei bereits, z. B. schlüssig durch Duldung einer Prozeßhandlung des Intervenienten, seinen Eintritt genehmigt hat. Bleibt der Nebenintervenient von der Verhandlung aus, hindert das die Entscheidung analog § 399 ZPO. nicht. Versäumt der Antragende die Tagsatzung oder erscheinen beide nicht, so wird der Antrag abgewiesen, weil er nur ein vorbereitender Schriftsatz ist, der in der Verhandlung wiederholt werden muß. Ein Beschluß über die Zulassung erfolgt aber nur, wenn die Intervention von Amts wegen zurückgewiesen wird oder ein diesbezüglicher Antrag gestellt wurde. Andernfalls erfolgt einfach tatsächliche Zulassung. Bis zur Rechtskraft der Zurückweisung ist der Intervenient zuzulassen; er ist also insolange Nebenintervenient. Ein zulassender Beschluß ist nicht mit abgesondertem Rechtsmittel anfechtbar, wohl aber die Zurückweisung des Nebenintervenienten.

e) Widerruf.

Der Nebenintervenient kann jederzeit durch einseitige Erklärung ans Gericht seine Prozeßrolle aufgeben.

f) Eintritt als Partei.

Mit Zustimmung beider Parteien kann der Intervenient auch an Stelle der Hauptpartei in den Prozeß eintreten (Parteiänderung). Diese ist auf ihren Antrag durch Beschluß von der Klage zu entbinden (analog § 23 II ZPO.). Stimmen von mehreren Streitgenossen auf der Hauptparteiseite nicht alle zu, so scheiden die Zustimmenden aus, während den übrigen gegenüber der Eintretende Nebenintervenient bleibt; stimmen auf der Gegenseite nicht alle zu, so ist der Eintretende den Zustimmenden gegenüber Partei, den andern gegenüber Nebenintervenient.

IV. Streitverkündung.

Streitverkündung (§ 21 ZPO.) ist die Benachrichtigung eines Dritten von einem Rechtsstreit. Manchmal hängen Zivilrechtsfolgen davon ab; vgl. §§ 931, 1167 abGB., § 7 II GehKassG. (Text-Vdg. v. 16. I. 1928, B. 23), Art. 50 JÜ.; vgl. auch § 124 VVG.; ferner § 310 EO. In andern Fällen ist sie wenigstens für zulässig erklärt; vgl. § 15 SyndGes., § 6 EGWG. Sie geschieht außergerichtlich oder gerichtlich, letzterenfalls mit Schriftsatz, beim Bezirksgericht auch protokollarisch (§ 434 ZPO.). Grund der Benachrichtigung und Lage des Prozesses, wenn er schon angefangen hat, ist kurz anzugeben. Zuständig ist das für den Prozeß zuständige Gericht; doch genügt auch der allgemeine Gerichtsstand des Benachrichtigten. Die Zustellung erfolgt nach § 25 ZPO. Ein form- und zeitgerechter Schriftsatz muß zugestellt werden. Die Benachrichtigung kann auch vor Prozeßbeginn, nicht aber nach rechtskräftiger Beendigung geschehen.

Mit der Streitverkündung kann die Aufforderung zur Vertretungsleistung (Nebenintervention) verbunden werden. Der Auffordernde kann die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht mehr wirksam bestreiten.

V. Zeugen und Sachverständige

gehören auch zu den Prozeßteilnehmern.

Anhang.

Ausländer.

Zusammenfassung. 1. Ausländer ist, wer nicht österreichischer Bundesbürger ist, mag er Staatsbürger eines andern Staates oder staatenlos sein. Eine juristische Person ist ausländisch, wenn ihr Sitz im Ausland liegt. Grundsätzlich gilt formelle Gegenseitigkeit. Für die Prozeßfähigkeit gilt das günstigere Gesetz. Der ausländische Kläger ist im Zweifel zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Besondere Gerichtsstände: §§ 99 III, 101 JN.; vgl. ferner Art. XIV, Abs. 4 EGZPO.

4. Das Verfahren.

A. Bei den ordentlichen Gerichten.

1. Die Verfahrenshandlungen

a) des Gerichtes.

α) Allgemeines.

Die Verfahrenshandlungen sind nicht die einzigen gerichtlichen Handlungen. Zu unterscheiden sind: 1. Rechtsbildende Tätigkeit (vgl. Art. XI, Z. 1, EGZPO.); 2. vermögensrechtliche Handlungen des Gerichts in Vertretung des Bundes, z. B. Ankauf einer Schreibmaschine; 3. Hoheits-handlungen: A. der Justizverwaltung; B. Gerichtsbarkeit. Hier wird nur die letztere im zivilgerichtlichen Streitverfahren behandelt. Sie setzt sich aus den gerichtlichen Prozeßhandlungen zusammen.

1. Erfordernisse. a) Gerichtliche Prozeßhandlungen kann grundsätzlich nur eine österreichische Gerichtsperson vornehmen, widrigens ein prozessualer Nichtakt, eine prozessuale Nichthandlung vorliegt. Ausnahmen gibt es nur kraft gesetzlicher Bestimmung: α) Vollstreckbare ausländische Entscheidung; β) ausländische Rechtshilfe. Ersatz durch Handlungen Privater besteht in folgenden Fällen: α) Übermittlung eines Ersuchschreibens an eine ausländische Behörde nach § 283 ZPO.; β) Zustellung (§§ 112 f. ZPO.) sowie γ) Mitteilung von Urkunden zwischen Rechtsanwälten (§ 83 ZPO.). Hat eine Gerichtsperson, aber nicht die zuständige, gehandelt, so ist zu unterscheiden: α) Hat der Richter statt des ihm unterstellten Gerichtsbeamten gehandelt, so ist die Verschiebung ohne prozessuale Folgen. β) Im umgekehrten Fall liegt eine prozessuale Nichthandlung vor. Das gleiche gilt für einen Richteramts- (strittig), Rechtsanwaltsanwärter oder Notariatskandidaten. γ) Unschädlich ist ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung. δ) In den übrigen Fällen treten die Folgen der Unzuständigkeit oder ε) unrichtigen Besetzung ein.

b) Die Gerichtsperson muß zur Zeit der Prozeßhandlung handlungsfähig sein, widrigensfalls eine prozessuale Nichthandlung vorliegt.

c) Der Richter darf nicht ausgeschlossen oder erfolgreich abgelehnt sein (§§ 477 I, Z. 1, 529, Z. 1 ZPO., 25 JN.).

d) Scheinhandlungen. Eine durch Hypnose oder körperlich, nicht durch bloße Drohung, erzwungene „Handlung“ (Führung des Armes zur Unterschrift) ist ebenso eine Nichthandlung wie eine gefälschte oder verfälschte „gerichtliche Urkunde“.

e) Ein subjektiver Tatbestand wird für gerichtliche Prozeßhandlungen grundsätzlich nicht gefordert. § 530, Z. 1 bis 3 ZPO. e contr. ergibt, daß andere „Willensmängel“, insbesondere Irrtum in andern Fällen, Drohung u. dgl. kein Grund für die Aufhebung einer rechtskräftigen Entscheidung sind; ja arg. contr. §§ 7, 240, 477 ZPO., 42 JN. liegt nicht einmal ein Nichtigkeitsgrund vor. Da übrigens für eine Erklärung im Zweifel die Erklärungstheorie gilt, das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes oder die Anfechtbarkeit wegen Willensmangels also eines besonderen Rechtssatzes bedarf, gilt das Gesagte für alle gerichtlichen Erklärungen, insbesondere Entscheidungen. Nur wenn die verkündete oder ausgefertigte Entscheidung von der beschlossenen abweicht, ist Berichtigung (§§ 419, 430 ZPO.) möglich; auch § 496 I, Z. 2 und § 503, Z. 2 ZPO. sind allenfalls anwendbar. Prozeßleitende Beschlüsse kann übrigens das Gericht jederzeit selbst wieder aufheben (§ 425 ZPO.); vgl. auch §§ 516, 522 ZPO. Auch können Beschlüsse wegen „Willensmängel“ mit Rekurs, Urteile mit Berufung angefochten werden, da die Rekurs- und Berufungsgründe im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt sind.

f) Der Inhalt der gerichtlichen Prozeßhandlung ist regelmäßig durch das Gesetz bestimmt. Ausnahmsweise überläßt es innerhalb des gesetzlichen Zwecks die Mittel richterlichem Ermessen; vgl. § 6 II ZPO. „erforderlichen“, § 91 ZPO. „Geeignete“, § 197 ZPO. „nötigen“. Nicht im Gesetz gegründete Handlungen einer Gerichtsperson sind keine Prozeßhandlungen, insbesondere nicht unerlaubte Handlungen, aber auch nicht Unterlassungen.

g) Regelmäßiger geographischer Ort der Prozeßhandlung ist der organisationsmäßige Sitz des Gerichts. Innerhalb desselben regelmäßig das Gerichtsgebäude (§ 132 ZPO.), d. i. das Gebäude, in dem sich die zuständige Gerichtsabteilung befindet, und da der vom Gerichtsvorsteher, gewöhnlich auf Dauer, bestimmte Raum. Doch hängt davon die Gültigkeit nicht ab. Über Prozeßhandlungen außerhalb des erwähnten Orts vgl. Art. VIII EGZPO., §§ 101, 132 II, 282, 328 II, 352 mit 368, 367 mit 328 II ZPO.; über Gerichtstage § 29 GOG.; über Amtshandlungen außerhalb des Sprengels § 33 JN.

h) Zeit. α) Die Zeit, zu der eine gerichtliche Prozeßhandlung vorzunehmen ist, ist im Zweifel kein wesentliches Merkmal. Somit „amtiert“ das Gericht der Amtsmacht nach ununterbrochen. Eine Ausnahme besteht nur, wenn das ganze Gericht tatsächlich (Krankheit, Tod, kriegerische Ereignisse, § 161 ZPO.) oder rechtlich (Ausschluß, erfolgreiche Ablehnung, Amtsentsetzung) verhindert ist. Andererseits darf das Gericht an Sonntagen und am Weihnachtstag überhaupt nicht, an andern Feiertagen nur bei Gefahr im Verzug Tagsatzungen abhalten (§ 221 ZPO.). Feiertage sind: Der 1. und 6. I., der 1. V., der Christi-Himmelfahrtstag, Oster- und Pfingstmontag, der Fronleichnamstag, der 29. VI., 15. VIII., 1. XI., 8., 25., 26. XII. und der Tag des Landespatrons (§ 25 III GeO. mit Vdg. v. 27. IV. 1934, B. I 249). Sonn- und Feiertage sind Ruhetage.

β) Die Gerichtsferien dauern sechs Wochen. Der Beginn kann für die einzelnen Bundesländer durch Verordnung festgesetzt werden (§ 222 ZPO.). Nach § 27 I GeO. dauern sie bei allen Gerichten vom 15. VII. bis einschließlich 25. VIII. „Während der Gerichtsferien werden nur in Ferialsachen Tagsatzungen abgehalten und Entscheidungen erlassen“. In andern Streitsachen nur erste Tagsatzungen im technischen Sinn; „auch können Entscheidungen und Verfügungen, die nicht auf Grund von Streitverhandlungen ergehen, erlassen werden“ (§ 223 I ZPO.), so insbesondere alle, die ohne mündliche Verhandlung ergehen; vgl. z. B. § 47 II JN., §§ 84f., 550 ZPO. Auf das Mahnverfahren haben die Gerichtsferien keinen Einfluß (§ 223 II ZPO.).

Von Streitsachen sind Ferialsachen (§ 224 ZPO.): 1. Kraft Gesetzes: A. Wechselstreitigkeiten, B. Streitigkeiten wegen scheckrechtlicher Regreßansprüche (§ 24 ScheckG.), C. über die Fortsetzung eines angefangenen Baues (§§ 340ff. abGB.), D. Besitzstörungsklagen, wenn nur Besitzschutz und Wiederherstellung verlangt wird, E. Streitigkeiten über Aufkündigung, Übergabe und Übernahme von Sachen in Bestand oder Teilpacht (§ 1103 abGB.), F. aus Dienstverträgen, G. zwischen Wirten, Schiffern, Flößern oder Fuhrleuten und ihren Vertragsgegnern aus diesen Verhältnissen, H. über die uneheliche Vaterschaft und die daraus entstehenden Verpflichtungen, auch gegenüber der Mutter, J. über den gesetzlichen Unterhalt, K. Bagatellsachen, L. die Klagen nach §§ 35 bis 37 EO. 2. Sachen, die der Gerichtsvorsteher, Vorsitzende oder Einzelrichter fallweise mit Beschluß als Ferialsache erklärt, weil sie einer schleunigen Erledigung bedürfen. Diese Verfügung und die Ablehnung des Antrags auf eine solche sind durch kein Rechtsmittel anfechtbar. Die Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage ist als solche nicht Ferialsache, wenn auch der Vorprozeß es war. Durch Verbindung einer Nichtferialsache mit einer Ferialsache wird regelmäßig auch die erstere Ferialsache. Dagegen werden die unter I. H. und J. genannten Rechtsachen Nichtferialsachen, wenn sie mit einer solchen verbunden werden.

Eine Prozeßhandlung in Nichtferialsachen während der Gerichtsferien ist gültig; den nicht erschienenen Geladenen treffen Säumnisfolgen; doch ist Aufsichtsbeschwerde möglich.

Fallfristen für Gerichtshandlungen gibt es nicht. Auch die Überschreitung der Fristen der §§ 415, 445 II ZPO. ist nur Grund für Aufsichtsbeschwerde (instruktionelle Fristen). Insoweit ist es wichtig, daß die Tage der Gerichtsferien in die Frist bei Nichtferialsachen nicht eingerechnet werden (§ 225 ZPO.).

Zu Amtshandlungen außerhalb der Amtszeit (Vdg. v. 10. XII. 1935, B. 458) ist das Gericht nicht verpflichtet, aber berechtigt. Diese dauert von 8 bis 15 Uhr, kann aber vom Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem BMfJ. um höchstens 1 Stunde verlegt werden.

i) Im Parteienverkehr ist mit Höflichkeit, Ruhe, Hilfsbereitschaft und Sachlichkeit vorzugehen. Äußerungen über den vermutlichen Ausgang der Sache sind verboten. Das Gericht soll den Eindruck der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit wahren. Verletzende Äuße-

rungen sind zu vermeiden. Die Anreden „Herr“, „Frau“, „Fräulein“ sind, ausgenommen bei Jugendlichen nach der Landessitte, ebenso schriftlich und mündlich anzuwenden wie die gebührenden Titel und Bezeichnungen. Im Entscheidungsspruch dagegen werden nur akademische Grade genannt. Ehemalige Richter und Staatsanwälte als Parteivertreter sind nicht mit ihren früheren Amtstiteln, Rechtsanwälte in Berufsausübung nicht mit besonderem Titel, z. B. Professor, anzusprechen (§ 54 GeO.). „Wer in der Verhandlung zum Gericht spricht, hat stehend zu sprechen; sonst ist jedermann ein Sitz zu gestatten“. In rücksichtswürdigen Fällen kann der Richter auch dem in der Verhandlung Sprechenden einen Sitz gestatten. Bei Urteilsverkündung und Eidesabnahme haben sich alle Anwesenden zu erheben (§ 59 GeO.).

j) Bei allen Verhandlungen vor dem erkennenden Richter sowie bei Eidesabnahmen, die nicht vor dem helfenden Richter geschehen, haben alle Richter das Amtskleid zu tragen; Rechtsanwälte, Anwärter und Verteidiger können es tragen. Amtskleidträger bedecken bei der Urteilsverkündung und Eidesabnahme ihr Haupt (l. c.).

k) Form. α) Äußere: Im Zweifel sind gerichtliche Handlungen formlos. Im Innenverkehr des Gerichts erfolgen sie grundsätzlich mündlich oder urschriftlich, also nicht mit Konzept und Reinschrift (§ 52 GeO.). Formvorschriften sind z. B. §§ 207, 415 ZPO. (Schriftlichkeit; sie erfordert Text und Unterschrift; vgl. z. B. §§ 213 III, 418 I, 429 I ZPO. und die allgemeine Vorschrift des HD. v. 19. IV. 1799, JGS. 466 für obrigkeitliche Urkunden überhaupt; im innern Verkehr genügt ferner die Paraph, das Namenszeichen, d. i. eine abgekürzte Unterschrift; vgl. § 65 V GeO.); § 426 I, S. I und III ZPO. (Mündlichkeit). Für häufig vorkommende Geschäfte sind besondere Formblätter vorgeschrieben (§ 66 I GeO.). In dringenden Fällen ist Telegraph oder Fernsprecher zu benutzen (§ 63 GeO.).

β) Innere. Die Gerichtssprache ist deutsch (§ 55 I GeO.) — Staatsprache (Art. 7 BV., der die sprachlichen Rechte der Minderheiten unberührt läßt, wozu allerdings Ausführungsvorschriften fehlen). Gerichtliche Prozeßhandlungen, ja ganze Verhandlungen, in fremder Sprache sind aber nicht nützlich, es würde denn einer Partei dadurch die Möglichkeit, zu verhandeln, entzogen sein (§ 477 I, Z. 4 ZPO.); allenfalls könnte § 496, Z. 2 oder § 503, Z. 2 ZPO. Anwendung finden. Mängelrüge und Aufsichtsbeschwerde sind möglich.

Das Gericht hat sich kurz, klar, verständlich und seiner Würde gemäß auszudrücken (§ 55 GeO.).

Besondere Vorschriften, einen bestimmten Inhalt betreffend, sind z. B. §§ 207 ff., 216, 417, 429 II ZPO.

2. Arten. Die gerichtlichen Prozeßhandlungen werden verschieden eingeteilt. Jedenfalls sind, wie erwähnt, Verwaltungsakte, wie z. B. die Zuziehung von Ergänzungsrichtern, die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit nach § 28 JN. oder die Delegation, und rechtsbildende Tätigkeit auszuscheiden. Im übrigen kann man unterscheiden:

a) Inhaltlich. α) Formelle Prozeßleitung, d. i. Regelung des ungestörten Gangs und Abschlusses des Verfahrens. Der helfende Richter hat sie zum Teil (vgl. §§ 203, 284 ZPO.). Geregelt werden kann: Die Zeit (Anberaumung und Erstreckung von Tagsatzungen, Bestimmung von Fristen, Unterbrechung des Verfahrens, Ladung, Eröffnung und Schließung der Verhandlung; der Zeitersparnis dienen insbesondere die Bestimmungen der §§ 44, 48, 179, 180 III, 181 a. E., 187 I ZPO.); der Ort (Anordnung einer Beweisaufnahme durch einen helfenden Richter); die Form (Zustellverfügung); das Organ (Entscheidung über die Zuständigkeit, Prozeßüberweisung); der Ungestörtheit dient z. B. die Sitzungspolizei; der Ermöglichung der Verfahrensfortsetzung z. B. die Kuratorbestellung; der Erleichterung, Vereinfachung und Kostenersparung die Verhandlungsverbindung usw. Es gibt auch prozeßleitende Entscheidungen (Ablehnung eines Antrags auf Teilurteil) und ebensolche rechtsgestaltende Beschlüsse (Verhandlungsverbindung). Eine formell prozeßleitende Verfügung, die auch die höhere Instanz bindet, enthält § 152 II ZPO.; vgl. auch § 544 II ZPO.

β) Materielle Prozeßleitung ist Sammlung des Prozeßstoffs und Prozeßerledigung. Die Prozeßleitung überwacht hier die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts (positive Funktion) und die Vermeidung von Unnötigem (negative Funktion). Hierher gehört die Befragung durch den Vorsitzenden insbesondere der Parteien. Rechtsbelehrung, Beweisbeschlüsse, diskretionäre Gewalt, Gerichtssouveränität u. dgl.

b) Formell. α) Kenntnismnahmen, z. B. von Urkunden oder Aussagen, Entgegennahme eines Nachweises oder einer Glaubhaftmachung.

β) Übernahme von Gegenständen, z. B. von Akten (§ 16 JN.) oder von Sachen zwecks späteren Augenscheins.

γ) Ausfolgung von Sachen, z. B. nach erfolgtem Augenschein.

δ) Prüfung von Prozeßstoff, z. B. der Zuständigkeit; hierher gehört auch die Beweiswürdigung.

ϵ) Wissenserklärungen. aa) Mitteilungen („kommunikatorische Verfügungen“). 1. an eine Gerichtsperson desselben Gerichts (Beratung, Stimmabgabe, Berichterstattung, Anzeige eines Ausschließungsgrunds an den Gerichtsvorsteher); 2. an ein übergeordnetes Gericht (Anzeige des Zuständigkeitsstreits nach § 47 II JN, Vorlage des Rechtsmittels), 3. an ein gleichgeordnetes (Verständigung nach § 33 JN.), 4. an ein untergeordnetes (Mitteilung der Zuständigkeitsentscheidung zur Weiterleitung an die Partei, § 47 III JN.), 5. an den BMfJ. (vgl. § 48 JN.), 6. an eine sonstige Behörde (vgl. § 32 II JN., Art. VI, Z. 3 EGZPO.), 7. an die Allgemeinheit (Verkündung einer Entscheidung), 8. an besondere Körperschaften (vgl. Art. IV, Z. 5 EGZPO., § 200 III ZPO.), 9. an die Parteien (Zustellung der Ausfertigung, Erteilung von Abschriften und Auszügen, § 219 I ZPO.), 10. ebenso an andere Prozeßteilnehmer, z. B. an Zeugen oder Nebenintervenienten, 11. an andere Private (z. B. Erteilung von Abschriften nach § 219 II ZPO.). Zu den Mitteilungen gehören auch Rechtsbelehrungen.

bb) Beurkundungen (Protokoll, protokollarisches Anbringen, Ur-

schrift, Ausfertigung, Entwurf, Abschrift, Auszug, Amtsvermerk, Zustellausweis).

ζ) Willenserklärungen. aa) Ersuchen an andere, nicht untergeordnete Behörden (um Rechtshilfe, Einholung der Erklärung des BmJ.). bb) Auftrag an untergeordnete Organe (Abforderung der Äußerung der über die Zuständigkeit streitenden Gerichte, § 47 II JN., Auftrag an den beauftragten Richter, Leitung der Beratung und Abstimmung, Zustellverfügungen und Weisungen). cc) Unmaßgebliche Aufträge. dd) Befehle. ee) Rechtsgestaltende Erklärungen (Rechtsgestaltungsurteil, Bestellung eines Kurators). ff) Entscheidungen, d. i. bindende Feststellungen der Rechtslage, also von Tatbestand und Rechtsfolge. gg) Widerrufe (einer Ladung, Aufhebung einer Verfügung nach § 516 ZPO.).

η) Erlaubniserteilungen (Akteneinsicht, § 219 ZPO., Zulassung von Prozeßhandlungen nach § 6 II S. 2 oder § 38 ZPO.).

Die Frage ist keine besondere Art Prozeßhandlung. Sie ist ein Wunsch nach Antwort, also je nachdem, ob Antwortpflicht besteht, wie in der Regel beim Zeugen, oder nicht, wie z. B. nach § 321 ZPO., ein Befehl oder ein unmaßgeblicher Auftrag.

Die unter ε) bis η) genannten Handlungen sind Erklärungen. Das Gesetz bedient sich verschiedener Ausdrücke: „Entscheidungen, Anordnungen und Verfügungen“ (§ 425 I ZPO.); „Verfügungen“ (§§ 47 IV, 48 I JN., 197 ZPO.; vgl. auch Art. XXXVIII EGZPO.); „veranlassen“ (§ 91 ZPO.) u. a. m.

Die angeführten Prozeßhandlungen kommen auch vermischt vor: Viele Entscheidungen sind mit einem Befehl verbunden, z. B. die Leistungsurteile; der Überweisungsbeschluß ist eine mit einem Ersuchen oder Auftrag verbundene Entscheidung usw.

3. Die Initiative zur gerichtlichen Prozeßhandlung, der Prozeßbetrieb, kann sein a) Gesetzesbetrieb (Legalordnung): Das Gesetz bestimmt, wann jede Prozeßhandlung zu erfolgen hat, also Zeitpunkt und Reihenfolge. Den Vorteil der von vornherein bestimmten Ordnung überwiegt der Nachteil der Starrheit, des Formalismus, der sich dem Einzelfall nicht anpaßt und leicht Anlaß zu Versäumnis bietet. b) Parteibetrieb (Privatbetrieb): Gerichtliche Prozeßhandlungen erfolgen nur auf Verlangen (älteres Recht). Der Grundgedanke, die Parteien, um deren Rechte es sich ja im Prozeß handle, wüßten diese am besten zu wahren, und könnten, wie über das zugrunde liegende Recht, so auch über das Verfahren verfügen, wird durch die Erwägung überwogen, daß die Parteien meist nicht wissen, was für sie gut ist, die geriebenere oder die besser vertretene die andere übervorteilt, das Gericht nicht der Diener der Parteien ist und der Richter nur beschränkte Zeit hat, da er ja nicht nur einen Prozeß bearbeitet. c) Daher entspricht dem modernen Gedanken, daß der Prozeß den Parteien objektiv das Beste bieten solle, der Gerichtsbetrieb (Amtsbetrieb): das Gericht selbst bestimmt, ob und wann es handelt.

I. Der Prozeßbeginn ist ausnahmslos dem Parteibetrieb überlassen:

Wo kein Kläger, da kein Richter. (Das amtswegige Eheungültigkeitsverfahren ist außerstreitig.)

II. Die Prozeßfortsetzung beruht grundsätzlich auf dem Gerichtsbetrieb. Ausnahmen: a) Gesetzesbetrieb: α) Unabänderlich ist die Reihenfolge im ordentlichen Verfahren beim Gerichtshof: Erste Tagsatzung — Klagebeantwortung — mündliche Verhandlung — Entscheidung. β) Gesetzliche Fristen. γ) In gewissen Fällen die Unterbrechung des Verfahrens. b) Parteibetrieb: α) Rechtsmittelverfahren. β) Regelmäßig Ruhen des Verfahrens. γ) Unterbrechung des Verfahrens in einigen Fällen. δ) Zwischenverfahren (Auktorbenennung, Zwischenfeststellungsantrag und überhaupt jeder Antrag, über den entschieden werden muß).

III. Auch die Prozeßbeendigung beruht grundsätzlich auf dem Gerichtsbetrieb. Ausnahmen (Parteibetrieb): a) Vergleich; b) Klagerücknahme und c) Erlag nach § 307 EO.; d) Anerkenntnis und e) Verzicht mit dem entsprechenden Urteilsantrag.

Eine Besonderheit ist der gemischte Betrieb, bei dem eine Prozeßhandlung „auf Antrag oder von Amts wegen“ zu geschehen hat; vgl. z. B. §§ 40, 44, 48f., 51, 162 ZPO. Hier ist also Parteibetrieb und Gerichtsbetrieb möglich. Ersterer neben letzterem hat nicht nur den praktischen Wert, daß das Gericht aufmerksam gemacht wird, daß hier ein Grund zum Handeln vorliegt, sondern auch a) der Antrag muß geprüft werden, b) darüber muß entschieden werden, c) gegen die Entscheidung steht regelmäßig ein Rechtsmittel zu; nicht nur Mängelrüge oder Aufsichtsbeschwerde, weil die Partei eben auch einen formellen Rechtsschutzanspruch nach Inhalt ihres Antrages hat.

Wird der eigenen oder fremden Initiative zu einer oder mehreren Prozeßhandlungen formell, d. h. überhaupt durch Stellungnahme, entsprochen, so ist das Erledigung. Ein Antrag wird also erledigt, wenn das Gericht eine ihn betreffende Willenserklärung abgibt, mag das auch seine Abweisung sein.

4. Anfechtbare Prozeßhandlungen sind solche, die auf Antrag wieder aufgehoben werden können. Der Antrag kann ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf sein. Grund für die Anfechtung kann der Mangel einer wesentlichen Voraussetzung (z. B. Ausgeschlossenheit eines Richters) sein; dann ist die Prozeßhandlung ungültig. Die Anfechtung entspricht hier der beim anfechtbaren privaten Rechtsgeschäft. Wird aber z. B. die rechtliche Beurteilung oder der formell zulässige Inhalt der Prozeßhandlung angefochten, so ist sie gültig und es besteht nur ein Aufhebungsanspruch wie z. B. bei einem privaten Rücktrittsrecht. Anfechtbar ist eine Prozeßhandlung nur kraft gesetzlichen Grundes. Die Anfechtung ist bald allein, bald nur zusammen mit einer andern Anfechtung zulässig (vgl. § 515 ZPO.).

5. Auch von Amts wegen aufzuhebende Prozeßhandlungen können gültig oder ungültig sein. Ersteres sind widerrufliche Prozeßhandlungen, z. B. prozeßleitende Beschlüsse (§ 425 II ZPO.), die aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgehoben, bzw. abgeändert werden;

letzteres z. B. Prozeßhandlungen im Fall des § 42 JN. oder § 7 ZPO. Nichtig sind Prozeßhandlungen bei Vorliegen eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes.

6. Eine prozessuale Nichthandlung, ein Nichttakt, ist gegeben, wenn die Handlung bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, also in einem Nichtverfahren, erfolgt; wenn sie unerlaubt ist oder keinen Bezug auf einen Prozeß hat (Räuspern); wenn der Richter zur Vornahme solcher Handlungen überhaupt nicht ermächtigt ist (z. B. der Vorsitzende ein Senatsmitglied wegen ordnungswidrigen Benehmens in der Verhandlung zu Haft verurteilt); bei Formlosigkeit trotz Formvorschrift; wenn eine nur auf Antrag vorzunehmende Handlung ohne solchen vorgenommen wird; wenn eine Entscheidung ohne vorausgegangenes Verfahren gefällt wird usw. So gibt es insbesondere Nichturteile und Nichtbeschlüsse; z. B. wenn etwas nicht Beantragtes zugesprochen wird; dazu ist das Gericht „nicht befugt“ (§ 405 ZPO.), es fehlt ihm also die Fähigkeit.

β) Die einzelnen gerichtlichen Handlungen.

Für Kenntnisaufnahme, Übernahme sowie Ausfolgung von Gegenständen und Erlaubniserteilung gilt nichts Besonderes.

1. Prüfung des Prozeßstoffes.

Prozeßstoff ist die Gesamtheit der Grundlagen für eine gerichtliche Willenserklärung. Daher ist nicht Prozeßstoff, was nicht berücksichtigt werden darf; vgl. § 342 II ZPO., aber auch §§ 279 II, 283 III, 309, 332 II, 335 II, 365 II, 368 III ZPO. Bestandteile des Prozeßstoffes sind: 1. Rechtssätze, 2. Tatsachen, 3. Erfahrungssätze. Es gibt verschiedene Möglichkeiten für das Gericht, den Prozeßstoff zu erlangen: I. Nur durch die Parteien (Verhandlungsmaxime). Ihnen ist überlassen, was sie vorbringen, und nur das darf das Gericht verwenden; es darf den Prozeßstoff nicht aus eigenem vermehren (älteres Recht). II. Nur durch die eigene Tätigkeit (Untersuchungsmaxime, Inquisitionsmaxime). Die Parteien können diesbezüglich das Gericht nur unverbindlich anregen. III. Partei und Gericht tragen den Prozeßstoff zusammen (Sammelmaxime, Gemischte Maxime). Das Gericht muß prüfen, was die Parteien vorbringen und hat es nötigenfalls zu berichtigen und zu ergänzen. IV. Beschränkte Sammelmaxime: Das Gericht darf eigene mögliche Grundlagen nur beschränkt verwenden, im übrigen aber nur das, was die Parteien vorbringen; oder auch: das Gericht braucht nicht den ganzen von den Parteien vorgebrachten Prozeßstoff zu verwenden.

Im einzelnen: a) Rechtssätze hat das Gericht arg. § 271 ZPO. grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln; Parteimitwirkung ist möglich. Also besteht Sammelmaxime. Das gilt auch für ausländisches Gewohnheitsrecht, Privilegien und Statuten, soweit das Gericht keine Kenntnis davon hat (§ 271 ZPO.). Die Parteien können diesbezüglich Beweis erbringen, doch treffen sie keine Säumnisfolgen, wenn sie es

nicht tun. Das Gericht hat die Ermittlungen, nötigenfalls mit Hilfe des BMfJ. vorzunehmen. Insoweit ist § 33 abGB. durch § 271 ZPO. abgeändert. Im Zweifel ist stets allgemeines österreichisches Recht anzuwenden.

b) Tatsache ist ein Geschehen oder Nichtgeschehen, eine Veränderung oder Beharrung in der Außenwelt oder seelisch. Wesentlich ist aber immer die Individualisierung (Konkretisierung). Daß dieser Jugendliche gern Karl May liest, ist eine Tatsache, das Jugendliche gerne Karl May lesen, ein Erfahrungssatz. Bezüglich der Tatsachen herrscht grundsätzlich beschränkte Sammelmaxime. Die Beschränkungen sind: 1. Das Gericht kann in manchen Fällen Vorbringen der Partei wegen Verschleppungsabsicht zurückweisen (vgl. § 179 I ZPO.). 2. Präklusion im vorbereitenden Verfahren (§§ 254 II, 263 ZPO.). 3. Beweisersatz. 4. Beschränkung der Beweismittel. 5. Sonstige unbeachtliche Beweise. 6. Gesetzliche Beweisregeln. 7. Verzicht und 8. Anerkenntnis entziehen dem Gericht die Überprüfung der Richtigkeit von Behauptungen, sogar wenn ihm diese als unrichtig bekannt sind.

Unbeschränkte Sammelmaxime herrscht aber bezüglich aller von Amts wegen wahrzunehmenden Tatsachen.

Dazu gehören insbesondere: 1. Mangel von Prozeß- und 2. Klagevoraussetzungen. 3. Nichtigkeitsgründe. 4. Ausgeschlossenheit auch anderer Personen als des Richters. 5. Gegenseitigkeit. 6. Die Eigenschaft einer Urkunde, öffentlich zu sein. 7. Ihre Echtheit. 8. Protokollinhalt. 9. Beweisersatz, aber auch 10. materielle Rechtshindernisse: Unerlaubtheit oder Unmöglichkeit des Begehrten, überhaupt 11. zwingendes Prozeß- und materielles Recht, insbesondere auch die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Ehe oder das Fehlen — nicht das Vorhandensein — eines Trennungsgrunds.

c) Erfahrungssätze sind entweder Abhängigkeiten („Gesetze“, also ausnahmslos geltend) oder allgemeine Regeln, die Ausnahmen haben. Erfahrungssätze sind, wie erwähnt, zum Unterschied von Tatsachen allgemein, abstrakt. Das Gesetz erwähnt sie nicht ausdrücklich, sondern vermengt sie mit den Tatsachen; denn nach § 270 ZPO. bedürfen „Tatsachen“, für die es eine gesetzliche Vermutung gibt, keines Beweises. Nun kann es begrifflich eine allgemeine gesetzliche Vermutung nur für Allgemeines, also für Erfahrungssätze, nicht für Tatsachen geben. Daher müssen wir den Ausdruck „Tatsachen“ in den §§ 266, 269 ZPO. gleichfalls dahin verstehen, daß auch Erfahrungssätze darunterfallen. Die gesetzliche Vermutung selbst ist aber kein Erfahrungssatz, sondern eine rechtliche Fiktion, also in Wahrheit eine Verweisung.

Für Erfahrungssätze gilt beschränkte Sammelmaxime. In Betracht kommt privates Wissen des Richters (vgl. § 364 ZPO.), Beweis durch Sachverständige (§§ 351 ff. ZPO.), und wenn eine Partei allein sachverständig ist, durch Parteivernehmung. Im Eheverfahren herrscht auch hier unbeschränkte Sammelmaxime (§ 14 HD. v. 23. VIII. 1819; § 10 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283).

2. Wissenserklärungen.

A) **Mitteilungen** erfolgen nur in den vorgeschriebenen Fällen. So insbesondere auch die Rechtsbelehrung (vgl. § 145 I ZPO.), was sich schon daraus ergibt, daß eine rechtliche Pflicht nur kraft besonderer Rechtsvorschrift besteht; vgl. z. B. §§ 60 III, 131 II, 165 III, 185, 198 II, III, 254 I, 338 I, 435 ZPO. usw. Die Rechtsbelehrung erfolgt an den Anwesenden mündlich, sonst schriftlich.

Die Wirkung jeder Mitteilung bestimmt sich nach der Empfangstheorie, tritt also ein, sobald die Wahrnehmung nur mehr vom Adressaten abhängt. Ausnahmen: 1. Ersatzzustellung; 2. Zustellungsersatz, wo nicht einmal Empfang nötig ist; 3. Entscheidungsverkündung (vgl. § 416 II ZPO.), wenn kein Zuhörer anwesend ist; 4. ebenso bezüglich der Parteiwirkung, wenn die betreffende Partei abwesend ist.

Zu den Mitteilungen gehört auch die Ausfolgung von Abschriften und Auszügen aus den Akten (vgl. §§ 206, 219, 254, 418 III, 430, 442 II ZPO.). Zu unterscheiden ist die Mitteilung als Wissenserklärung von der zugestellten Erklärung, die meist Willenserklärung ist.

Die **Zustellung** ist die wichtigste Mitteilungsart; sie ist (§ 89 ZPO.) die schriftliche Mitteilung von: 1. Urteilen, 2. Beschlüssen, 3. Ladungen, 4. Schriftsätzen, 5. (vgl. § 90 ZPO.) Protokollsabschriften. Die Aufzählung ist erschöpfend. Die mitgeteilte Ausfertigung ist die Zustellsache. Die Partei, durch deren Prozeßhandlung die Zustellung veranlaßt wird, heißt betreibende Partei (§ 112 I ZPO.).

I. Im allgemeinen. Grundsätzlich ist denkbar: α) Zustellung von Amts wegen; β) es ist der betreibenden Partei überlassen, die Zustellsache bei Gericht abzuholen und aa) auf privatem Wege (englisches System) oder bb) durch einen besonders dafür bestimmten Beamten (französisches System) zustellen zu lassen. Nach der ZPO. erfolgen Zustellungen grundsätzlich von Amts wegen (§ 87). Ausnahmen: α) Ist jede Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten, bzw. selbst Rechtsanwalt, so kann der Anwalt der betreibenden Partei auch im Parteiprozeß die bei Gericht gegen Empfangsbestätigung behobene Zustellsache dem Gegenanwalt durch Boten oder Post übersenden, wenn beide Anwälte dazu bei Gericht ihre Zustimmung erklärt haben. Die etwaigen Mehrkosten trägt die betreibende Partei (§§ 112f. ZPO.). β) § 283 ZPO.

II. Die Zustellungsart bestimmt im Rahmen der Vorschriften das Gericht, dem die Zustellsache gehört (§ 89 I ZPO.). Die Bewirkung erfolgt durch die Geschäftsstelle (§ 16 JN.). Kann nicht mit Sicherheit erwartet werden, daß diese das Erforderliche von selbst ordnungsgemäß ausführt, so erläßt der Richter (Vorsitzende) eine Zustellverfügung, eine Weisung oder beides (§§ 89 ZPO., 131ff. GeO.). Erstere ist eine Verfügung über den Weg der Zustellung oder über die Herstellung und Verwendung besonderer Ausfertigungen, letztere ein Vermerk über die aktenmäßige Behandlung, z. B. „dringend“, „vor Absendung an . . .“, „St“ (Ausfertigung in gekürzter Form), „ZA“ (Zahlungsauftrag). Eine Zustellverfügung ist insbesondere nötig, wenn schon bei Beschlußfassung

Zustellung an Sonn- und Feiertagen oder in der Nacht für zulässig erklärt oder angeordnet wird, wenn eine Zustellung nach §§ 96, 107, 112, 115 oder 116 ZPO. erfolgen soll, bei Zustellung eines Beschlusses über Entschädigung für ungerechtfertigte Haft oder Verurteilung usw. Das Gericht überwacht die Zustellung. Gibt das Verhalten des Zustellers zu Beschwerde Anlaß, so hat der Vorsitzende, der mit der Aufsicht über die Geschäftsstelle betraute Richter oder der Gerichtsvorsteher einzuschreiten. „Der Beschwerdegrund kann mündlich angezeigt werden“ (§ 91 ZPO.). Die Geschäftsabteilung hat das Eintreffen des Zustellausweises, d. i. der Bestätigung über die ordnungsmäßig erfolgte Zustellung, zu überwachen, bei Nichteintreffen zu reklamieren oder richterliche Weisung einzuholen (§ 143 GeO.). Zustellausweis ist bei Postzustellung der Rückschein, sonst der Zustellschein, d. i. die Beurkundung der Zustellung durch den Zusteller (§ 110 ZPO.), im Ausland durch die ersuchte Behörde (Zustellstelle) (§ 122 ZPO.). Kein Zustellausweis ist nötig bei Ladung einer Partei zur Beseitigung eines Formgebrechens, Erteilung einer Auskunft, persönlichem Erscheinen bei der Verhandlung oder zum Vergleichsversuch, Verständigung von der Armenrechtsbewilligung, der Vorlage eines Rechtsmittels oder der Verfügung über die Rechtsmittelschrift, Zustellung der Rechtsmittelgegenschrift, Ladung von Zeugen und Sachverständigen, die voraussichtlich kommen werden, Zustellung an öffentliche Behörden, die nicht „Parteien“ — soll wohl heißen Parteivertreter — sind (§ 128 GeO.) usw. In allen diesen Fällen kann auch bloß der Fernsprecher benützt werden.

III. Zustellstelle ist die Stelle, der die Zustellung obliegt, z. B. die Gemeinde, die Post, das ersuchte Bezirksgericht, Zustellorgan, Zusteller die sie tatsächlich vollziehende Amtsperson.

a) Im Inland ist regelmäßig die Post Zustellstelle (§ 88 I S. 1 ZPO., §§ 154f. GeO.) Ausnahmen: α) Zustellungen bei einer Exekutionshandlung, Hausdurchsuchung, Vorführung oder Verhaftung sowie an einen Verhafteten (Gefangenen) erfolgen durch den amtshandelnden, bzw. beaufsichtigenden Richter oder Beamten. β) Besteht für den Zustellungsort oder zur Zustellzeit kein Postzustelldienst, käme durch die Post die Zustellung oder der Zustellausweis zu spät, ist der Zustellungsempfänger oder seine Anschrift nicht genau bekannt und soll das erst der Zusteller ermitteln, so wird innerhalb des Gerichtsorts durch Gerichtsbeamte, sonst auch durch die Gemeindevorstellung zugestellt, außerhalb des Gerichtssprengels aber nur wenn bekannt ist, daß die Gemeinde gerichtliche Zustellungen bewirkt. Gemeindevorstellungen dürfen nur mit allgemeiner oder fallweiser Genehmigung des OLG.-Präsidenten in Anspruch genommen werden, der sich bei bisher noch nicht allgemein genehmigten Gemeinden, landesunmittelbare Städte ausgenommen, mit dem Landeshauptmann ins Einvernehmen setzen soll (§ 88 II ZPO. mit Art. 124 BV.; § 158 I GeO.). Zusteller ist dann ein Gemeindeangestellter. Soweit die Gemeinde nicht in Anspruch genommen werden darf oder die Mitwirkung verweigert, muß die Zustellung durch Gerichtsbeamte erfolgen. γ) Zustellungen außer-

halb des Gerichtssprengels erfolgen, wenn sie nicht durch die Gemeinde geschehen können, durch das ersuchte zuständige Bezirksgericht. *δ*) Zustellung durch Gerichtsbeamte erfolgt bei Zweckmäßigkeit auch in der unmittelbaren Umgebung des Gerichtshauses und an nahe gelegene Amtsstellen und Notariatskanzleien (§ 154 III GeO.). *ε*) Meldet sich der Zustellungsempfänger rechtzeitig zur Empfangnahme bei Gericht, so erhält er die Zustellsache gegen Legitimation und Empfangsbestätigung unmittelbar ausgefolgt (§ 114 ZPO.). *ζ*) Zustellung an Exterritoriale oder Personen in deren Wohnung geschehen durch Vermittlung des Bundeskanzleramtes (§ 32 III, IV JN., § 119 I ZPO.). *η*) Zustellungen an Militärpersonen des Präsenzdienstes, Offiziere ausgenommen, erfolgen grundsätzlich durch das zunächst vorgesetzte Kommando (§ 92 I ZPO.). Ladungen im Beweisverfahren aber an alle Militärpersonen des Präsenzdienstes durch das vorgesetzte Kommando oder das nächste Ortskommando (§§ 330 I, 367, 380 ZPO.). *θ*) Zustellungen an Gendarmeriebeamte vom Gendarmen bis zum Gendarmeriebezirksinspektor erfolgen grundsätzlich durch den zunächst vorgesetzten Chef der Behörde (§ 92 I ZPO. mit Vdg. v. 28. IX. 1933, B. 460). Ladungen im Beweisverfahren erfolgen aber an selbständige Kommandanten direkt, während solche an alle Gendarmerieangehörigen durch deren Vorgesetzte geschehen (§§ 330 II, 367, 380 ZPO.). *ι*) Das gleiche gilt bezüglich der Ladungen im Beweisverfahren für die Sicherheitswache (l. c.).

Zustellungen in Gebäuden, die der Heeresverwaltung gehören oder von der bewaffneten Macht besetzt sind, geschehen nach vorläufiger Anzeige an den Gebäudekommandanten unter Zuziehung einer von ihm beigegebenen Militärperson (§ 92 II ZPO.).

b) Im Auslande. *α*) An exterritoriale Österreicher erfolgen Zustellungen durch das Bundeskanzleramt (§ 120 ZPO.). *β*) An andere Personen nach den bestehenden Staatsverträgen durch die österreichischen Vertretungs- und Konsularbehörden oder die zuständige ausländische Behörde.

Wer Zusteller ist, bestimmt sich nach den besonderen Vorschriften.

IV. Zustellungszeit. Die Zustellung durch die Post geschieht nach den für sie geltenden Vorschriften. Im übrigen wird grundsätzlich an Werktagen in der Zeit von 6 bis 22 Uhr zugestellt. Zustellungen an Sonn- oder Feiertagen sind nur durch die Post oder sonst mit Erlaubnis des Richters (Vorsitzenden) oder des Vorstehers des Prozeßgerichts oder des Bezirksgerichts, in dessen Sprengel die Zustellung geschehen soll, bzw. ihrer Vertreter (Anm. 3 zu § 25 GeO.) gestattet. Die Erlaubnis ist nur zu erteilen, wenn sonst die Zustellung nicht oder nicht rechtzeitig möglich wäre (§ 159 IV GeO.) und auf dem zuzustellenden Schriftstück ersichtlich zu machen. Sie und ihre Verweigerung sind nicht mit Rekurs anfechtbar. Der Prozeßgerichtsvorsteher ist nicht berechtigt, die vom Richter (Vorsitzenden) verweigerte Erlaubnis nachträglich zu erteilen (Anm. 6 zu § 25 GeO.). All das Gesagte gilt auch für Zustellung zur Nachtzeit (§ 100 ZPO.) also von 22 bis 6 Uhr (§ 26 GeO.).

V. Zustellungsort ist der geographische Ort (Ortschaft) (§ 101 ZPO.) der Anschrift des Zustellungsempfängers. Er ergibt sich für die Parteien aus den Schriftsätzen (§ 75, Z. 1 ZPO.), bzw. protokollarischen Anbringen (§ 79 ZPO.), für andere aus den Beweisanträgen oder (§ 183 ZPO.) amtlichen Ermittlungen. Innerhalb desselben ist Ort der Zustellung nach Wahl des Gerichts, der Zustellstelle oder des Zustellers (in dieser Reihenfolge) die wenn auch nur zeitweilige (Hotelzimmer) Wohnung oder Berufsstätte des Zustellungsempfängers; bei Anwälten und Notaren nur die Kanzlei. Anderswo kann nur mit Zustimmung des Empfängers zugestellt werden (vgl. auch § 114 ZPO.). In Ermangelung einer Wohnung oder Berufsstätte am Zustellungsort kann dem Empfänger zugestellt werden, wo er angetroffen wird (§ 101 ZPO.) und der Ort passend erscheint; also z. B. nicht in der Kirche.

VI. Zustellungsempfänger ist, wem die Zustellsache ursprünglich zu übergeben ist:

a) Ein Prozeßfähiger.

b) Ein gesetzlicher oder gewillkürter allgemeiner Vertreter; so auch das Organ einer juristischen Person: für den Bund und gewisse andere juristische Personen die Finanzprokuratur oder ihre Vertreter; bei der betreffenden Behörde der zur Empfangnahme bestellte Beamte (§ 105 ZPO.); die gesetzlichen oder sonst nach besonderen Vorschriften berufenen Vertreter von Gemeinden und privaten Körperschaften (Art. IV, Z. 2 EGZPO.; § 105 ZPO.). Besteht Prozeßvollmacht, so kann regelmäßig (Ausnahme § 375 II ZPO.) nur dem namhaft gemachten Bevollmächtigten wirksam zugestellt werden (§ 93 I, 480 III ZPO.). Das gilt insbesondere auch für die Finanzprokuratur. Daß in Rechtssachen des Handelsgewerbes auch dem Prokuristen zugestellt werden kann (§ 93 II ZPO.), würde schon Art. 42 HGB. ergeben; § 93 II ZPO. schränkt es auf das konkrete Handelsgewerbe ein.

c) Der Schriftenempfänger ist nur für den Empfang der Zustellsachen bestellt. Er schließt wirksame Zustellung an den von ihm vertretenen Zustellungsempfänger nicht aus, wenn sie tatsächlich möglich ist:

α) Zustellungskurator. 1. Für Personen unbekanntem Aufenthalts, wenn der Grund nicht Wohnungsänderung während des Prozesses ist (§ 111 II ZPO.) und die Person infolge der Zustellung eine Prozeßhandlung zur Wahrung ihrer Rechte vorzunehmen hätte, insbesondere bei Zustellung einer Ladung (§ 116 ZPO.). Die Bestellung des Kurators, sein Name und Wohnort, ein Auszug aus der Zustellsache sowie die Bezeichnung des Prozeßgerichts und der Streitsache werden durch ein Edikt bekanntgemacht, das die Bemerkung enthält, daß der Abwesende bis zum eigenen Auftreten oder Namhaftmachung eines Bevollmächtigten auf seine Gefahr und Kosten durch den Kurator vertreten werde. Nebst Anschlag an der Prozeßgerichtstafel ist einmalige Kundmachung in der für amtliche Bekanntmachungen des Prozeßgerichts bestimmten Zeitung vorgeschrieben. Wenn zweckmäßig und nicht unverhältnismäßig teuer, kann auf Antrag oder von Amts

wegen auch mehrmalige Kundmachung oder Kundmachung auch in anderen Zeitungen angeordnet werden (Vorsitzender; kein Rekurs). Die Durchführung erfolgt von Amts wegen. In Rechtssachen bis zu 200 S kann statt der Ediktseinschaltung die ortsübliche Kundmachung geschehen (§ 117 ZPO.). Die Zustellung ist mit dem Anschlag und der Übergabe der Zustellsache an den Kurator vollzogen (§ 118 I ZPO.).

2. Für Exterritoriale oder in der Wohnung eines solchen Befindliche, wenn die Zustellung durch Vermittlung des Bundeskanzleramtes nicht möglich ist. Der Kurator hat seine Bestellung, den Inhalt der Zustellsache, das Prozeßgericht und die Streitsache dem Vertretenen mitzuteilen, unter den Voraussetzungen des § 116 aber nach § 117 ZPO. vorzugehen. Doch ist die Zustellung hier stets mit der Übergabe an den Kurator vollzogen.

In beiden Fällen erfolgt die Kuratorbestellung auf Antrag oder von Amts wegen (§§ 116, 119 ZPO.).

3. Wenn die Bestätigung über die Zustellung im Ausland — angenommen an exterritoriale Österreicher — nicht binnen angemessener Zeit einlangt, die Zustellung vergeblich versucht wurde oder das Ersuchen wegen offenkundiger Rechtshilfeverweigerung der ausländischen Behörde keinen Erfolg verspricht, auf Antrag der betreibenden Partei (§ 121 II ZPO.).

Diese bestreitet auch in allen Fällen vorläufig die Kosten der Bekanntmachung und Bestellung (§§ 118f., 121 ZPO.). Ebenso die Kosten der Tätigkeit des Kurators; diese belasten den Abwesenden (§ 117 I ZPO.).

4. Nach § 276 abGB., wenn die Zustellung nach der ZPO. zu spät käme und der Empfänger durch Fristablauf Nachteil erleiden würde. Die Kosten bestreitet hier vorläufig die betreibende Partei (§ 10 ZPO.).

β) Ein Zustellungsbevollmächtigter ist nach der ZPO. in den Fällen der §§ 94 bis 99 gegeben. Die Bestellung erfolgt

1. durch den Zustellungsempfänger a) kraft gesetzlicher Vorschrift: Streitgenossen ohne gemeinsamen Vertreter müssen bei der ersten Prozeßhandlung einen am Prozeßgerichtsort Wohnhaften oder einen aus ihrer Mitte, der wenigstens im Gerichtshofsprengel des Prozeßgerichts wohnt und bei dem eine regelmäßige Postzustellung durch Postbedienstete möglich ist, als Zustellungsbevollmächtigten bestellen, widrigenfalls auf Antrag des Gegners ein am Prozeßgerichtsort Wohnhafter auf Gefahr und Kosten der Streitgenossen mit Beschluß (Vorsitzender; kein Rekurs) bestellt wird (§ 97 ZPO.).

b) Über richterlichen (Vorsitzender; kein abgesonderter Rekurs) Auftrag auf Antrag oder von Amts wegen mit Fristbestimmung, widrigenfalls die Folgen nach § 96 ZPO. eintreten, wenn die Partei — nicht aber z. B. ihr Anwalt — außerhalb des Gerichtshofsprengels des Prozeßgerichts ihren Wohnsitz hat oder nimmt (§ 95 ZPO.).

In beiden angeführten Fällen lebt die Verpflichtung wieder auf, wenn der Bestellte seine Vollmacht kündigt (vgl. § 36 ZPO.) oder durch Widerruf, Tod oder sonst verliert.

c) Freiwillig.

Der Zustellungsbevollmächtigte muß in den Fällen b) und c) am Prozeßgerichtsort wohnen.

2. Durch das Gericht (§ 97 ZPO.).

3. Zustellungsbevollmächtigter des streitgenössischen Nebenintervenienten ist (§ 98 ZPO.) grundsätzlich die Hauptpartei ohne Rücksicht auf ihren Wohnort, bzw. ihr Vertreter, der es schon zur Zeit des Beitritts des Nebenintervenienten war. Partei und Intervenient können aber stets einvernehmlich ohne gerichtliche Zustimmung einen andern bestellen. Sonst hat das Gericht auf Antrag des Intervenienten jederzeit nach § 97 ZPO. einen Zustellungsbevollmächtigten für ihn und die Hauptpartei zu bestellen.

Gemeinschaftlichen Zustellungsbevollmächtigten mehrerer sind so viele Exemplare der Zustellsache zuzustellen, als Vertretene vorhanden sind (§ 94 II ZPO.). Bei sonstigen gemeinschaftlichen Vertretern, z. B. dem gemeinsamen Anwalt mehrerer Streitgenossen, genügt die Zustellung einer Zustellsache; ebenso bei mehreren Vertretern die Zustellung an einen derselben (§ 90 I ZPO.). Bei Abschriften von Schriftsatz- oder Protokollsbeilagen genügt stets die Zustellung eines Exemplars (§§ 90 II, 94 II ZPO.).

Der Zustellungsbevollmächtigte muß im Zweifel die Zustellsache dem oder den Vertretern ohne Aufschub übersenden und bei mehreren Vertretern die Beilageabschriften verwahren, den Vertretenen aber Einsicht- und weitere Abschriftnahme gestatten (§ 99 ZPO.).

Zustellungsempfänger haben jeden Wohnungswechsel während des Prozesses dem Gerichte bekanntzugeben (§ 111 I ZPO.).

VII. Ersatzzustellung ist wirksame Zustellung an einen, der zur Zeit, da der Zusteller im Begriff ist, die Zustellung vorzunehmen, weder Zustellungsempfänger noch Zustellungsbevollmächtigter ist. Sie erfolgt wegen der Unmöglichkeit der Zustellung an den eigentlichen Zustellungsempfänger oder Vertreter. Hierher gehören die — und nur die (vgl. Überschrift vor § 102 ZPO.) — in den §§ 102f., 105 ZPO. geregelten Fälle (§ 104 ZPO. handelt von einem Zustellungsersatz).

α) Wird der Zustellungsempfänger in der Wohnung nicht angetroffen, so kann der Zusteller die Zustellsache jedem ihm bekannten in der Wohnung befindlichen erwachsenen, zur Familie gehörigen Hausgenossen oder in der Familie Dienenden, mag dieser auch auswärts wohnen, übergeben und wenn auch solche Personen nicht angetroffen werden, dem im selben Haus wohnenden Vermieter (auch Untervermieter) oder einer von diesem bestellten ebenda wohnenden Aufsichtsperson, wenn die letzteren zur Annahme bereit sind (§ 102 ZPO.). „Erwachsen“ heißt nicht notwendig großjährig. „Bekannt“ bedeutet nur, daß der Zusteller weiß, daß die Person die erwähnten Eigenschaften hat.

β) Wird der Zustellungsempfänger an seiner Berufsstätte nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen daselbst anwesenden Erwachsenen geschehen, von dem der Zusteller weiß, daß er zur Familie des Zustellungsempfängers gehört oder in dessen Betrieb bedienstet ist. Bei einem Rechtsanwalt oder Notar kommt jeder dem Zusteller als solcher

bekannte Angestellte oder Bedienstete in Betracht. Die Ersatzzustellung nach α) oder β) ist unzulässig, wenn sie an einen Prozeßgegner erfolgte (§ 103 ZPO.).

γ) Ist dem Zusteller ein Zustellungsempfänger nach § 105 ZPO. nicht bekannt, so kann die Zustellung an jeden ihm als solcher bekannten im betreffenden Lokal anwesenden Beamten oder Bediensteten der juristischen Person erfolgen (§ 105 ZPO.).

δ) Zustellsachen bezüglich Realisierung von Hypothekarforderungen von Anstalten, die unter staatlicher Aufsicht Kreditgeschäfte betreiben, insbesondere von Sparkassen, können, Zahlungsbefehle ausgenommen, in Abwesenheit des Gutseigentümers auch dem Verwalter oder Pächter zugestellt werden (Art. IVe, Vdg. v. 28. X. 1865, R. 110 mit Art. IX EGZPO. und Art. V EGJN.).

Die Zulässigkeit der Ersatzzustellung wird durch die Zustellverfügung „weiß“ ausgedrückt (§ 129 II GeO.).

VIII. Zustellungsersatz (fingierte Zustellung) ist ein Vorgang, bei dem die Zustellsache nicht an eine Person als Vertreter des Zustellungsempfängers übergeben wird.

α) Mündliche Verkündigung einer gerichtlichen Willenserklärung, die den Parteien nicht von Amts wegen schriftlich zugestellt werden muß (§§ 426 III, 452 II ZPO.).

β) Auf Antrag öffentliche Bekanntmachung der Zustellsache durch Anschlag an der Prozeßgerichtstafel während 30 Tagen oder der vom Gericht festgesetzten längeren Frist, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Aufenthalt — nicht bloß die Wohnung (§ 101 II ZPO.) — des Zustellungsempfängers unbekannt ist, ohne daß der Grund Wohnungsänderung während des Prozesses wäre (§ 111 II ZPO.) oder der Zustellungsempfänger zur Wahrung seiner Rechte eine Prozeßhandlung vornehmen müßte (§ 116 ZPO.). Der Zustellungsempfänger kann aber schon vor Fristablauf die Zustellsache bei Gericht abholen. Unversehrt bleiben des Anschlags ist nicht erforderlich. Ist die Wohnung oder Berufsstätte des abwesenden Zustellungsempfängers bekannt, so ist nach §§ 102ff. ZPO. vorzugehen. Auch der nach § 119 ZPO. bestimmte Kurator und die betreibende Partei nach § 121 II ZPO. können bei Vorliegen der Voraussetzungen die öffentliche Bekanntmachung beantragen. Über den nicht in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag entscheidet das Gericht (Vorsitzender) ohne solche (§ 115 ZPO.).

γ) Zurücklassung der Zustellsache am Ort der Zustellung, weil der Zustellungsempfänger die Annahme ohne gesetzlichen Grund verweigert (§ 109 ZPO.), insbesondere auch, weil er das Porto nicht zahlen will.

δ) Übergabe der Zustellsache mit der letztbekannten inländischen Parteianschrift an die Post, auch wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt, wenn postalische Zustellung zulässig ist und die Partei einem Auftrag nach § 95 ZPO. nicht nachkommt (§ 96 ZPO.).

ϵ) Hinterlegung der Zustellsache beim Postamt des Zustellungsorts, wenn die Zustellung durch die Post zu vollziehen war und weder Zustellung noch Ersatzzustellung möglich ist. Hat also der Empfänger

Wohnung und Berufsstätte am Zustellungsort, so muß die Zustellung bei beiden versucht werden. Zu bemerken ist ferner, daß, wenn der Zustellungsempfänger im Inland verreist ist und ihn die Zustellsache rechtzeitig erreichen kann, die Post sie ihm nachsendet. Überhaupt ist stets auch Zustellung an die Partei selbst zulässig (arg. „können“ § 96 I ZPO.). Die Hinterlegung ist durch Anschlag an der Wohnungs- oder Geschäftstür sowie nach Tunlichkeit durch mündliche Mitteilung in der Nachbarschaft bekanntzumachen. Der Anschlag an der Eingangstür eines geschlossenen Geschäftslokals darf nur an einem Werktag geschehen. Unversehrtbleiben des Anschlags ist nicht erforderlich (§ 104 ZPO., der insofern einen Widerspruch enthält, als er diesen Vorgang im Abs. 1 als Zustellung erklärt — „kann sie dadurch erfolgen“ — und ihm im Absatz 3 „die Wirkung der Zustellung“ zuspricht). Die Hinterlegung bei der Post kann auch nach §§ 106 II, 109 ZPO. erfolgen, wenn Zurücklassung der Zustellsache am Ort der Zustellung nicht möglich ist; ebenso nach § 111 II ZPO. wegen Unterlassung der Anzeige vom Wohnungswechsel, wenn daher der Zustellungsempfänger unauffindbar ist. Letzterenfalls geschieht aber statt des Türanschlags und der mündlichen Mitteilung an die Nachbarn nur eine solche an den im Hause wohnhaften Vermieter oder eine von diesem bestellte ebenda wohnhafte Aufsichtsperson.

ζ) Die Hinterlegung beim Gemeindevorsteher des Zustellungsorts — in Wien und Graz bei der Bezirksvorstehung (§ 160 V GeO. mit Vdg. v. 7. X. 1897, R. 245) — erfolgt statt der Posthinterlegung (ε), wenn die Zustellung nicht durch die Post zu vollziehen war (§§ 104, 106 II, 109, 111 II ZPO.), auch wenn die Gemeinde als Zustellstelle nicht zu verwenden ist.

η) Statt der Übergabe an die Post (δ) erfolgt, wenn Postzustellung unstatthaft oder unmöglich ist, Hinterlegung beim Prozeßgericht und Verständigung der Partei, daß eine solche fortan mit Zustellungswirkung geschehen werde (§ 96 II ZPO.). Die Wirkung der Zustellung tritt mit dem Empfang der Verständigung ein.

θ) Ist die oben erwähnte Ersatzzustellung bei Kreditanstalten wegen Abwesenheit auch der Ersatzpersonen nicht möglich, so genügt auch Anschlag an der Wohnungstür eines Gutseigentümers, Verwalters oder Pächters.

IX. Zustellung zu eigenen Händen (Eigenhandzustellung).

α) Fälle: 1. Klage (§ 106 ZPO.). 2. Ladung der Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei (§ 155 IV ZPO.); 3. Zahlungsauftrag (§§ 550 III, 559 ZPO.); 4. Auftrag auf Übergabe oder Übernahme der Bestand- oder Teilpachtsache (§§ 564 I, 567 III, 576 ZPO.); 5. bedingter Zahlungsbefehl (§ 7 Ges. v. 27. IV. 1873 R. 67 mit Art. XXVIII EGZPO.).

β) Die Zustellverfügung geschieht durch das Wort „blau“ oder einen Blaustiftstrich (§ 129 II GeO.).

γ) Der Vollzug weicht in folgendem von der gewöhnlichen Zustellung ab:

1. Zustellung an gewillkürte Vertreter ist nur wirksam, wenn diese zum Empfang von Eigenhandzustellungen bevollmächtigt sind; so an den

Prokuristen, was § 106 I ZPO. noch ausdrücklich ausspricht. Vgl. auch § 31 I, Z. 1 ZPO. „Empfangnahme“. Gewöhnliche Postvollmacht ohne diesbezüglichen Beisatz genügt also nicht. Wer verpflichtet ist, einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen, muß ihn mangels gesetzlicher Vorschrift nicht auch zum Empfang von Eigenhandzustellungen bevollmächtigen. Der gerichtlich bestellte ist kein tauglicher Empfänger von Eigenhandzustellungen.

2. Kann die Eigenhandzustellung beim ersten Versuch nicht vollzogen werden, so ist der Zustellungsempfänger durch eine in seiner Wohnung oder Berufsstätte zurückzulassende oder, falls sie verschlossen sind, an deren Eingangstür zu befestigende schriftliche Anzeige aufzufordern, an einem ihm zu bestimmenden Tag und Stunde in dem betreffenden Lokal anwesend zu sein. Mündliche Benachrichtigung eines Hausgenossen reicht ebensowenig aus wie Übergabe der schriftlichen Anzeige an ihn außerhalb der Wohnung, Einwurf in den Wohnungsbriefkasten, in ein Loch in der Tür (strittig) oder Schieben unter die Tür, außer bei Befestigung durch eine Siegelmarke; denn die Zurücklassung im Lokal reicht nicht aus, wenn es verschlossen ist (§ 106 II ZPO.). Bei Nichtbefolgung der Aufforderung durch den Zustellungsempfänger ist nach § 104 ZPO. vorzugehen (Zustellungsersatz). Unversehrtbleiben des Anschlags ist nicht erforderlich. Hätte die Zustellung durch die Post oder den Gerichtsbeamten (nicht durch Gemeindeangestellte) erfolgen sollen und könnte die neuerliche Zustellung wegen zu großer Entfernung oder schwieriger Zugänglichkeit des Zustellungsorts nicht bald vorgenommen werden, so kann (§ 107 I ZPO.) die Zustellsache ohne zweiten Versuch dem Gemeindevorsteher zur Zustellung übergeben werden (Zustellverfügung, § 107 III ZPO.), wenn die Gemeinde nicht als Zustellstelle ausgeschlossen ist. Sonst ist nach § 106 II ZPO. vorzugehen. Ist aber die Zustellsache dem Gemeindevorsteher übergeben worden und kann die Eigenhandzustellung trotzdem innerhalb vier Wochen darnach nicht erfolgen, so hat der Gemeindevorsteher den Zustellungsempfänger durch Anschlag an der Eingangstür von dessen Wohnung oder Berufsstätte und mündliche Mitteilung an die Nachbarn zu verständigen, daß die Zustellsache bei ihm liege. Der Tag des Anschlags gilt als Tag der Zustellung (Zustellungsersatz, § 107 II ZPO.).

3. Ersatz durch mündliche Verkündung ist nicht vorgesehen.

4. Ebensowenig Ersatzzustellung nach § 96 ZPO.

5. An die Stelle des § 104 treten eben §§ 106f. ZPO. Die besonderen Bestimmungen für staatlich beaufsichtigte Kreditanstalten gelten auch für Eigenhandzustellungen.

X. Die fehlerhafte, d. i. vorschriftswidrige Zustellung bewirkt Nichtigkeit nur, wenn dadurch einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, entzogen wurde (§ 477 I, Z. 4 ZPO.). Sie selbst ist in der Regel ein Nichtakt. War aber dem Empfänger die Vornahme der durch die Zustellung zu ermöglichenden Prozeßhandlung trotz fehlerhafter Zustellung möglich, hat er sie insbesondere sogar vorgenommen, die Zustellsache wirklich empfangen oder die ihm mögliche Kenntnisaufnahme

derselben absichtlich unterlassen oder verzögert, so ist der Mangel geheilt. Ebenso die Zustellung an den Prozeßfähigen durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Dagegen ist die Zustellung an die Partei im Anwaltsprozeß nach erteilter Prozeßvollmacht dauernd unwirksam, weil Postulationsunfähigkeit durch Genehmigung nicht geheilt wird.

XI. Fehlzustellung ist Zustellung an einen andern als den Zustellungsempfänger ohne Beobachtung der Vorschriften für Ersatzzustellung und Zustellungersatz. Dem Zustellungsempfänger ist also nicht zugestellt worden, weshalb für ihn die Rechtsfolgen der Zustellung, insbesondere Säumnisfolgen, nicht eintreten. Derjenige aber, dem tatsächlich zu Unrecht zugestellt wird, kann die Annahme verweigern. Tut er es nicht, so kann er bei Vorliegen eines Haftungsgrunds, insbesondere Verschuldens, schadenersatzpflichtig werden. Wird aber ein verfahrenseinleitender Schriftsatz einer Person zugestellt, die mit dem richtigen Zustellungsempfänger gleichnamig ist und gleiche im Schriftsatz genannte Anschrift hat, so wird die Sache dem unrichtigen Empfänger gegenüber rechtshängig, wenn er die Annahme nicht verweigert. Das Entsprechende gilt bei Ersatzzustellung oder Zustellungersatz. Säumnisfolgen sind daher möglich. Das ist eine weitere Folge der herrschenden „Erklärungstheorie“ bei Prozeßhandlungen. An und für sich ist gegen das ergehende Versäumungsurteil auch kein Rechtsmittel gegeben (arg. contr. §§ 477, 530 ZPO.); der Wiederaufnahmsgrund nach § 530, Z. 7 ZPO. liegt aber vor, wenn der unrichtige Empfänger selbst nachträglich darauf kommt, daß die Zustellsache nicht ihm gelten habe.

B. Beurkundungen. I. Protokoll. a) Begriff und allgemeine Erfordernisse.

Protokoll (amtliche Niederschrift) ist amtliche Beurkundung einer Amtshandlung. Die gerichtliche Beurkundung muß durch eine Gerichtsperson erfolgen, sonst liegt ein Nichtakt vor. Wurde ein solches Scheinprotokoll zu den Akten gebracht, so ist das arg. min. § 477 I, Z. 8 ZPO. ein Nichtigkeitsgrund. Wer das Protokoll schreibt, ist Protokollführer. Das ist, wenn ein Schriftführer beigezogen wird, dieser, sonst der Richter (vgl. § 451 III ZPO.). Das Protokoll ist mit Schreibmaschine oder Tinte zu schreiben, mit Tintenstift nur, wenn es ein Kurzschriftprotokoll ist oder wenn gleichzeitig wenigstens ein Durchdruck hergestellt werden soll und keine Maschine verfügbar ist (§ 65 I GeO.). Es ist vom Richter (Vorsitzenden, in seiner Verhinderung vom ältesten Senatsmitglied), vom allfälligen Dolmetsch, und, wenn ein Schriftführer beigezogen wurde, auch von diesem zu unterschreiben (§ 213 III; vgl. auch § 212 V a. A. ZPO.). Bei Verhinderung des Einzelrichters oder Schriftführers ist die KaisVdg. v. 14. XII. 1915, R. 372 analog anzuwenden, die in der Überschrift, wenn auch nicht im Text vom Protokoll spricht. Meist werden Formblätter, für kurze Beurkundungen Stampilien, verwendet (§§ 66 ff. GeO.).

b) Arten und besondere Erfordernisse.

α) Verhandlungsprotokoll (§§ 207 ff. ZPO.).

I. Im allgemeinen. Es ist über jede mündliche Verhandlung vor Gericht, gleichgültig, in welchem Verfahren und bei welcher Instanz, aufzunehmen. Wesentliche Bestandteile: 1. Kopf: Benennung des Gerichts, Namen der Richter, des beigezogenen Schriftführers und Dolmetschers, Zeit und Ort der Verhandlung, beim erkennenden Gericht auch, ob die Verhandlung öffentlich stattfand oder nicht; Namen der Parteien und Vertreter; endlich die Bezeichnung des Streitgegenstandes. Die Verhandlungszeit wird durch Angabe des Beginns und, wenn sie über eine halbe Stunde dauert, der Zahl der auch nur angefangenen halben Stunden ihrer Dauer vermerkt (vgl. § 26 Vdg. v. 26. X. 1926, B. 320). Grund dafür ist die Bemessung der Anwaltsgebühren nach dem RAtar. (Anm. 4 zu TP. 2). Die Zeit der Beratung ist anzugeben, da sie (Anm. 1 zu TP. 3) nicht in die Wartezeit einzurechnen ist. 2. Prozessuale Verfügungen — nicht bloß Anspruchsverfügungen; z. B. eine Klagsänderung oder ein Rechtsmittelverzicht — der Inhalt eines Vergleiches nur auf Antrag (§ 204 I ZPO.) 3. Erklärungen über eine beantragte eidliche Parteivernehmung. 4. Parteanträge während der Verhandlung, die die Hauptsache betreffen oder für den Prozeß erheblich sind, wenn ihnen nicht stattgegeben wurde und sie bis zum Schluß der Tagsatzung nicht zurückgezogen wurden, insbesondere Mängelrügen (§ 196 III ZPO.). 5. In der Verhandlung erlassene, d. h. gefällte und verkündete, gerichtliche Entscheidungen; nicht die Begründung. Die Protokollierung der unter 2. bis 5. erwähnten Tatsachen kann auch in besonderen, dem Protokoll als Anlage beigefügten Schriftstücken erfolgen, bei Entscheidungen aber nur „gleichzeitig mit der Verkündung“. 6. Anordnungen und Verfügungen des Richters (Vorsitzenden), wenn Rekurs möglich ist. 7. Die Parteierinnerung nach §§ 376f. ZPO. 8. Der Verlauf der Verhandlung, insbesondere auch die angebotenen Beweismittel, die Aussage der Zeugen (§ 343 I ZPO.), Sachverständigen (§ 367 ZPO.) und Parteien (§ 380 ZPO.), das Ergebnis des in der Verhandlung vorgenommenen Augenscheins sowie die Bemerkung, ob die Parteien dabei anwesend waren und ob, bzw. welche Einwendungen gegen die Augenscheinsvornahme oder das Protokoll erhoben wurden (§ 370 ZPO.).

II. Besondere Fälle und Erfordernisse.

a) Im vorbereitenden Verfahren in Punktensachen sind nach § 250 I ZPO. zu protokollieren: Erhobene Ansprüche beider Parteien; geltend gemachte Angriffs- und Verteidigungsmittel; die Angabe, was davon unbestritten und was strittig ist; bezüglich des letzteren das Sachverhältnis, das sich aus den Parteivorbringen ergibt, die bezeichneten Beweismittel, Beweiseinreden und die darüber abgegebenen Erklärungen.

b) Im vorbereitenden Verfahren wegen umfangreichen Tatsachenstoffs fällt das Unbestrittene weg (vgl. § 251 ZPO.).

In beiden Fällen braucht, wenn ein Anspruch anerkannt wird, der Inhalt der ihn betreffenden Verhandlung nicht protokolliert zu werden (§ 252 IV ZPO.).

c) Bezirksgerichtliches Verfahren: Die Erklärung über die Vollmacht nach § 30 III ZPO.; der Widerspruch gegen die Ausfertigung des Beweis-

beschlusses, wenn nicht Parteiniederschriften angeordnet werden (§ 444 II ZPO.)

d) Bagatellverfahren (§ 451 ZPO): Das Protokoll enthält nur: α) Das unter I. 1 bis 3, 6 und 7 Angeführte; β) die zu Protokoll gegebene Vollmacht (§ 30 III ZPO.); γ) das Klagebegehren, wenn es nach § 439 ZPO. an einem Gerichtstag angebracht wurde; δ) die aufgenommenen Beweise durch Anführung der Beweismittel; ϵ) die Angabe über die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen; ζ) bei der Verhandlung gefällte und verkündete Urteile sowie mit Rekurs anfechtbare Beschlüsse und η) die Bemerkung, ob die Parteien bei der Urteilsverkündung anwesend waren. Es entfällt also die Angabe der Parteienanträge, des tatsächlichen Vorbringens, der Beweisanbietungen und der nicht mit Rekurs anfechtbaren Entscheidungen in Beschlußform. Kann die Verhandlung nicht an einem Tage beendet werden, so ist auf Antrag oder nach Ermessen von Amts wegen ϑ) ein ausdrücklicher Widerspruch des Beklagten gegen die Klagebehauptungen und der wesentliche Inhalt der Beweisaufnahmen kurz zu protokollieren.

e) Berufungs- (§ 493 ZPO.) und

f) Revisionsverfahren (§ 513 ZPO.): Tatsächliches Vorbringen und Beweisanbietungen sind nur zu protokollieren, insoweit sie von den Angaben der erstrichterlichen Akten über den Verhandlungsinhalt abweichen.

β) Protokolle außerhalb einer mündlichen Verhandlung (§ 216 ZPO.), insbesondere 1. über eine Beweisaufnahme (§§ 253, 287, 343, 367, 370, 377, 380, 388 II ZPO.), ausgenommen den Urkundenbeweis; 2. über eine Einvernehmung; 3. Beratungsprotokoll (§ 14 JN. mit §§ 121 f. GeO.); wesentliche Bestandteile: Tag der Beratung, Namen der Stimmführer und des Verfassers des Urschriftentwurfs; die Meinungen der einzelnen Stimmführer, wenn sie verschieden sind, sonst die Feststellung der Einhelligkeit; der Inhalt der beschlossenen Entscheidung. Wurde diese verkündet und im Verhandlungsprotokoll beurkundet, so genügt Verweisung auf dieses. Wurde über mehrere Fragen oder nach Gründen abgestimmt, so ist das, soweit es für die Beurteilung der Beschlußgültigkeit nötig ist, anzuführen. Vorsitzender und Schriftführer haben zu unterfertigen. Bei Umfrage wird das Beratungsprotokoll durch Beurkundung im Verhandlungsprotokoll ersetzt. 4. Vergleichsprotokoll: Bei Vergleichen außerhalb der mündlichen Verhandlung oder wenn in der Verhandlung der Antrag auf Eintragung ins Verhandlungsprotokoll (§ 204 I ZPO.) nicht gestellt wird. 5. Protokoll über die Ablegung des verglichenen Eides (§ 206 ZPO.). In allen diesen Fällen gelten auch §§ 207 ff. ZPO.

c) Formen.

1. Was ins Protokoll zu kommen hat, wird während der Verhandlung fortlaufend protokolliert (Simultanprotokoll).

2. Teilprotokoll: kann eine Verhandlung nicht an einem Tag beendet werden, so ist tagweise zu protokollieren (§ 209 IV ZPO.).

3. Kurzschriftprotokoll: Das Gericht (Vorsitzender, bei Ein-

sprache entscheidet der Senat, § 214 II ZPO.) kann anordnen (kein absonderter Rekurs, § 214 ZPO.), daß das Verhandlungsprotokoll ganz oder teilweise nach Diktat des Richters (Vorsitzenden) vom Schriftführer stenographiert werde (§ 209 V ZPO.). Das Kurzschriftprotokoll ist in Vollschrift zu übertragen, die Übertragung vom Richter (Vorsitzenden) und vom Schriftführer zu unterschreiben (§ 212 V ZPO.). Sie entfällt bei Erledigung der Rechtssache durch Vergleich, Zurücknahme der Klage oder Anerkenntnisurteil, wenn keine Protokollsabschrift begehrt wurde. Die entsprechende prozessuale Verfügung ist aber in Vollschrift zu protokollieren (§ 212 VI ZPO.). Würde der Richter ohne Schriftführer oder der letztere selbständig mitstenographieren, so wäre das kein Protokoll. Doch wird es letzterenfalls dazu, wenn der Richter es als Protokoll verlesen läßt. Kein Protokoll ist ferner die stenographische Aufzeichnung der Beweisaufnahme nach § 280 ZPO. Das Prozeßgericht (Senat) kann nämlich auf Antrag Beweisaufnahmen durch einen oder mehrere beeidete Stenographen, die neben dem Schriftführer fungieren, aufzeichnen lassen. Bei Gerichtsbeamten entfällt die Beeidigung. Die Bestellung erfolgt auf Vorschlag des Antragstellers durch den Richter (Vorsitzenden). Die Übertragung in Vollschrift ist binnen 48 Stunden dem Richter (Vorsitzenden) zu übergeben und kommt zu den Akten. Die Kosten trägt der Antragsteller, wenn nicht beide Parteien den Antrag stellen.

Nur bezüglich des Parteivorbringens ist zu unterscheiden:

1. Das Resuméprotokoll; es besteht darin, daß der Vorsitzende (einzelne Richter) gleich nach Verhandlungsschluß (arg. contr. § 211 II ZPO. „während der mündlichen Verhandlung“) den aus dem Vorbringen sich ergebenden Sachverhalt in übersichtlicher Zusammenfassung darlegt und diese Darstellung nach Tunlichkeit unter Bezugnahme auf die Akten protokolliert wird (§ 211 I ZPO.). Rechtsausführungen, Werturteile oder gar Andeutungen über die Endentscheidung dürfen nicht vorkommen. Das Resuméprotokoll ist die Regel, wenn keine vorbereitenden Schriftsätze vorliegen (arg. contr. § 210 I ZPO.), so insbesondere beim Bezirksgericht (§ 443 ZPO.).

2. Teilresuméprotokoll: Wenn es notwendig oder zweckmäßig ist, kann das Resuméprotokoll jeweils am Ende einzelner Verhandlungsabschnitte (vgl. insbesondere § 189 ZPO.) abgeschlossen werden. Unstatthaft ist aber (§ 210 II ZPO.) die Protokollierung einzelner Parteivorträge (Begleitprotokoll).

3. Ausführlicheres Protokoll: „Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen anordnen, daß einzelne Teile des tatsächlichen Vorbringens oder der Beweisanbietungen ausführlicher in das Protokoll aufgenommen werden“ (§ 209 III ZPO.).

4. Flickprotokoll ist ein Protokoll mit Verweisungen. Das, worauf verwiesen wird, gilt als im Protokoll stehend. Verwiesen wird (§ 210 I ZPO.): A. Nach Tunlichkeit bezüglich tatsächlichen Vorbringens und Beweisanbietungen auf vorbereitende Schriftsätze und B. Akten des vorbereitenden Verfahrens (§ 252 III ZPO.). In diesen Fällen brauchen

nur die Abweichungen des mündlich Vorgebrachten protokolliert zu werden. C. Auf eine gerichtliche Entscheidung, nämlich auf die Sachverhaltsdarstellung in der Ausfertigung des Beweisbeschlusses, bezüglich des darin enthaltenen Teiles des Parteivorbringens.

d) Anlagen zum Protokoll: α) Parteiniederschriften. Das Gericht (Vorsitzender) kann anordnen — beim Bezirksgericht nur zulässig, wenn die Partei bei der Verhandlung durch einen Anwalt vertreten ist (§ 440 V ZPO.) —, daß Parteierklärungen, insbesondere Anträge, die zu protokollieren sind, von der Partei (Vertreter) niedergeschrieben und ihm als Protokollbeilage übergeben werden (kein Rekurs). Eine Niederschrift kann der Partei auch auf ihren Antrag gestattet werden. Die Niederschrift ist gleich bei der Verhandlung herzustellen und vorzulesen. Das Gericht (Senat) entscheidet über ihre Richtigkeit (§ 265 mit § 208 II ZPO.; kein Rekurs). Nach herrschender Ansicht dürfen solche Niederschriften außer den Parteierklärungen nicht noch Tatsachenvorbringen, Beweisanbietungen oder Rechtsausführungen enthalten, widrigenfalls Nichtigkeit nach § 477 I, Z. 8 ZPO. vorliege. Da diese aber einen Verhandlungsprotokollentwurf voraussetzt, ist sie nur begründet, wenn die Niederschrift diese Umstände als in der Verhandlung vorgekommen darstellt. β) Das gleiche gilt für die Niederschrift des Widerspruchs gegen das Protokoll (§ 212 III ZPO.). γ) Verkündete gerichtliche Entscheidungen — nicht andere Beschlüsse — die zur Zeit der Verkündung bereits in schriftlicher Fassung vorliegen, können dem Protokoll beigelegt werden (§ 208 III ZPO.). δ) Ebenso binnen drei Tagen nach Schluß der Tagsatzung die Übertragung des Kurzschriftprotokolls (§ 212 V ZPO.) und ϵ) das zur Schriftvergleichung Niedergeschriebene (§ 314 V ZPO.).

Beilagen zum Beratungsprotokoll: a) Das Sondervotum des ausscheidenden Senatsmitglieds nach § 62 III JN.; b) die Niederschrift der Meinung des Stimmführers (§ 122 IV GeO.).

e) In den Protokollanhang kommt 1. der Widerspruch (nicht die Einsprache) der Partei — nicht eines andern — gegen das Protokoll (§ 212 II ZPO.) oder den Protokollersatz, ausgenommen, wenn eine besondere Niederschrift angefertigt wird. 2. Die vom Gericht (Vorsitzenden, bei Einsprache Senatsentscheidung, § 214 II ZPO.) vorgenommene Protokollberichtigung (§ 212 I ZPO.) und 3. die Tatsache, daß sich eine Partei vor Vornahme der Protokollierung entfernt oder die Protokollunterfertigung ablehnt, samt den dafür angegebenen Gründen (§ 213 II ZPO.).

f) Protokollersatz: 1. Wird ein im Urteilsvermerk beurkundetes Versäumungs- (nicht Verzicht- oder Anerkenntnis-)Urteil gefällt, so wird das Verhandlungsprotokoll durch den Urteilsvermerk ersetzt (§ 207 II ZPO.). 2. Wird beim Bezirksgericht ein Beschluß auf Beweisaufnahme vor einem ersuchten Richter gefaßt und die Verhandlung nicht schon in derselben Tagsatzung (§ 193 III ZPO.) geschlossen, so kann die Protokollierung des von der Partei vorgebrachten Sachverhalts der Ausfertigung des Beweisbeschlusses (§ 444 I ZPO.), und 3. wenn die Be-

zirksgerichtsverhandlung schon bei einer Tagsatzung geschlossen wird, dem Urteilstatbestand vorbehalten werden, der dann im Urteil stehen muß. Letzterenfalls enthält das Protokoll nur den Kopf und die zu protokollierenden Parteierklärungen (insbesondere Anträge), Entscheidungen, Anordnungen und Verfügungen (§ 445 I ZPO.). 4. Wenn Beratung und Abstimmung nicht im Zuge einer mündlichen Verhandlung oder im Anschluß an sie stattfinden und auch keine bedeutenden Meinungsverschiedenheiten auftreten, sodaß eine ausführlichere Beurkundung geboten erschiene, kann das Beratungsprotokoll durch einen Abstimmungsvermerk auf der Urschrift ersetzt werden, der vom Schriftführer, dagegen vom Vorsitzenden nur dann, wenn er die Urschrift als solche nicht unterschreiben will, zu unterfertigen ist (§§ 121 V, 123 II GeO.).

g) Verfahren. α) Mitwirkung der Parteien. Das Protokoll ist den Parteien zur Durchsicht vorzulegen oder vorzulesen und von ihnen zu unterschreiben (§ 212 a. A. ZPO.). Kann eine Partei nicht oder nur mit Handzeichen unterfertigen, so ist ihr Name durch den Schriftführer beizusetzen (§ 213 I ZPO.). Beglaubigung des Handzeichens nach § 886 abGB. ist nicht nötig. Auch hängt die Gültigkeit des Protokolls nicht von der Parteiunterschrift ab (§ 210 III; vgl. auch § 213 II ZPO.). Entwürfe zu Verhandlungsprotokollen dürfen bei sonstiger Nichtigkeit (§ 477 I, Z. 8 ZPO.) nicht angenommen werden (§ 210 II ZPO.).

β) Bekämpfung des Protokollinhalts. 1. Durch die Partei. Sie kann, soweit es Inhalt und Förmlichkeiten der Verhandlung betrifft, auf Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten aufmerksam machen und bei Nichtberücksichtigung durch den Vorsitzenden Einsprache an den Senat, bei Abweisung auch durch diesen, wie auch im Verfahren vor dem einzelnen Richter überhaupt, Widerspruch (§ 212 I ZPO.), erheben. Das ist zu protokollieren, und zwar im Protokollanhang (§ 212 II ZPO.). Nach Amtshandlung eines helfenden Richters ist den dabei nicht anwesend gewesenen Parteien, sofern nicht § 193 III ZPO. angewendet wurde, Gelegenheit zu geben, sich in der mündlichen Verhandlung über das betreffende Protokoll zu äußern. Was für das Protokoll gilt, gilt auch für den Anhang und die Beilagen. In die Übertragung des Kurzschriftprotokolls kann die Partei binnen drei Tagen, vom Ende des dritten Tags nach Tagsatzungsschluß an gerechnet, Einsicht nehmen und gegen Fehler Widerspruch erheben. Stellt sie bei der Tagsatzung den Antrag, so ist ihr binnen drei Tagen nach deren Schluß eine Abschrift der Übertragung zuzustellen. In diesem Fall beginnt die Frist mit dem Tag nach Zustellung.

Der Widerspruch kann mündlich oder mit Schriftsatz erklärt werden (§ 212 V ZPO.). Widerspruch ist auch gegen Protokollersatz möglich. Daher ist den Parteien, wenn die Beweisbeschlussausfertigung Ersatz ist, je eine solche zuzustellen. Der Widerspruch kann dann in der nächsten mündlichen Streitverhandlung erhoben werden (§ 444 II ZPO.). Die Ausfertigung des den Ersatz bildenden Urteilstatbestands muß binnen drei Tagen nach Verhandlungsschluß in der Geschäftsstelle zur Einsicht der Parteien hinterlegt werden. Diese können innerhalb drei

Tagen nach Verständigung davon Widerspruch erheben (§ 445 II ZPO.). 2. Das gleiche gilt für den Nebenintervenienten (§ 19 I, S. 2 ZPO.) sowie 3. für den Zeugen (§ 343 III ZPO.) und 4. Sachverständigen (§ 367 ZPO.), bei beiden letzteren aber nur, soweit es sich um ihre Aussagen handelt. Eine Bekämpfung des Inhalts des Beratungsprotokolls ist unzulässig, da dieses geheim ist (§ 219 I ZPO.). Bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt kann der Widersprechende zu einer Niederschrift verhalten werden (§ 212 III ZPO.).

Der eben besprochene Widerspruch ist kein Rechtsmittel (arg. contr. § 214 ZPO. und Überschrift vor § 461 ZPO.). Über ihn wird nicht entschieden. Er hat aber zur Folge: 1. Hinderung der vollen Beweiskraft des Protokolls (§ 215 I ZPO.), insbesondere bei der Rechtsmittelinstanz (§§ 498 II, 513 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). Im Revisionsverfahren kann auch mündliche Verhandlung über den widersprochenen Protokollinhalt angeordnet werden. Das Rekursgericht kann Erhebungen veranlassen (§ 526 I ZPO.). 2. Das Gericht kann die Richtigstellung von Amts wegen vornehmen (arg. min. § 212 I, vgl. auch §§ 212 V, S. 6, 445 III ZPO.).

γ) Bekämpfung des Protokollverfahrens: 1. gegen Beschlüsse und Verfügungen des Vorsitzenden ist Einsprache an den Senat zulässig, gegen dessen Entscheidung kein abgesondertes Rechtsmittel zusteht (§§ 214 II, 216 II ZPO.); 2. gegen den einzelnen Richter gibt es hier keinen abgesonderten (l. c.) und 3. gegen Beschlüsse nach § 265 ZPO. überhaupt keinen Rekurs.

δ) Das Gericht (auch der Vorsitzende) kann von Amts wegen Berichtigungen vornehmen (§ 212 I ZPO.), beim Kurzschriftprotokoll nach Ablauf der Frist aber nur bei offenkundiger Unrichtigkeit der Aufnahme oder Übertragung (§ 212 V a. E. ZPO.).

h) Wirkung des Protokolls (Anhang, Beilagen, Ersatz). Das formgerechte Protokoll liefert, soweit kein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt, über den beurkundeten Vorgang vollen, über die vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Verhandlung (Gerichtsbesetzung, Zuziehung des Schriftführers, Öffentlichkeit u. dgl.) einzig zulässigen Beweis ohne Rücksicht auf einen etwaigen Richterwechsel (§ 215 ZPO.). Gegenbeweis ist zulässig (§ 292 ZPO.). Daß ein nicht protokollierter Vorgang nicht stattgefunden hat, ist erst erwiesen, wenn er sich auch aus sonstigen Prozeßakten, insbesondere dem Urteil, nicht ergibt (§ 482 II ZPO.). Der Protokollinhalt ist von Amts wegen zu beachten (§ 217 I ZPO.).

II. Die Aufnahme protokollarischen Anbringens ist ihrem eigentlichen Wesen nach kein Protokoll über einen Vorgang vor Gericht, sondern ein vom Gericht nach Angabe verfaßter Schriftsatz. Daher gelten dafür die Bestimmungen über Schriftsätze (§ 79 ZPO.), ausgenommen betreffend die Unterschrift eines Rechtsanwalts. Nur daß die Angaben vom Gericht wahrgenommen wurden, kann als protokollierte Amtshandlung angesehen werden. Zuständig ist grundsätzlich die Geschäftsstelle (§ 56 I GOG.). Dagegen der Richter z. B. für Klagen nicht rechtlich einfacher Art (Klagen über ein dingliches Recht an einem

Grundstück, Teilungs- und Grenzberichtigungsklagen, Feststellungs-, Nichtigkeits-, Wiederaufnahms-, Gewährleistungsklagen, Klagen, die einem Gerichtshof oder einem ausländischen Gerichte abzutreten sind), Berufungen und Berufungsmittelteilungen (§§ 34, 601 GeO.). Der Beamte der Geschäftsstelle hat in schwierigen Fällen oder wenn er das Anbringen für unzulässig oder für unbegründet hält, Weisungen des Richters einzuholen. Dieser bestimmt, ob er selbst, allenfalls unter Beiziehung des Beamten als Schriftführers, oder die Geschäftsstelle das Protokoll aufnimmt (§ 34 III GeO.). In allen Fällen ist aber die Aufnahme durch den Richter gültig. Das aufnehmende Organ ermittelt durch Fragen das Wesentliche und erteilt Rechtsbelehrung. Anwälte, Notare (strittig) und durch solche Vertretene (§ 434 ZPO. a. min. und Ähnlichkeitsschluß; vgl. §§ 30 II, 42 II, 101, 103, 220 III ZPO.) sowie Winkelschreiber als Bevollmächtigte sind zurückzuweisen. Aus andern Gründen darf aber ein Anbringen, das trotz Rechtsbelehrung aufrecht erhalten wird, nicht verweigert werden (§ 435 II ZPO. und a. mai.).

Protokollarisches Anbringen ersetzt den Schriftsatz nur (§ 74 ZPO.) in den gesetzlich zugelassenen Fällen: Art. XXXIII, Abs. 1, S. 3 EGZPO., §§ 64, Z. 4, 65 I, 72 III, S. 2, 162 II, 258 I, 384 III ZPO., §§ 22 I, 26 JN.; sodann wegen § 348: §§ 323 I, 355 II, 367, 380 ZPO., ferner (§ 434 ZPO.) im bezirksgerichtlichen Verfahren bei allen Klagen sowie außerhalb der Verhandlung vorzubringenden Gesuchen, Anträgen und Mitteilungen, von Rechtsmitteln und Gegenschriften aber nur beim Rekurs (§ 520 I ZPO.) ausnahmslos; bei Berufung und Berufungsmittelteilung dagegen nur an Orten, wo nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Sitz haben (§§ 465 II, 468 II ZPO.). Nicht hierher gehören §§ 91, 255, 286 II ZPO., da hier, im Gegensatz zu den übrigen Fällen, von Mündlichkeit, nicht aber von protokollarischem Anbringen die Rede ist, daher ebenso wie nach § 34 IV GeO. bei mündlichen Anträgen, die die Geschäftsstelle erledigen kann, kein Protokoll aufzunehmen ist, sondern ein kurzer Amtsvermerk genügt.

III. Urschrift (§§ 64f., 111 GeO.) ist die maßgebende Niederschrift einer gerichtlichen Erledigung. Bei gerichtlichen Willenserklärungen ist es die für die Akten bestimmte „schriftliche Abfassung“ (so beim Urteil §§ 416, 418 ZPO., während § 429 ZPO. von der „Urschrift“ des Beschlusses spricht). Urschriften sind mit Schreibmaschine oder Tinte in Vollschrift (nicht Kurzschrift) herzustellen. Verweisungen auf andere Aktenstellen, insbesondere einen in einer Eingabe oder einem Protokoll enthaltenen Erledigungsentwurf (z. B. einen Beschlufantrag) sind möglich (§ 113 GeO.). Ist die Urschrift unleserlich geworden, so ist eine Abschrift beizuschließen. Die Urschrift ist vom erledigenden Richter (Vorsitzenden) (§§ 418, 429 ZPO., 64 I GeO.) oder Beamten im selbständigen oder erweiterten Wirkungskreis zu unterschreiben, vom Schriftführer aber nur, wo es besonders vorgeschrieben ist (vgl. § 418 I gegen § 429 ZPO.). Ist der einzelne Richter an der schriftlichen Abfassung eines verkündeten Urteils oder Beschlusses dauernd verhindert, so vertritt ihn auf Grund der Akten ein anderer Richter. Läßt sich der Spruch nicht mehr fest-

stellen, so hat das Gericht (Rekurs möglich) zu beschließen, daß er nicht gefällt wurde. Das Verfahren ruht. Von dem im Beisein beider Parteien in Bagatellsachen verkündeten Urteil oder Beschluß wird nur der Spruch schriftlich abgefaßt. Für ein mit der Abfassung betrautes Senatsmitglied tritt ein anderes ein; sind alle verhindert, gilt das gleiche wie bei Verhinderung des einzelnen Richters. Die Richtigkeit der Abfassung kann im Rechtsmittelwege, aber auch nach Rechtskraft des Urteils, bzw. Beschlusses, mit Rekurs angefochten werden. Für den verhinderten Vorsitzenden unterschreibt ein anderes Senatsmitglied. Ist der Schriftführer am Unterschreiben des Urteils verhindert, wird das vermerkt (Kais.Vdg. v. 14. XII. 1915, R. 372).

IV. Ausfertigungen sind die von der Geschäftsstelle herzustellen- und abzuschickenden Reinschriften (§ 16 JN. mit § 64 II GeO., vgl. auch z. B. § 416 II ZPO.) im Gegensatz zur Urschrift. Das bedeutet „Ausfertigung“ auch in den §§ 417 und 444 ZPO., wie sich aus § 418 gegen § 417, § 414 III gegen I und II, S. 1, sowie § 277 III ZPO. ergibt (Adressat: der helfende Richter). Eine unleserliche, lückenhafte oder wesentlich fehlerhafte Ausfertigung ist auf Antrag, von Amts wegen oder über Auftrag der höheren Instanz gegen eine verbesserte umzutauschen. Ausfertigungen sind grundsätzlich mit Schreibmaschine, wenn aber eine solche nicht verfügbar ist, mit Tinte, nötigenfalls (nur im Inlandverkehr, § 2 Rechtshilfeerlaß) im Durchdruckverfahren mit Tintenstift und Farbpapier herzustellen. Vervielfältigungsverfahren sind zulässig (§ 65 GeO.). Die Ausfertigung ist im Gegensatz zur Urschrift stets gerichtliche Äußerung, hat daher einen Adressaten, der wenigstens Einsichtsrecht hat (vgl. § 445 II ZPO.). Ausfertigungen an das Ausland sind vom Richter (Vorsitzenden) eigenhändig zu fertigen. In allen andern Fällen genügt die Unterschriftstempelung, während der Leiter der Geschäftsabteilung „für die Richtigkeit der Ausfertigung“ unterschreibt (vgl. § 79 GOG., § 150 GeO.).

V. Entwürfe für richterliche Erledigungen können in der Geschäftsstelle vorbereitet werden (§ 56 V GOG., § 114 GeO.). Wird eine Senatsentscheidung nicht im Anschluß an eine mündliche Verhandlung gefällt, so soll vor der Abstimmung ein vom Berichterstatter, mangels eines solchen vom Vorsitzenden, verfaßter und unterschriebener Entwurf mit allen Erfordernissen der Urschrift vorliegen (§ 118 I GeO.). Erfolgt die Entscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung, so verfaßt und unterfertigt den Entwurf der Vorsitzende, der von ihm bestimmte Berichterstatter oder ein sonstiger dem Senat angehörender Berufsrichter (§ 35 GOG., § 119 GeO.).

VI. Abschriften werden, abgesehen von Protokollsabschriften, die der Partei amtlich mitgeteilt werden (§§ 131 I, 254 I, 438, 442 II ZPO.), zwecks Ausfolgung von der Geschäftsstelle angefertigt (§ 56 IV GOG.). Die Ausfolgung geschieht, soweit es sich nicht um Entwürfe zu Urteilen oder Beschlüssen, um Beratungsprotokolle oder Schriftstücke, die Disziplinarverfügungen enthalten, handelt, und zwar auf Kosten des sie Begehrenden, an die Partei über Wunsch, an Dritte nur mit Zu-

stimmung beider Parteien oder bei Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses. Die Erlaubnis an Dritte erteilt der Gerichtsvorsteher oder ein von ihm bestimmter Richter (§ 219 ZPO., § 172 GeO.). Die Ausfolgung von Urteils- und Beschußabschriften kann nicht vor Zustellung der Ausfertigung an die Parteien geschehen (§ 418 III, 430 ZPO.).

VII. Das für Abschriften Gesagte gilt auch für Auszüge.

VIII. Amtsvermerke. α) Pro-domo-Bemerkungen für das Gericht selbst, z. B. Vormerkung der von der Partei mitgeteilten Wohnungsänderung (§ 601 GeO.) oder der Verhinderung des Schriftführers an der Unterschrift; β) der Abstimmungsvermerk; γ) der Urteilsvermerk.

IX. Geschäftsstücke sind die bei Gericht befindlichen Parteieingaben, Berichte, Amtsvermerke, Protokolle, Entwürfe, Urschriften, Zustellausweise und sonstigen Urkunden (§ 413 GeO.). Alle Geschäftsstücke, die dieselbe Sache betreffen, bilden den Akt und erhalten ein gemeinsames Aktenzeichen sowie fortlaufende Geschäftszahlen (l. c.). Die Akteneinsicht steht im selben Umfang wie die Ausfolgung von Abschriften zu (§ 219 ZPO.).

3. Willenserklärungen; Urteile, Beschlüsse.

A. Allgemeines. Ersuchen an andere Behörden erfolgen schriftlich (§§ 36 II JN., 142, 611 GeO.), und wenn der Akt mitübersendet wird, in Urschrift auf dem Akt oder in Ausfertigung; nur letzteres, wenn auf der Urschrift ein Abstimmungsvermerk ist (§ 116 GeO.). Die Unterschrift ist wie bei jeder öffentlichen Urkunde nötig. Urschriftlich erfolgen auch Aufträge an untergeordnete Organe, insbesondere an beauftragte Richter (§ 52 II GeO.). Dagegen erfolgt die Leitung der Beratung und mündlichen Abstimmung mündlich. Ebenso die richterliche Fragestellung. Sonstige Willenserklärungen erfolgen regelmäßig mit Beschuß (auch der Zahlungsauftrag ist ein solcher); nur (§ 425 I ZPO.) in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen der §§ 390f., 393 bis 396, 398 bis 400, 423, 478 IV, 496 III, 497, 513, 541 ZPO. mit Urteil. In diesen Fällen handelt es sich stets um Entscheidungen, die die Hauptsache oder ein präjudizielles Recht oder Rechtsverhältnis (§ 393 II ZPO.) betreffen (also nicht bloß prozessual sind, insbesondere nicht die Sachentscheidung ablehnen) und das Entschiedene für diese Instanz endgültig feststellen. Bloß vorläufige Entscheidungen — daher auch die Endentscheidung im Besitzstörungsverfahren oder der Zahlungsauftrag —, Entscheidungen über prozessuale Fragen (Prozeßentscheidungen im Gegensatz zu Sachentscheidungen) und endlich andere gerichtliche Willenserklärungen als Entscheidungen (insbesondere: nicht mit Entscheidungen verbundene Befehle) erfolgen in Beschußform. Nur wenn gleichzeitig mit einer Entscheidung über die Hauptsache oder Präjudizielles auch anderes entschieden werden soll, erfolgt eine Gesamtentscheidung durch Urteil (vgl. z. B. §§ 49 III, 261 I bis III ZPO.), ausgenommen, wenn die Hauptsache mit Beschuß entschieden wird (vgl. § 459 ZPO.).

Insbesondere wird also mit Beschluß ausgesprochen: Die selbständige Entscheidung über die Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit, Prozeßüberweisung, Streitanhängigkeit, Rechtskraft, Nichtigkeit des Verfahrens, die Erklärung nach § 60 III ZPO., daß die Klage oder das Rechtsmittel als zurückgenommen angesehen werden soll, die Entbindung von der Instanz nach §§ 23 II, 241 ZPO. sowie die Entlassung des Beklagten nach § 307 EO., die Zurückweisung der Klage u. dgl. Auch die selbständige Kostenentscheidung erfolgt mit Beschluß. Ausnahmen (Urteil): 1. Nach Einschränkung des Klagebegehrens auf die Kosten; 2. Ergänzungsurteil wegen mangelnden Kostenpruchs (§ 423 I ZPO.).

Ob eine Entscheidung also Urteil oder Beschluß ist, bestimmt ihr Inhalt, nicht die Form. Nicht nur daß die Bezeichnung „Urteil“ oder „Beschluß“ mangels entsprechender gesetzlicher Vorschrift (anders § 115 I GeO. bezüglich Teil-, Zwischen-, Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichturteil) kein wesentliches Erfordernis ist, schadet auch falsche Bezeichnung nicht: es kann einfach Berichtigung (§§ 419, 430 ZPO.) erfolgen. Auch die Rechtsmittel richten sich nach dem tatsächlichen Entscheidungsinhalt, nicht nach der falschen äußeren Form. Entspricht aber das erhobene Rechtsmittel der letzteren, so schadet das auch nicht, weil die unrichtige Benennung des Rechtsmittels unerheblich ist (§ 84 II, S. 2 ZPO.).

B. Das Urteil im besondern. I. Arten. a) Nach der erledigten Prozeßstoffmenge:

α) Endurteil ist ein Urteil, das den Rechtsstreit in erster Instanz vollständig abschließen soll (§ 390 ZPO.). Sind mehrere Prozesse nach § 187 ZPO. zur gemeinsamen Verhandlung verbunden — nicht bei objektiver oder subjektiver Klagenhäufung (arg. contr. § 391 a. A. ZPO.) — so ist möglich (§ 404 II ZPO.) 1. ein gemeinsames Urteil; 2. getrennte Urteile; das ist immer dann vorgeschrieben, wenn die einzelnen Rechtsstreite zu verschiedenen Zeiten entscheidungsreif (Spruchreife) werden; 3. ein gemeinsames für einzelne und getrennte für den oder 4. die andern (§ 390 II ZPO.).

β) Das Teilurteil soll einen Teil des Rechtsstreits in erster Instanz abschließend erledigen. Es gibt kraft Gesetzes (§§ 391, 393 II ZPO.) nur folgende Fälle: a) Spruchreife einzelner von mehreren Ansprüchen bei objektiver oder subjektiver (strittig) Klagenhäufung; nicht aber bei unzertrennlicher Streitgenossenschaft, da hier das Urteil gegen einen gegenüber allen wirkt. b) Spruchreife eines Teils eines teilbaren Anspruchs; beides insbesondere infolge Teilanerkennnisses oder Teilverzichts (§ 394 II ZPO.). c) Spruchreife nur einer der beiden Klagen, wenn Widerklage erhoben wurde; d) nur des Klageanspruchs, während der Beklagte eine zur Zeit noch nicht spruchreife Gegenforderung einredeweise geltend gemacht hat, die auf den Rechtsweg gehört und mit der eingeklagten Forderung nicht im rechtlichen Zusammenhang steht. Rechtlicher Zusammenhang ist bei gleichem tatsächlichen oder rechtlichen Grund gegeben (Konnexität), aber auch, wenn die angewendete Gegenforderung für den Klageanspruch präjudiziell (Präjudizialität) oder

mit ihm kraft Parteivereinbarung aufrechenbar (Kompensabilität) ist. In diesen Fällen kann nur über beide Ansprüche zusammen, also regelmäßig mit Endurteil entschieden werden. Das Prozeßgericht müßte für die klageweise Geltendmachung der Gegenforderung nicht zuständig sein. Nach dem Teilurteil ist die Verhandlung über die ganze Gegenforderung ohne Unterbrechung fortzusetzen und mit Endurteil zu beenden, auch wenn die Klage abgewiesen wird. Aus § 411 I, S. 2 ZPO. ergibt sich nicht etwa, daß in diesem Falle gegen den Kläger mit Endurteil zu entscheiden und die Verhandlung über die Gegenforderung nicht fortzusetzen wäre. Denn abgesehen davon, daß das dem klaren Wortlaut des § 391 III ZPO. widerspricht, sagt § 411 ZPO., daß die Entscheidung über die Gegenforderung insoweit rechtskräftig werde, als mit der Forderung aufgerechnet werden soll — also nach dem Begehren des Beklagten — nicht „aufgerechnet wird“. Freilich kann nur der Bestand der Gegenforderung festgestellt, nicht aber der Kläger zur Zahlung verurteilt werden. Andererseits ist die Feststellung der Klageforderung auch nötig, wenn die Gegenforderung feststeht (strittig), weil es doch nötig ist, festzustellen, ob der Anspruch des Klägers unbeschadet der Gegenforderung besteht oder nicht, ob die Gegenforderung durch die Klageforderung gemindert bzw. aufgehoben wird oder nicht.

Hat das Teilurteil der Klage stattgegeben und stellt das Endurteil die Gegenforderung fest, so hat es auch auszusprechen, inwieweit die Klageforderung durch Aufrechnung getilgt ist. Ist die Gegenforderung, nicht aber die Klageforderung spruchreif, so ist Teilurteil nicht möglich.

Auf Grund einer geltend gemachten, rechtlich nicht zusammenhängenden Gegenforderung kann es also bei Einrede (nicht: Widerklage) zum Teilurteil, im Falle eines Zwischenfeststellungsantrages aber nur zum Zwischenurteil kommen. Bei rechtlichem Zusammenhang ist Teilurteil nur bei Widerklage möglich.

Für Rechtskraft und Anfechtung des Teilurteils gilt das gleiche wie beim Endurteil. Was bezüglich der Kosten gesagt wurde (§ 52 II ZPO.), gilt auch für andere Nebengebühren, z. B. den Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO. (§ 392 ZPO.). Das Teilurteil bezüglich eines Anspruchsteils berechtigt und verpflichtet zur Leistung des bestimmten Teils.

Ob ein Teilurteil zu fällen ist, bestimmt das Gericht (Senat) bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Zweckmäßigkeitserwägungen. So wird z. B. keines erlassen, wenn der ganze Prozeß noch am selben Tage erledigt werden kann. Es handelt sich um eine prozeßleitende Verfügung. Aber nur bei Abweisung des Antrags auf Teilurteil wird ein selbstständiger Beschluß gefaßt. Es ist falsch, seine Unanfechtbarkeit aus § 192 II ZPO. abzuleiten, denn dieser spricht nur von Verbindung, Trennung und Unterbrechung. Daher ist der Beschluß den Parteien stets in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§ 426 I ZPO.).

γ) Ein Zwischenurteil (§ 393 ZPO.) kann gefällt werden: a) bei Spruchreife nur des Grundes eines auch dem Betrag nach streitigen

eingeklagten Anspruchs, wenn das Gericht nicht feststellt, daß der Grund überhaupt nicht zu Recht besteht; denn in diesem Falle ist der Rechtsstreit zur Gänze spruchreif, daher (§ 390 ZPO.) Endurteil zu fällen. Wird dieses von der höheren Instanz abgeändert, weil sie den Grund als zu Recht bestehend erkennt, so fällt sie Zwischenurteil. Nach seiner Rechtskraft setzt die erste Instanz das Verfahren von Amts wegen fort.

Würde zwar aus dem geltend gemachten Anspruchsgrund ein anderer, nicht aber der geltend gemachte Anspruch hervorgehen, so ist der Grund dieses Anspruches — und nur das ist entscheidend — nicht gegeben, daher abweisendes Endurteil, nicht Zwischenurteil zu fällen. Besteht der Anspruchsgrund nur zum Teil, so erfolgt teilweise stattgebendes Zwischenurteil. Die Anfechtbarkeit des Zwischenurteils bestimmt sich nach den Vorschriften für das Endurteil. Die Erhebung der Berufung oder Revision hemmt die weitere Verhandlung bis zur Rechtskraft des Zwischenurteils. b) Bei Spruchreife nur der mit Zwischenfeststellungsantrag begehrten Entscheidung über ein präjudizielles Recht oder Rechtsverhältnis. Bedingt diese die Abweisung des Klagebegehrens (negative Präjudizialität), so sollte aus den gleichen Gründen wie im Fall a) nicht Zwischen-, sondern Endurteil gefällt werden. Doch gilt nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 393 III ZPO. das Gegenteil. Im Gegensatz zum Fall a) hemmt im Fall b) Berufung oder Revision gegen das Zwischenurteil die Verhandlung in der Hauptsache nicht, doch kann bei negativer Präjudizialität (§ 393 III, S. 4 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß) das Gericht Aussetzung der weiteren Verhandlung bis zur Rechtskraft des Zwischenurteils anordnen (kein Rechtsmittel). Das Zwischenurteil ist unzulässig, wenn kein Zwischenfeststellungsantrag gestellt wurde, sondern der betreffende Anspruch nur in einer Einrede oder Replik geltend gemacht wurde. Daher kann auch über die einfache Einrede mangelnder Passivlegitimation kein Zwischenurteil gefällt werden (strittig).

Sind bei Klagenhäufung, ausgenommen bei unzertrennlicher Streitgenossenschaft, nur einzelne von mehreren Ansprüchen dem Grunde nach spruchreif, während der Betrag noch streitig ist, so kann Teilzwischenurteil gefällt werden.

Für die Kosten gilt in allen Fällen § 52 II ZPO. sinngemäß. Auch im übrigen gilt das gleiche wie beim Teilurteil. Jedes Zwischenurteil ist Feststellungsurteil.

δ) Ein **Ergänzungsurteil** (§ 423 ZPO.) wird gefällt, wenn das Gericht im Urteil über einen Anspruch, insbesondere über den begehrten Prozeßkostensatz, rechtswidrig nicht oder nicht vollständig erkannt hat. Es fehlt also die Entscheidung im Urteilspruch. Fehlen nur die Gründe, so ist lediglich Berichtigung möglich, widrigenfalls bezüglich dieses Entscheidungsteils der Nichtigkeitsgrund des § 477 I, Z. 9 ZPO. vorliegt. Die Ergänzung ist auch bei einem Teil- oder Zwischenurteil möglich. Wegen der Nichtaufnahme eines prozessualen Beschlusses, z. B. über die Einrede der Unzuständigkeit, in das Urteil kann nicht Ergänzung begehrt werden, da die Partei keinen Anspruch auf diese Verfügung hat. Doch kann eine Ausfertigung des Beschlusses verlangt

werden (§ 426 I ZPO. mit § 79 IV GOG.). Auch Aufsichtsbeschwerde ist möglich.

Der Antrag auf Ergänzung kann immer von beiden Parteien gestellt werden; er ist bei dem Gericht, welches das Urteil gefällt hat, binnen acht Tagen nach Urteilszustellung, und wenn eine solche von Amts wegen nicht zu erfolgen hat, nach Verkündung einzubringen. Wiedereinsetzung ist ausgeschlossen (§ 423 II ZPO.). Die Verhandlung über die Ergänzung hemmt die Rechtsmittelfrist nicht (§ 424 ZPO.). Die Entscheidung (Senat) erfolgt auf Grund mündlicher Verhandlung, die auf die Ergänzung zu beschränken ist. Es ist eine neue Verhandlung, daher müssen nicht die gleichen Richter wie an der früheren teilnehmen. Die Abweisung des Antrags erfolgt in allen Fällen mit anfechtbarem Beschluß. Berufung setzt vorhergehenden Ergänzungsantrag nicht voraus. Die Anfechtung des Ergänzungsurteils erfolgt wie beim Endurteil. Ist das Ergänzungsurteil nur eine Kostenentscheidung, ist es mit Rekurs anzufechten (§ 55 ZPO.).

b) Nach der Initiative zur Urteilsfällung: α) Grundsätzlich erfolgt diese auf Grund des in der Klage gestellten Antrags, bzw. β) auf Grund eines Rechtsmittels; γ) eines besonderen Antrags bedarf: 1. das Verzichturteil, auch als Teilurteil, 2. das Anerkenntnisurteil ebenso, 3. das Säumnisurteil, 4. das Ergänzungsurteil.

c) Nach dem Prozeßstoffgebiet. α) Schlichtungsurteile (kontradiktorische, zweiseitige Urteile) werden auf Grund des von den Parteien in der Verhandlung gegensätzlich Vorgebrachten gefällt.

β) Einseitige Urteile grundsätzlich auf Grund des Vorbringens einer Parteiseite, aber unter Berücksichtigung des von Amts wegen zu Beachtenden.

1. Verzichturteil (§ 394 ZPO.): Die Klage wird auf Antrag des Beklagten über einen bei der ersten Tagsatzung oder mündlichen Streitverhandlung erfolgenden Anspruchsverzicht des Klägers — nicht bei bloßer Klagerücknahme — abgewiesen, wenn sie nicht mit Beschluß zurückzuweisen ist; bei Teilverzicht teilweise, allenfalls auf Antrag mit Teilurteil. Hier sind beide Parteien ganz oder teilweise in einem dem Klageanspruch ungünstigen Sinn einig. Gerichtlicher Verzicht des Klägers zu anderer Zeit, insbesondere auch im vorbereitenden Verfahren, ist (arg. mai.) als Klagerücknahme zu behandeln, bildet aber keine genügende Grundlage für ein Verzichturteil. Ebenso wenig ein Verzicht im Rechtsmittelverfahren oder ein außergerichtlicher, bedingter oder ungültiger Verzicht; insbesondere der Verzicht eines Klägers, der z. B. mangels Prozeßfähigkeit über den Klageanspruch nicht verfügen kann, oder der Verzicht betreffend einen von Amts wegen zu beachtenden Umstand. Der Verzicht bedarf keiner Annahme und kann nicht einseitig, wohl aber vor Urteilsfällung mit Zustimmung des Beklagten wirksam widerrufen werden. Anfechtung nach §§ 870 ff. abGB. ist unwirksam, weil dieser Verzicht eine Prozeßhandlung ist. Der Antrag auf Fällung des Verzichturteils kann arg. sil. auch nach der Tagsatzung, in der der Verzicht erklärt wurde, mit Schriftsatz oder mündlich in der nächsten

Tagsatzung erfolgen. Wird der Antrag nicht gestellt, tritt nicht Ruhen des Verfahrens ein (strittig). Dazu bedürfte es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Und man kann nicht sagen, der den Antrag Unterlassende verhandle nicht. Es kommt also zum Schlichtungsurteil, wenn die Sache spruchreif ist, somit ohne die besondern Prozeßgrundlagen des Verzichturteils.

2. Anerkenntnisurteil (§ 395 ZPO.): Der Klage wird auf Antrag des Klägers über ein bei der ersten Tagsatzung oder mündlichen Streitverhandlung erfolgendes Anerkenntnis des Beklagten stattgegeben; bei Teilanerkennnis teilweise, allenfalls mit Teilurteil; das auch bei Vollerkenntnis, aber Geltendmachung einer nichtkonnexen Gegenforderung, die später spruchreif wird. Bei Anerkenntnis des Grundes allein ist das Urteil zugleich ein Zwischenurteil. Beim Anerkenntnisurteil sind beide Parteien ganz oder teilweise in einem dem Klageanspruch günstigen Sinn einig. Bezüglich Zeit, Gegenstand, Annahme, Widerruf und späterer Antragstellung gilt das gleiche wie beim Verzichturteil. Trotz des Anerkenntnisses kann aber auf Grund des von Amts wegen zu Berücksichtigenden allenfalls die Klage zurück-, bzw. bei materiellen Mängeln abgewiesen werden. So auch die Wiederaufnahmsklage gegen ein rechtskräftiges Urteil, wenn ein Wiederaufnahmsgrund fehlt, weil die Rechtskraft des angefochtenen Urteils von Amts wegen zu beachten ist. Dasselbe gilt von der Nichtigkeitsklage.

3. Versäumnisurteil. Die Überschrift vor § 396 ZPO. lautet „Urteil in Versäumnisfällen“. Dazu gehören (§ 198 III ZPO.; §§ 396, 398 ZPO. „Versäumnisurteil“, „des Versäumnisurteiles“ gegen § 399 ZPO. „des Urteiles“; § 442 I gegen II ZPO ; anders freilich § 73 II ZPO.) die Versäumnisurteile und die Urteile nach §§ 399, 442 II ZPO. Beide sind Säumnisurteile.

Voraussetzung des Säumnisurteils ist, daß der Beklagte die erforderliche Klagebeantwortung oder überhaupt eine Partei, deren ordnungsmäßige Ladung nachgewiesen ist, — nicht aber beide — eine erstinstanzliche Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung versäumt, es wäre denn bei Gericht offenkundig, daß sie durch unabwendbaren Zufall am Erscheinen verhindert ist, oder der Erschienene nicht in der Lage, einen vom Gericht bezüglich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände geforderten Nachweis bei der Tagsatzung zu beschaffen (§ 402 I ZPO.). Das Säumnisurteil ergeht immer auf Antrag, bei Stattgebung desselben ohne besonderen Beschluß. Der Antrag ist mangels einer Voraussetzung mit anfechtbarem (Ausnahme — kein Rekurs — Bagatellverfahren; vgl. § 517 ZPO.) Beschluß zurückzuweisen, gegen nicht erschienene unzertrennliche Streitgenossen, wenn auch nur bezüglich eines derselben der Ladungsnachweis fehlt oder ein unabwendbares Hindernis offenkundig obwaltet (§ 402 II ZPO.). Bezüglich des Nebenintervenienten gilt das nur, wenn er streitgenössischer Nebenintervenient ist. Ist auch nur einer der unzertrennlichen Streitgenossen erschienen, so wirkt das zugunsten aller; erscheint sonst ein Teil der Streitgenossen nicht, so wird mit den Erschienenen verhandelt, während gegen die nicht Er-

schienenen auf Antrag Säumnisurteil gefällt wird. Mit der Abweisung des Antrags auf Säumnisurteil ist die Tagsatzung auf angemessene Zeit zu erstrecken und zur neuen Tagsatzung auch der Säumige zu laden. Wird dem Rekurs gegen den Abweisungsbeschluß stattgegeben, so kann das Säumnisurteil ohne neuerliche Tagsatzung gefällt werden (§ 403 ZPO.). Fehlt der Ladungsnachweis, so kann das Gericht auch auf Antrag der erschienenen Partei die Verhandlung schließen und die Urteilsfällung bis zu einem von ihm zu bestimmenden Tag vorbehalten. Ergibt sich bis dahin, daß die Ladung ordnungsgemäß zugestellt worden war, so ist binnen acht Tagen nach Feststellung dieses Umstandes, insbesondere Einlangen des Zustellausweises, das Säumnisurteil zu fällen (§ 402 I, Z. 1 ZPO.). Die Erstreckung erfolgt nicht, wenn das Gericht auf Grund des vorliegenden Prozeßstoffs die Klage a b- oder zurückweisen muß. Unterläßt der Erschienene den Antrag auf Säumnisurteil, so gilt das gleiche wie beim Verzicht.

Auf Grund des von Amts wegen zu Berücksichtigenden kann die Entscheidung aber auch gegen den Nichtsäumigen und auch in Beschlußform (Prozeßabweisung) ergehen. Diesbezüglich können auch Beweisaufnahmen erfolgen. Ergebnisse einer mittelbaren Beweisaufnahme oder Beweissicherung werden vorgetragen. Das Gericht kann auch trotz Ausbleibens des Beklagten nach § 273 ZPO. eine geringere als die vom Kläger begehrte Summe zusprechen.

Im einzelnen. I. Gerichtshofverfahren: α) Versäumnisurteile. 1. Versäumnis der ersten Tagsatzung (§ 396 ZPO.). Grundlagen des Urteils: A. Das von Amts wegen zu Berücksichtigende (§ 401 I ZPO.); B. das tatsächliche Vorbringen des Erschienenen (auch bei der Tagsatzung selbst), soweit es nicht durch vorliegende — nicht bloß angebotene — Beweise widerlegt ist oder das von Amts wegen zu Berücksichtigende betrifft. Beweis aus gerichtlichen Akten, von denen keine beglaubigte Abschrift oder genügender Auszug vorgelegt wird, ist nur maßgebend, wenn die Akten beim selben Gericht erliegen. Beweisaufnahmen waren, da erst die erste Tagsatzung ist, nur zur Beweissicherung möglich. Ein eingesandter „schriftlicher Aufsatz“ des Säumigen ist unbeachtlich (§ 397 I ZPO.), wenn er die Streitsache betrifft; dagegen ist über einen Erstreckungsantrag zu entscheiden. Der allein erschienene Kläger kann das Klagebegehren nicht ändern. Das Versäumnisurteil nach § 396 ZPO. kann weder Verzicht- noch Anerkenntnisurteil sein. Denn Verzicht und Anerkenntnis als Grundlage des entsprechenden Urteils können frühestens bei der ersten Tagsatzung erfolgen und das Urteil bedarf eines gegnerischen Antrags. Andererseits kann der Antrag auf Versäumnisurteil nach § 396 ZPO. nur bei der ersten Tagsatzung erfolgen. Es müßten also beide Parteien anwesend sein, was wiederum das Versäumnisurteil ausschließt, da auch beide genügende Urteilsgrundlagen liefern. Das Versäumnisurteil nach § 396 ZPO. kann auch Teilurteil sein (vgl. § 391 II ZPO.), nicht aber Zwischen- oder Ergänzungsurteil, denn es wird stets über den ganzen Prozeßstoff entschieden und für das Ergänzungsurteil findet keine erste Tagsatzung mehr statt.

2. Versäumnis der erstreckten ersten Tagsatzung. A. Bei Erstreckung nach § 242 ZPO. gelten die Bestimmungen über die erste Tagsatzung überhaupt. B. In andern Fällen aber können arg. contr. § 242 ZPO. Versäumnisfolgen nur bezüglich des Stoffs der erstreckten Tagsatzung eintreten.

3. Versäumnis der rechtzeitigen Klagebeantwortung (§ 398 ZPO.), mag auch Widerklage erhoben werden; Säumnisfolgen treten nicht ein, wenn das Armenrechtsgesuch des Beklagten ohne Verzug nach Klagezustellung angebracht, aber noch kein Armenanwalt bestellt ist (§ 73 II ZPO.).

A. Der Beklagte hat bei der ersten Tagsatzung eine Prozeßeinrede angemeldet. I. Das Gericht hat abgesonderte Verhandlung darüber angeordnet (§ 260 ZPO.); sie findet auch in Abwesenheit des Beklagten oder des Klägers statt, da sie nicht auf Antrag des letzteren (§ 398 IV ZPO.) erfolgt. Fehlen beide, ruht das Verfahren (§ 170 ZPO.). Wird der Einrede stattgegeben, so kommt es zu keinem Versäumnisurteil sondern es erfolgt Zurückweisung der Klage, im Falle des § 261 VI ZPO. Prozeßüberweisung. Nach Verwerfung der Einrede kann der Kläger, wenn das Gericht (Senat) die sofortige Aufnahme der Verhandlung zur Hauptsache anordnet (§ 261 II ZPO.), in dieser Verhandlung, sonst nach Rechtskraft des Verwerfungsbeschlusses (arg. § 261 IV ZPO.), Versäumnisurteil verlangen. Dieses ist binnen acht Tagen zu fällen (§ 415 ZPO. analog). Hatte der Beklagte auch eine mündliche Streitverhandlung in der Hauptsache nach § 261 IV ZPO. begehrt, so ist dieser Antrag arg. § 398 II ZPO. abzuweisen. Anders, wenn der Kläger früher kein Versäumnisurteil oder allenfalls selbst Verhandlung in der Hauptsache beantragt (strittig). Auch in der neuen Verhandlung kann der Kläger trotz Erscheinens des Beklagten Versäumnisurteil beantragen. Etwaiiges mündliches Vorbringen des Beklagten zur Sache ist (§ 398 III ZPO.) ebensowenig zu beachten wie ein eingesendeter Schriftsatz (§ 397 ZPO., der wegen Anführung des § 396 in § 398 ZPO. anwendbar ist). Nur wenn der Kläger allein die Verhandlung verlangt hat und sie versäumt, ruht das ganze Verfahren (§ 398 IV ZPO.). Der Beklagte kann weder Versäumnisurteil noch Erstreckung, wohl aber Ersatz der Kosten dieser Tagsatzung verlangen (§ 48 ZPO.). Nach drei Monaten (§ 168 ZPO.) kann der Kläger Versäumnisurteil beantragen. Aufnahme durch den Beklagten findet nicht statt.

II. Hat das Gericht keine abgesonderte Verhandlung angeordnet, so kann sie der Kläger verlangen. Die vom Kläger begehrte mündliche Verhandlung ist nämlich auf die Einreden beschränkt. Nur kann nach Verwerfung dieser auf Antrag des Klägers sogleich — also nicht erst nach Rechtskraft des Verwerfungsbeschlusses — Versäumnisurteil gefällt werden. Für diese Verhandlung gilt das oben Gesagte. Versäumt sie der Kläger, ruht das ganze Verfahren. Nach drei Monaten kann sie der Kläger neuerlich verlangen.

B. Der Beklagte hat keine Prozeßeinrede angemeldet. Der Kläger kann sogleich Versäumnisurteil in der Hauptsache verlangen. In diesem

Fall fällt es im Senatsverfahren der Vorsitzende als Einzelrichter binnen acht Tagen ohne Verhandlung.

Das Versäumungsurteil nach § 398 ZPO. kann Verzicht- oder Anerkenntnisurteil sein, wenn eine entsprechende Anspruchsverfügung bei der ersten Tagsatzung erfolgt, der Gegner aber bisher keinen diesbezüglichen Antrag gestellt hat. Denn der Antrag nach § 398 ZPO. braucht nicht bei einer Tagsatzung gestellt zu werden. Teilurteil kann es sein, wenn bei Klage und Widerklage nur bezüglich einer dieser Klagen, bei subjektiver Klagenhäufung nur von einem Teil der Streitgenossen die Klagebeantwortung versäumt wird; bei objektiver Klagenhäufung dagegen ist die Klagebeantwortung eine einheitliche. Zwischen- oder Ergänzungsurteil kann es ebensowenig wie das Urteil nach § 396 ZPO. sein.

Die Entscheidungsgrundlagen nach § 398 ZPO. sind die gleichen wie nach § 396 ZPO. (§ 398 I ZPO.); das Protokoll über die erste Tagsatzung ist aber zu beachten (§ 217 ZPO.).

β) Versäumung einer mündlichen Streitverhandlung (§ 399 ZPO.). Dazu gehört auch die Verhandlung auf Grund von Einwendungen gegen Zahlungsauftrag oder Kündigung. Die erschienene Partei kann bei dieser Tagsatzung Säumnisurteil verlangen. Grundlage ist hier aber der gesamte zur Zeit vorliegende Prozeßstoff, einschließlich neu aufgenommener Beweise. Es ist also beschränktes Schlichtungsurteil. Eine Einschränkung gegenüber den sonstigen Schlichtungsurteilen besteht, abgesehen von der Unzulässigkeit einer Klagsänderung, wenn der Beklagte nicht schon vorher eingewilligt hatte, in folgendem: 1. Der nicht Erschienene kann nichts mehr mündlich vorbringen. Seine vorbereitenden Schriftsätze sind aber zu berücksichtigen, werden also zu bestimmenden. 2. Neues tatsächliches Vorbringen des Erschienenen ist, soweit es nicht von Amts wegen zu Berücksichtigendes betrifft, nur beachtlich, wenn es Früherem nicht widerspricht oder dem Gegner vorher durch vorbereitenden Schriftsatz mitgeteilt wurde.

Somit liegt nur unvollkommene Versäumnis vor. Das Urteil kann wie im Falle α), 3. Verzicht- und Anerkenntnisurteil, unter den Voraussetzungen des § 391 ZPO. Teilurteil und endlich auch Ergänzungsurteil sein. Wird die von einer Partei versäumte Tagsatzung erstreckt, so wirkt die Versäumnisfolge weiter, sodaß der Ausgebliebene, auch wenn er bei der neuerlichen Tagsatzung erscheint, in gleicher Weise nichts mehr wirksam vorbringen kann. Die erwähnten Bestimmungen gelten regelmäßig, auch wenn der Beklagte bei der ersten Tagsatzung eine Prozeßeinrede angemeldet hat; nur ist dann, auch wenn er die Streitverhandlung versäumt, zuerst darüber zu verhandeln. Ist jedoch die angeordnete abgesonderte Verhandlung zur Zeit der Stellung des Antrags auf Säumnisurteil anhängig, so kann dieses erst gefällt werden, wenn die Einrede rechtskräftig verworfen wurde. Die Fällung erfolgt ohne weitere mündliche Verhandlung binnen acht Tagen (§ 415 ZPO. analog).

II. Bezirksgerichtliches Verfahren (§ 442 ZPO.). Die wesentlichsten Unterschiede vom Gerichtshofverfahren sind: α) Da es keine Klagebeantwortung gibt, kommt der Fall des § 398 ZPO. nicht in Frage. β) Ob-

wohl die erste Tagsatzung in der Regel schon zur Vornahme der Streitverhandlung zu bestimmen ist (§ 440 I ZPO.), wird ihre Versäumung stets wie die der ersten Tagsatzung im Gerichtshofverfahren behandelt. γ) Versäumungsurteil nach § 396 ZPO. ist auch zu fällen, wenn der Beklagte — nicht der Kläger — die auf eine erste Tagsatzung im technischen Sinn unmittelbar folgende Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung versäumt. δ) Bringt in den andern Fällen (unvollkommene Säumnis) der Erschienene neues Tatsächliches im Widerspruch zu Früherem — ohne vorherige Mitteilung an den Gegner durch vorbereitenden Schriftsatz — vor, so ist es im Gegensatz zu § 399 ZPO. auf seinen Antrag zu protokollieren und der Säumige unter Mitteilung einer Abschrift dieses Protokolls neuerlich zur Streitverhandlung zu laden. Nur in Bagatellsachen kann diese Protokollierung nicht erfolgen; doch kann, wenn die Verhandlung nicht am selben Tage beendet werden kann, der ausdrückliche Widerspruch des erschienenen Beklagten gegen die Klage protokolliert werden (§ 451 ZPO.).

d) Nach der Instanz: α) Erstinstanzliche; β) Berufungs- und γ) Revisionsurteile. Auch Urteile höherer Instanz können Teil-, Zwischen- und Ergänzungsurteile sein, insbesondere wenn ein solches erstinstanzliches Urteil angefochten und in höherer Instanz in der Sache selbst entschieden wird. Auch kann ein Berufungs- oder Revisionsurteil (strittig) durch Ergänzungsurteil vervollständigt werden. Dagegen gibt es kein einseitiges Urteil höherer Instanz (strittig). Urteile höherer Instanz können endlich: a) bestätigend, b) abändernd, c) teilweise bestätigend, teilweise abändernd sein.

e) Nach der Prozeßstoffart. α) Leistungs-, β) Feststellungs-, γ) Rechtsgestaltungsurteile.

f) Nach dem Verhältnis zur Klage. α) Stattgebend.

β) Abweisend. Die Klage wird wegen Verneinung des Urteilsanspruchs abgewiesen. Die Abweisung erfolgt, wenn das erkennende Gericht überzeugt ist, daß der Urteilsanspruch des Klägers nicht besteht, oder nicht überzeugt ist, daß er besteht, weil die Rechtslage nicht geklärt werden kann. Doch darf das Gericht aus dem letzteren Grunde die Sachentscheidung nicht ablehnen. Das abweisende Urteil spricht dem Kläger den Urteilsanspruch ab; dem Beklagten aber nichts zu.

Die Zurückweisung (aus prozessualen Gründen) geschieht mit Beschluß.

γ) Gemischt: teilweise stattgebend, teilweise abweisend. 1. Bei Klagenhäufung wird nur einem Teil der Klage stattgegeben, der Rest im gleichen Urteil abgewiesen. 2. Einem Klageanspruch wird nur teilweise stattgegeben, der Rest im gleichen Urteil abgewiesen.

Fordert der Kläger zu früh, so ist die ganze Klage abzuweisen. Abweisung „derzeit“ ist unzulässig (strittig); nur die Begründung kann das ergeben. Sie ist auch nicht wegen etwaiger unerwünschter Rechtskraftwirkung nötig, da nachträgliche Sachverhaltsänderungen geltend gemacht werden können.

Jedes ganz abweisende Urteil ist ein Feststellungsurteil.

II. Urteilsfällung ist die erste amtliche Äußerung der Entscheidung. Sie ist beim Senat mit der Zusammenfassung der Abstimmung durch den Vorsitzenden, sonst mit der Urschrift oder der früheren Verkündung gegeben. Sie erfolgt in der Regel auf Grund mündlicher Verhandlung (§ 414 I ZPO.). Ausnahmen: 1. Versäumnisurteil nach § 398 ZPO.; 2. die Partei verzichtet auf die mündliche Berufungsverhandlung; 3. Revisionsentscheidung; in beiden Fällen aber nur, wenn nicht mündliche Verhandlung angeordnet wird (§§ 492, 509 ZPO.). Liegt schon vor Schluß, ja vor Beginn der Verhandlung, ein Urteilsentwurf tatsächlich vor, so hat das mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen keine prozessualen Folgen. Es verstößt auch nicht gegen § 414 I ZPO., da der Entwurf noch keine Urteilsfällung ist.

Das Urteil auf Grund mündlicher Verhandlung soll möglichst gleich nach ihrem Schluß gefällt werden (§ 414 I ZPO.), auch wenn nach Verhandlungsschluß Unterbrechung des Verfahrens eintritt (§ 163 III ZPO.). Das Urteil wird erst später gefällt (§ 415 ZPO., aufgeschobene Urteilsfällung): 1. Wenn die sofortige Fällung nicht möglich oder nicht tunlich ist, z. B. der Richter plötzlich erkrankt, eine Partei Aufregungszustände bekommt, allerdings auch — was nicht vorkommen soll —, wenn das Gericht Bedenkzeit braucht. 2. Wenn ein abgelehnter Richter die Verhandlung bis zum Schluß geführt hat (§ 25 JN.). 3. Bei vorzeitigem Verhandlungsschluß (§ 193 III ZPO.). 4. Wenn der Antrag auf Säumnisurteil nach §§ 399, 442 II ZPO. während der Anhängigkeit der abgesonderten Verhandlung über eine Prozeßeinrede gestellt wird. 5. Wenn zur Zeit der Stellung des Antrags auf Säumnisurteil der Zustellausweis bezüglich des Säumigen fehlt, der Richter die Verhandlung schließt, die Urteilsfällung befristet und während der Frist der Zustellausweis einlangt oder die Erhebungen über die Zustellung positiv abgeschlossen werden (§ 402 I, Z. 1 ZPO.). 6. Wenn die Zurückweisung des Antrags auf Säumnisurteil im Rekurswege aufgehoben und keine neue Tagsatzung angeordnet wird (§ 403 ZPO.).

Das Urteil ist in allen diesen Fällen binnen acht Tagen zu fällen (§§ 402 I, Z. 1, 415 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß), und zwar nach Verhandlungsschluß (1); nach rechtskräftiger Zurückweisung der Ablehnung (2); nach Einlangen der Beweisaufnahmeakte (3); nach Rechtskraft der Verwerfung der Einrede (4); nach Einlangen des Zustellausweises, bzw. Abschluß der Erhebungen (5); nach Einlangen der Rekursentscheidung (6).

Die angeführten Fälle können auch bei Teil- und Ergänzungsurteilen vorkommen; nicht dagegen bei Zwischenurteilen die Fälle 4—6.

Das Urteil können nur die Richter fällen, die an der ganzen dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung wenigstens als Ergänzungsrichter teilgenommen haben (Grundsatz der Unmittelbarkeit), sodaß bei Wechsel auch nur eines Senatsrichters neue Verhandlung nötig ist (§ 412 ZPO.), widrigenfalls der Nichtigkeitsgrund vorschriftswidriger Besetzung (§ 477 II Z. 2 ZPO.) vorliegt. Allerdings ist die neuerliche Verhandlung mit Benützung der Klage, der zu den Akten gebrachten Beweise und des Verhandlungsprotokolls durchzuführen. Daher brauchen schon aufge-

nommene Beweise nicht wiederholt zu werden, soweit sie urkundlich festgelegt sind. Das gilt auch für Beweise, die in der ersten Verhandlung unmittelbar aufgenommen worden sind (strittig).

Das Gesagte trifft aber nach § 412 II ZPO. nur zu, wenn eines von mehreren Senatsmitgliedern wechselt. Wechselt dagegen auch ein zweites oder die ganze Gerichtsbank, insbesondere ein Einzelrichter, so sind arg. §§ 276 I, 412 I ZPO. alle in der ersten Verhandlung aufgenommenen Beweise, soweit nicht mittelbare Beweisaufnahme zulässig wäre, in der neuerlichen Verhandlung zu wiederholen. Die erwähnte Einschränkung ist nötig, weil nicht einzusehen ist, warum zwar mittelbare Beweisaufnahme durch einen helfenden Richter, nicht aber die Beweisaufnahme vor dem Gericht der ersten Verhandlung genügen sollte. Die beendete erste Tagsatzung braucht nicht wiederholt zu werden. Würde das Urteil nur von einer Gerichtsbank gefällt werden, die der Verhandlung nicht beigewohnt hat, so läge ein Nichturteil vor. Schriftführerwechsel ist unbeachtlich; ebenso daß die im Hauptverfahren das Berufungsurteil fällenden Richter nicht am Vorverfahren teilgenommen haben. Keine neuerliche Verhandlung, sondern bloße Fortsetzung findet bei Prozeßüberweisung statt (vgl. §§ 138, 261 VI, 476 I ZPO.).

III. Wesentliche Bestandteile des gefällten Urteils. § 417 ZPO. bestimmt nur die wesentlichen Bestandteile der Ausfertigung, §§ 62 II JN., 414 ZPO., was verkündet wird, Art. 98 II BV. betrifft beides. Ist das Urteil vor der Verkündung gefällt, so ist zu unterscheiden:

1. Für die Zusammenfassung durch den Vorsitzenden ergibt sich aus der Natur der Sache, daß sie alles enthalten muß, was das Ergebnis unzweideutig macht (so auch § 121 III GeO. bezüglich des Beratungsprotokolls). Unnötig ist arg. contr. Art. 98 II BV. die Einleitung „Im Namen des Bundesstaates Österreich“. Die Umstände erübrigen die Bezeichnung des Gerichts, aber auch die namentliche Bezeichnung der Parteien: Angabe der Parteistellung genügt. Wesentlich ist der Urteilspruch (vgl. § 417 I, Z. 3 ZPO.), nicht der Kostenbetrag und nicht die Entscheidungsgründe, die § 414 I ZPO. dem zu fällenden Urteil gegenüberstellt. Der Urteilsspruch des Endurteils hat die Erledigung aller in der Klage oder nach Prozeßeinleitung geltend gemachten Ansprüche und prozessualen Anträge zu enthalten, soweit sie nicht durch Zurücknahme (Änderung) oder Entscheidung (Teil-, Zwischenurteil, Beschluß über einzelne Kostenansprüche oder prozessuale Anträge) erledigt sind. Die Bestandteile sind also a) wesentliche; sie sind stets Entscheidungen: α) über die Hauptsache, β) die Kosten; b) fallweise: α) andere Entscheidungen, die ins Urteil aufzunehmen sind, z. B. über Zwischenfeststellungsanträge, über den Antrag nach § 408 ZPO. oder über die Einnrede einer Gegenforderung nach § 391 III ZPO.; β) bei Leistungsurteilen auch der Leistungsbefehl. Fehlt etwas, so kann Ergänzung verlangt werden.

Andererseits ist das Gericht „nicht befugt“, einer Partei etwas Nichtbeantragtes zuzusprechen (§ 405 ZPO.). Wohl aber abzusprechen, was bloß eine Partei ihr zuzusprechen beantragt hat: Eine unbegründete

Klage ist auch abzuweisen, wenn der Beklagte keinen diesbezüglichen Antrag stellt. Was aber keine Partei beantragt, kann auch nicht abgesprochen werden. Im einzelnen:

a) Der Urteilsspruch ist von der Anspruchsformulierung der Klage unabhängig.

b) Ebenso von der Begründung oder rechtlichen Beurteilung in der Klage. Keine Einwendung gegen letztere Ansicht kann aus den §§ 235, 411 ZPO. abgeleitet werden, denn der „Klagegrund“ in § 235 IV ZPO. ist der Inbegriff der Tatsachen, aus denen der Kläger den Urteilsanspruch ableitet. Nur diesen darf das Gericht nicht überschreiten.

c) Insoweit im Antrag auf mehr der auf weniger enthalten ist, kann der Urteilsspruch auch nur einem Teil der Klage stattgeben (teilweise stattgebendes Urteil). Voraussetzung ist Teilbarkeit des Urteilsanspruchs. Insbesondere liegt auch bloß ein Weniger vor, wenn der Beklagte nur zur Zahlung aus einem bestimmten Vermögen, z. B. aus den Nachlaßmitteln, oder zu subsidiärer Zahlung oder nur zum Erlag verurteilt wird, während der Kläger uneingeschränkte Zahlung verlangt hat.

d) Etwas anderes als beantragt, wird auch zugesprochen, wenn mehr zugesprochen wird.

Ausnahmen von dem Grundsatz des § 405 ZPO.: 1. Im Eheverfahren ist auch ohne Antrag über das Verschulden zu entscheiden (§§ 12f HD. v. 23. VIII. 1819; §§ 6 II, 11, Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283); 2. nach § 233 EO. ist in dem einem Widerspruch gegen einen Verteilungsbeschluß stattgebenden Urteil auch ohne Antrag „zu bestimmen, welchem Gläubiger und in welchem Betrage der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei“.

Keine Ausnahme bildet der Kostenspruch, da in der Vorlage des Kostenverzeichnisses der schlüssige Antrag liegt.

Ein Mehr ist nicht nur bei ziffermäßiger Mehrheit gegeben, sondern auch in den umgekehrten Fällen, wie unter c) angeführt. Ebenso wenn alternativ Begehrtes kumulativ zugesprochen wird. Kein Mehr liegt dagegen vor, wenn die zwar nicht begehrte, aber gesetzlich begründete Solidarhaftung ausgesprochen wird.

e) Artlich Anderes ist nicht zugesprochen, wenn statt der begehrten Zahlung in ausländischer oder Goldwährung mangels Effektivklausel inländische Währung zugesprochen wird.

f) Das Gesagte gilt auch für den Beklagten. Grundsätzlich ist ihm zwar nichts zuzusprechen, aber 1. er kann einen Kostenanspruch haben; 2. ebenso einen Anspruch nach § 408 ZPO.; 3. er kann Gegenansprüche geltend machen, die den Klageanspruch mindern oder aufheben. Auch diesbezüglich kann das Gericht nicht über die Anträge des Beklagten hinausgehen. Auch zur Leistung Zug um Zug ist der Kläger nur zu verurteilen, wenn der Beklagte die Gegenleistung geltend macht; und die Vertragsstrafe, die der Kläger verlangt, ist nur, wenn sie „vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird“ (§ 1336 II abGB.), zu mäßigen. Es genügt also nicht die Bestreitung des Schadens überhaupt.

Da das Gericht „nicht befugt“ ist, etwas anderes zuzusprechen, als beantragt, fehlt ihm insoweit die Gerichtsgewalt. Bei bloß maßlicher

Überschreitung ist daher das Urteil bezüglich des Übermaßes, bei artlicher zur Gänze ein Nichturteil.

g) Verurteilung zu einer Leistung ist zulässig, wenn sie zur Zeit der Urteilsfällung fällig ist (§ 406 ZPO.), mag die Fälligkeit auch erst während des Prozesses eingetreten sein. Daraus kann der allgemeine Satz geschlossen werden, daß dem Urteil die zur Zeit der Fällung herrschende Rechtslage (materielle Rechtslage) zugrunde zu legen ist. Somit ist auch die erst während des Prozesses eingetretene Aufrechenbarkeit einer Gegenforderung des Beklagten zu berücksichtigen. Und hat der Beklagte während des Prozesses gezahlt, so wird die Klage in der Hauptsache abgewiesen. Ebenso wenn die Leistung während des Prozesses unmöglich wird. Andererseits genügt zur Aktivlegitimation Rechtserwerb des Klägers durch Zession während des Prozesses. Auch die Schadensbemessung bestimmt sich nach Umfang und Wert zur Zeit der Urteilsfällung. Endlich gilt § 406 ZPO. auch für Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen. Das alles hat seine Grenzen im Neuerungsverbot nach Abschluß der Urteilsgrundlagen: Können neue Tatsachen nicht mehr vorgebracht werden (vgl. § 482 ZPO.), so sind sie auch im Urteil nicht zu berücksichtigen. Und die Veräußerung der streitverfangenen Sache während des Prozesses ist unbeachtlich (§ 234 ZPO.).

§ 406 ZPO. fordert aber auch grundsätzlich Fälligkeit zur Zeit der Urteilsfällung. Ist der Anspruch also zu dieser Zeit nicht fällig, so ist die Klage abzuweisen. Ausnahmen: 1. Unterhaltsansprüche — nicht nur gesetzliche —, die erst später fällig werden. Dazu gehören auch Ansprüche auf Geldrenten wegen Tötung, Körperverletzung oder Freiheitsentziehung (§ 407 ZPO.). Voraussetzung ist stets Verletzung oder Gefährdung des Anspruchs. Mit den erwähnten Geldrenten kann bei offenkundiger Notwendigkeit auf Antrag auch Sicherheitsleistung (§ 56 ZPO.) für künftige Zahlungen zugesprochen werden. Haben sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten nach Abschluß der Urteilsgrundlagen erheblich verschlechtert, so kann der Berechtigte die Sicherheitsleistung, auch wenn er im Prozeß keinen solchen Antrag gestellt hat, mittels besonderer Klage verlangen. Ebenso Erhöhung der im Urteil zugesprochenen Sicherheit (§ 407 ZPO.).

Da die Fälligkeit sich auf die Erfüllung, nicht auf die Entstehung des Anspruchs bezieht, ist wichtig festzuhalten, daß, wenn der Anspruch noch nicht besteht, also z. B. aufschiebend bedingt ist, die Klage abzuweisen ist. Nur wenn der klägerische Anspruch lediglich Zug um Zug mit einer Gegenleistung des Klägers zu befriedigen ist, kann (arg. § 8 EO.) der Klage stattgegeben werden.

h) In einem Leistungsurteil ist auch die Leistungsfrist (Partitionsfrist, Erfüllungsfrist) zu bestimmen (§ 409 ZPO.). Diese beträgt mit Ausnahme des Wechsel- und Bestandverfahrens regelmäßig 14 Tage. Nur bei Verurteilung zu einer Arbeit oder Geschäftsverrichtung bestimmt das Gericht eine für den Verpflichteten angemessene Frist, insbesondere (also nicht taxativ) so, daß er nicht an Saat-, Schnitt- oder Weinlesearbeiten gehindert wird. Die Frist beginnt, wenn Urteilsanfechtung

mit Rechtsmittel unterblieben ist oder zurückgezogen wurde, mit der Wirksamkeit des Urteils gegen den Verpflichteten, sonst mit dem Tag nach Rechtskrafteintritt. Die Fristen sind, ausgenommen im Urkundenprozeß (§§ 550, 555 ZPO.), durch das Gericht, nie aber durch die Parteien verlängerbar (§ 128 I ZPO.). Sie werden auch durch die Gerichtsferien nicht verlängert, weil sie materiellrechtliche Fristen sind.

i) Wird in einem Urteil ein Gegenstand zuerkannt, der nicht ein Geldbetrag ist, so hat es (§ 410 ZPO.) auszusprechen, daß der Beklagte statt dessen den vom Kläger in der Klage oder während der Verhandlung diesbezüglich — nicht bloß zur Streitbewertung — genannten Betrag leisten kann (Wahlweise Ermächtigung). Das Gericht kann diesen Betrag nicht ermäßigen (§ 405 ZPO.). Ist der Ausspruch unterblieben, so ist weder Berichtigung (arg. contr. § 419 I ZPO.) (strittig) noch (arg. contr. § 423 I ZPO. „Anspruch“) Ergänzungsurteil möglich, wohl aber Rechtsmittel.

j) Der Urteilsspruch muß deutlich und bestimmt und darf nicht widerspruchsvoll sein (§ 477 I. Z. 9 ZPO.). Er muß die Streitlage vollständig klären. Hat insbesondere der Beklagte den Klageanspruch bestritten, aber für den Fall der Stattgebung eine aufrechenbare Gegenforderung geltend gemacht, so darf das Gericht die Klage nicht ohne Prüfung des Bestehens der Klageforderung abweisen, weil ohnehin die Gegenforderung bestehe.

k) Nur der Urteilsspruch ist die Willenserklärung; fehlt er, so fehlt sie. Fehlt etwas anderes, so kann Berichtigung erfolgen, doch schadet es nicht, wenn sie unterbleibt.

2. Die Urschrift enthält (§ 115 I GeO. mit Art. 98 II BV.): a) Die Aufschrift „Im Namen des Bundesstaates Österreich“. b) Teil-, Zwischen-, Verzicht-, Anerkenntnis- und Säumnisurteile sind durch eine Überschrift als solche zu bezeichnen. c) Arg. § 115 III GeO. muß die Urschrift aber auch den Urteilskopf und nach Abs. 2 l. c. die Begründung abgedeutert vom Spruch enthalten. Den Urteilskopf bilden (vgl. § 417 I ZPO.): α) Die Bezeichnung des Gerichts, so auch, ob ein allgemeiner Gerichtshof besondere Gerichtsbarkeit oder das Handelsgericht in Wien allgemeine oder Berggerichtsbarkeit ausgeübt hat; ebenso den nach § 259 III oder 446 ZPO. beantragten Beisatz; β) die Namen der Urteilsfälliger; γ) die Bezeichnung der Parteien (aller Streitgenossen) und Nebenintervenienten nach Vor- und Zuname, Beschäftigung, Wohnort und Stellung im Prozeß, sowie ihrer Vertreter; es genügt aber, wenn sich das mit Sicherheit dem Akt entnehmen läßt. d) Bezüglich des Urteilspruchs gilt das oben Gesagte. e) Die Urteilsurschrift hat allen Erfordernissen einer Urschrift überhaupt zu entsprechen und ist f) stets auch vom Schriftführer zu unterschreiben (§ 418 I ZPO.).

3. Der Urteilsvermerk (l. c.) ersetzt die Urschrift: a) bei klagestattgebenden Versäumnisurteilen, auch wenn der Kläger säumig ist; b) bei Verzicht- oder Anerkenntnisurteilen; c) bei Bagatellurteilen, aber nur wenn von den bei der Verkündung anwesend gewesenen Parteien

keine sogleich nach der Verkündung eine Ausfertigung verlangt (§ 452 II ZPO.). Der Vermerk erfolgt im Falle a) mit Stampiglie auf der Klageschrift oder einem anzuheftenden Blatt, im Falle b) auf dem Verhandlungsprotokoll, im Falle c) im Anschluß an dieses, hier aber samt den wesentlichsten Entscheidungsgründen in Schlagworten (§§ 605f., 608 GeO., § 452 II ZPO.).

IV. Die Verkündung (§ 414 ZPO.) des gleich nach Verhandlungsschluß gefällten Urteils erfolgt unmittelbar nach der Fällung, und zwar stets öffentlich (§ 172 III ZPO.), bei aufgeschobener Urteilsfällung überhaupt nicht (§ 415 ZPO.). Zu verkünden ist: 1. Die Einleitung „Im Namen des Bundesstaates Österreich“ (Art. 98 II BV.); 2. der Urteilsspruch im Wortlaut; 3. die wesentlichsten Entscheidungsgründe. Der Urteilskopf muß regelmäßig nicht verkündet werden; nur wenn der Ergänzungsrichter ein Senatsmitglied ablöst, sind die Veränderungen in der Senatszusammensetzung und die Namen der tatsächlichen Urteilsfällender zu verkünden (§ 62 II JN.). Die Festsetzung des Kostenbetrags kann der Urteilsausfertigung vorbehalten bleiben und vom Senat einem Mitglied übertragen werden. Beim Säumnisurteil ersetzt die Bekanntgabe, daß das Urteil nach dem Antrag gefällt wird, die Verkündung.

4. Eine Rechtsmittelbelehrung ist mit der Verkündung zu verbinden: a) Bei Bezirksgerichten an anwesende rechtsunkundige nicht durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertretene Parteien bezüglich der Frist zur Rechtsmittelergreifung und des allfälligen Anwaltszwangs dabei (§ 432 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß); vermögenslose Parteien sind zu belehren, daß sie für das Rechtsmittelverfahren das Armenrecht erwirken und einen Armenanwalt verlangen können, sowie daß sie nach Bewilligung des Armenrechts die Zustellung des Urteils (der Berufungsschrift) an den Armenanwalt beantragen und sich mit diesem sofort in Verbindung setzen sollen (§ 197 II GeO.). b) Im Bagatellverfahren auch noch, daß nur aus den im § 477 I, Z. 1 bis 8 ZPO. angeführten Gründen, die der Partei zu erklären sind (§ 432 I ZPO.), Berufung möglich ist (§ 452 I ZPO.).

Die Urteilsverkündung ist von der Parteienanwesenheit unabhängig.

V. Die Urteilsausfertigung (§ 417 ZPO.) muß allen Erfordernissen einer Ausfertigung überhaupt genügen und hat zu enthalten: 1. Die Aufschrift; 2. den Urteilskopf; Verweisung auf die Akten ist hier ausgeschlossen; 3. den Urteilsspruch, einschließlich des Kostenbetrags; 4. Entscheidungen, die in die Urteilsausfertigung hineingenommen werden sollen (vgl. z. B. § 261 I bis III ZPO.); 5. wegen Verschleppungsabsicht für unstatthaft erklärtes Vorbringen (§§ 179, 181 II, 275 II, 278 II ZPO.); 6. Beweise, deren Benützung wegen fruchtlosen Ablaufs der Beweisfrist nicht gestattet wurde (§§ 279, 283 III, 309, 332 II, 335, 365 II, 368 III ZPO.); die beiden letzterwähnten Erfordernisse sind nötig, damit die Partei allenfalls dieses Vorbringen im Rechtsmittelverfahren wiederholen kann, ohne das Neuerungsverbot zu übertreten; 7. abgedruckt die vollständigen Entscheidungsgründe (vgl. § 414 III ZPO.). Diese haben unter Hervorhebung der diesbezüglichen Partei-

anträge die Tatsachen, auf die sich das Recht (Rechtsverhältnis), worüber entschieden wird, sowie jene, auf die sich die Entscheidung gründet, anzugeben; ferner die Erwägungen, die für die Überzeugung des Gerichts maßgebend waren (§ 272 III ZPO.). Es muß also die Stellungnahme des Richters zum ganzen Prozeßstoff aus den Entscheidungsgründen hervorgehen. 8. Das Gerichtssiegel (§ 152 I GeO.). Das Gericht kann nach Zweckmäßigkeitserwägungen noch 9. einen Urteilstatbestand aufnehmen, d. i. eine gedrängte Darstellung des gesamten Sachverhalts bei Verhandlungsschluß. Dabei kann es auf die Akten verweisen. Fehlen die Entscheidungsgründe, so hat Berichtigung zu erfolgen; ist sie nicht möglich, so ist der Nichtigkeitsgrund des § 477 I, Z. 9 ZPO. gegeben. 10. Eine Rechtsbelehrung ist in die Ausfertigung aufzunehmen: a) beim Bezirksgericht an rechtsunkundige nicht rechtsfreundlich vertretene Parteien bezüglich des Anwaltszwangs für die Ergreifung des Rechtsmittels und das Rechtsmittelverfahren (§ 447 ZPO.); b) im Bagatellverfahren; überdies das unter IV. 4b Angeführte (§ 452 I ZPO.); c) nach § 153 I GeO. in allen Parteiprozessen an Parteien, die nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten sind, eine Rechtsmittelbelehrung. Die Rechtsbelehrung kann auf einem gesonderten Blatt angeschlossen werden. Wird dem Antrag auf Versäumungs- oder Anerkenntnisurteil unverändert stattgegeben, entfällt sie.

Eine gekürzte Urteilsausfertigung (§ 417 IV ZPO., §§ 147, 152 GeO.) ist bei einseitigen Urteilen zulässig. Auf eine Ausfertigung der Klage oder eine Rubrik wird die entsprechende Amtsstampiglie, die beim Versäumungsurteil auch das Gerichtssiegel ersetzt, aufgedrückt. Voraussetzung ist eine Parteischrift, die alles Nötige enthält. Beim Versäumungsurteil bedarf es nicht einmal einer besonderen richterlichen Anordnung gekürzter Ausfertigung.

Das Urteil ist regelmäßig jeder Partei in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen (§§ 414 III, 452 III ZPO.), selbst wenn darauf verzichtet würde. Die Zustellung erfolgt arg. sil. nicht zu eigenen Händen. Bezüglich mehrerer Beteiligter gelten §§ 90, 94 ZPO. Ein in Anwesenheit beider Parteien verkündetes Verzicht- oder Anerkenntnisurteil wird nur auf Verlangen beider Parteien (§ 416 III gegen § 452 II ZPO.), ein so verkündetes Bagatellurteil aber schon dann zugestellt, wenn eine Partei es sogleich nach der Verkündung verlangt (§ 452 II ZPO.). Das dem Klagebegehren stattgebende Versäumungsurteil wird dem Kläger nur auf sein Verlangen „behändigt“ (§ 416 III ZPO.; also ohne Zustellausweis).

VI. Urteilsgrundlagen beim Schlichtungsurteil sind alle Rechtssätze, von Erfahrungssätzen und Tatsachen aber nur die nach der beschränkten Sammelmaxime erfaßten. Andererseits aber nicht nur das in der mündlichen Verhandlung Vorgekommene: darüber hinaus vielmehr 1. alles, was über Umstände erhoben wurde, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind. 2. Ergebnisse einer Beweisaufnahme nach vorzeitigem Verhandlungsschluß (vgl. § 193 III ZPO., sowie „Beweisführung“ neben „Ergebnisse der gesamten Verhandlung“ in § 272 I ZPO.). 3. Die bei Gericht offenkundigen Tatsachen (§ 269 ZPO.), da sie nicht einmal

behauptet zu werden brauchen. In diesem Rahmen kommt auch privates Wissen des Richters in Betracht. Was dagegen bloß aktenkundig ist, d. h. sich aus den beim Gericht befindlichen Akten feststellen läßt, ist keine geeignete Entscheidungsgrundlage, wenn es nicht in der Verhandlung festgestellt wird.

Der maßgebende Zeitpunkt für den Abschluß der Urteilsgrundlagen, so daß Nachfolgendes unbeachtlich ist, ist der Schluß der Verhandlung — auch der ersten Tagsatzung — auf Grund deren das Urteil ergeht (vgl. auch § 391 I ZPO. „Schluß der Verhandlung“). Ausnahmen: 1. Beim Versäumungsurteil wegen nicht rechtzeitiger Klagebeantwortung ist der Zeitpunkt, da der Antrag des Klägers auf Fällung des Urteils eingebracht wird, maßgebend. 2. Klagerücknahme mit Zustimmung des Beklagten ist bis zur Gerichtsbindung ans Urteil (§ 416 II ZPO.) zu berücksichtigen.

Die urteilende Tätigkeit des Gerichts besteht in der Unterordnung der gesammelten Tatsachen unter Rechtssätze auf Grund von Erfahrungssätzen (Subsumtion).

G. Urteilsberichtigung (§ 419 ZPO.). I. Inhalt. Berichtigt werden können: 1. Schreibfehler; 2. Rechnungsfehler; 3. „offenbare Unrichtigkeiten“, z. B. Klagestattgebung im Urteilsspruch, während aus der Begründung die Abweisung hervorgeht, sinnstörende Auslassungen u. dgl. Die Berichtigung kann auch den Urteilskopf betreffen. Berichtigt können ferner werden: 1. das gefällte Urteil; 2. das abweichend davon verkündete Urteil; 3. nur einzelne oder alle Ausfertigungen. Das insbesondere, wenn sie vom gefällten Urteile abweichen, aber auch, wenn die erforderlichen Angaben über nichtzugelassenen Prozeßstoff fehlen. Unbeachtlich ist, ob die Abweichung auf Verschulden, vielleicht sogar Absicht, des Gerichts beruht. Eine offenbare Unrichtigkeit des gefällten Urteils liegt aber nur vor, wenn die Äußerung als solche dem Gericht offenbar nicht zuzusinnbar war, also der „Geschäftswille“, der „Bedeutungsvorsatz“ gefehlt hat. Beruht dagegen die zusinnbare Entscheidung auf irrtümlichen rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen, so ist die Berichtigung ebensowenig möglich, wie wenn das Gericht einen Anspruch im Urteil übergangen hat (Ergänzungsurteil).

II. Verfahren. Die Berichtigung erfolgt stets (vgl. § 477 I, Z. 9 ZPO.) durch das Gericht (Senat), das das Urteil gefällt hat. Personennämlichkeit ist arg. sil. nicht nötig. Das Gericht berichtigt mit anfechtbarem Beschluß aus eigener Initiative, auf Parteiantrag oder auf Anordnung der höheren Instanz, die selbst auch in Stattgebung eines Parteiantrags erfolgen kann. Mündliche Verhandlung kann, muß aber nicht vorausgehen. Der einen Berichtigungsantrag abweisende Beschluß erster oder zweiter Instanz ist nicht mit abgesondertem Rekurs anfechtbar; so auch, wenn dem Rekurs gegen die Bewilligung der Berichtigung stattgegeben wird. Sind bereits zugestellte Ausfertigungen zu berichtigen, so sind sie dazu tunlichst abzufordern. Die Berichtigung ist an keine Frist gebunden und auch nach Rechtskraft möglich, die durch sie aber dann vernichtet wird.

Wird der Berichtigungsantrag unterlassen und Rechtsmittel ein gelegt, so kann das Erstgericht von Amts wegen die Berichtigung vornehmen, muß aber doch das Rechtsmittel vorlegen. Ist durch die Berichtigung der Rechtsmittelgrund weggefallen, so wird das Rechtsmittel ab- (nicht zurück-) gewiesen. Ebenso, wenn das Rechtsmittelgericht findet, daß eine Berichtigung genügt und sie anordnet.

H. Rechtsfolgen des Urteils. Es handelt sich nicht um „Wirkungen“, weil hier nicht Kausalzusammenhang, sondern Rechtsverknüpfung (Verhältnis von Grund und Folge auf rechtlichem Gebiet) vorliegt.

1. Rechtsfolgen der Urteilsfällung im Senat: Jeder Stimmführer bleibt an seine Ansicht gebunden, wenn der Senat nicht neuerliche Abstimmung beschließt (§ 120 III GeO.). Die Abfassung der Urschrift als solche hat keine Bindungsfolgen.

2. Die Abgabe der Urschrift zur Ausfertigung an die Geschäftsabteilung (§ 112 GeO.) hat bei aufgeschobener Urteilsfällung Bindung des Gerichts an seine Entscheidung zur Folge (§ 416 II ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). Es kann also berichtigen, aber nicht mehr abändern; Änderung ist nur im Anfechtungswege möglich. Voraussetzung ist jedoch, daß nicht etwa ein Nichturteil vorliegt. Die Bindung besteht (arg. „Entscheidung“) nur bezüglich des Spruchs, nicht der Gründe. Diese können also auch später geändert werden, nach Zustellung aber nur im Berichtigungswege.

3. Die gleiche gerichtliche Bindung tritt mit der Urteilsverkündung ein. Die Gründe in der Ausfertigung können von den verkündeten abweichen. In den Fällen, in denen die Parteien nur auf Antrag Ausfertigungen erhalten, „wirkt“ das Urteil schon mit der Verkündung den Parteien gegenüber (§§ 416 III, 452 II ZPO.), sonst erst

4. mit der Zustellung der Ausfertigung (§ 416 I ZPO.),

5. im Falle einer Urteilsberichtigung aber erst mit der Zustellung der berichtigten Ausfertigung (arg. contr. § 424 ZPO.; strittig).

Die Parteiwirkung besteht im Laufbeginn der Rechtsmittel- und Leistungsfristen. Die durch Berichtigung bewirkte Verschiebung gilt auch, wenn nur der unberichtigte Entscheidungsteil angefochten wird oder die ursprüngliche Rechtsmittelfrist schon vor Zustellung der berichtigten Ausfertigung abgelaufen war.

Gewöhnlich werden zu den Urteilsfolgen Rechtskraft, Tatbestandswirkung und Vollstreckbarkeit gezählt. So allgemein ist das unrichtig; denn, abgesehen davon, daß nur die materielle, nicht die formelle Rechtskraft eine Rechtsfolge ist, können nur Befehle vollstreckbar sein, daher auch nur Leistungsurteile. Im einzelnen:

I. Rechtskraft. Einen Begriff „Rechtskraft“, dessen Arten die formelle und die materielle wären, gibt es ebensowenig wie einen Begriff „Recht“ mit den „Arten“ objektives und subjektives Recht. In Wahrheit ist materielle Rechtskraft eine Folge der formellen. Die beiden Begriffe stehen also nicht in logischer Beiordnung, sondern im Verhältnis der Rechtsverknüpfung.

1. Formelle Rechtskraft im engeren Sinn ist Unanfechtbar-

keit. In der Alternative, den Prozeß bei unbeschränkt wiederholbarer Anfechtung nie zur Ruhe kommen zu lassen, somit wertlos zu machen, oder es darauf ankommen zu lassen, daß gelegentlich einmal ein unrichtiges Urteil gefällt werde, entschließt sich der Gesetzgeber zu letzterem, also zur Rechtseinrichtung der formellen Rechtskraft. Der Begriff der formellen Rechtskraft nach der ZPO. ist aber weiter: er umfaßt nicht nur die überhaupt unanfechtbaren Urteile, sondern auch solche, die zwar anfechtbar, aber nicht durch ein Rechtsmittel der ZPO. anfechtbar sind. Während nämlich ein Rechtsmittel im weitesten Sinn jedes Verlangen einer Person ist, woran als Rechtsfolge die Pflicht einer Behörde geknüpft ist, ein Verfahren zur Überprüfung einer behördlichen Verfahrenshandlung durchzuführen, sind Rechtsmittel nach der ZPO. (arg. der Überschrift vor § 461 ZPO.) nur die im 4. Teil geregelten, also Berufung, Revision und Rekurs. Zur formellen Rechtskraft nach der ZPO. genügt nun Unanfechtbarkeit durch eines dieser Rechtsmittel (§ 411 I ZPO.). Daher ist ein Urteil erster Instanz formell rechtskräftig, wenn es nicht mit Berufung, bzw. Rekurs, ein solches zweiter Instanz, wenn es nicht mit Revision anfechtbar ist. Fälle: a) Verzicht auf das Rechtsmittel; b) Zurücknahme; c) Fristversäumnis; d) § 502 II bis IV ZPO. Ein Urteil des OGH. ist ohneweiters formell rechtskräftig. In allen Fällen ist bereits der Zeitpunkt der Gerichtsbindung (§ 416 II ZPO.) maßgebend, denn schon da ist das Urteil „durch ein Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar“.

2. Materielle Rechtskraft ist die Beziehungseigenschaft einer die Behörden und Parteien bindenden unwiederholbaren Rechtsfeststellung.

a) Inhalt. α) Bindung, d. h. das Urteil ist Grundlage für jede spätere behördliche Willenserklärung, für die etwas im Urteil Festgestelltes Vorfrage ist.

β) Unwiederholbarkeit: es darf bezüglich des im Urteil Festgestellten kein Erkenntnisverfahren begonnen oder fortgesetzt werden. Es steht die Rechtskraft, die rechtskräftig entschiedene Streit-sache, entgegen, die von allen Instanzen in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zu berücksichtigen ist (§§ 411 II, 240 III ZPO.). Die neuerliche Klage ist zurückzuweisen, obwohl das Gesetz das nicht ausdrücklich sagt (vgl. aber § 475 III ZPO.). Aber auch Einrede ist möglich (§ 239 II ZPO.). Das Verfahren ist im allgemeinen das gleiche wie bei Unzulässigkeit des Rechtswegs, nur kommt weder § 42 JN. noch § 477 ZPO. zur Anwendung. Vielmehr gilt folgendes: Hat die Partei während des erstinstanzlichen Verfahrens vor Abschluß der Urteilsgrundlagen Kenntnis davon, daß die Sache bereits rechtskräftig entschieden ist, so kann sie, auch nach der ersten Tagsatzung, die Einrede — unbeschadet allfälliger Kostenstrafe nach § 44 ZPO. — vorbringen. Denn das Gericht hat ja die Rechtskraft von Amts wegen zu berücksichtigen und nur für die Einrede verzichtbarer Unzuständigkeit ist Präklusion durch Nichtanmeldung bei der ersten Tagsatzung im § 240 ZPO. ausgesprochen. Gegen die abweisende gerichtliche Entscheidung kann nun je nachdem, ob sie abgesondert erfolgt oder in die Urteilsaus-

fertigung aufgenommen wird (§ 261 ZPO.; vgl. § 471, Z. 6 und § 475 ZPO.), das entsprechende Rechtsmittel erhoben werden. Es ist aber Berufung auch dann möglich, wenn keine selbständige gerichtliche Entscheidung erfolgt ist, da die Berufungsgründe nicht erschöpfend aufgezählt sind; und auch Revision, weil das Berufungsverfahren wegen Entgegenstehens der Rechtskraft nichtig war (§ 503, Z. 1 ZPO.). Konnte ferner die Partei die rechtskräftig entschiedene Streitsache nicht vor Abschluß der Grundlagen des rechtskräftig gewordenen zweiten Urteils in derselben Sache geltend machen (§ 530 II ZPO. in sinngemäßer Anwendung), so ist Wiederaufnahmsklage nach § 530 I, Z. 6 ZPO. zulässig. Hat die Partei die rechtzeitige Geltendmachung versäumt, sodaß das zweite Urteil auch nicht mehr mit Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann, so ist nach dem für alle Willenserklärungen vom Gesetz bis zur einfachen Willensäußerung aus logischen Gründen geltenden Gesetz der maßgebenden Bedeutung des späteren Verhaltens, von dem der Satz von der *lex posterior* nur ein besonderer Anwendungsfall ist, das zweite Urteil maßgebend und dadurch das erste, soweit es ihm widerspricht, aufgehoben.

Damit Wiederholung derselben Rechtssache gegeben sei, ist erforderlich: 1. Der neue Prozeß muß zwischen Personen stattfinden, auf die sich die Rechtskraft des vorangegangenen Urteils erstreckt. Die Parteilrolle ist gleichgültig. 2. Der Verfahrensgegenstand muß in beiden Prozessen der gleiche sein. Gleichgültig ist die Art der Geltendmachung. Was im ersten Prozeß der Kläger, kann im zweiten Prozeß der Beklagte geltend machen. Anders ausgedrückt: Der Klagegegenstand im zweiten Prozeß muß nicht der gleiche sein wie im ersten: es genügt auch, wenn er das Gegenteil ist; das Urteil, das die Scheidung aus Verschulden eines Gatten ausspricht, macht Rechtskraft gegen das Begehren, die Ehe auch aus Verschulden des andern für geschieden zu erklären. So hindert auch die rechtskräftige Abweisung der negativen Feststellungsklage die Stattgebung der positiven. Ist die Deckung nur teilweise, so steht insoweit die rechtskräftig entschiedene Streitsache entgegen; so bei Geltendmachung eines Teils des im ersten Prozeß erfolglos Begehrten oder umgekehrt.

Die Gleichheit des Verfahrensgegenstandes bezieht sich: aa) Auf den Anspruch. Wird im zweiten Prozeß dasselbe wie im ersten, aber nurmehr gegen Zwangsvollstreckung in eine bestimmte Sache begehrt, so liegt, wie erwähnt, ein Weniger vor und die Rechtskraft steht daher entgegen. Dagegen sind verschieden die Klagen: auf eine Sache und einen Geldbetrag; Anerkennung des Alleineigentums und des Miteigentums; Ungültigkeitserklärung eines Vertrags und seine Aufhebung; sofortige Räumung und Räumung zu einem späteren Zeitpunkt usw. Wird aber die Klage auf Übergabe des Mietgegenstands abgewiesen, weil der Mietvertrag nicht besteht, ohne daß über letzteres eine selbständige Entscheidung ergeht, so steht der Klage auf Bezahlung des Mietzinses aus dem Vertrag die Rechtskraft des ersten Urteils nicht entgegen. Die Stattgebung der positiven und die Abweisung der negativen Feststellungs-

klage machen keine Rechtskraft gegen die entsprechende Leistungsklage, wirken vielmehr wie ein stattgebendes Zwischenurteil über den Grund. Die Stattgebung der negativen Feststellungsklage macht Rechtskraft gegen die entsprechende Leistungsklage; die Abweisung der positiven dagegen, die ja auch mangels rechtlichen Interesses erfolgen konnte, nur, wenn das Nichtbestehen des Grundes im Spruch festgestellt wurde. Das rechtskräftige abweisende (anders das stattgebende) Urteil über die Leistungsklage steht der entsprechenden Feststellungsklage nicht entgegen, weil die Abweisung auch aus anderen Gründen als wegen Nichtbestehens des Anspruchs, z. B. wegen noch nicht eingetretener Fälligkeit, erfolgen konnte.

bb) Auf den Tatbestand, aus dem der Anspruch als Rechtsfolge abgeleitet wurde. Der Geltendmachung des Anspruchs aus anderem Rechtsgrund steht also die Rechtskraft nicht entgegen. Ist aber der Rechtsgrund der gleiche, so ist es unbeachtlich, daß er selbst in beiden Fällen auf verschiedenen Gründen beruht. Daher steht der Eigentumsklage aus einem andern Erwerbgrund als im Vorprozeß die Rechtskraft entgegen (strittig). Verschieden sind dagegen die Ansprüche aus Gewährleistung und wegen Verkürzung über die Hälfte; ferner Darlehen und Bereicherung; Hypothekarhaftung und persönliche Schuld usw. Nicht durch die Rechtskraft beschränkt sind insbesondere alle Klagen, die sich auf einen, dem Abschluß der Grundlagen des ersten Urteils zeitlich nachfolgenden Tatbestand gründen. Daher kann Erhöhung oder Herabsetzung der rechtskräftig zugesprochenen Unterhaltsrente wegen Änderung der Verhältnisse verlangt werden, wenn diese Änderung nicht schon im Urteil vorweg berücksichtigt wurde; auch hindert die Zuerkennung eines Ersatzanspruchs wegen erlittenen Schadens nicht die Geltendmachung eines weiteren Ersatzanspruchs, wenn das schädigende Ereignis nachteilige Wirkungen hatte, die beim Kläger erst nach Abschluß der Urteilsgrundlagen entstanden sind.

Soweit die Feststellung im Urteil richtig ist, d. h. die materielle Rechtslage zutreffend beurteilt wird, ist das rechtskräftige Urteil ein zweiter Erkenntnisgrund für die darin ausgesprochene Rechtsfolge neben dem Tatbestand, der als Grund dieser im Urteil festgestellt wurde. Es liegt somit darin keine Neuerung, wohl aber ein neues, neben das alte tretendes, Rechtsverhältnis (strittig), bei stattgebenden schuldrechtlichen Leistungsurteilen also ein gleichlaufendes Schuldverhältnis. Spricht ein Urteil die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts, überhaupt den Nichteintritt einer Rechtsfolge aus, so gilt das dem Sinn nach nicht erst vom Zeitpunkt der „Wirksamkeit“ des Urteils an, sondern schon vom Zeitpunkt, da der Tatbestand der ausgesprochenen Rechtsfolge sich verwirklicht hat.

Ist die Urteilsfeststellung unrichtig, widerspricht sie also der materiellen Rechtslage, so ist das Urteil rechtsgestaltend: es schafft eine neue Rechtslage. Das Institut der materiellen Rechtskraft bedeutet darnach für positive Feststellungen in Wahrheit neben jedem Tatbestand, an den die Rechtsordnung eine Rechtsfolge knüpft, einen zweiten des Inhalts, daß der Richter zu Unrecht einen solchen Tatbestand annehme

und daran knüpft sich die gleiche Rechtsfolge. Also eine juristische Fiktion; materielle Rechtskrafttheorie. Nach der prozessualen bleibt auch nach dem unrichtigen Urteil die materielle Rechtslage unverändert, nur kann sie nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden. Es bleibt also nach Abweisung der Leistungs- oder positiven Feststellungsklage eine Art nudum ius, bei schuldrechtlichen Urteilen eine Naturalobligation, übrig, deren Erfüllung nicht Schenkung ist. Allein das Urteil ist gerichtliche Entscheidung (§ 390 ZPO.), also autoritäre, unantastbare Feststellung der Rechtslage. Daher kann auch der aus dem Grund der arglistigen Herbeiführung eines Urteils abgeleiteten Schadenersatzklage nach dessen Rechtskraft nicht stattgegeben werden, solange das Urteil nicht auf Wiederaufnahmsklage hin aufgehoben wird; das gilt insbesondere für dolose Erwirkung eines verurteilenden Versäumungsurteils (strittig). Das ergibt der hier anwendbare § 530 I, Z. 3 ZPO.

b) Zeitpunkt. Die materielle Rechtskraft bindet das Gericht und die Parteien vom Zeitpunkt der übrigen Rechtsfolgen des Urteils an.

c) Objektive Grenzen. Rechtskräftig wird das und nur das, worüber im Urteil rechtmäßig entschieden wurde. α) Gleichgültig ist die Urteilsart. Ausländische Urteile haben Rechtskraft für Österreich, wenn sie als stattgebende Leistungsurteile in Österreich vollstreckbar sind; d. h. die Rechtskraft besteht auch dann, wenn über den Gegenstand eines solchen möglichen Urteils im Ausland mit abweisendem oder bloßem Feststellungsurteil entschieden wurde. β) Nicht rechtskräftig wird 1. die Tatsachenfeststellung (ausgenommen bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde bei Feststellungsklage), sodaß es also in einem neuen Rechtsstreit neuerlicher Feststellung derselben bedarf. 2. Die Rechtsansicht, von der das urteilende Gericht ausgegangen ist (§ 12 abGB.). 3. Vorfragen, über die mangels Zwischenfeststellungsantrags nicht selbständig entschieden werden kann: Der Richter, der einer Klage auf Zinsenzahlung rechtskräftig stattgibt, hat das Bestehen der Kapitalsschuld bejaht, aber nicht rechtskräftig festgestellt. 4. Überhaupt alles, was nicht im Urteilsspruch steht. Fehlt allerdings ein wesentlicher Bestandteil desselben, so hat (arg. „ist . . . zu ergänzen“, § 423 ZPO.) Ergänzungsurteil zu erfolgen, nicht Geltendmachung mit neuer Klage. Was dagegen mit Recht nur in den Entscheidungsgründen steht, erwächst nicht in Rechtskraft, auch wenn das nur mangels Zwischenfeststellungsantrags der Fall ist (strittig). Die Gründe können nur zur Auslegung des Urteilsspruchs und sohin mittelbar für die Frage des Umfangs der Rechtskraft verwendet werden. 5. Ein Anspruchsteil, über den nicht entschieden wurde. Das gilt auch für das abweisende Urteil. Hat jemand von einer Forderung von 1000 S nur 400 S eingeklagt und wird er damit abgewiesen, weil die Forderung überhaupt nicht zu Recht besteht, so erwächst nur die Feststellung des Nichtbestandes bezüglich der 400 S in Rechtskraft; einer Klage auf die „restlichen“ 600 S steht nicht Rechtskraft entgegen; gewiß eine theoretische Überspitzung, aber arg. „insoweit“ (§ 411 ZPO.) gesetzlich begründet. Auch das beweist, daß bloß in den

Gründen Ausgesprochenes nicht in Rechtskraft erwächst. 6. Gegenansprüche, die in Verteidigung behauptet wurden, ohne daß über sie entschieden werden konnte, weil eben der Zwischenfeststellungsantrag fehlte. Doch darf nicht übersehen werden, daß auch über eine nur einredeweise geltendgemachte Gegenforderung gegenüber einer Forderungsklage stets mit Urteilsspruch zu entscheiden ist (strittig), über eine nicht konnexe allenfalls mit Teilurteil (§ 391 III ZPO.); für die konnexe kann der Schluß vom Kleineren auf Entscheidung überhaupt gezogen werden. Wie im Falle 5. aber wird auch hier die Entscheidung über die Gegenforderung nur bis zur Höhe des Betrages, mit dem aufgerechnet werden soll, rechtskräftig, mag sie auch das Bestehen der Gegenforderung gänzlich verneinen. 7. Ein Nichturteil.

d) Öffentlich-rechtliche Bindungsgrenzen. Das rechtskräftige Urteil bindet, soweit die Rechtskraft objektiv und subjektiv reicht, alle Behörden (vgl. §§ 62f. B. G. G.), insbesondere Gerichte (§ 411 II ZPO.); nicht nur das Gericht, von dem es gefällt wurde; d. h. eine neue Überprüfung von Amts wegen ist ausgeschlossen, auch wenn das rechtskräftig Entschiedene nur Vorfrage in einem späteren Verfahren ist.

e) Subjektive Grenzen. Die Rechtskraft erstreckt sich in ihrem objektiven Umfang auf

α) die Parteien (unmittelbare Rechtskraft). Die Rechtslage ist zwischen ihnen autoritär festgestellt. Dem Begehren um neuerliche Feststellung steht die Rechtskraft entgegen, ohne daß es deswegen rechtswidrig wäre. Die Rechtskraftwirkung gegenüber den Parteien ergibt, abgesehen von § 12 abGB., auch § 411 ZPO. „insoweit . . . entschieden ist“, denn die Entscheidung erfolgt zwischen den Parteien.

β) Es gibt erweiterte Rechtskraft, die über die Behörden und Parteien hinausgeht:

aa) Die absolute (allgemeine) Rechtskraft bindet alle durch die Rechtsordnung überhaupt Gebundenen. Sie besteht: 1. bei Rechtsgestaltungsurteilen, bei denen sie aber von der Tatbestandswirkung zu unterscheiden ist: Der gleichen Rechtsgestaltung als Gegenstand eines neuerlichen Prozesses steht die Rechtskraft entgegen, gleichgültig, wer die Parteien desselben sind. 2. In den Fällen des § 7 II ZPO. und 3. des § 42 III JN. mit § 261 ZPO., wenn die Entscheidung in einem rechtskräftigen Urteil erfolgt ist. Die absolute Rechtskraft bezieht sich nur auf einen Teil des Urteils: Im Fall 2, wenn die Entscheidung nicht auf Grund einer selbständigen Feststellungsklage darüber erfolgt, im Fall 3 aber immer. Hingegen ist an und für sich die Rechtskraft der Statusurteile, d. h. der Urteile über Familienrechtsverhältnisse, keine absolute (strittig); dazu wäre wegen § 12 abGB. eine besondere gesetzliche Bestimmung notwendig. Daher ist das Urteil gegen den Gatten der Mutter, daß das Kind unehelich sei, ohne Wirkung auf den Prozeß gegen den unehelichen Vater (strittig). Sogar die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft des A hindert die der Vaterschaft des B gegenüber demselben Kinde nicht (strittig); ganz entsprechend dem bürgerlichem Recht, nach dem ja jeder als Vater gilt, auf den die Voraussetzungen des § 163 abGB. zutreffen.

Ist freilich das Statusurteil rechtsgestaltend wie bei Unehelichkeitsklage nach §§ 158f. abGB., so ist die Rechtskraft absolut.

bb) Einfach erweiterte Rechtskraft ist zwar nicht allgemein, reicht aber doch über die Behörden und Parteien hinaus; insbesondere kommt in Betracht: Der Gesamtnachfolger eines von der Rechtskraft Betroffenen (vgl. § 34 EO.); der Einzelnachfolger in den rechtskräftig festgestellten Anspruch oder in eine solche Verpflichtung, mag die Nachfolge während des Prozesses oder nach Rechtskraft des Urteils erfolgen (§ 9 EO.); vgl. ferner z. B. §§ 60f. GBG., § 568 ZPO., §§ 11, 128, 232, 236, 310 II, 318, 327, 332 u. a. EO., § 112 KO. Auf andere als die gesetzlich besonders bestimmten Personen erstreckt sich die materielle Rechtskraft nicht, besonders auch nicht auf den einfachen Nebenintervenienten. Solche Personen können also insbesondere auch in einem Prozeß etwas behaupten, was im Widerspruch zu einem gefällten Urteil steht, und dann — und nur dann — ist auch das Gericht berechtigt und verpflichtet, die Behauptung zu überprüfen. Es ist das ähnlich wie innerhalb des Prozesses: Das Gericht ist nach § 416 II ZPO. zur gegebenen Zeit an sein Urteil gebunden, die Parteien können es aber anfechten. Ist also z. B. A im Prozeß gegen B als Schuldner des B rechtskräftig festgestellt worden, so kann doch C in einem andern Prozeß behaupten, daß A nicht Schuldner des B sei, und eine diesbezügliche gerichtliche Entscheidung unabhängig von der früheren herbeiführen. Dadurch wird demjenigen, auf den sich die Rechtskraft nicht erstreckt, auch ermöglicht, Kollusion der beiden früheren Prozeßparteien geltend zu machen.

f) Ende der Rechtskraft. Es tritt mit der nachträglichen Aufhebung des rechtskräftigen Urteils auf Grund einer Nichtigkeits-, einer Wiederaufnahmsklage, einer Wiedereinsetzung oder nach § 42 II JN. ein. Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungs- oder Revisionsfrist hat wie die Berichtigung nach Rechtskraft nachträgliche Aufhebung der Rechtskraft zur Folge.

II. Tatbestandswirkung des Urteils im weitern Sinn bedeutet, daß das Urteil seinem Inhalt nach Merkmal eines Tatbestands ist, an den eine Rechtsfolge geknüpft ist. In diesem weitern Sinn gehören auch die materielle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit dazu, da das auch Rechtsfolgen des Urteils sind. Im engern Sinn rechnet man zur Tatbestandswirkung die erwähnten Rechtsfolgen außer der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit.

So kann das Urteil Gegenstand einer Wette, überhaupt Bedingung für eine Leistung, oder Voraussetzung für eine Schadenersatzklage wegen schlechter Vertretung sein. Das stattgebende Urteil im Erbrechtsprozeß begründet die Sachlegitimation in Erbenprozessen u. dgl. Doch handelt es sich nicht nur um privatrechtliche Rechtsfolgen: Das Urteil kann auch Voraussetzung für eine Syndikatsklage oder ein Disziplinarverfahren sein. Rechtskraft ist nicht notwendig Voraussetzung der Tatbestandswirkung. Nicht hierher gehören dagegen Rechtsfolgen der Urteilsfällung als solcher, so gebührenrechtliche oder die Nichtigkeit nach §§ 477 I, Z 1 bis 3 ZPO. Soweit die Tatbestandswirkung eines Urteils gegenüber einer

Partei besteht, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt, wird die neue Überprüfbarkeit von besonderer Bedeutung.

III. Vollstreckbarkeit wäre, streng genommen, nur gegeben, wenn das im Urteil anbefohlene Verhalten auch wirklich erzwungen werden könnte. Doch ist das, wie erwähnt, bei Urteilen im Zivilprozeß so gut wie nie der Fall. Leistet der zur Zahlung Verurteilte nicht, so werden ihm Sachen weggenommen und veräußert oder sonst Vermögensbestandteile verwertet und aus dem Ertrag der Gläubiger befriedigt u. dgl. Der Verurteilte wird aber nicht gezwungen, die Zahlung selbst zu vollziehen. Vertretbare Handlungen werden auf seine Kosten durch Dritte besorgt (vgl. §§ 353, 356 EO.) und auch die Geldstrafen sowie die Haft nach §§ 354f. EO. bei einer Pflicht zu unvertretbarem Verhalten sind beschränkt und müssen nicht notwendig die schließliche tatsächliche Beobachtung des pflichtmäßigen Verhaltens zur Folge haben. Daher muß man sich begnügen, zu sagen: Ein Urteil ist vollstreckbar, wenn es Merkmal eines Tatbestandes für die Pflicht eines amtlichen Organs ist, den Verurteilten zu dem im Urteilsspruch angeordneten Verhalten zu veranlassen. Während also die Rechtskraft nur die Entscheidung betrifft, bezieht sich die Vollstreckbarkeit nur auf den im Urteil enthaltenen Befehl. Daher können nur stattgebende Leistungsurteile in der Hauptsache vollstreckbar sein. Und alle Feststellungs- und Rechtsgestaltungsurteile können es nur bezüglich der Kosten und eines Entschädigungsbetrages nach § 408 ZPO. sein. Die Möglichkeit einer Exekution zur Sicherstellung begründet die Vollstreckbarkeit nicht (vgl. §§ 466, 505 III ZPO. gegen § 370 EO.).

Formelle Rechtskraft ist notwendige Voraussetzung der Vollstreckbarkeit von Urteilen. Kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung gibt es auch erweiterte Vollstreckbarkeit: Das Urteil ist auch gegen jemand vollstreckbar, der nicht Prozeßpartei war (vgl. § 568 ZPO., §§ 9, 11 EO.). Der Kreis der von der erweiterten Vollstreckbarkeit Betroffenen geht aber nicht so weit wie bei der erweiterten Rechtskraft. Nicht nur, daß es keine absolute Vollstreckbarkeit gibt, sind nicht alle Urteile mit erweiterter Rechtskraft vollstreckbar, weil es auch andre als stattgebende Leistungsurteile gibt.

C. **Der Beschluß.** α) Arten. I. Nach dem Inhalt. 1. Die Zivilprozeßsache betreffend. a) Die Hauptsache. α) Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren. β) Zahlungsbefehl im Syndikatsverfahren. γ) Zahlungsauftrag. δ) Übergabs- und ϵ) Übernahmeauftrag im streitigen Bestandverfahren. b) Die Kosten. α) Kostenbeschluß; β) Beschluß betreffend das Armenrecht und γ) die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten. 2. Das Verfahren betreffend. a) Prozeßleitende Beschlüsse. b) Einfache Verfahrensbeschlüsse, z. B. Zurückweisung der Klage oder der Einrede der Rechtskraft.

II. Nach der Initiative. 1. Von Amts wegen; 2. auf Antrag ergehend: a) stattgebend, b) abweisend (§ 428 ZPO.), c) teilweise stattgebend und teilweise abweisend. 3. Angeregte Beschlüsse: „Von Amts wegen oder auf Antrag“.

III. Nach der Beziehung zu einem durchgeführten Verfahren oder

Verfahrensteil. 1. Positiv, z. B. die Anberaumung einer Tagsatzung, 2. aufhebend, z. B. die Einstellung des Verfahrens, die Nichtigerklärung 3. abändernd, z. B. auf Grund Rekurses; das ist eine Mischung der ersten beiden Arten.

IV. Nach der erledigten Prozeßstoffmenge: 1. Vollbeschlüsse. 2. Teilbeschlüsse sind zwar im Gesetz nicht genannt, aber in Analogie zu § 391 ZPO. wohl zulässig, z. B. wenn von mehreren vereinigten Besitzstörungsklagen eine spruchreif ist. 3. Im Besitzstörungsverfahren ist auch ein Zwischenbeschluß analog § 393 II ZPO. denkbar. 4. Der Ergänzungsbeschluß ist im Gesetz vorgesehen (§ 430 mit §§ 423f. ZPO.). Doch ist auch neuerlicher Antrag, soweit nicht versäumt, ferner Rekurs, Aufsichtsbeschwerde oder Mängelrüge zulässig.

V. Nach dem Prozeßstoffgebiet können die auf Antrag ergehenden Beschlüsse: Schlichtungs- und einseitige, insbesondere Anerkenntnis-, Verzicht- und Säumnisbeschlüsse sein, wenn das Gesetz auch diese Unterscheidung nicht anführt. Zu den einseitigen Beschlüssen gehören aber auch Zahlungsaufträge, Zahlungsbefehle und Aufträge auf Übernahme oder Übergabe im Bestandverfahren.

VI. Nach der Instanz: Es gibt erst-, zweit- und drittinstanzliche Beschlüsse.

VII. Nach der Prozeßstoffart: Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsbeschlüsse; man vergleiche die Verhängung einer Ordnungsstrafe, die Unzuständigkeitserklärung und die Kuratorbestellung.

VIII. Nach dem Ergebnis: Streiterledigende Beschlüsse und im Gegensatz dazu Hilfsbeschlüsse.

β) Fällung. 1. Beschlüsse ergehen a) auf Grund mündlicher Verhandlung (vgl. z. B. §§ 261, 457 ZPO.) — hier gilt auch § 412 ZPO. (§ 425 III ZPO.) — oder b) ohne solche (vgl. §§ 47 II JN., 9 I, 84f., 198ff., 550 ZPO.). Der Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren hat sogleich nach Verhandlungsschluß zu erfolgen. In Fällen, wo Aufschiebung der Urteilsfällung möglich ist, kann auch (arg. mai.) die Beschlußfällung aufgeschoben werden. Wesentlich ist auch beim Beschluß der Spruch. Der Inhalt ist entweder unmittelbar durch das Gesetz (vgl. §§ 7, 198ff., 239 III ZPO.) oder durch den Antrag bestimmt, über den das Gericht nicht hinausgehen kann, soweit der Beschluß kein angeregter ist (§ 405 ZPO. analog). Auch der Beschluß ist grundsätzlich auf die Rechtslage zur Zeit der Fällung zu gründen (§ 406 ZPO. analog), soweit nicht gesetzliche Ausnahmen, wie z. B. nach § 29 JN., bestehen. Bei streiterledigenden Beschlüssen kann auch ein Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO. zugesprochen werden.

2. Leistungsfrist. a) Bei Beschlüssen, die ein Verhalten zu einem bestimmten Zeitpunkt anordnen, wie bei Ladungen, ist dieser Zeitpunkt maßgebend. Hier gibt es also keine „Frist“. So insbesondere auch bei Beschlüssen, die „sofort“ zu befolgen sind (vgl. §§ 83 II, 201 I ZPO.). b) Gesetzliche Fristen; vgl. § 550 II (14 Tage), 557 I (3 Tage), beide Fristen unverlängerbar, aber nach § 129 ZPO. abkürzbar. c) Richterliche

Fristen nach Ermessen; vgl. §§ 308 I, 360, 459 ZPO. Die Berücksichtigung insbesondere der Saat-, Schnitt- und Weinlesearbeiten gilt a mai. auch hier. Die Frist beginnt mit der Wirksamkeit des Beschlusses.

3. Die Urschrift des Beschlusses bedarf (arg. contr. § 115 I GeO., Art. 98 II BV.) nicht der Aufschrift „Im Namen des Bundesstaates Österreich“; sonst gilt grundsätzlich das gleiche wie beim Urteil (arg. § 79 III GOG., § 115 GeO.). Es genügt aber, wenn die Namen der Richter aus dem Akt und der Geschäftsverteilung mit Sicherheit festzustellen sind, und es genügt nicht nur für die Bezeichnung der Parteien, sondern auch für die der Rechtssache und der Art und Zeit der Leistung, wenn sie sich aus den Akten ergeben (arg. § 79 V GOG.). Auch braucht der Schriftführer nicht zu unterschreiben (§ 429 I gegen 418 I ZPO.). Bei häufig wiederkehrenden Beschlüssen reicht abgekürzte Urschrift aus, insbesondere unter Benützung von Formblättern. Bei geübten Kanzleikräften genügen Schlagworte, z. B. „bewilligt“, auf dem Antrag (Bewilligungsvermerk).

γ) Nur bei Tagsatzungen gefaßte Beschlüsse sind zu verkünden, und zwar regelmäßig nur der Spruch (arg. contr. §§ 115 GeO., 429 II ZPO., Art. 98 II BV.), bei abweisenden Beschlüssen aber auch die Begründung, mag auch dem gegnerischen Gegenantrag zugleich stattgegeben worden sein (§ 428 I ZPO.). Es genügen jedoch die wesentlichsten Entscheidungsgründe (§ 414 ZPO. a mai.; § 428 ZPO. bezieht sich arg. „falls nicht . . . zu entnehmen ist“ nur auf die Ausfertigung). Bei Beschlüssen mit Kostenspruch kann der Betrag der Ausfertigung vorbehalten bleiben; beim Versäumungsbeschluß genügt arg. mai. § 414 I ZPO. die Bekanntgabe, daß dem Antrag stattgegeben wurde, als Verkündung. Die Rechtsbelehrung nach § 432 ZPO. (nicht nach § 452 ZPO.) gilt auch für Beschlüsse.

δ) Die Ausfertigung des Beschlusses heißt Bescheid (§ 427 I ZPO.). Er muß allen Erfordernissen einer Ausfertigung überhaupt genügen. Bestandteile: Nicht die Aufschrift „Im Namen des Bundesstaates Österreich“ (arg. contr. § 115 GeO., Art. 98 II BV.), wohl aber 1. der Beschlußkopf. Die Bezeichnung der Rechtssache, der Partei und der Art und Zeit der Leistung kann durch Verweisung auf gleichzeitig mitgeteilte Akten erfolgen (§ 79 V GOG., gekürzte Ausfertigung). Die Namen der Richter können durch Bezeichnung des Senats ersetzt werden; beim Einzelrichter des Bezirksgerichts genügt Angabe der Gerichtsabteilung (§ 79 III GOG.). 2. Der Spruch, einschließlich des allfälligen Kostenbetrags. 3. Entscheidungen, die dem Endbeschluß vorbehalten wurden (vgl. § 261 ZPO.). 4. Die Begründung, regelmäßig gesondert vom Spruch (was zwar nicht die ZPO., wohl aber § 115 GeO. verlangt, ausgenommen, sie bestünde bloß in einer Verweisung auf eine Gesetzesstelle oder in einer kurzen Mitteilung). Der zugrunde liegende Sachverhalt mit den Anträgen ist, soweit er zum Verständnis nötig ist, aufzunehmen, wenn er nicht gleichzeitig mitgeteilten Akten zu entnehmen ist (§ 428 II ZPO.). 5. Unterschrift des Richters, nicht des Schriftführers.

Häufig wiederkehrende Beschlüssausfertigungen können, gekürzte

Ausfertigungen müssen mit Stampiglie hergestellt werden. Für einzelne ist der Text vorgeschrieben (§§ 69, 148 GeO.). Von den Parteien beigebrachte Ausfertigungsentwürfe können verwendet werden (§ 145 GeO.).

Außerhalb von Tagsatzungen gefaßte Beschlüsse sind den Parteien in Ausfertigung zuzustellen. Ein abweisender Beschluß ist, wenn der Gegner nicht zu vernehmen war, diesem auf Ansuchen des Antragstellers zuzustellen (§ 427 II ZPO.).

Verkündete Beschlüsse sind nur der Partei zuzustellen, 1. der ein absonderter Rekurs oder 2. das Recht sofortiger Zwangsvollstreckung zusteht; 3. die bei der Verkündung nicht anwesend war, sofern diesfalls die Verfahrensleitung es erfordert; 4. die es verlangt (§ 79 IV GOG. und Ähnlichkeitsschluß). 5. Der Beweisbeschluß wird nur schriftlich ausgefertigt, wenn die Beweisaufnahme vor einem helfenden Richter stattfinden soll (§ 277 III ZPO.). Den Parteien wird er nur zugestellt, wenn er Protokollersatz ist (§ 444 II, S. 1 ZPO.). 6. Jeder die Berufung (§ 500 I ZPO.), 7. den Rekurs (§ 526 III ZPO.) oder 8. die Revision (§ 513) erledigende Beschluß ist den Parteien stets in Ausfertigung zuzustellen.

e) Für die Grundlagen des Beschlusses gilt das beim Urteil Gesagte entsprechend. Ergeht der Beschluß ohne mündliche Verhandlung, so ist für den Abschluß der Grundlagen der Zeitpunkt der Gerichtsbindung maßgebend.

ς) Auch für die Berichtigung gilt das gleiche wie beim Urteil (§ 430 ZPO.).

η) Rechtsfolgen. Bezüglich der „Wirksamkeit“ gilt grundsätzlich das gleiche wie beim Urteil. Ausnahmen: 1. Bloß prozeßleitende Beschlüsse binden das Gericht nicht (§ 425 II ZPO.). 2. Die Wirksamkeit den Parteien gegenüber beginnt mit der Zustellung, wo diese aber nicht von Amts wegen erfolgt, mit der Verkündung (§ 426 III, vgl. auch § 124 ZPO.). Das gilt auch, wenn Rekurs erhoben wurde und dieser nicht ausnahmsweise aufschiebende Wirkung hat, in welchem Fall die Leistungsfrist mit der Zustellung, und wo diese nicht von Amts wegen erfolgen muß, mit der Verkündung der Rekursentscheidung beginnt. Daß die bloße Zustellung auf Verlangen den Fristbeginn mit der Verkündung nicht ändert, wenn auch das Verlangen eine Zustellungspflicht des Gerichts zur Folge hat, ergibt sich daraus, daß § 426 III ZPO. nur die Fälle des § 426 I, II ZPO. betrifft, während die Zustellung auf Verlangen in § 427 II ZPO. und § 79 GOG. geregelt ist. Im Bagatellverfahren beginnt die Frist, wenn beide Parteien bei der Verkündung anwesend waren, mit dem Tage nach dieser (§ 521 ZPO. analog). 3. Zur „Wirksamkeit“ gehört auch bei einem eine richterliche Frist bestimmenden Beschluß der Beginn des Fristenlaufs.

Rechtskraft, Tatbestandswirkung und Vollstreckbarkeit gibt es auch bei Beschlüssen. Die unmittelbare Rechtskraft im Zwischenstreit erstreckt sich subjektiv auf die Personen in parteiähnlicher Stellung. Im übrigen ist zu unterscheiden: 1. Ersuchen an nicht untergeordnete Behörden haben nur Tatbestandswirkung: wenigstens die Verpflichtung der ersuchten Behörde zu Rechtshilfe. 2. Auch unmaßgebliche Aufträge

haben nur Tatbestandswirkung (vgl. z. B. § 398 mit § 243 I ZPO.). 3. Aufträge an untergeordnete Organe und 4. Befehle haben Tatbestandswirkung und Vollstreckbarkeit. 5. Rechtsgestaltende Beschlüsse, 6. reine Entscheidungen und 7. Widerruf haben Tatbestandswirkung und, wenn sie nicht prozeßleitende Beschlüsse sind, auch Rechtskraft; dagegen nie Vollstreckbarkeit. Bei Beschlüssen ist formelle Rechtskraft grundsätzlich nicht Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit (§ 524 ZPO.). Die Grenzen sind die gleichen wie beim Urteil; wird also die Klage rechtskräftig zurückgewiesen, somit Sachentscheidung abgelehnt, so ist bezüglich der Sache keine Rechtskraft eingetreten.

b) Prozessuale Rechtsgeschäfte.

α) Allgemeines.

I. Prozessuale Rechtsgeschäfte sind Rechtsgeschäfte mit Rechtsfolgen für das Verfahren. Werden sie von der Partei (ihrem Vertreter und daher auch dem Nebenintervenienten) gesetzt, so sind sie Partei-handlungen. Doch können prozessuale Rechtsgeschäfte auch Zeugen, Sachverständige, Dolmetscher und im Zustelldienst Gemeindevorsteher und -angestellte sowie Postbeamte vornehmen. Die Ersatzpersonen bei Ersatzzustellung sind Vertreter des Zustellungsempfängers, kommen also nicht als selbständige Gruppe in Betracht. Prozessuale Handlungen der Partei und der genannten Personen kann man im Gegensatz zu denjenigen des Gerichts, wenn auch Handlungen von Amtsorganen als Vertretern darunterfallen, a potiori private Prozeßhandlungen nennen.

Parteihandlungen erfolgen entweder außergerichtlich oder gerichtlich. Letzteres (Prozeßhandlungen der Partei), wenn sie an das Gericht gelangen. In der ZPO. finden wir beide Arten: Vgl. z. B. §§ 31 I, Z. 1 „Empfangnahme“ sowie §§ 83, 112 f., 283 einerseits und §§ 74 ff., 79, 434 andererseits. Näher geregelt sind die Prozeßhandlungen der Partei (vgl. §§ 1 ff. ZPO.), außergerichtliche Parteihandlungen nur ausnahmsweise (vgl. §§ 88, 104 JN.). Für diese letzteren gelten grundsätzlich die Bestimmungen über private Rechtsgeschäfte. Dagegen sind die Erfordernisse der Prozeßhandlungen nach ausdrücklichem und schlüssigem Prozeßrecht und nur subsidiär nach Privatrecht zu beurteilen (vgl. § 7 abGB.), z. B. bezüglich der Frage, wann ein Schriftsatz als bei Gericht eingelangt anzusehen ist (Empfangstheorie).

Die Rechtsfolgen außergerichtlicher Parteihandlungen auf den Prozeß beziehen sich bald auf den Verfahrensgegenstand und können durch Änderung der materiellen Rechtslage Anlaß zu neuen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln bilden; so z. B. ein außergerichtlicher Verzicht auf den Streitgegenstand oder ein solches Anerkenntnis; bald betreffen sie das Verfahren unmittelbar, wie die Zuständigkeitsvereinbarung oder die Empfangnahme einer durch die Post zugestellten Sache.

Hier werden nur die Prozeßhandlungen der Partei behandelt. Für andere Personen gilt im Zweifel Analogie.

II. Erfordernisse. 1. Eine Person (Parteifähigkeit), widrigenfalls eine prozessuale Nichthandlung vorliegt.

2. Prozeßfähigkeit ist nicht für alle Prozeßhandlungen nötig. Regelmäßig (Ausnahme: § 6 II ZPO.) für Willenserklärungen, ausnahmslos nicht für Wissenserklärungen. Die übrigen Fälle sind nicht einheitlich.

3. Das gleiche gilt uneingeschränkt von der Postulationsfähigkeit.

4. Scheinhandlungen sind Nichthandlungen.

5. Ein subjektiver Tatbestand ist auch für die Prozeßhandlungen einer Partei nicht erforderlich. Auch für sie gilt die Erklärungstheorie. „Willensmängel“ sind unbeachtlich, Anfechtung nach bürgerlichen Recht ausgeschlossen. Das ergibt sich aus dem für die Gerichtshandlungen Ausgeführten und dem Schweigen des Gesetzes. Abhilfe gewährt, wo gegeben, die Widerruflichkeit, allenfalls Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahmsklage.

6. Der Inhalt der Prozeßhandlungen der Partei wird von der Partei selbst im Rahmen des Gesetzes und des Zwecks, insbesondere der inneren Form, bestimmt. Auch Bedingungen sind möglich, ihrem Wesen nach aber nur bei Wissens- (vgl. § 266 II ZPO.) und Willenserklärungen. So z. B. bei einem Eventualbegehren (vgl. § 56 I JN.); überhaupt überall, wo das Gesetz sie nicht ausschließt; denn die Unzulässigkeit der Bedingung müßte besonders ausgesprochen sein. Die Bedingung verstößt auch nicht (strittig) gegen das Erfordernis der Bestimmtheit (§§ 178, 226 I, 467, 506 ZPO.). Das gleiche gilt von Befristungen des Inhalts (strittig). Unerlaubte Handlungen sind keine Prozeßhandlungen, wohl aber das bloße Erscheinen bei Gericht in Parteieigenschaft. Dagegen spricht nicht etwa § 146 a. A. ZPO., da dort bloß der Gegensatz Tagsatzung — Frist hervorgehoben wird.

7. Der Ort der Prozeßhandlungen, die, wie erwähnt, ans Gericht gelangen müssen, ist verschieden, je nachdem, ob es sich um Handlungen, die in Anwesenheit einer Gerichtsperson gesetzt werden müssen (Handlungen vor Gericht; nur davon spricht zu eng § 1 ZPO.), oder um solche handelt, die in Abwesenheit vom Gericht gesetzt werden können. Ersterenfalls fällt der Ort der Parteihandlung mit dem der gerichtlichen Handlung zusammen. Andernfalls (ans Gericht gerichtetes Handeln), z. B. bei Übersendung eines Schriftsatzes, ist der Handlungsort beliebig. Denn der Erfolg der Handlung, das Einlangen des Schriftsatzes bei Gericht, ist kein Handlungsteil. Doch können solche Handlungen auch vor Gericht gesetzt, z. B. der Schriftsatz, statt übersendet, persönlich bei Gericht überreicht werden. Sollte die Prozeßhandlung vor der unrichtigen Gerichtsperson vorgenommen werden, so hat diese sie zurückzuweisen. Tut sie es nicht, so gilt das gleiche wie bei gerichtlichen Handlungen.

8. Das über die Zeit der Gerichtshandlungen Gesagte gilt auch entsprechend für die Zeit der Prozeßhandlungen der Partei. Während aber das Gericht auch außerhalb der Amtsstunden amtieren kann und darf, hat die

Partei keinen Anspruch darauf, daß zu dieser Zeit ihre Handlungen vom Gericht entgegengenommen werden. Der Verkehr nicht vorgeladener Parteien in den gerichtlichen Amtsräumen mit Ausnahme der Einlaufstelle kann vom Gerichtsvorsteher auf bestimmte Stunden, mindestens vier im Tag, eingeschränkt werden. Außerhalb dieser Zeit werden nur in dringenden Fällen protokollarische Anbringen entgegengenommen, Akteneinsicht, Auskünfte und Beglaubigungen erteilt. Als dringend gilt das Vorbringen stets, wenn die Wiederholung zu anderer Zeit nur schwer möglich ist. Ganz kurze Auskünfte, die nicht länger dauern als ihre Verweigerung, sollen immer erteilt werden (§ 24 GeO.). Das Gesagte gilt insbesondere auch für Ruhetage und Nachtzeit, dagegen nicht für die Gerichtsferien, für die nur die Beschränkungen des § 223 ZPO. in Betracht kommen.

Prozeßhandlungen sind oft befristet, d. h. sie müssen, um wirksam zu sein (vgl. § 144 ZPO.), zu einer bestimmten Zeit gesetzt werden. Die Zeitbestimmung der ZPO. kann gegeben sein: a) So, daß während der Zeit Prozeßhandlungen vor Gericht vorgenommen werden sollen. Eine solche Zeit heißt Tagsatzung (§§ 130ff. ZPO.). *β*) Als Frist, d. i. eine Zeit innerhalb deren eine ans Gericht gerichtete Prozeßhandlung vorzunehmen ist. Dagegen kennt § 57 I GeO. Fristen auch für gerichtliche Einvernehmungen.

a) Tagsatzungen. *α*) Arten. Tagsatzungen sind zu folgenden Zwecken möglich: 1. Beweisaufnahme; die Prozeßhandlungen der Parteien können in bloßem Erscheinen, in Übergabe und Übernahme von Sachen (z. B. bei Augenschein), in Fragestellungen, Behauptungen und andern Erklärungen zur Beweisaufnahme bestehen (vgl. § 289 ZPO.). 2. Anhörung (vgl. z. B. §§ 175 I, 308 II ZPO.): Eine Partei oder auch beide unabhängig voneinander sollen sich vor Gericht äußern. Die Anhörung ist ein Fall der Einvernehmung. Letztere kann auch schriftlich erfolgen (vgl. § 303 III ZPO.). 3. Mündliche Verhandlung: Beide Parteien sollen sich gegenseitig äußern. Die zur mündlichen Verhandlung angeordnete Tagsatzung verliert aber ihren Charakter nicht, wenn auch nur eine Partei erscheint und ihre Sache vertritt, während die andere wegbleibt oder beigt (Verzicht, Anerkenntnis). Eine Verhandlung kann sich über mehrere Tagsatzungen erstrecken und in einer Tagsatzung sind mehrere Verhandlungen möglich (vgl. §§ 150 II, 261 II ZPO.).

Die mündliche Verhandlung über die Hauptsache vor dem erkennenden Gericht erster Instanz (nicht aber z. B. vor dem beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren; vgl. §§ 250f. ZPO.) heißt, mag daneben auch über Vorfragen oder Nebenfragen verhandelt werden, mündliche Streitverhandlung (§§ 244, 257ff. ZPO.). Auch die erste Tagsatzung im technischen Sinn ist eine Tagsatzung zu mündlicher Verhandlung. In zweiter Instanz gibt es nur eine mündliche Berufungsverhandlung, nicht aber eine Rekursverhandlung (§ 480 und Überschrift vor § 482 gegen § 526 ZPO.); ebenso beim OGH. nur in manchen Fällen eine mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht (§ 509 II ZPO.).

β) Die Anberaumung der Tagsatzung erfolgt ausnahmslos durch

das Gericht. Entweder durch Bestimmung von Tag und Stunde für eine bestimmte Tagsatzung oder — nur beim Bezirksgericht — eines Gerichtstags, an dem die Parteien ohne Vorladung oder vorherige Verständigung des Gerichts zur Verhandlung erscheinen können (§ 439 ZPO.): „Amtstage“, wenigstens einmal in der Woche; Bekanntmachung durch Anschlag am Eingang des Gerichtshauses (§ 56 GeO.). Ist einmal der Prozeß bei einer Instanz anhängig, so erfolgt die Anberaumung der Tagsatzung regelmäßig von Amts wegen, wenn auch § 130 a. A. ZPO. die entgegengesetzte Regel unter Verweisung auf gesetzliche Ausnahmen aufstellt. Aber diese Ausnahmen überwiegen so bedeutend, daß sie die Regel bilden. Allerdings bedarf die Anberaumung von Amts wegen einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Beispiele für Tagsatzungen auf Parteienantrag, der sich aber nie in dem bloßen Begehren einer Tagsatzung ohne Antrag zu bestimmten Prozeßhandlungen erschöpfen kann: §§ 155f., 158, § 159 ZPO. mit §§ 7f. KO., §§ 261 IV, 398 II, 478 IV ZPO.

Die Anberaumung geschieht in Senatssachen, wenn sie in einer gerichtlichen Entscheidung oder bei einer mündlichen Verhandlung erfolgt, durch den Senat, sonst durch den Vorsitzenden; im Verfahren vor dem helfenden Richter durch diesen (§§ 140 I, 143 ZPO.). Sie ist nicht mit absonderlichem Rekurs anfechtbar (§ 130 ZPO.) und enthält wesentlich:

1. Die Festsetzung des Ortes. Tagsatzungen erfolgen regelmäßig im Gerichtshaus. Ausnahmen: a) Tagsatzungen zu mündlichen Verhandlungen, wenn sie woanders leichter oder mit weniger Kosten durchführbar sind (§ 132 II ZPO.). b) Zu Beweisaufnahmen nach Art. VIII EGZPO., §§ 282, 328 II, 367 mit 328 II ZPO., sowie wenn der zu besichtigende Gegenstand (vgl. § 352 mit § 368 ZPO.) nicht vor das Gericht gebracht werden kann. c) An Gerichtstagen.

Das Gericht muß aber auch das Zimmer innerhalb des Gebäudes bestimmen.

2. Tag und Stunde (mitteleuropäische Zeit!). Dabei sind die Vorschriften über Ruhetage und Gerichtsferien zu beachten. Das Gericht soll aber auch die Feiertage nach dem Glaubensbekenntnis des zu Ladenden berücksichtigen (§ 25 IV GeO.). Im übrigen wird der Geschäftsbetrieb beim Gericht im einzelnen maßgebend sein, wie auch die vermutliche Dauer der einzelnen Tagsatzungen und die Abschätzung, ob alle zustande kommen; andererseits die Dringlichkeit der einzelnen Sachen. In manchen Fällen ist eine Zwischenfrist zwischen der Zustellung der Ladung und dem Zeitpunkt der Tagsatzung einzuhalten; so nach §§ 231 I, 257 I, 480 I ZPO.; vgl. aber auch §§ 231 II, 436 ZPO. Eine anberaumte Tagsatzung kann vom Richter wieder abberaumt, abberufen werden.

Bereits angeordnete Tagsatzungen „können nur durch richterliche Entscheidung verlegt werden“ (Erstreckung) (§ 134 I ZPO.). Für die Erstreckung gilt das gleiche wie für die erste Anberaumung. Doch bestimmt, wenn im Senatsverfahren eine Verhandlung verlegt wird, die Zeit der Vorsitzende (§ 181 I ZPO.). Die Erstreckung erfolgt ferner von Amts wegen oder auf Antrag, aber nur aus folgenden Gründen: a) Wenn dem rechtzeitigen Erscheinen, der Aufnahme oder Fortsetzung der Verhand-

lung durch eine Partei ein sehr erhebliches Hindernis entgegensteht; das ist nur anzunehmen, wenn auch die Bestellung eines Bevollmächtigten, bzw. andern geeigneten Bevollmächtigten, untunlich ist. b) Wenn das Gericht durch wichtige Gründe an der Aufnahme oder Fortsetzung der Verhandlung behindert ist; dazu gehört auch Übermüdung oder Einbruch der Nacht. c) „Wenn eine nicht sofort vor dem Prozeßgericht vollziehbare, für die weitere Verhandlung jedoch wesentliche Beweisaufnahme angeordnet wird“. d) Wenn Urkunden, Auskunftsachen oder Augenscheinsgegenstände herbeigeschafft werden müssen (§ 134 ZPO.); e) wenn im Gerichtshofverfahren der arme Beklagte sofort nach Klagezustellung um Bewilligung des Armenrechts angesucht hat, ihm aber zur Zeit der ersten mündlichen Streitverhandlung noch kein Anwalt bestellt ist und er ohne Anwalt erscheint (§ 73 II ZPO.); f) nach Ermessen, wenn bei der ersten Tagsatzung, bei der ein Anwalt durch einen Rechtsanwaltsgehilfen vertreten ist, eine Erörterung oder Verhandlung nach § 239 III ZPO. nötig ist (§ 31 IV ZPO.); g) wenn die Zustellung eines Schriftsatzes oder einer Protokollsabschrift, über die eine Tagsatzung anberaumt wird, mit der Ladung so verzögert wird, daß die Zwischenfrist dem schuldlosen Gegner die genügende Vorbereitung für die mündliche Verhandlung oder im Anwaltsprozeß die rechtzeitige Anwaltsbestellung nicht gestattet (§ 139 ZPO.); h) einmalig und tunlichst auf kurze Zeit im Falle des § 185 ZPO.; i) wenn dem Bevollmächtigten bei der Verhandlung das Wort entzogen wird und der notwendige neue Vertreter nicht gleich bestellt werden kann (§ 200 II ZPO.); j) einmalig, wenn eine Partei bei einer nicht bloß zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung vor dem vorbereitenden Richter nicht erscheint (§ 254 I ZPO.); k) wenn es angemessen erscheint, der eidlich zu vernehmenden Partei eine Überlegungsfrist zu gewähren (§ 379 ZPO.); l) regelmäßig wenn dem Antrag auf Versäumnisurteil nicht stattgegeben wird (§ 402 ZPO.; Z. 2 — nicht notwendig Z. 1 — des ersten Absatzes steht mit § 134, Z. 1 ZPO. im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz); m) wenn der Kläger die erste Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung beim Bezirksgericht nach vorausgegangener erster Tagsatzung im technischen Sinn oder wenn überhaupt eine Partei eine spätere Tagsatzung versäumt und der Erschienene neue Tatsachen im Widerspruch zu Früherem ohne vorherige schriftliche Mitteilung an den Gegner vorbringt (§ 442 II ZPO.).

Auch der einverständliche Erstreckungsantrag aus in der Partei liegenden Gründen muß begründet, die Gründe auf Verlangen dem Gericht glaubhaft gemacht werden. „Mangels hinreichender Begründung ist der Antrag zu verwerfen“ (§ 135 ZPO.).

Der Antrag kann gestellt werden: a) vor Beginn der Tagsatzung; die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung, in Senatssachen durch den Vorsitzenden; ist aber in einer dem Senat vorbehaltenen Entscheidung darüber mitzuentcheiden, durch den Senat (§ 140 ZPO.); im Verfahren vor dem helfenden Richter, durch diesen, wenn aber der Antrag auf wiederholte Erstreckung nicht einverständlich erfolgt, nach Einvernehmung des Gegners (§ 136 III mit § 128 III ZPO.).

b) Bei der Tagsatzung selbst. Die Entscheidung erfolgt hier stets nach Anhörung des anwesenden Gegners sofort durch Beschluß des Richters (Senats), vor dem die Tagsatzung stattfindet. Wird die Erstreckung verweigert, so wird die Verhandlung ohne weitere Unterbrechung aufgenommen oder fortgesetzt. Die Partei, die sich vor der Entscheidung entfernt oder nach Erstreckungsverweigerung zu verhandeln weigert, ist säumig (§ 136 II ZPO.).

Die Vorverlegung einer auf einen späten Zeitpunkt anberaumten Tagsatzung ist im Gesetz nicht erwähnt. Sie ist daher als Abberaumung der angeordneten Tagsatzung und Anberaumung einer neuen anzusehen. Es muß also die Zwischenfrist gewahrt werden.

Die Verständigung von der Anberaumung einer Tagsatzung und die Aufforderung zum Erscheinen (Ladung) erfolgt an die ansuchende Partei mit Rubrik, an den Gegner durch Zustellung des mit der Ladungsausfertigung versehenen Schriftsatzes (Protokollsabschrift). Wird die Tagsatzung von Amts wegen anberaumt, werden beide Parteien mit Rubrik geladen. Die erste Ladung im Anwaltsprozeß muß, wenn sie nicht schon an einen Anwalt ergeht, die Aufforderung, rechtzeitig einen solchen zu bestellen und eine Rechtsbelehrung bezüglich der Folgen der Nichtbestellung oder Säumnis enthalten. Zu Tagsatzungen, die in verkündeten Entscheidungen anberaumt werden, sind nur die bei der Verhandlung abwesenden und auch nicht vertretenen Parteien zu laden (§ 131 ZPO.). Bei Erstreckung ist Tag und Stunde der neuerlichen Tagsatzung den Parteien tunlichst sofort mündlich bekanntzugeben, sonst mit Rubrik (§ 137 ZPO.). Die Anberaumung einer Tagsatzung sowie jede Parteiladung ist nicht mit abgederktem Rekurs (§ 130 II ZPO.), die erste auf Antrag erfolgte (arg. „bewilligte“) Erstreckung überhaupt nicht mit Rechtsmittel anfechtbar, wenn sie nicht über vier Wochen dauert (§ 141 ZPO.). Im Falle des § 185 ZPO. kann Abänderung der Verfügung des Vorsitzenden beim Senat beantragt werden, gegen dessen Entscheidung kein abgederkter Rekurs zusteht (§ 186 ZPO.). Die Abberaumung einer Tagsatzung ist (arg. sil.) mit selbständigem Rekurs anfechtbar. Der Partei, die, wenn auch schuldlos, zur Erstreckung Anlaß gegeben hat, ist auf gegnerischen Antrag oder von Amts wegen der Ersatz der dadurch verursachten Kosten in dem vom Gerichte festzustellenden Betrage unerstattbar aufzuerlegen. Wird der Antrag bei einer Tagsatzung gestellt, so ist darüber „unverweilt, nach Anhörung des anwesenden Gegners, zu entscheiden“. „Wird eine Tagsatzung durch das Nichterscheinen beider Parteien vereitelt, so fällt jeder Partei die Hälfte der dadurch verursachten Kosten zu Last“ (§ 142 ZPO.); im Falle des § 200 ZPO. belasten den schuldtragenden Bevollmächtigten die Kosten; vgl. auch § 31 IV ZPO.

γ) „Die Tagsatzung beginnt mit dem Aufrufe der Sache“ (§ 133 I ZPO.). Muß nicht wegen Veränderung in der Gerichtsbesetzung (§ 412 II ZPO.) eine neuerliche Verhandlung stattfinden, so hat bei der neuerlichen Tagsatzung der Richter (Vorsitzende) die wesentlichen Ergebnisse der früheren auf Grund der Akten mündlich vorzutragen und daran anzu-

knüpfen (§ 138 ZPO.): Grundsatz der Einheit der Verhandlung trotz mehrerer Tagsatzungen.

Die ordnungsmäßig geladene Partei versäumt die Tagsatzung, wenn sie

1. zur Zeit des Aufrufs der Sache nicht selbst oder durch einen geeigneten Vertreter erscheint, mag auch der Aufruf verspätet erfolgen und die Partei zur anberaumten Zeit anwesend gewesen sein. Dagegen nicht, wenn sie zu dieser Zeit da ist, der Aufruf aber früher erfolgte, mag sogar zur Zeit ihres Erscheinens die Verhandlung schon geschlossen sein; die Verhandlung ist neu zu eröffnen. Die Partei ist auch nicht säumig, wenn sie zwar nicht zur anberaumten Zeit, wohl aber zur Zeit des verspäteten Aufrufs da ist. Maßgebend ist die mitteleuropäische Zeit, nicht die Ortszeit oder eine anders gehende, wenn auch öffentliche Uhr. Bloßes Überhören des Aufrufs schadet nicht.

2. Säumig ist ferner die Partei, die erscheint, aber trotz richterlicher Aufforderung nicht verhandelt, d. h. nicht genügende Äußerungen macht, die Grundlage für eine gerichtliche Willenserklärung sein können;

3. sich nach Aufruf der Sache wieder entfernt, ohne genügend verhandelt zu haben (§ 133 ZPO.);

4. postulationsunfähig ist und allein erscheint, insbesondere bei Anwaltszwang (Ausnahme: § 73 III ZPO.); im Falle des § 185 ZPO. wird die Tagsatzung einmal erstreckt, um der Partei Gelegenheit zu geben, ordentlich vertreten zu erscheinen;

5. wenn die Partei selbst oder ihr gesetzlicher, nicht aber gewillkürter Vertreter (§ 200 ZPO.), wegen Störung der Verhandlung von dieser entfernt wurde und der Gegner beantragt, die Partei so zu behandeln, als hätte sie sich freiwillig entfernt (§ 198 IV; vgl. auch § 400 ZPO.).

b) Fristen. α) Arten. 1. Die Dauer der gesetzlichen Fristen wird „unmittelbar durch das Gesetz bestimmt“ (§ 123 ZPO.). Sie kann sein: 3 Tage (§§ 82 I, 83 II, 212 V, 347 II, 445 II, 557f. ZPO.); eine Woche (§ 246 I ZPO.); 8 Tage (§§ 423, 478 IV, 484 III, 555, Z. 2, 575 I ZPO.); 14 Tage (§§ 148 II, 464 I, 468 II, 505 II, 507 II, 521 I, 550 II ZPO.). Nicht hierher gehören Fristen für die Klageerhebung (Fallfristen; vgl. z. B. §§ 97 JN., 454, 534, 596 ZPO.), weil hier der Prozeß noch nicht anhängig ist.

Richterliche Fristen hat der Richter nach den Erfordernissen des Einzelfalls festzusetzen (§ 123 ZPO.); vgl. §§ 6 II, 37 II, 38 II, 60 II, 160 II, 181 II ZPO. u. a., manchmal innerhalb gesetzlicher Grenzen (vgl. § 243 I ZPO.). Die Bestimmung kann absolut, d. i. mit Angabe des Kalendertages, an dem die Frist endet (so notwendig bei Fristverlängerung, § 128 V ZPO.) oder relativ, d. i. durch Angabe von Beginn und Dauer erfolgen. Im übrigen gilt das gleiche wie für die Anberaumung von Tagsatzungen. Konventionelle Fristen, d. s. Fristen nach Parteivereinbarung, gibt es als solche nicht; mittelbar nur durch vereinbarte Abkürzung.

2. Es gibt verlängerbare — so im Zweifel — und unverlängerbare Fristen. Unverlängerbare gesetzliche — nicht richterliche —

Fristen heißen Notfristen (§ 128 I ZPO.); vgl. §§ 148 II, 464 I, 468 II, 478 IV, 505 II ZPO. u. a. m. Nicht verlängerbare richterliche Fristen enthalten z. B. §§ 37 II, 85 II ZPO. Nur bedingt verlängerbar ist die Frist des § 6 III ZPO. Die Frist zur Erstattung der Klagebeantwortung kann verlängert werden, aber nicht über vier Wochen (§ 243 I ZPO.).

Die Verlängerung kann nur durch das Gericht und nur auf Antrag erfolgen, wenn die Partei, der die Frist zugute kommt, aus unabwendbaren oder zwar abwendbaren, aber sehr erheblichen Gründen an der rechtzeitigen Prozeßhandlung gehindert ist. Ein Grund ist insbesondere sehr erheblich, wenn ein unwiederbringlicher Schaden, speziell Kostenaufwand entsteht. Der Antrag muß vor Ablauf der zu verlängernden Frist angebracht werden und hemmt diese nicht. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung, sonst wie bei Erstreckung einer Tagsatzung. Wiederholte Verlängerung ist zulässig, doch ist vorher die Partei einzuvernehmen, die den Antrag nicht gestellt hat. Die Gründe sind stets auf Verlangen glaubhaft zu machen. „Mangels hinreichender Begründung ist der Antrag zu verwerfen“. Die erste auf Antrag erfolgte (arg. „bewilligte“) Verlängerung einer Frist, nicht über die ursprüngliche Dauer, ist nicht mit Rechtsmittel anfechtbar (§ 141 ZPO.). Bezüglich der Kosten gilt bei Fristverlängerung das gleiche wie bei Erstreckung einer Tagsatzung.

3. Einlassungsfrist ist die Zwischenfrist zwischen Ladungszustellung und der ersten Tagsatzung in der betreffenden Instanz. Andere Zwischenfristen heißen Ladungsfristen.

Ausnahmsweise kann eine Prozeßhandlung nicht vor Ablauf einer Frist vorgenommen werden; vgl. § 168 ZPO.

β) Die Frist beginnt bei gesetzlichen Fristen mit dem im Gesetz bestimmten Ereignis (fristauslösendes Ereignis), bei richterlichen mit der „Wirksamkeit“ des sie bestimmenden Beschlusses (§ 124 ZPO.), wenn in diesem nichts anderes festgesetzt ist. Ruhetage sind ohne Einfluß auf den Beginn (§ 126 I ZPO.). Die Gerichtsferien hindern den Fristenbeginn (§ 225 II ZPO. e contr.), was § 225 I ZPO. nicht gut dadurch ausdrückt, daß die Frist um den bei ihrem Beginn noch übrigen Teil der Gerichtsferien verlängert werde. Da aber jede befristete Prozeßhandlung, wenn es überhaupt möglich ist, auch vor Beginn der Frist gesetzt werden kann, so kann sie wirksam auch in den Gerichtsferien vorgenommen werden, wenn das Gericht sie entgegennimmt.

γ) Bis zum Ende läuft die Frist, sie ist offen, steht offen; sie endet mit Ablauf des vom Gericht bestimmten Kalendertags (§ 125 III ZPO.), sonst des Tags, der sich unter Hinzurechnung der Dauer zum Anfangstag ergibt. Daß dieser, insbesondere der Tag, in den das fristauslösende Ereignis fällt, nicht einzurechnen ist (§ 125 I ZPO.; Ausnahme: § 148 II ZPO.), entspricht unserer Volksauffassung. 14 Tage nach dem 15. ist also der 29. Ist die Frist nach Wochen bestimmt, so endet sie mit Ablauf des gleichnamigen Wochentags, eine Monatsfrist mit Ablauf des Tags mit der gleichen Datumszahl wie der Anfangstag. Fehlt diese im letzten Monat, so ist der Monatsletzte Fristende. Eine dreiwöchige Frist nach Mittwoch,

dem 1. I. endet sonach Mittwoch, den 22. I. um 24 Uhr, also in der Nacht auf den 23., eine Dreimonatsfrist nach dem 30. XI. am 28. II. des nächsten Jahres, in einem Schaltjahr am 29. II. um 24 Uhr. Dagegen wären 90 Tage nach dem 30. XI. auch in einem folgenden Schaltjahr am 28. II. um 24 Uhr zu Ende. Im übrigen sind § 902 abGB. und Art. 328 HGB. analog anwendbar, sodaß unter der Mitte eines Monats immer der 15. zu verstehen ist, obgleich das bei einem Monat von 31 Tagen der 16. wäre. Und der halbe Monat, der als Bruchteil in einer Frist vorkommt, ist stets am Schluß der Frist zu rechnen, so daß $2\frac{1}{2}$ Monate nach dem 27. XII. der 14. — in einem Schaltjahr der 13. — III. ist, während bei Berücksichtigung der 15 Tage zu Beginn der Frist der 11. III. herauskäme.

Das Ende einer Frist verschiebt sich in folgenden Fällen: 1. Fällt es auf einen Ruhetag, so ist der nächste Werktag letzter Fristtag (§ 126 II ZPO.). 2. Der Tag des Postenlaufs von der Partei an das zuständige Gericht wird in die Frist nicht eingerechnet (§ 89 I GOG.; Ausnahme: § 62 GeO.; Nachholung des Schriftsatzes nach telegraphischer Eingabe), wenn das innerhalb der Frist abgesendete Stück überhaupt bei Gericht einlangt (Gefahr des Übersenders). 3. Nicht eingerechnet werden die Gerichtsferien (§ 225 ZPO.), ausgenommen a) Feriatsachen, b) Notfristen im Rechtsmittelverfahren (§§ 464 I, 468 II, 478 IV, 505 II, 507 II, 521 I ZPO.) gegen Versäumnis- und Anerkenntnisurteile (nicht: Verzichturteile); c) für den Antrag auf Wiedereinsetzung (§ 148 II ZPO.) und d) für Einwendungen im Mandatsverfahren (§ 552 ZPO.). 4. Die Frist für einen Streitgenossen wird verlängert, wenn zur Zeit, wo sie enden würde, die Frist zur Vornahme der gleichen Prozeßhandlung für einen andern Streitgenossen noch läuft (§ 127 ZPO.); so bei Zustellung zu verschiedener Zeit oder wenn nur einer Verlängerung erhalten hat. Das gleiche gilt für den streitgenössischen Nebenintervenienten, während für den gewöhnlichen keine selbständige Frist läuft, da er ja nur Handlungen namens der Hauptpartei vornimmt. 5. Durch Fristverlängerung. 6. Durch Abkürzung. Sie ist bei allen, auch Notfristen möglich, und zwar a) durch Vereinbarung der Parteien, die, um für das Gericht wirksam zu sein, urkundlich nachgewiesen werden muß; doch genügt Protokollierung mündlichen Vorbringens. b) Durch das Gericht (Besetzung und Verfahren ist wie bei Verlängerung), nur auf Antrag, auch bloß einer Partei, wenn diese glaubhaft macht, daß die Abkürzung zur Abwendung drohender erheblicher Nachteile des Antragstellers (sonst besteht kein Rechtsschutzanspruch) geboten sei und wenn die Vornahme der Prozeßhandlung während der kürzeren Frist ohne Schwierigkeit möglich ist (§§ 129, 140 II, 143 ZPO.; anders § 82 ZPO.). Gegen die Verweigerung der Abkürzung steht kein Rechtsmittel zu (§ 141 ZPO.), wohl aber (ausgenommen im Fall des § 82 ZPO.) gegen die Bewilligung. 7. Mit Unterbrechung des Verfahrens hört jeder Fristenlauf auf. Die Prozeßhandlung kann nicht vorgenommen werden. Mit der Aufnahme beginnt die volle Frist (§ 163 I ZPO.). 8. Das Ruhen hat den gleichen Einfluß auf alle Fristen, die nicht Notfristen sind (§ 168 ZPO.).

c) Versäumung einer Prozeßhandlung. Die Versäumung der für sie bestimmten Tagsatzung oder Frist hat auch ohne Verschulden regelmäßig Ausschluß der Partei von derselben zur Folge (§ 144 ZPO.); d. h. nicht nur, daß sie das Gericht nicht zulassen soll, sondern auch, daß die verspätete Prozeßhandlung eine prozessuale Nichthandlung ist. Eine Frist ist in diesem Fall peremptorisch. Ausnahmen: 1. Fristen; vgl. §§ 279, 283 III, 309, 332 II, 335, 365 II, 368 III ZPO.; das sind dilatorische Fristen. 2. Tagsatzungen: §§ 254 I, 289 II, 442 II, 491, 509 ZPO. Keine Ausnahme bilden die Fälle, wo eine Prozeßhandlung Glaubhaftmachung voraussetzt, daß eine sie ermöglichende Kenntnis der Partei erst später eingetreten ist (vgl. §§ 22 III JN. oder § 263 II ZPO.), denn hier ist nach der gesetzlichen Fassung die Prozeßhandlung noch nicht versäumt. Weitere Säumnisfolgen: z. B. in den §§ 96, 97 II, 156 I, 160 II, 167, 254 II, 312 I, 396ff., 442 ZPO.

Regelmäßig bedarf es keiner Androhung der gesetzlichen Säumnisfolgen, damit sie eintreten (§ 145 I, S. 1 ZPO.). Ausnahmen z. B. — auch bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt — §§ 60 III, 131 II, 165 III, 185, 198 III, 254 I ZPO. Ebensowenig bedarf es grundsätzlich eines Antrags (§ 145 I, S. 2, ZPO.; Frist mit starker Wirkung). Ausnahmen: 1. Fristen (mit schwacher Wirkung) z. B. §§ 60 III, 97 ZPO. 2. Tagsatzungen: z. B. §§ 156 I, 198 IV, 396 ZPO. In solchen Fällen kann die versäumte Prozeßhandlung, wenn sie befristet war, bis zum Beginn des Tags, an dem der Antrag bei Gericht gestellt wurde, — nicht aber an diesem Tage selbst, wenn auch vor dem Antrag — nachgeholt werden. Doch ist das keine gesetzliche Fristverlängerung, weshalb z. B. die Kostenstrafe nach § 48 ZPO. eintreten kann, und wenn die Frist vor den Gerichtsferien abgelaufen ist, der Antrag aber in denselben gestellt wird, die Ferialtage bis dahin nicht etwa noch nach den Gerichtsferien zugute kommen. War die Prozeßhandlung bei einer Tagsatzung vorzunehmen, so kann sie trotz Versäumung dieser bis zum Schluß der über den Antrag auf Verwirklichung der Säumnisfolgen stattfindenden Verhandlung nachgeholt werden (§ 145 ZPO.).

Säumnisfolgen sind keine Ungehorsamsfolgen, weil keine Pflicht zum Handeln besteht. Daher liegt Rechtsverwirkung („Rechtsnachteil“, § 146 I ZPO.) vor: Die prozessuale Rechtsstellung der Partei wird verschlechtert.

d) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die für privatrechtliche Versäumnisse ausgeschlossen ist (§ 1450 abGB.), ist kein Rechtsmittel (arg. contr. Überschrift des 4. Teiles vor § 461 ZPO.). Das Gegenteil kann nicht aus § 460 ZPO. geschlossen werden. Denn „und insbesondere auch“ bedeutet im Gegensatz zu „insbesondere“ allein nicht die Anführung eines Einzelfalles des Vorangegangenen, sondern eines neuen Begriffs, auf den nur besonders aufmerksam gemacht wird.

α) Voraussetzungen (§§ 146f. ZPO.): 1. Säumnis. Also Versäumung einer Frist oder nicht rechtzeitiges Erscheinen bei einer Tagsatzung. Die andern Säumnisfälle des § 133 II ZPO. sind keine Wiedereinsetzungsgründe. Das deshalb, weil da Erstreckung der Tagsatzung stets möglich

ist (§ 134, Z. 1 ZPO.), die ja ausreicht. Der Richter kann aber nur erstrecken, wenn er den Erstreckungsgrund bei der Tagsatzung erfährt, und die zwingende Verhinderung der Partei am Erscheinen ist ihm im Gegensatz zu den andern Säumnisgründen nicht immer schon bei der Tagsatzung bekannt. Ist sie es, so ist zu erstrecken.

2. Ein „Ereignis“. Darunter ist jedes Geschehen, jede Tatsache zu verstehen, nicht notwendig eine außergewöhnliche (strittig). Es gibt gewöhnliche, häufige Ereignisse. „Ereignis“ ist eben einfach etwas, was sich „ereignet“.

3. Das Ereignis muß für die Versäumung ursächlich sein. Es ist das nicht, wenn die Prozeßhandlung trotzdem hätte vorgenommen werden können oder wenn die Partei wegen der zur Rechtfertigung des Wiedereinsetzungsantrags angeführten Gründe Fristverlängerung, bzw. Tagsatzungserstreckung, verlangen kann oder konnte. Verhalten des Vertreters (§§ 5, 39 ZPO.) kommt nur in Frage, soweit es durch Umstände veranlaßt wurde, die bei der Partei Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung wären, und nur, wenn auch die Partei die Prozeßhandlung aus einem Wiedereinsetzungsgrund oder wegen Postulationsunfähigkeit nicht vornehmen kann oder konnte.

Dagegen gibt es keine Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung. Versäumt der Rechtsanwalt eine Tagsatzung aus Vergeßlichkeit, so ist das kein Wiedereinsetzungsgrund für die Partei (strittig).

4. Das Ereignis muß unvorhergesehen (wenn auch vorhersehbar) oder unabwendbar (wenn auch vorhergesehen) sein. Ersteres z. B. wenn die Partei am Wege zum Gericht heimtückisch überfallen wird, letzteres, wenn sie den Überfall auf Grund erhaltener Botschaft voraussieht, aber nichts mehr dagegen tun kann, auch nicht mehr die Möglichkeit hat, mit dem Gericht in Verbindung zu treten und sich aus Pflichtgefühl doch auf den Weg macht; in beiden Fällen vorausgesetzt, daß sie durch den Überfall am rechtzeitigen Erscheinen verhindert wird. Als unabwendbar muß man aber auch ein Ereignis ansehen, das sich nach Abwägung der rechtlichen Interessen als pflichtmäßig erweist, weil höhere Rechtsgüter auf dem Spiele stehen. Wer am Weg zum Gericht ins Wasser springt, um einen Ertrinkenden zu retten, und dadurch die Tagsatzung versäumt, kann Wiedereinsetzung verlangen. Die Verhinderung als Voraussetzung der Wiedereinsetzung (§ 146 I ZPO.) ist strenger umschrieben als der entsprechende Erstreckungsgrund (§ 134, Z. 1 ZPO.), weil letzterenfalls Erheblichkeit genügt, mag auch nicht Unübersteiglichkeit vorliegen.

5. Die Versäumung muß den Ausschluß von der vorzunehmenden Prozeßhandlung zur Folge haben, darf also nicht unter die Ausnahmen fallen. Daher keine Wiedereinsetzung, wenn die Prozeßhandlung nach § 145 II ZPO. nachgeholt werden kann oder konnte.

6. Der Wiedereinsetzungsantrag kann nicht auf Umstände gestützt werden, die das Gericht schon als nicht ausreichend für eine Verlängerung der versäumten Frist oder Erstreckung der versäumten Tagsatzung derselben Partei befunden hat.

7. Die Wiedereinsetzung darf im betreffenden Fall nicht ausge-

geschlossen sein (wie nach §§ 151, 423 II, 460, 556, 571 IV ZPO.; vgl. aber § 21 I MietG.).

Daß auch die andere Partei säumig ist, insbesondere auch deswegen Ruhen des Verfahrens eintritt, schließt Wiedereinsetzung — damit Beseitigung des Ruhens — nicht aus (§ 170 ZPO.). Ebensowenig der Umstand, daß gegen die Versäumungsfolgen ein Rechtsmittel zusteht (arg. contr. „unmittelbar“, § 147 I ZPO.).

β) Verfahren. Wiedereinsetzung erfolgt nur auf Antrag des Säumigen, welcher Antrag innerhalb der Notfrist von 14 — im Wechsel- und Bestandverfahren von 8 (§§ 555, Z. 2, 575 I ZPO.) — Tagen bei dem Gericht, bei dem die versäumte Prozeßhandlung vorzunehmen war, einzubringen ist (§ 148 ZPO.). Die Berechnung der auch während der Gerichtsferien laufenden Frist (§ 225 II ZPO.) weicht kraft der ausdrücklichen Bestimmung „beginnt mit dem Tage“ von der sonstigen nach § 125 I ZPO. insofern ab, als hier der Tag des Wegfalls des Hindernisses bereits den ersten Fristtag bildet. Gegen Versäumung dieser Frist gibt es keine Wiedereinsetzung (§ 151 ZPO.).

Der Antrag erfolgt mit Schriftsatz, allenfalls protokollarischem Anbringen, und muß alle Wiedereinsetzungsgründe sowie die Angabe der Mittel zur Glaubhaftmachung enthalten. Zugleich ist die versäumte Prozeßhandlung oder bei Versäumung einer Tagsatzung das, was die Partei zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vorzubringen hatte, nachzuholen (§ 149 I ZPO.). Der Antrag hemmt den Fortgang des Prozesses nicht; das Gericht (Senat) kann aber auf Antrag einstweilige Unterbrechung anordnen, wenn das „unumgänglich notwendig erscheint, um der voraussichtlich zu bewilligenden Wiedereinsetzung vollen Erfolg zu sichern“ und wenn der Gegner durch die Unterbrechung keinen erheblichen Nachteil erleidet. Ist der Rechtsstreit zu dieser Zeit bei einer höheren Instanz anhängig, so ist sie von der angeordneten Unterbrechung sofort zu verständigen (§ 152 ZPO.) und hat mit dem weiteren Verfahren bis zur Aufhebung der Unterbrechung innezuhalten.

Beantragt ferner dieselbe Parteiseite Wiedereinsetzung gegen ein Säumnisurteil und gegen den Ablauf der Berufungsfrist dagegen, so ist das Verfahren über letzteren Antrag bis nach rechtskräftiger Entscheidung über ersteren aufzuschieben (§ 147 II ZPO.).

Über den Antrag entscheidet in Senatssachen der Senat, bezüglich Wiedereinsetzung wegen versäumter erster Tagsatzung aber der Richter, vor dem sie stattfand (§ 37 I, Z. 5 GOG.). Die Entscheidung erfolgt: 1. ohne weiteres Verfahren: a) bei Zurückweisung wegen: α) Unzulässigkeit einer Wiedereinsetzung überhaupt, β) Unzuständigkeit, γ) Anhängigkeit des gleichen Antrags, δ) rechtskräftiger Entscheidung über ihn, ε) unmittelbarer Nachholbarkeit der versäumten Prozeßhandlung nach § 145 II ZPO. (§ 147 I ZPO.) und ζ) offenbarer Verspätung (§ 148 III ZPO.). b) Wenn die Tatsachen, „auf die der Antrag gestützt wird“, also nicht Tatsachen, die gegen seine Bewilligung sprechen, bei Gericht offenkundig sind (§ 149 II ZPO.). 2. In allen andern Fällen nach mündlicher Verhandlung (bei Fernbleiben einer Partei, mit der andern), die auch mit der Verhandlung

über andere Fragen derselben Rechtssache verbunden werden kann, insbesondere nach Versäumung einer Tagsatzung mit der Verhandlung, zu deren Vornahme diese bestimmt war; oder es kann wenigstens nach Bewilligung der Wiedereinsetzung diese Verhandlung gleich vorgenommen werden (§ 150 II ZPO.). Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag gibt es nicht (§ 151 ZPO.). Rekurs ist nur gegen die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrags möglich (§ 153 ZPO.).

Durch die Bewilligung wird die Rechtslage vor der Versäumung wiederhergestellt. Eine inzwischen ergangene Entscheidung ist aufzuheben (§ 150 I ZPO. und Ähnlichkeitsschluß), und zwar durch das Gericht, das die Wiedereinsetzung bewilligt hat, mag auch die Entscheidung einer höheren Instanz aufzuheben sein. Die Bewilligung der Wiedereinsetzung für einen Streitgenossen wirkt für die andern nur bei unzertrennlicher Streitgenossenschaft. War das Verfahren unterbrochen worden, so ist es nach Bewilligung oder Abweisung des Wiedereinsetzungsantrags auf Antrag oder von Amts wegen aufzunehmen (§ 152 III ZPO.). Die Kosten der Versäumung, der Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag und des infolge der Wiedereinsetzung unwirksam gewordenen Verfahrens sind, soweit sie in den Rahmen des § 41 ZPO. fallen, stets dem Antragsteller aufzuerlegen (§ 154 ZPO.).

9. Form der Prozeßhandlungen. a) Äußere. Auch hier gilt im Zweifel Formlosigkeit. Vereinbarung einer Form ist ebenso unbeachtlich wie deren Abdingung.

α) Mündlichkeit ist z. B. für die Verhandlung vor dem erkennenden Richter vorgeschrieben; statt mündlichen Vorbringens dürfen nicht schriftliche Aufsätze verlesen werden. Schriftstücke dürfen nur verlesen werden, wenn in den mündlichen Vorträgen darauf Bezug genommen wird und sie dem Gericht oder dem Gegner unbekannt sind oder es auf den Wortlaut ankommt (§§ 176f. ZPO.).

β) Schriftlichkeit ist vorgeschrieben: aa) Kraft Gesetzes grundsätzlich (Ausnahmen vgl. §§ 91, 255, 286 ZPO.) für prozessuale Anträge und sachliche Mitteilungen außerhalb der mündlichen Verhandlung oder Einvernehmung. Und zwar Schriftsatz (vgl. z. B. §§ 18 I, 22 II, 226 I, 243 II ZPO.), soweit ihn nicht protokollarisches Anbringen ersetzen kann (§ 74 ZPO.). Kurz zu erledigende Anfragen und Mitteilungen an die Geschäftsstelle können mündlich, allenfalls auch mit Fernsprecher (§ 63 IV mit § 57 V GeO.) erfolgen. Schriftlich oder telegraphisch an das Gericht gerichtete Prozeßhandlungen heißen *Eingaben*; vgl. §§ 60, 62 GeO.

bb) Kraft gerichtlicher Anordnung für Parteiniederschriften (§§ 212 III, 265, 440 V ZPO.).

Wird eine Erklärung, für die Schriftform vorgeschrieben ist, mündlich abgegeben, so ist zu unterscheiden: Ist die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben, so liegt eine prozessuale Nieðthandlung vor; beruht sie nur auf richterlicher Vorschrift, so kann das Gericht auch die mündliche Erklärung entgegennehmen, weil darin einfach der zulässige (§ 425 II ZPO.) Widerruf eines prozeßleitenden Beschlusses liegt.

Äußere Form des Schriftsatzes: Es soll Papier von der Größe der gerichtlichen Formblätter benützt werden, wenigstens ein halber Bogen, bei Klagen wenigstens ein ganzer. Besitzstörungsklagen sind außen als solche zu bezeichnen (vgl. § 454 II ZPO.); Eingaben einer armen Partei auf dem ersten Bogen mit den Worten „Arme Partei“. Es ist mit Schreibmaschine oder Tinte zu schreiben; Gleichschriften sind möglichst mit Maschinschrift im Durchdruckverfahren herzustellen. Druck und mechanisch-chemische Vervielfältigungsverfahren sind zulässig. Mit Bleistift, auch Tintenstift, geschriebene oder handschriftlich im Durchdruckverfahren mit Farbpapier hergestellte, ferner unleserliche oder undeutliche Schriftsätze können zur Verbesserung zurückgestellt werden. Vordrucke dürfen verwendet werden. Die Unterschrift ist handschriftlich mit Tinte oder Tintenstift auf der ersten Seite oder am Schluß des Schriftsatzes anzubringen. Die erste Seite soll halbbrüchig geschrieben sein. Oberhalb der Schrift ist Raum für die Geschäftszahl und den Eingangsvermerk freizulassen. Die Angaben zur Bezeichnung des Gerichts und der Rechtssache sind an die Spitze zu stellen (§ 60 GeO.).

Schriftliche Eingaben, insbesondere Rechtsmittelerhebungen können auch telegraphisch erfolgen (§ 89 II GOG., der die nähere Regelung dem Verordnungsweg überläßt). Doch muß der Schriftsatz nachgeholt werden, in dem die telegraphische Eingabe bestätigt, allenfalls ergänzt wird. Das gilt besonders von der Unterschrift: es genügt nachträgliche schriftliche Erklärung des Einverständnisses mit dem Telegramminhalt. Vor Einlangen des Schriftsatzes dürfen Beschlüsse mit Wirkung auf Rechte anderer Parteien nicht erlassen werden. Langt der Schriftsatz innerhalb dreier Tage (Postenlauf eingerechnet) nach Ablauf der Frist für die Eingabe bei Gericht ein und wohnt die Partei (Vertreter) nicht im Gerichtshofsprenkel, so gilt die Eingabe als am Tag der Telegrammaufgabe überreicht. Ist sie unbefristet, so muß der Schriftsatz längstens drei Tage nach dem Telegramm einlangen, widrigenfalls auf ihn keine Rücksicht genommen wird (§ 62 GeO.).

Von Anträgen, auch dem Gegner zur Kenntnis zu bringenden Mitteilungen, sowie von vorbereitenden Schriftsätzen ist, soweit kein gemeinschaftlicher Vertreter da ist (§ 90 ZPO.), für jeden Gegner eine Gleichschrift zu überreichen sowie eine für die Akten (§ 80 I ZPO.). Das Gericht überprüft die Übereinstimmung von Gleichschriften nur, wenn sie für gekürzte Ausfertigungen verwendet werden, sonst geht die Übereinstimmung auf Gefahr der überreichenden Partei (Anm. 2 zu § 60 II GeO.), des Reichers.

Beilagen des Schriftsatzes können sein: Die zur Verständigung von sonstigen Beteiligten, z. B. Nebenintervenienten oder unzertrennlichen Streitgenossen auf Seiten des Antragstellers nötigen Rubriken (§ 80 ZPO.), die stets durch Gleichschriften der Eingabe ersetzlich sind (§ 60 VI GeO.); die Vollmacht des Vertreters, das Armenrechtszeugnis, überhaupt Urkunden, auf die im Schriftsatz verwiesen wird (Bezugsurkunden) in Ur- oder Abschrift u. dgl. Für jeden Gegner, dem ein Schriftsatz zuzustellen ist, sind Abschriften der Beilagen anzuschließen (§ 81 I ZPO.);

Ausnahmen: §§ 90, 94 ZPO. Die bei Gericht zurückbehaltenen Urschriften von Beilagen sind dem Gegner auf Verlangen zu jeder Stunde des Parteienverkehrs zur Einsichtnahme vorzulegen (§ 81 II ZPO. mit §§ 23f. GeO.).

Bezugsurkunden sind Schriftsätzen, über die mündlich verhandelt werden soll, in Abschrift beizulegen; in Urschrift dagegen aa) Urkunden zur Begründung eines Antrags auf Zahlungsauftrag (§§ 548 I, 557f. ZPO.), ausgenommen, wenn beim Bezirksgericht auf Urschriften, die bei demselben Gerichte erliegen, verwiesen wird (§ 550 I ZPO.). bb) Das Armenrechtszeugnis (arg. § 4 Vdg. v. 23. V. 1897, R. 130). In Urschrift oder beglaubigter Abschrift: aa) die Vollmacht nach § 30 ZPO.; bb) der urkundliche Nachweis der Zuständigkeitsvereinbarung nach § 104 JN.; cc) das strafgerichtliche Urteil, das der Wiederaufnahmsklage als Voraussetzung der Unterbrechung beiliegen muß (§ 544 I ZPO.). Kommen nur Urkundenteile in Betracht, so genügt ein Auszug mit dem Eingang, der entsprechenden Stelle, dem Schluß, dem Datum und den Unterschriften (§ 77 ZPO.).

b) Innere Form. α) Bezüglich der Sprache gilt das gleiche wie für gerichtliche Prozeßhandlungen.

β) Die Partei hat im übrigen in ihren Vorträgen bei der Verhandlung alle ihre Anträge begründenden Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß vorzubringen („ohne Lücken und Lügen“), die entsprechenden Beweise anzubieten und sich über das vom Gegner Vorgebrachte bestimmt zu erklären. Diese Verpflichtung spricht § 178 ZPO. ausdrücklich aus. Ihre Verabsäumung ist also rechtswidrig und zieht bei Verschulden Schadenersatzpflicht nach sich.

Prozessual hat die Pflichtverletzung zur Folge: aa) Wenn die Partei überhaupt nicht verhandelt, ist die Tagsatzung von ihr versäumt (§ 133 II ZPO.). bb) Wenn sie ihr Vorbringen in offener Verschleppungsabsicht verspätet, kann es vom Gericht bei erheblicher Verzögerung auf Antrag oder von Amts wegen für unstatthaft erklärt, der Rechtsanwalt der Partei bei grobem Verschulden in eine Ordnungsstrafe verfällt werden (§ 179 ZPO.). cc) Das Gericht wird bei seiner Beweiswürdigung zuungunsten der Glaubwürdigkeit der Partei berücksichtigen, daß sie erwiesenermaßen Unwahres vorgebracht hat. dd) Werden durch die notwendige Überführung der lügenden Partei Kosten verursacht, so ist § 48 ZPO. anwendbar. ee) Leugnet der Beklagte den Besitz einer Sache, so muß er sie schon deshalb nach Überführung dem Kläger abtreten (§ 376 abGB.). ff) Täuschte er dem Kläger den Besitz einer Sache vor, so haftet er für allen daraus entstehenden Schaden (§ 377 abGB.). gg) Die Unterlassung der Beweisangebotung hat für die Partei mit Beweislast zur Folge, daß ihr bezügliches Vorbringen als unwahr angesehen wird. hh) Das Unterlassen der Erklärung über die Urkundenechtheit, die der beweisführende Gegner behauptet, gilt im Zweifel als Anerkenntnis (§ 312 I ZPO.). ii) Die mutwillige Bestreitung der Urkundenechtheit zieht Mutwillensstrafen nach sich (§ 313 ZPO.). Im vorbereitenden Verfahren tritt für bestimmtes unterlassenes Vorbringen Präklusion ein (vgl. §§ 254 II, 263 ZPO.).

γ) Die Parteien haben ihre Erklärungen ohne Weitläufigkeit und ohne sich in Nebensächlichkeiten zu verlieren, abzugeben; diese Pflicht wird vom Vorsitzenden überwacht (§ 180 III ZPO.). Eine Antwortpflicht auf Fragen überhaupt besteht nicht; die Verweigerung hat nur Einfluß auf die richterliche Überzeugung (§§ 272 II, 381 ZPO.). Wird die Frage aber beantwortet, so muß die Beantwortung wahrheitsgemäß erfolgen.

δ) Die innere Form einzelner Prozeßhandlungen, wie Klage, Klagebeantwortung, Rechtsmittel, ist im Gesetz besonders geregelt (vgl. §§ 226ff., 243, 467, 506 ZPO.). Die innere Form eines Schriftsatzes überhaupt hängt von seiner Art ab. Vorbereitend ist ein Schriftsatz, wenn er die Ankündigung eines Antrags enthält, den der Reicher in der mündlichen Verhandlung zu stellen beabsichtigt (§ 78 I, Z. 1 ZPO.). Vorbereitende Schriftsätze sind bald gesetzlich vorgeschrieben (vgl. §§ 176, 226, 243 II, 258 I, 467, 468 II ZPO.), bald auf gerichtliche Anordnung hin einzureichen (§ 440 III ZPO.), aber auch sonst zulässig (strittig), allerdings bei Unnötigkeit ohne Kostenersatz. Wird ein vorbereitender Schriftsatz so spät eingebracht, daß er dem Gegner nicht mehr derart rechtzeitig vor der Verhandlung zugestellt werden kann, daß diesem noch Zeit zur Vorbereitung bleibt, so ist er als unzulässig zurückzuweisen, denn sein Zweck als vorbereitender Schriftsatz kann nicht erfüllt und als bestimmender kann er nicht aufgefaßt werden, da der Antrag nicht schon im Schriftsatz gestellt ist.

Ein Schriftsatz ist nämlich bestimmend, wenn er eine gegenwärtige Antragstellung enthält, z. B. Klage, Wiedereinsetzungsantrag. Ist der Antrag auf das erste gerichtliche Handeln in einem bestimmten Verfahren gerichtet, so ist der bestimmende Schriftsatz verfahrenseinleitend; so z. B. Klage, allenfalls in Verbindung mit dem Antrag auf Erlassung eines Zahlungsauftrags; Aufkündigung von Bestand- und Teilpachtsachen; Auftrag zur Übergabe oder Übernahme solcher Sachen. Die beiden letzteren Schriftsätze sind im Gegensatz zur Klage nicht vorbereitend, weil es zu einer Verhandlung nur über Einwendung kommt. Andererseits ist die Berufungsschrift, außer bei Verzicht auf die mündliche Verhandlung oder wenn nur im Vorverfahren zu erledigende Gründe geltend gemacht werden, ein vorbereitender, aber kein verfahrenseinleitender Schriftsatz. Ein Schriftsatz, der einen nicht nach mündlicher Verhandlung zu entscheidenden Antrag enthält, ist bestimmend, nicht vorbereitend. Manche nennen einen Schriftsatz nur bestimmend, wenn er den Anstoß zu einer mündlichen Verhandlung gibt und ihre Grenzen bestimmt. Darnach wäre das eine besondere Art vorbereitenden Schriftsatzes. Bei Säumnis nach §§ 399, 442 II ZPO. wird der vorbereitende Schriftsatz des Säumigen, wie erwähnt, zum bestimmenden.

Ein Schriftsatz, der nur eine Mitteilung enthält, ist weder vorbereitend noch bestimmend.

Die allgemeinen Erfordernisse der inneren Form eines Schriftsatzes sind (§§ 75ff. ZPO.):

aa) Die Bezeichnung des Gerichts, bb) der Parteien mit Vor- und

Zuname; Pseudonyme genügen, wenn sie aus Vor- und Zuname bestehen (§ 75, Z. 1 ZPO.) und gerichtlich bekannt sind (§ 269 ZPO.). Spitznamen sind daher unzureichend. Man läßt zu Unrecht auch die bloße Bezeichnung durch die Firma zu. Allein: „Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt“ (Art. 15 HBG.). Der Prozeß gehört aber nie zum Handel, und daß die Firma als solche keine juristische Person ist, ist heute allgemein anerkannt. Bei Handelsgesellschaften ist freilich die Firma der — einzige — Name der Gesellschaft. Erforderlich ist ferner die Angabe der Beschäftigung, des Wohnorts (geographischer Ort, nicht notwendig nähere Anschrift) und der Parteistellung. Der Schriftsatz in einem Verfahren mit dem Kurator für die noch unbekanntem Teilnehmer an einem Geschäft (§ 276 abGB.) muß naturgemäß nur die entsprechenden Angaben bezüglich des Kurators enthalten, wenn auch dieser nicht Partei ist. cc) Die Angabe der Parteienvertreter, dd) die Bezeichnung des Streitgegenstands, ee) die Parteierklärung eindeutig und bestimmt, ff) die Bezeichnung der Beilagen, ihre Zahl und die Angabe, ob sie in Ur- oder Abschrift beiliegen, gg) die Unterschrift des Reichers (Vertreter), bei absolutem Anwaltszwang aber eines Rechtsanwalts (Ausnahme: § 90 GOG.); hh) kurz und übersichtlich die jeden Antrag im Schriftsatz begründenden Tatsachen und ii) soweit diese eines Beweises oder jj) der Glaubhaftmachung bedürfen, die einzelnen beabsichtigten Beweismittel. Für bestimmende Schriftsätze gilt nicht Besonderes.

Schriftsätze, über die mündlich verhandelt werden soll, haben, wenn die erforderliche Abschrift (Auszug) einer Bezugsurkunde nicht beiliegt, die genaue Bezeichnung der Urkunde und das Anerbieten zu enthalten, dem Gegner Einsicht zu gewähren oder sie auf Verlangen dem Gericht vorzulegen; ist die Urkunde nicht in Händen der Partei, so ist die Art und Weise ihrer Herbeischaffung nach Möglichkeit anzugeben.

Vorbereitende Schriftsätze haben noch zu enthalten: kk) die Anträge, die die Partei bei der Verhandlung stellen will; ll) Begründung und mm) Beweismittel auch bezüglich der beabsichtigten Bekämpfung der gegnerischen Anträge; nn) nach Lage der Sache Stellungnahme zu dem vom Gegner in einem Schriftsatz Vorgebrachten bezüglich Wahrheit (Tatsachen), Richtigkeit (Erfahrungssätze, Rechtsätze) und Vollständigkeit, nicht aber Wahrscheinlichkeit, Glaubwürdigkeit und vermutlicher Beweiskraft („Räsonnements“); Rechtsausführungen sind in vorbereitende Schriftsätze nicht aufzunehmen, sondern der Verhandlung vorbehalten. Die Kosten von Weitläufigkeiten oder der Aufnahme von Nichtgehörigem in den Schriftsatz belasten wegen Unnötigkeit die verursachende Partei (§ 41 I ZPO.), bei grobem Verschulden des Vertreters diesen (§ 49 II ZPO.).

Bezugsurkunden in Händen des Reichers hat dieser auf Verlangen des Gegners in Urschrift binnen drei Tagen bei Gericht niederzulegen und den Gegner davon zu benachrichtigen. Die Aufforderung dazu ergeht im Senatsverfahren durch den Vorsitzenden oder ein beauftragtes

Senatsmitglied als Einzelrichter (§ 37 I, Z. 4, II GOG.). Der Gegner kann dann innerhalb dreier Tage nach Empfang der Benachrichtigung die Urkunde einsehen und Abschrift nehmen. Die letztere Frist kann, wenn die Partei die Urkunde erweislich dringend braucht (Unterschied von § 129 II ZPO.!), auf Antrag entsprechend abgekürzt werden. Gegen diesen Beschluß (Vorsitzender) gibt es kein Rechtsmittel (§ 82 ZPO.). Kommen nur einzelne Teile der Bezugsurkunde in Betracht, stehen der Niederlegung der Urschrift erhebliche Hindernisse entgegen oder erscheint sie wegen der Wichtigkeit der Urkunde, der Besorgnis von Verlust oder Beschädigung bedenklich, so besteht die Pflicht zur Niederlegung nicht (arg. mai §§ 298 II, 300 I ZPO.). Die Anordnungen nach den erwähnten Gesetzesstellen erfolgen erst im Beweisverfahren.

Für die Verlängerung der dreitägigen Fristen gilt § 128 ZPO.

Die Niederlegung kann auch von Amts wegen mit prozeßleitender Verfügung angeordnet werden (§ 183 I, Z. 2 ZPO.); vgl. auch Art. XXXVIII EGZPO. Die Wiederausfolgung der Urkunden geschieht durch die Geschäftsstelle — ohne richterlichen Auftrag, falls nicht Fortsetzung des Verfahrens möglich ist — bei Beendigung, Unterbrechung oder Ruhen des Verfahrens; dagegen wenn die Urkunden für eine Entscheidung verwertet wurden oder werden könnten, ihre Echtheit bestritten oder ihr Inhalt verändert sein soll, nach Rechtskraft der Prozeßerledigung. Allenfalls sind sie im Interesse der öffentlichen Ordnung einer anderen Behörde, z. B. dem Staatsanwalt, auszufolgen (§ 171 GeO., § 316 ZPO.). Auf Begehren der Partei geschieht die Ausfolgung, wenn der Zweck der Aufbewahrung entfallen ist (§ 219 III ZPO.). Armenrechtzeugnisse werden nicht ausgefolgt (§ 171 II GeO.). Gegen die Zurückbehaltung von Urkunden bei Gericht steht kein abgesondertes Rechtsmittel zu (§ 319 II ZPO.). Aufsichtsbeschwerde ist möglich.

Rechtsanwälte können die Mitteilung der Urschrift von Hand zu Hand gegen Empfangsbestätigung vornehmen. Gibt der Empfänger die Urkunde nicht binnen der vereinbarten oder sonst dreitägigen Frist zurück, so ist er auf Antrag nach Einvernehmung durch sofort vollstreckbaren Beschluß (Vorsitzender oder beauftragtes Senatsmitglied als Einzelrichter, kein Rechtsmittel!) zu sofortiger Rückgabe zu verhalten (§ 83 ZPO.).

Rubrik (Halbschrift, § 60 VI GeO.) ist ein der Eingabe angeschlossenes Blatt, das nur die unter aa) bis dd) angeführten Schriftsaterfordernisse enthält. Bei Klagen auf Zahlung einer Geldsumme oder Herausgabe von Fahrnis sowie Mahngesuchen kann sie zur gekürzten Ausfertigung verwendet werden, muß aber dann das Begehren gleichlautend mit dem Schriftsatz enthalten (§§ 80 II ZPO., 60 VI und VII GeO.). Bedeutung: §§ 80, 84 II, 131 I, 137 I ZPO.

Bei formell fehlerhaften Schriftsätzen hat regelmäßig das Gericht (Vorsitzender), bei Übertragung durch dieses die Geschäftsstelle (§ 56 II GOG.), ohne Kleinlichkeit (§ 61 II GeO.) die Verbesserung anzuordnen, wenn der Mangel die ordnungsmäßige Behandlung hindern kann, besonders wenn die nötige Zahl von Gleich- oder Halbschriften fehlt (§ 84

ZPO.), nicht aber wegen inhaltlicher Mängel, z. B. wegen Weitläufigkeit. Das ergibt die Nichtanführung des § 76 in § 84 II ZPO. Zur Verbesserung ist die Partei — allenfalls mit Fernsprecher — vorzuladen; wenn das nicht tunlich ist oder sie nicht erscheint, ist ihr der Schriftsatz mit entsprechenden Anweisungen zurückzustellen. War dieser befristet, so ist einmalig eine neuerliche unverlängerbare Frist zu bestimmen, deren Einhaltung, mag auch innerhalb derselben wiederholte Zurückstellung erfolgt sein, auch die erste Frist wahrt. Gegen alle diese Beschlüsse gibt es kein abgesondertes Rechtsmittel, wohl aber Aufsichtsbeschwerde (§ 85 ZPO., § 61 I GeO). Der zur Verbesserung mit bestimmten Aufträgen zurückgestellte Schriftsatz kann auch mit weiteren — nicht aufgetragenen — Verbesserungen wieder überreicht werden. Verläuft die Frist fruchtlos, so ist der Schriftsatz zurückzuweisen (im Zweifel Senat).

Von wesentlichen Fehlern freie Schriftsätze werden in einer Ausfertigung mit Beilagenabschriften dem Gegner zugestellt; bei protokolларischem Anbringen erfolgt die Zustellung einer Protokollsabschrift.

10. Für Prozeßhandlungen im Namen eines andern ist Vollmacht erforderlich. Gesetzliche Vertreter bedürfen in manchen Fällen noch einer besondern Ermächtigung (vgl. § 233 abGB.).

III. Arten der Prozeßhandlungen der Partei. Die überaus mannigfachen Prozeßhandlungen können nach verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt werden:

α) Inhaltlich. aa) Das Verfahren betreffend. 1. Prozeßeinleitend, z. B. Klage. 2. Prozeßfördernd, z. B. der Antrag auf Anberaumung einer Tagsatzung nach § 169 oder § 261 IV ZPO. 3. Prozeßhindernd, z. B. die Anzeige von der Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens; Vorbringen in Verschleppungsabsicht. 4. Der Prozeßerledigung dienend, z. B. prozessuale Anspruchsverfügungen. bb) Den Prozeßstoff betreffend. 1. Angriffsmittel, d. s. Handlungen, um einen Anspruch durchzusetzen, insbesondere Behauptungen, Beweise und Rechtsausführungen. 2. Verteidigungsmittel, d. s. Handlungen zur Abwehr gegnerischer Ansprüche, z. B. Bestreitungen, Einreden, Gegenbehauptungen und Gegenbeweise. Ob sie der Kläger oder der Beklagte geltend macht, ist in beiden Fällen gleichgültig. Die Bezeichnungsweise der ZPO. schwankt (vgl. § 250 I, Z. 3 gegen Z. 2 und § 258 ZPO., der daneben noch „Behauptungen und Beweise“ aufzählt).

β) Formell. A. Kenntnismnahmen, z. B. von der Anberaumung einer Tagsatzung, von Behauptungen des Gegners, Urkunden u. dgl.

B. Übernahme von Gegenständen, z. B. von Zustellsachen oder ausgefolgten Urkunden.

C. Übergabe von Gegenständen, z. B. Einreichung eines Schriftsatzes, Übersendung von Augenscheingegenständen.

D. Wissenserklärungen, z. B. Antworten auf Fragen, tatsächliches Vorbringen, Aussage bei Parteivernehmung.

E. Willenserklärungen. 1. Betreffend gerichtliches Verhalten. a) Fragen; b) alle andern auf gerichtliches Verhalten gerichtete Willenserklärungen der Parteien heißen Anträge. Die „Gesuche“,

die §§ 74, 434 ZPO. daneben erwähnen (vgl. auch §§ 65, 73 ZPO.), sind nichts wesentlich Verschiedenes, da die ZPO. im Gegensatz zur Lehre mancher auch von „Anträgen“ spricht, wenn keine mündliche Verhandlung nötig ist (vgl. §§ 8f., 386 ZPO.). Das begehrte gerichtliche Verhalten kann auch ein Unterlassen sein, so beim Antrag, einen Zeugen nicht zu laden oder eine Tagsatzung nicht zu erstrecken. 2. Auf Verhalten des Gegners, z. B. Fragen an die Gegenpartei (§ 184 I ZPO.). 3. Auf Verhalten Dritter, z. B. Fragen an den Zeugen. 4. Rechtsgestaltende Willenserklärungen, insbesondere die prozessualen Anspruchsvorfügungen. Sie sind nicht etwa Anträge, denn der Vergleich beendet das Verfahren ohneweiters und bei Anerkenntnis oder Verzicht kommt es erst auf entsprechenden Antrag des Gegners hin zu der besonderen gerichtlichen Tätigkeit. Es wird also nur eine neue Rechtslage geschaffen.

Eine andere Einteilung der Willenserklärungen ist in positive und Widerrufliche.

Auch Mischungen sind möglich; so ist der Antrag auf Ladung des Gegners eine Willenserklärung, gerichtet auf gerichtliches und gegnerisches Verhalten. Ferner gibt es überhaupt gemischte Erklärungen: Die Erteilung einer Prozeßvollmacht ist teils rechtsgestaltend, teils Antrag ans Gericht, den Bevollmächtigten zuzulassen. Denn die Vollmacht ist stets an die Adresse des Gerichts gerichtet. Die Behauptung ist teils Wissens-, teils Willenserklärung, die letztere darauf gerichtet, daß das Gericht das Vorgebrachte seiner Willenserklärung zugrunde lege. Eine besondere Art Behauptung ist die Rechtsausführung. Eine Willenserklärung mit Bezug auf eine private oder gerichtliche Prozeßhandlung ist Stellungnahme. Sie ist Willenserklärung, denn sie geschieht in der Absicht, daß das Gericht seiner Willenserklärung die betreffende Prozeßhandlung zugrundelege oder nicht zugrundelege.

Die günstige Stellungnahme gegenüber einer gegnerischen tatsächlichen Behauptung ist Geständnis (§ 266 I ZPO.); gegenüber einer Willenserklärung Einwilligung (vgl. § 235 II ZPO.) oder Zustimmung (vgl. §§ 236f., 302 ZPO.); gegenüber einem Urteilsanspruch Anerkenntnis, gegenüber seiner Bestreitung durch den Beklagten Verzicht.

F. Tatsächliche Leistungen, z. B. einer Schriftprobe oder einer Sicherheit, aber auch das bloße Erscheinen bei Gericht.

γ) Je nach dem Gericht, dem die Prozeßhandlung gilt. A. Unmittelbare: an das erkennende Gericht; B. mittelbare: an einen andern Richter (Vorsitzenden, helfender Richter).

δ) Die Initiative kann ausgehen 1. von der handelnden Partei selbst (Klage, Wiedereinsetzungsantrag), 2. vom Gegner (Beantwortung einer Frage desselben), 3. vom Gericht (Erscheinen auf Ladung), 4. von beiden letzteren (Klagebeantwortung).

IV. Widerruf von Prozeßhandlungen. Manche Prozeßhandlungen sind im Gesetz ausdrücklich für widerruflich erklärt; vgl. §§ 34, 235, 237, 266, 302, 345, 363, 484, 513 ZPO. § 208 I, Z. 2 ZPO. spricht von Anträgen, die von den Parteien nicht „zurückgezogen“ worden sind und die auch die Hauptsache betreffen können. Andererseits gibt es Beschrän-

kungen, so nach §§ 235 II und III, 237 I, S. 2, 302, 345, 363, 484 a. A., 513 ZPO. Zusammenfassend ergibt sich: Kenntnismnahmen sind ihrem Wesen nach unwiderruflich; ebenso Übernahmen und Übergaben, deren Rechtsfolgen nur durch entgegengesetzte Akte ex nunc aufhebbar sind; Wissenserklärungen sind grundsätzlich widerruflich; Willenserklärungen nur, solange das Gewollte noch nicht geschehen ist und auch niemand bereits ein Recht daraus erworben hat. So kann die Frage vor ihrer Beantwortung, der Antrag vor seiner Erledigung zurückgezogen werden. Besondere gesetzliche Beschränkungen, insbesondere zeitliche, sind maßgebend.

V. Unwirksame Handlungen im Prozeß. Der wesentliche Erfolg einer Handlung im Prozeß tritt insbesondere nicht ein, wenn sie widerrufen wird; wenn ein für eine oder diese Prozeßhandlung wesentliches Erfordernis fehlt (Partei-, Prozeß- oder Postulationsfähigkeit, Vertretungsmacht u. dgl.); wenn das Gericht die Prozeßhandlung rechtskräftig zurückweist (vgl. §§ 179, 181 II, 275 II, 278 II ZPO.); insbesondere wird jeder Antrag durch seine rechtskräftige Abweisung unwirksam; wenn eine prozessuale Nichthandlung gesetzt wird, z. B. von einem Dritten namens der Partei ohne Vertretungsmacht und ohne nachträgliche Genehmigung, Scheinhandlungen, Handlungen ohne Bezug auf den Prozeß (Lachen, Weinen), unerlaubte Handlungen, formlose trotz Formvorschrift u. dgl.

β) Die einzelnen Prozeßhandlungen der Partei.

Für Kenntnismnahmen, Übernahme und Übergabe von Gegenständen und für Leistungen im allgemeinen gilt nichts Besonderes.

I. Wissenserklärungen. A. Tatsächliches Vorbringen. I. Als Beantwortung von Fragen (§§ 182, 371 ff. ZPO.) des Gerichts oder des Gegners ist es nie prozessual, nur allenfalls (vgl. Art. XLII EGZPO.) materiellrechtlich Pflicht. Die Verweigerung wirkt bloß auf die Beweiswürdigung (§ 272 II, 381 ZPO.). II. Bei eigener Initiative (spontan) ist es nie reine Wissenserklärung, da es wenigstens in der Absicht geschieht, das Gericht solle davon Kenntnis nehmen oder den betreffenden Schriftsatz dem Gegner zustellen. Daß auch die Behauptung keine bloße Wissenserklärung ist, wurde bereits ausgeführt. Wegen des Überwiegens des „Wissens“-inhalts aber wird dieser Fall hier behandelt. Die spontane Wissenserklärung erfolgt schriftlich (Schriftsatz, §§ 76, 78 ZPO.) oder mündlich zu Protokoll (§ 79 ZPO.) oder in den Parteivorträgen (§§ 176 ff. ZPO.). Es besteht Pflicht zur Wahrheit, Vollständigkeit, Bestimmtheit, Rechtzeitigkeit und Vermeidung von Weitläufigkeit.

B. Auch Rechtsausführungen sind als rechtliche Behauptungen gemischte Erklärungen, doch überwiegt auch hier der „Wissens“-inhalt. Sie können schriftlich oder mündlich erfolgen. In vorbereitende Schriftsätze sind sie nicht aufzunehmen. Daher sind sie in der Berufung nur zulässig, wenn diese nicht vorbereitender Schriftsatz ist (vgl. § 492 I ZPO.); dagegen in Revision und Rekurs vorgeschrieben, wenn unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht wird (§ 506 II, 520 II ZPO.). Rechts-

ausführungen sind niemals verspätet, da das Gesetz nur an verspätetes Vorbringen von tatsächlichem oder Beweismaterial Rechtsfolgen knüpft.

2. Willenserklärungen.

A. Fragen. I. Ans Gericht. a) Kurze tatsächliche Auskünfte (über das Datum einer Tagsatzung, über den Stand der Angelegenheit überhaupt, ob ein Schriftsatz eingelangt sei u. dgl.) sind womöglich von der Geschäftsstelle einzuholen. Das kann mündlich, auch fernmündlich, oder schriftlich (Doppelpostkarte oder mit Anschrift versehener freigemachter Umschlag, die Antwort möglichst vorbereitet) geschehen (§ 57 GeO.). b) Anfragen anlässlich einer Einvernehmung oder Verhandlung wegen richtigen Vornehmens von Prozeßhandlungen sind beim Bezirksgericht nicht rechtsfreundlich vertretenen Parteien (Vertretern) zu beantworten (§ 432 ZPO.). c) Auch sonst muß die unterlassene vorgeschriebene Rechtsbelehrung wenigstens auf Fragen der Partei nachgeholt werden. Ein weiteres Fragerecht gegenüber dem Gericht hat die Partei nicht.

II. An den Gegner (Vertreter). Jede Partei kann Fragen betreffend den Verfahrensgegenstand oder den Gegenstand der Verhandlung bildende Nebenfragen, z. B. die Zuständigkeit, zur Aufklärung des Sachverhalts an den anwesenden Gegner (Vertreter) — also nicht schriftlich, wenn er nicht erscheint — durch den Richter (Vorsitzenden) stellen lassen oder mit dessen Zustimmung selbst stellen. Weist der Vorsitzende eine Frage als unangemessen zurück oder bestreitet der Gegner ihre Zulässigkeit, so kann die Partei Senatsentscheidung begehren (§ 184 ZPO.), gegen die kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig ist (§ 186 II ZPO.). Diesbezügliche Entscheidungen des helfenden Richters können durch das erkennende Gericht abgeändert werden. Erachtet dieses eine vor dem helfenden Richter gestellte Frage für unzulässig, so kann es aussprechen, daß die Antwort unberücksichtigt bleiben müsse (§ 380 mit § 342 ZPO.).

III. Bei Zeugen und

IV. Sachverständigen bezieht sich das Fragerecht der Partei bei der Beweisaufnahme auf Fragen zur Aufklärung oder Vervollständigung der Aussage, Aufklärung des Streitverhältnisses, aber auch über Umstände, die für die Beweiskraft der Aussage bedeutsam sind (§ 289 I ZPO.). Das auch dann, wenn die Vernehmung in der Wohnung des Zeugen (Sachverständigen) erfolgt (§§ 328 II, 367 ZPO.), außer (§§ 341 II, 367 ZPO.) dies geschehe auf Grund von Staatsverträgen bei Konsularfunktionären (Art. VIII EGZPO.); letzterenfalls kann das Fragerecht nur durch Schriftsatz an den beauftragten Richter ausgeübt werden. Bezüglich der Zulässigkeit von Fragen gilt das oben Gesagte.

B. Anträge müssen eindeutig erkennen lassen, was die Partei will (vgl. §§ 178, 226 I, 467, Z. 3, 506 I, Z. 2 ZPO.). Bestimmte Worte sind nicht vorgeschrieben, nur der Erklärungsinhalt muß feststehen. Auch die fehlerhafte Bezeichnung des Antrags ist arg. mai. § 84 II, S. 2 ZPO. unbeachtlich. Der Antrag ist empfangs-, aber nicht annahmepflichtig. Es gibt Sachanträge (betreffend den Verfahrensgegenstand) und Prozeßanträge (betreffend das Verfahren); ferner Angriffs- und Verteidigungsanträge. Anträge auf Aufhebung oder Abänderung

einer gerichtlichen Willenserklärung sind Rechtsmittel im weiteren Sinn. Das Gericht prüft und erledigt den Antrag durch Stattgebung, Abweisung oder Zurückweisung.

C. Rechtsgestaltende Erklärungen (Dispositiverklärungen, prozessuale Verfügungen) betreffen den Verfahrensgegenstand (Prozessuale Anspruchsverfügungen) oder das Verfahren (Verfahrensverfügungen), wie z. B. der Antrag auf Aufhebung der Verweisung nach § 478 IV ZPO. Sie bedürfen keiner Begründung und unterliegen der richterlichen Überprüfung nur bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen einer Prozeßhandlung. Die prozessuale Verfügung hat nur in den gesetzlich anerkannten Fällen Wirkung, also nur im Rahmen nachgiebigen Rechtes. Über das Verbot des Konventionalprozesses ist bereits gesprochen worden. Da die Wirkung der prozessualen Verfügung mit ihrer Setzung eintritt, ist sie einseitig nicht widerruflich.

c) Die mündliche Verhandlung.

Die mündliche Verhandlung besteht aus gerichtlichen Prozeßhandlungen und prozessualen Rechtsgeschäften. Sie beginnt wie jede Tagsatzung mit dem Aufruf der Sache. Dann sind die Parteien zu hören (§ 177 ZPO.). Sie bringen Angriffs- und Verteidigungsmittel vor. Außerdem werden aber auch die Streitpunkte erörtert, Beweise aufgenommen, Beurkundungen, insbesondere Protokollierungen, vorgenommen, Entscheidungen gefällt, unmaßgebliche Aufträge und Befehle erteilt u. dgl. Die Prozeßleitung hat der Richter; in Verhandlungen vor dem Senat ist sie zwischen diesem und dem Vorsitzenden geteilt.

I. Prozeßleitung des Vorsitzenden (§§ 180 ff. ZPO.). Er eröffnet und schließt die Verhandlung, erteilt und entzieht (z. B. wegen Ungehorsams) das Wort, vernimmt die Personen, deren Aussagen der Feststellung des Sachverhalts und der Beweisführung dienen, bestimmt die Reihenfolge der Prozeßhandlungen und trifft alle Anordnungen und Verfügungen zwecks ungestörten, ordnungs- und zweckmäßigen Verlaufs der Verhandlung. So wird er, wenn der Beklagte Volltrunkenheit zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung und Verjährung einwendet, das rascher Erweisliche vorwegnehmen. Er muß Weitläufigkeiten und nicht zur Sache Gehöriges verhindern und für die vollständige Prozeßstoffsammlung sorgen, insbesondere durch ergänzende Fragen an die Partei. Bringt die Partei von den Akten Abweichendes vor, hat er darauf aufmerksam zu machen; auch hat er alle Bedenken mit Bezug auf das von Amts wegen zu Berücksichtigende hervorzuheben. Er — und nur er — sorgt für Ruhe und Ordnung und übt grundsätzlich d. h., wo sie nicht dem Senat besonders zugewiesen ist, die Sitzungspolizei aus. (§§ 197 ff. ZPO.): Er kann Personen, die durch unangemessenes Betragen die Verhandlung stören, zur Ordnung ermahnen und an der Verhandlung nicht beteiligte Störende nach erfolgter, wenn auch nur an das Publikum gerichteter, Ermahnung entfernen lassen und von der ganzen oder einem Teil der Tagsatzung oder Verhandlung überhaupt ausschließen.

Die Prozeßleitung des Vorsitzenden bedingt aber auch die Vorbe-

reitung der Verhandlung. Er hat dazu kraft seiner diskretionären Gewalt das Nötige anzuordnen. Insbesondere kann er (§ 183 ZPO.) 1. den Parteien den außer beim Ehetrennungs- und -ungültigkeitsverfahren nur unmaßgeblichen Auftrag zum persönlichen Erscheinen bei der Verhandlung erteilen; 2. verfügen, daß die Parteien Akten, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände, Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen und Zusammenstellungen, die nötigenfalls erst anzufertigen sind, vorlegen und eine bestimmte Zeit bei Gericht belassen; 3. veranlassen, daß Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände herbeigeschafft werden; 4. die Vornahme eines Augenscheins unter Zuziehung von Sachverständigen sowie der Parteien anordnen; 5. wenn sich nicht beide Parteien (alle Streitgenossen) dagegen erklären (Ausnahmen: Art. XXXVIII EGZPO. bezüglich Urkunden im Besitz des Beklagten; ferner Art. 37, 79 HGB.; bei Anfechtung administrativer Ersatzerkenntnisse einer Militärbehörde nach dem Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72 und bezüglich des von Amts wegen zu Berücksichtigenden): a) die unter 2. angeführten Verfügungen, betreffend Bezugsurkunden — auch vom Gegner bezogene (nicht aber andre Urkunden) — in Händen einer Partei oder b) einer öffentlichen Behörde, insbesondere desselben Gerichts, z. B. einen Grundbuchauszug oder c) eines Notars treffen; dieser ist zur Herausgabe verpflichtet (§ 50 I NotO.); d) Zeugen laden. Der Vorsitzende kann auch bei Vorliegen der Voraussetzungen vor der Verhandlung eine Beweissicherung anordnen.

Das Gesagte gilt auch, wenn die Fortsetzung einer Verhandlung auf eine spätere Tagsatzung verlegt wird. Die Zeugenvernehmung kann da auch durch einen ersuchten Richter geschehen. Der Vorsitzende, der den Termin der neuerlichen Tagsatzung sogleich zu bestimmen hat, kann bezüglich ihrer Vorbereitung auch nach Ermessen einen Senatsbeschluß einholen. Es kann den Parteien aufgetragen werden, binnen einer richterlichen Frist „die als Beweismittel zu benützendenden Urkunden zur Einsicht für den Gegner bei Gericht zu erlegen und Namen und Wohnort einzuvernehmender Zeugen bekanntzugeben“ (§ 181 II ZPO.).

Die diskretionäre Gewalt hat auch der helfende Richter (§§ 249, 284 I ZPO.).

II. Prozeßleitung durch den Senat. 1. Er beschließt über die bei Erstreckung einer Tagsatzung nötigen Verfügungen, wenn der Vorsitzende seine Beschlußfassung einholt. 2. Kommt die Partei einem Auftrag nach § 181 II ZPO. in Verschleppungsabsicht nicht nach und macht sie die Angaben erst bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung, so kann der Senat auf Antrag oder von Amts wegen dieses Vorbringen für unstatthaft erklären, wenn dadurch die Verhandlungsfortführung verzögert würde (§ 181 II ZPO.; kein abgesonderter Rekurs, § 186 II ZPO.). 3. Sonst kann der Senat in offenkundiger Verschleppungsabsicht an Tatsächlichem oder Beweisen verspätet Vorgebrachtes auf Antrag oder von Amts wegen zurückweisen, wenn es den Prozeß erheblich verzögern würde (§ 179 I ZPO., kein abgesonderter Rekurs, § 186 II ZPO.). 4. Ebenso Beweise, die — wenn auch sogleich — in

reiner Verschleppungsabsicht angeboten werden (§ 275 II ZPO.). 5. Jedes Senatsmitglied kann zur Ermittlung des Streitverhältnisses und zur Feststellung des Tatbestands geeignete Fragen, die der Vorsitzende arg. contr. § 184 II 186 I ZPO. nicht zurückweisen kann, an die Parteien, Zeugen oder Sachverständigen richten (§§ 182 III, 340 II, 367 ZPO.); wird eine solche Frage als unzulässig bestritten, so entscheidet der Senat (§§ 186 I, 342 I, 367 ZPO.); er entscheidet ferner 6. auf Antrag über die Zulässigkeit einer vom Vorsitzenden als unangemessen zurückgewiesenen oder vom Gegner bestrittenen Frage einer Partei (Vertreter) (§§ 184 II, 342 I ZPO.) sowie 7. über den Widerspruch gegen eine prozeßleitende Anordnung des Vorsitzenden oder die Zulässigkeit einer von ihm gestellten Frage. Gegen alle diese Entscheidungen gibt es keinen abgesonderten Rekurs. 8. Ihm stehen die schärferen Mittel der Sitzungspolizei zu: a) Er kann (§ 201 II ZPO.) an der Verhandlung Beteiligte (Parteien, Nebenintervenienten, Zeugen, Sachverständige, Dolmetscher, Vertreter), die trotz vorangegangener, wenn auch nur an das Publikum gerichteter, Ermahnung die Verhandlung stören, von der ganzen oder einem Teil der Tagsatzung und ebenso Verhandlung überhaupt ausschließen; doch muß eine Androhung und Erinnerung an die Rechtsfolgen vorausgehen, bei der Partei insbesondere daran, daß ein Säumnisurteil gefällt werden könne (§ 198 ZPO.). b) Er trifft die Maßnahmen gegen Prozeßbevollmächtigte nach § 200 II und III ZPO. c) Er verhängt die Ordnungsstrafen über Parteien und Dritte nach §§ 199ff. ZPO. 9. Ebenso Mutwillensstrafen. 10. Er entscheidet, ob vorbereitendes Verfahren stattfindet (§ 244 ZPO.).

Einen besondern Einfluß auf den Gang des Verfahrens nimmt der Senat durch Verhandlungsverbindung und -trennung sowie durch Beweisbeschlüsse.

a) Verhandlungsverbindung (§ 187 ZPO.).

α) Voraussetzungen. 1. Anhängigkeit mehrerer Rechtsstreitigkeiten bei demselben Gericht. 2. Zuständigkeit der gleichen Senatsart, soweit nicht für einen Prozeß die Besetzung mit dem Einzelrichter vorgeschrieben ist. Kein Hindernis ist letzterenfalls, daß die Streitsache, wenn sie Senatssache wäre, vor einen andersartigen Senat gehörte. Das verbundene Verfahren findet vor dem Senat statt. Waren mehrere Senate befaßt, entscheidet das Zuvorkommen. 3. Nämlichkeit beider Parteien, wenn auch in verschiedener Parteiorle oder Nämlichkeit des Klägers oder Beklagten aller Prozesse; letzteres ergibt der Wortlaut des Gesetzes ganz deutlich. 4. Voraussichtliche Vereinfachung, Beschleunigung oder Verbilligung der Erledigung; so insbesondere, wenn die gleichen Feststellungen oder Beweisaufnahmen für die mehreren Prozesse nötig sind. Kein Erfordernis ist arg. sil. die Gleichheit des Verfahrens, wenn nur prozeßtechnisch die Verbindung möglich ist. Verbindung des Rückgriffsverfahrens mit dem Entschädigungsverfahren nach den IÜ. zu einer Verhandlung ist unzulässig (Art. 50, § 5 l. c.).

Der Senatsbeschluß kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen; Rekurs ist unzulässig (§ 192 II ZPO.).

Der Senat kann die Verbindung auf Antrag oder von Amts wegen

bis zur Urteilsfällung wieder aufheben (§ 192 I ZPO.). Dadurch wird mit den Einzelrichtersachen wieder der Einzelrichter befaßt; dagegen bleibt ein Prozeß, der bei einem andern Senat geführt worden war, nun beim neuen Senat.

Aufhebung der Verbindung ist Trennung; daher kein Rekurs dagegen zulässig (§ 192 I ZPO.).

β) Rechtsfolgen. 1. Über die mehreren Prozesse findet eine gemeinsame Verhandlung statt, doch treten nicht die Folgen einer Klagenhäufung ein. Es liegt also trotz des Wortlauts des § 187 I ZPO. keine Prozeßverbindung, sondern eben bloße Verhandlungsverbindung vor. Die Verfahren außerhalb der Verhandlung bleiben getrennt. 2. Die Entscheidung kann, auch wenn die mehreren Prozesse nicht zwischen denselben Parteien stattfinden, in einem Urteil (Beschuß) erfolgen, falls die Verbindung zur Zeit der Fällung noch besteht und die Spruchreife in der gleichen Tagsatzung eintritt (§ 404 II ZPO.). Der Spruch hat die mehreren Ansprüche so zu scheiden, daß Einzelanfechtung möglich ist.

Unzulässige Verbindung begründet keine Nichtigkeit, sondern höchstens den Tatbestand des § 496 I, Z. 2 ZPO.

b) Verhandlungstrennung.

α) Voraussetzungen derselben. Möglich sind: 1. mehrere Ansprüche (§ 188 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß): A. bei objektiver Klagenhäufung; B. bei Geltendmachung eines weiteren Anspruchs in einem Zwischenfeststellungsantrag oder C. durch Klageerweiterung; D. bei subjektiver Klagenhäufung; E. bei Geltendmachung einer Gegenforderung, auch bei rechtlichem Zusammenhang (arg. contr. § 391 III ZPO.). F. Bei Geltendmachung eines weiteren Gegenanspruchs durch den Beklagten in einem Zwischenfeststellungsantrag. Die Trennung der Verhandlung über mehrere Rückgriffsansprüche nach den IÜ. ist unzulässig (Art 50, § 31. c.). 2. Mehrere selbständige Streitpunkte (§ 189 ZPO.), z. B. Grund und Betrag oder bei Klagen aus einem durch einen Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäft die Fragen der Gültigkeit der Vollmacht und der des Vertragsabschlusses. Selbständig ist alles, was allein die Entscheidung beeinflussen kann. 3. Selbständige Angriffsmittel, z. B. mehrere Entstehungsgründe des absoluten Rechts, auf Grund dessen der eingeklagte Anspruch erhoben wird; so wenn der Eigentumskläger sein Eigentum auf Ersitzung und Kauf vom befugten Gewerbsmann stützt. 4. Selbständige Verteidigungsmittel, insbesondere Prozeßreden, die Einrede der Stundung oder der Verjährung.

In diesen Fällen kann der Senat in anzuordnender Reihenfolge (Vorwegnahme von Vorfragen) getrennt verhandeln, allenfalls auch bezüglich einzelner Punkte bei Zutreffen der Voraussetzungen vorbereitendes Verfahren anordnen. Bezüglich Anfechtbarkeit und Wiederaufhebung gilt das bei Verhandlungsverbindung Gesagte entsprechend. Die Aufhebung ist auch nicht mehr möglich, wenn über einen Anspruch bereits mit Endurteil oder über den Anspruchsgrund mit Zwischenurteil entschieden wurde oder die höhere Instanz das Zwischenurteil bestätigt oder

aufhebt, aber die Beibehaltung der weiteren Verhandlungstrennung anordnet (§ 192 I, S. 2 ZPO.).

β) Rechtsfolgen: Die Verhandlung findet getrennt über die einzelnen Punkte statt. Das Verfahren außerhalb der Verhandlung bleibt gemeinsam. Daher liegt keine Prozeßtrennung vor (vgl. auch § 211 II ZPO., der §§ 188f. ZPO. anführt, „Abschnitte der Verhandlung“, sodaß gar nicht mehrere Verhandlungen, sondern nur Abschnitte einer Verhandlung gegeben sind). Die Prozeßerledigung kann verschieden erfolgen; so können einzelne Ansprüche in der abgesonderten Verhandlung über eine Prozeßeinrede in Stattgebung der letzteren zurückgewiesen werden, während den anderen in einem gemeinsamen Endurteil stattgegeben wird; wenn es sich um Grund und Betrag oder um einen präjudiziellen Anspruch handelt, kann es zu einem Zwischenurteil kommen u. dgl. Auch Teilurteil ist unter den Voraussetzungen des § 391 ZPO. zulässig; daher nicht bei Geltendmachung einer im rechtlichen Zusammenhang stehenden Gegenforderung.

III. Der Vorsitzende schließt ausdrücklich die Verhandlung (§ 193 ZPO.), wenn der Senat den Verhandlungsgegenstand, z. B. auch nur die abgesondert zu erledigende Prozeßeinrede, für spruchreif erachtet, worüber aber kein förmlicher Beschluß erfolgt. Ein Recht auf Schlußvorträge haben die Parteien nicht. Die Verhandlung ist als ein Ganzes anzusehen (Grundsatz der Einheit der Verhandlung), mag sie auch in mehreren Tagsatzungen stattfinden. Daher können die Parteien, wenn es nicht in Verschleppungsabsicht geschieht, Neues bis zum Verhandlungsschluß vorbringen (§ 179 ZPO.). Ausnahmsweise kann die Verhandlung vor Spruchreife geschlossen werden (Vorzeitiger Verhandlungsschluß), wenn nurmehr die Aufnahme einzelner Beweise (nicht ein umständliches Beweisverfahren) vor einem ersuchten Richter (nicht vor dem erkennenden Gericht oder einem beauftragten Richter) ausständig ist und beide Parteien auf die Verhandlung über das Ergebnis derselben verzichten oder das Gericht (Senat) eine solche für entbehrlich hält. In diesem Falle wird die Entscheidung nach Einlangen der Beweisaufnahmeakten ohne mündliche Verhandlung gefällt. In Analogie ist vorzeitiger Verhandlungsschluß auch möglich, wenn nurmehr die Auskunft einer Behörde oder die Urschrift einer Urkunde, deren Inhalt bereits in der Verhandlung erörtert wurde, aussteht.

Der Senat kann aber auch die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anordnen, wenn 1. eine Aufklärung oder Ergänzung oder eine Erörterung über den Beweis einer Tatsache nötig ist, die der Senat selbst nach Verhandlungsschluß als beweisbedürftig erkannt hat. 2. Wenn im Fall vorzeitigen Verhandlungsschlusses die Beweisaufnahme vor dem ersuchten Richter nicht möglich ist, z. B. weil der Zeuge gestorben ist; 3. ebenso, wenn nach Einlangen der Beweisaufnahmeakten mit Rücksicht auf diese eine weitere Verhandlung notwendig erscheint (§ 194 ZPO.). 4. Wenn der Vorsitzende im irrigen Glauben, der Senat sei einverstanden, den Verhandlungsschluß ausgesprochen hat.

Nicht aber um den Parteien Gelegenheit zu neuem Vorbringen zu

geben. In der wiedereröffneten Verhandlung ist jedoch wegen des Grundsatzes der Verhandlungseinheit neues Vorbringen zulässig.

Der Wiedereröffnungsbeschluß ist mit abgesehenem Rekurs anfechtbar. § 130 II ZPO. steht nicht dagegen. Denn, abgesehen davon, daß wenn das Gericht nach Verhandlungsschluß sich zur Beratung zurückzieht, wiedererscheint und statt einer andern Entscheidung den Beschluß auf sofortige Fortsetzung der Verhandlung verkündet, keine Tagsatzung anberaumt wird, ist auch, wenn für die Fortsetzung ein späterer Termin bestimmt wird, der Rekurs gegen den Widerruf des Verhandlungsschlusses, nicht gegen die Anberaumung der Tagsatzung gerichtet.

IV. Mündliche Verhandlungen können in allen Instanzen vorkommen. Beim OLG.: 1. als Berufungsverhandlung; 2. wenn das OLG. in erster Instanz entscheidet als mündliche Streitverhandlung. Beim OGH.: 1. als mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht; 2. als Berufungsverhandlung, wenn der OGH. Berufungsgericht ist; 3. als mündliche Streitverhandlung, wenn er in erster Instanz entscheidet.

d) Unterbrechung des Verfahrens.

α) Die Bezeichnungswiese ist keine einheitliche. Vgl. „Unterbrechung“, „unterbrochen“ (§§ 152 III, 155 ff., 190 ff., 544 f. ZPO.), „einstweilige Unterbrechung“ (§ 152 ZPO.), „aufzuschieben“ (§ 147 II ZPO.), „gehemmt“ (§ 152 I ZPO.), „ausgesetzt“ (§ 601 ZPO.), „innezuhalten“ (§ 9 I Kais. Vdg. v. 12. X. 1914, R. 275).

β) Die Fälle sind in den Gesetzen erschöpfend, wenn auch nicht immer ausdrücklich enthalten. Insbesondere ist eine Parteivereinbarung auf Unterbrechung wirkungslos. Gleiche Rechtsfolgen wie die Unterbrechung wegen eines in der Partei selbst liegenden Grundes hat die Unterbrechung wegen eines Grundes in der Person des unzertrennlichen (§ 402 II ZPO. analog), nicht aber des einfachen Streitgenossen, dessen Prozeß allein unterbrochen wird. Und während die Unterbrechung des Hauptprozesses auf alle Nebenintervenienten wirkt, kann ein in der Person des Nebenintervenienten liegender Grund die Unterbrechung des Hauptprozesses nur nach sich ziehen, wenn es sich um einen streitgenössischen Nebenintervenienten handelt. Die wichtigsten Gründe sind:

1. Unterbrechung kraft Gesetzes. A. Jedes Prozesses, wenn kein Vertreter mit Prozeßvollmacht da ist. I. Parteitod (§ 155 I ZPO.). II. Todeserklärung; denn diese hat, solange sie nicht aufgehoben ist, die Rechtsfolgen des Todes. III. Verlust der Prozeßfähigkeit der Partei. IV. Tod des gesetzlichen Vertreters. V. Aufhören von dessen Vertretungsbefugnis ohne Prozeßfähigwerden der Partei (§ 158 I ZPO.).

B. Hört infolge eines Ereignisses, insbesondere Kriegs, die Tätigkeit eines Gerichtes auf, so werden alle Verfahren bei diesem Gerichte unterbrochen (§ 161 ZPO.).

C. Des einzelnen Prozesses überhaupt. a) Einlangen der Mitteilung der antragstellenden Behörde von dem beim Bundesgerichtshof auf Entscheidung des bejahenden Zuständigkeitsstreites zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde gestellten Antrag beim Gericht (§ 62 V B. G. G.).

b) Einleitung des Verfahrens über den bejahenden Zuständigkeitsstreit zwischen Gerichten beim Bundesgerichtshof (§ 63 V B. G. G.).

D. Nur bei absolutem Anwaltszwang und nur von dem Zeitpunkt an, in dem die Tätigkeit des Anwalts nötig ist, also nicht z. B., wenn das Ereignis in der Zeit zwischen Verhandlungsschluß und Urteilsfällung eintritt: Wenn der einzige vertretende Anwalt oder die sämtlichen mehreren rechtlich oder tatsächlich vertretungsunfähig werden (§ 160 I ZPO.); so bei Erlöschen der Rechtsanwaltschaft oder Unfähigkeit zur Ausübung, nicht aber auch bei Kündigung oder Widerruf der Prozeßvollmacht.

E. Durch Konkursöffnung werden alle Prozesse über Ansprüche, die die Masse betreffen, unterbrochen. Die Unterbrechung wirkt auch auf unzertrennliche, nicht aber einfache Streitgenossen des Gemeinschuldners (§ 159 ZPO. mit §§ 7, 37 III KO.).

F. Prozesse über Fideikommißansprüche werden durch das Fideikommißregelungsverfahren unterbrochen (§ 9 III Ges. v. 18. VIII. 1932, B. 258).

2. Kraft gesetzlich vorgeschriebenen Gerichtsbeschlusses., u. zw. zwecks Abwartens einer präjudiziellen Entscheidung: a) über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes (nur beim OGH.) oder b) über die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung durch den BuGH. (Art. 104 BV.); c) über eine vor die Mietkommission gehörige Vorfrage (§ 36 I MietG.); d) über gewisse vor die politische Behörde gehörige mietrechtliche Vorfragen (§ 36 II l. c.); e) über die Zulässigkeit einer Bestandzinserhöhung für einen Spielplatz (§ 7 Ges. v. 22. VII. 1920, St. 334). f) über eine von der Kommission nach § 5 Streik-Vdg. v. 21. IV. 1933, B. 138 zu entscheidende Vorfrage. In allen diesen Fällen ist die präjudizielle Entscheidung einzuholen, also meist — in den Fällen a) und b) sogar ausnahmslos — das präjudizielle Verfahren erst einzuleiten. g) Auch die „Aufschiebung“ des Verfahrens über den Wiedereinsetzungsantrag gegen die versäumte Berufungsfrist, wenn zugleich gegen das angefochtene Säumnisurteil Wiedereinsetzung begehrt wird (§ 147 II ZPO.), ist eine Unterbrechung, denn das Verfahren hat mit der Kenntnisnahme des Wiedereinsetzungsantrags durch das Gericht begonnen.

3. Nach Ermessen des Gerichtes von Amts wegen. A. Zwecks Abwartens einer präjudiziellen Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung, wenn das Verfahren zu ihrer Fällung bereits anhängig ist (§ 190 I ZPO., vgl. auch § 108 mit § 107 PatG., der aber einen „ausreichend begründeten Parteienantrag bei dem Patentamte“ voraussetzt, was also das Gericht zu überprüfen hat). B. Bei Verdacht einer voraussichtlich präjudiziellen strafgerichtlich, wenn auch nicht von Amts wegen, zu ahndenden Straftat, insbesondere Urkundenfälschung oder -verfälschung oder falscher Zeugenaussage (§ 191 ZPO.). Präjudizialität fehlt, wenn genügende sonstige Beweise vorliegen. C. Bei Anhängigkeit eines Rückforderungsprozesses wegen Ausbeutung Kreditsuchender kann ein gleichzeitig anhängiger Prozeß zwischen den gleichen Parteien über eine Leistung aus dem Kreditgeschäft oder der Vermittlung unterbrochen werden (§ 4 III Vdg. v. 17. III. 1933, B. 66).

4. Auf Antrag oder von Amts wegen. A. Notwendig: Das Rechtsmittelverfahren ist nach Erhebung der Wiederaufnahmsklage wegen eines der im § 530, Z. 1 bis 5 ZPO. angeführten Gründe zu unterbrechen, wenn das rechtskräftige strafgerichtliche Urteil der Klage in Ur- oder beglaubigter Abschrift beiliegt (§ 544 ZPO.).

B. Ermessensweise: a) Wenn eine Partei im Krieg Militärdienst leistet oder sich an einem vom Verkehr mit dem Prozeßgericht abgeschnittenen Ort befindet und zu besorgen ist, daß dieser Umstand der Partei auch trotz Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten prozessualen Nachteil bringe. Der Antrag ist bei der mit der Sache befaßten Instanz anzubringen. (Schriftsatz oder protokollarisches Anbringen.)

Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung aber nach etwa nötigen Erhebungen (§ 162 ZPO.).

b) Bei ändern als den oben erwähnten Wiederaufnahmsgründen mit Rücksicht auf die Umstände und die für den Wiederaufnahmsgrund vorgebrachten Beweise, allenfalls noch während der Verhandlung über die Wiederaufnahmsklage (§ 545 ZPO.).

Der Unterbrechungsbeschluß wegen der Wiederaufnahmsklage (kein Rekurs, § 546 I ZPO. und a. mai.) ist in allen Fällen dem Rechtsmittelgericht sofort mitzuteilen (§§ 544f. ZPO.), das daran gebunden ist.

c) Bis zur Beendigung des voraussichtlich präjudiziellen Disziplinarverfahrens kann das Syndikatsverfahren unterbrochen werden (§ 601 II ZPO.).

5. Nur auf Antrag. A. Notwendig: a) wegen Präjudizialität der schiedsgerichtlichen Entscheidung über die Preisfestsetzung von Gas- und Elektrizitätswerken nach VollzAnw. v. 6. XII. 1919, B. 551 (§ 6 l. c.); b) auf Antrag der politischen Bezirksbehörde bezüglich eines das nach Ges. v. 8. VI. 1934, B. II 71 beschlagnahmte Vermögen betreffenden Prozesses gegen den Eigentümer (§ 10 I l. c.); c) auf Ersuchen des Strafgerichts, bei dem ein Wucherverfahren anhängig ist, bezüglich eines Prozesses über den fraglichen Anspruch (§ 9 I Kais.Vdg. v. 12. X. 1914, R. 275).

B. Ermessensweise: a) nach Stellung des Wiedereinsatzantrags (§ 152 I ZPO.); b) im Falle des Streites über die Zulässigkeit einer Nebenintervention; c) im Falle der Hauptintervention (§ 190 II ZPO.).

Keine Unterbrechung ist die Hemmung der Fortsetzung der Verhandlung nach § 309 I, § 393 III oder § 485 ZPO., weil sonstige Prozeßhandlungen wirksam sind. Das gleiche gilt von den Fällen der §§ 61 I und 524 ZPO., sowie wenn eine Entscheidung des BMfJ. einzuholen ist.

Die Unterbrechung kann auch (arg. sil.) vor Klagezustellung erfolgen (strittig), weil das Verfahren bereits mit der Klageanbringung anhängig ist; dagegen nicht vor Anbringung von Einwendungen gegen die einfache Aufkündigung, weil da noch kein Prozeß anhängig ist. Die Unterbrechung kann allenfalls auch nach Aufhören des Unterbrechungsgrunds für die Vergangenheit festgestellt werden. So insbesondere im Falle des § 162 ZPO.

γ) Rechtsfolgen der Unterbrechung (§ 163 ZPO.). I. Auf gerichtliche Handlungen. Eine ergangene Ladung zur Verhandlung wird unwirksam.

Neue gerichtliche Handlungen sind es, ausgenommen die Verkündung — nicht aber die sie ersetzende Zustellung der Ausfertigung — der auf Grund einer Verhandlung zu erlassenden Entscheidung, wenn die Unterbrechung erst nach Verhandlungsschluß eingetreten ist (§ 163 III ZPO. und e contr.). Genehmigung durch beide Parteien macht aber jede gerichtliche Handlung wirksam. Der nicht Genehmigende muß jedoch anfechten, will er die Unwirksamkeit geltend machen, weil nicht etwa eine Nichthandlung vorliegt.

II. Auf Prozeßhandlungen der Partei. Werden sie während der Unterbrechung vorgenommen und betreffen sie die anhängige Streitsache (anders z. B. bei einem Rekurs gegen den Unterbrechungsbeschluß), so sind sie dem Gegner — nicht aber dem Gericht — gegenüber ohne Rechtsfolgen, wenn er sie nicht wenigstens schlüssig, z. B. durch Eingehen auf sie in seinen weiteren Prozeßhandlungen, genehmigt (arg. contr. § 169 S. 2 ZPO.). Daher das erlöschende Aufhören des Fristenlaufs.

δ) Das Ende der Unterbrechung ist verschieden geregelt. I. Nach Wegfall des Grundes, insbesondere nach rechtskräftiger Erledigung des präjudiziellen Verfahrens, ist das Verfahren aufzunehmen.

a) Von Amts wegen: §§ 147 II, 601 II ZPO., § 36 MietG., § 7 SpielplatzGes.

b) Auf Antrag oder von Amts wegen: §§ 152 III, 190f., 544ff. ZPO.; letzterenfalls ist der Antrag beim Rechtsmittelgericht anzubringen. Dieses hat die rechtzeitige Wiedervorlage der nötigen Akten von Amts wegen zu veranlassen. Wird dagegen der Wiederaufnahmsklage stattgegeben, so ist das Rechtsmittelverfahren einzustellen.

c) Auf Antrag. 1. War das Verfahren durch Parteitod unterbrochen, so erfolgt die Aufnahme durch die Rechtsnachfolger (Erben, allenfalls Nacherben, Erbschaftskäufer, Vermächtnisnehmer nach § 726 abGB., Bund nach § 760 abGB.). Um diese Aufnahme zu erwirken, kann der Gegner auch die Ladung (Eigenhandzustellung!) der Rechtsnachfolger zur Aufnahme und gleich zur Verhandlung in der Hauptsache oder zur Fortführung derselben beantragen (§ 155 ZPO.). Der Aufnehmende braucht sein Erbrecht nicht zu bescheinigen. Erscheint keiner der geladenen Rechtsnachfolger und bescheinigt der Gegner die Rechtsnachfolge, so hat das Gericht auf seinen Antrag das Verfahren als von den Rechtsnachfolgern aufgenommen zu erklären. Nach Verkündung dieses Beschlusses kann bei derselben Tagsatzung gleich das Verfahren in der Hauptsache aufgenommen werden (§ 156 ZPO.). Erscheinen einzelne oder alle geladenen Rechtsnachfolger und bestreiten sie die Eintrittspflicht in den Prozeß, so entscheidet das Gericht nach mündlicher Verhandlung. Nach Verkündung der Entscheidung auf Aufnahme des Verfahrens kann in der gleichen Tagsatzung das Verfahren in der Hauptsache aufgenommen oder fortgesetzt werden. Das insbesondere, wenn ein Rekurs gegen den Beschluß aussichtslos erscheint (§ 157 ZPO.).

Der Gegner kann aber auch vor Entscheidung über die Rechtsnachfolge die Bestellung eines Kurators nach § 811 abGB. verlangen, für den dann das gleiche wie für die Rechtsnachfolger gilt.

2. Nach Todeserklärung erfolgt die Aufnahme wie nach Parteitod. Beweist aber der Gegner, daß der für tot Erklärte lebt, so kann er, und wenn der für tot Erklärte sich meldet und ausweist, dieser selbst das Verfahren aufnehmen.

3. Die Unterbrechung nach § 158 ZPO. endet mit der Anzeige des gesetzlichen oder neuen gesetzlichen Vertreters an den Gegner von seiner Bestellung und Aufnahme des Verfahrens durch den Vertreter. Der Gegner kann aber auch die Ladung desselben zur Bewirkung der Aufnahme verlangen. Das Weitere bestimmt sich dann wie im Falle 1. Das entsprechende gilt, wenn der prozeßunfähig Gewordene nach eingetretener Unterbrechung wieder prozeßfähig wird, z. B. durch Aufhebung der Entmündigung.

4. Durch Konkurseröffnung unterbrochene Verfahren können vom Masseverwalter, von Streitgenossen des Gemeinschuldners und vom Gegner aufgenommen werden. Handelt es sich aber um anzumeldende Forderungen, so kann das Verfahren erst nach Abschluß der Prüfungstagsatzung aufgenommen werden, und zwar auch an Stelle des Masseverwalters durch bestreitende Konkursgläubiger (§ 7 KO.). Lehnt der Masseverwalter den Eintritt in einen Rechtsstreit ab, in dem der Gemeinschuldner Kläger ist oder in dem gegen diesen ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht wird, so scheidet der Streitgegenstand aus der Masse aus. Es gilt als Ablehnung, wenn der Masseverwalter nicht binnen einer vom Prozeßgericht bestimmten Frist den Eintritt erklärt. Das Verfahren kann dann vom Gemeinschuldner, dessen Streitgenossen oder vom Gegner aufgenommen werden (§ 8 KO.). Ebenso kann der Masseverwalter statt des Gläubigers in den Anfechtungsprozeß eintreten. Lehnt er es ab, kann das Verfahren von den Parteien nur in Ansehung der Kosten aufgenommen werden (§ 37 KO.). Nach Aufhebung des Konkurses kann einen bis dahin noch nicht aufgenommenen Prozeß der frühere Gemeinschuldner aufnehmen.

5. War der Anwalt im Anwaltsprozeß weggefallen, so geschieht die Aufnahme durch den neuen Rechtsanwalt, der seine Bestellung dem Gegner anzeigt. Aber auch dieser kann schon vorher beantragen, daß das Gericht (Vorsitzender) der Partei auftrage, die Bestellung binnen einer ihr gleichzeitig zu bestimmenden Frist vorzunehmen. Wird die Bestellung nicht fristgerecht durch Vollmachtvorlage nachgewiesen, so gilt das Verfahren nach Fristablauf für aufgenommen und die Partei treffen die mit der Nichtbestellung eines Anwalts im Anwaltsprozeß verbundenen Säumnisfolgen (§ 160 ZPO.).

6) Während des Fideikommißregelungsverfahrens kann das unterbrochene Verfahren nur auf Antrag der Fideikommißstelle aufgenommen werden (§ 9 III Ges. v. 18. III. 1932, B. 258).

In allen andern Fällen wird das Verfahren auf Antrag einer der Parteien aufgenommen (§ 164 ZPO.).

II. Die nach §§ 190f. ZPO. angeordnete Unterbrechung kann das Gericht (Senat), wie überhaupt jede ermessensweise verfügte Unterbrechung, jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen wieder aufheben;

hat aber eine höhere Instanz die Unterbrechung bestätigt, dann kann und soll die Aufhebung erst nach Erledigung des präjudiziellen Verfahrens (§ 192 ZPO.), bei strafgerichtlichem Ungehorsamsverfahren schon mit Untersagung der Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte erfolgen (§ 425 StPO.).

e) Die nicht von Amts wegen erfolgende Aufnahme geschieht, abgesehen von den eben erwähnten Ausnahmen (§§ 155f., 160 ZPO.), durch den Antrag auf Anberaumung einer Tagsatzung zur Verhandlung oder ihrer Fortsetzung; war aber die Unterbrechung während des Laufes einer richterlichen Frist zur Vornahme einer Prozeßhandlung eingetreten, durch den Antrag auf neue Fristbestimmung. „Das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes ist glaubhaft zu machen“ (§ 164 ZPO.). Zuständig ist das Gericht, bei dem der Prozeß zur Zeit der Unterbrechung anhängig war. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung (Ausnahmen: §§ 157, 158 III ZPO.), bei Zweifel über das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes aber nach Einvernehmung des Gegners. Die Anberaumung der Tagsatzung und der stattgebende oder das Verfahren von Amts wegen einleitende Beschluß hat eine Rechtsbelehrung über die Säumnisfolgen zu enthalten (§ 165 ZPO.).

Der Zeitpunkt der Aufnahme ist bestimmt a) im Falle des § 160 ZPO. durch den Ablauf der richterlichen Frist; b) sonst durch den das Verfahren von Amts wegen aufnehmenden oder dem Aufnahmsantrag stattgebenden Beschluß, in den Fällen der §§ 156f., 158 III ZPO. aber nur, wenn das Verfahren nicht schon gleich bei der zur Verhandlung über den Aufnahmsantrag anberaumten Tagsatzung aufgenommen wird (§ 166 ZPO.).

e) Ruhens des Verfahrens.

α) Fälle. 1. Vereinbarung der Parteien — von Streitgenossen müssen alle zustimmen, daher auch der streitgenössische Nebenintervenient — und Anzeige der Vereinbarung durch beide Parteiseiten ans Gericht; auch während des Rechtsmittelverfahrens (§§ 463, 513 ZPO. und Ähnlichkeitschluß fürs Rekursverfahren; strittig). Da der einfache Nebenintervenient nur Prozeßhandlungen zur Unterstützung der Hauptpartei vornehmen kann, ist er nicht in der Lage, durch Vereinbarung mit dem Gegner Ruhens des Verfahrens hervorzurufen. 2. Versäumung einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten — nicht einer sonstigen (vgl. § 289 ZPO.) — Tagsatzung durch beide Parteien (Vertreter) (§ 170 ZPO.) — ausgenommen im Rechtsmittelverfahren (§§ 491, 513 ZPO.) —, mag auch der gewöhnliche Nebenintervenient erschienen sein. 3. Wenn nach versäumter Klagebeantwortung der Kläger eine auf seinen Antrag anberaumte Tagsatzung versäumt (§ 398 IV ZPO.). Das Ruhens tritt in den Fällen 1—3 von selbst ein; Gerichtsbeschluß ist unnötig; Amtsvermerk genügt. 4. Wenn das Gericht mangels Feststellbarkeit des Urteilspruchs infolge dauernder Verhinderung des Einzelrichters an der schriftlichen Abfassung eines verkündeten Urteils ausspricht, daß dieses als nicht gefällt anzusehen sei (§ 1 II Kais.VdG. v. 14. XII. 1915, R. 372).

Im Ehetrennungs- und -ungültigkeitsverfahren gibt es kein Ruhen (arg. „sofern“, § 12 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283).

β) Die Rechtsfolgen (§ 168 ZPO.) sind grundsätzlich die gleichen, wie bei Unterbrechung. Unterschiede: 1. Notfristen laufen weiter und können auch beginnen (Ähnlichkeitsschluß). Daher können die durch sie befristeten Prozeßhandlungen, wenn die Frist in die Zeit des Ruhens fällt, nicht mehr wirksam gesetzt werden. Die entgegengesetzte Ansicht entbehrt der gesetzlichen Stütze. 2. Das Verfahren kann nicht vor Ablauf von drei Monaten seit Eintritt des Ruhens aufgenommen werden. Die Parteien können eine längere, nicht aber eine kürzere Frist wirksam vereinbaren. Die Frist wird arg. contr. § 225 II ZPO. durch die Gerichtsferien verlängert. Sie gilt für den unter α) 4. angeführten Fall nicht. 3. Auch die Genehmigung des Gegners kann die während des Ruhens gesetzten Prozeßhandlungen (arg. § 169 ZPO.) nicht wirksam machen.

γ) Die Aufnahme des Verfahrens geschieht durch einen Parteiantrag, für den, abgesehen von der hier nicht erforderlichen Glaubhaftmachung des Wegfalls des Grundes, das gleiche gilt wie bei Unterbrechung. Vor Ablauf der Ruhefrist ist er von Amts wegen oder auf gegnerischen Antrag ohne Verhandlung zurückzuweisen. Die etwa erfolgte Anberaumung einer Tagsatzung oder Bestimmung einer Frist ist für unwirksam zu erklären (§ 169 ZPO.). Nach Ablauf der Ruhefrist kann der Antrag jederzeit gestellt werden; es gibt keine Prozeßverjährung. Im Fall des § 398 IV ZPO. kann, wie erwähnt, nur der Kläger das Verfahren aufnehmen.

II. Die Verfahrensarten.

a) Man unterscheidet ordentliche Verfahren und besondere Verfahrensarten. „Besondere Arten des Verfahrens“ (Überschrift vor § 548 ZPO.) sind nach der ZPO. (§§ 548ff.): 1. „Mandatsverfahren“, 2. „Verfahren in Wechselstreitigkeiten“, 3. „Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage“, 4. „Schiedsrichterliches Verfahren“, 5. „Verfahren in Streitigkeiten wegen der von richterlichen Beamten zugefügten Rechtsverletzungen“. Dazu kommt noch 6. das streitige Eheverfahren nach dem HD. v. 23. VIII. 1819, JGS. 1595 und Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283. Dagegen gehören Bagatell- und Besitzstörungsverfahren, trotzdem sie mit beschränkter Kognition erfolgen, nach der ZPO. zum ordentlichen Verfahren; sie sind außergewöhnliche ordentliche Verfahren.

b) Das schiedsrichterliche Verfahren ist kein gerichtliches Verfahren. α) Voraussetzungen. Es erfolgt auf Grund eines gültigen Schiedsvertrags. Gleichgestellt ist bindende einseitige Verfügung (letzter Wille, Stiftung) und Statut (§ 599 ZPO.). Erfordernisse des Schiedsvertrags (§ 577 ZPO.): 1. Eine vor die ordentlichen Gerichte gehörige Sache; 2. eine Streitsache; 3. Parteivereinbarung. Nicht hierher gehören Schiedsgerichte zur Schlichtung von Streitigkeiten aus dem Vereinsverhältnis nach § 4g VerGes. (§ 599 II ZPO.). 4. Die Vereinbarung (Verfügung) muß dahin gehen, daß die bestimmte Streitsache oder künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, nicht aber nur präjudizielle Tat-

sachen oder Vorfragen, durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden sollen. Andernfalls würde es sich um Schiedsmänner handeln, für die die Vorschriften des bürgerlichen Rechts gelten; sie können nicht mit Rechtskraftwirkung entscheiden (vgl. z. B. § 1056 abGB.). 5. Schriftlichkeit. Schriftliche Annahme eines schriftlichen Antrags genügt. Ebenso die schriftliche Beitrittserklärung zu einer Genossenschaft, deren Satzung die Schiedsgerichtsklausel enthält. 6. Fähigkeit der Parteien, über den Streitgegenstand einen gültigen Vergleich abzuschließen. Die Schiedsgerichtsvereinbarung für einen Streit über die Ehegültigkeit ist daher unwirksam. „Die Vereinbarung, daß Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrage durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, ist nichtig“; nur die Höhe der Leistung des Versicherers kann einvernehmlich einem Schiedsgericht übertragen werden (§ 11 VVG.). Dagegen kann auch in Wechselsachen ein Schiedsgericht gültig vereinbart werden (strittig). Der Masseverwalter kann einen Schiedsvertrag schließen, bedarf aber bei einem Streitwert von mehr als 10.000 S der Genehmigung des Gläubigerausschusses (§ 116 KO.). Der Prozeßbevollmächtigte bedarf für Schiedsverträge einer eigenen Vollmacht. Sie muß auch schriftlich erfolgen.

Der gültige Schiedsvertrag (Verfügung) vernichtet bis zur Außerkraftsetzung die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, ist also bei Prozeßbeginn von Amts wegen zu beachten; doch liegt verzichtbare Unzuständigkeit vor. Der Schiedsvertrag kann aber das Schiedsgericht auch zur Wahl stellen, so daß die Zuständigkeit des Gerichts wahlweise fortbesteht.

Die Aufhebung des Schiedsvertrags muß nicht schriftlich erfolgen. War aber durch ihn die gerichtliche Zuständigkeit beseitigt, dann liegt in seiner Aufhebung eine neue Zuständigkeitsvereinbarung, die urkundlich nachgewiesen werden muß (§ 104 I JN.).

β) Der Schiedsrichter wird durch den Vertrag entweder unmittelbar („vertragsernannter Schiedsrichter“) oder durch Angabe seiner Bestellungsart, also mittelbar („nachernannter Schiedsrichter“), bestimmt. Sollen mehrere Schiedsrichter entscheiden, so muß bei mittelbarer Bestellung auch die Zahl genannt sein. Ist keine genügende Bestellungsgrundlage gegeben, „so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter bestellt. Diese haben einen Obmann zu wählen“ (§ 580 ZPO.). Die Bestellung kann im Vertrag auch einem oder mehreren Dritten, aber auch einer Partei gemeinschaftlich mit der andern oder mit Dritten überlassen werden. Jede Partei kann die einem andern überlassene Bestellung betreiben, indem sie ihn auffordert, es binnen 14 Tagen oder einer von ihr bestimmten längeren Frist zu tun und den Auffordernden davon zu verständigen. Das gleiche gilt, wenn der bereits bestellte nachernannte (arg. „auf Grund des Schiedsvertrages“, §§ 581, 583 III, Z. 2 ZPO. gegen „in dem Schiedsvertrage“, „im Schiedsvertrage“, § 583 II ZPO.) Schiedsrichter

1. die Bestellung nicht annimmt. Zur Annahme ist niemand verpflichtet (§ 579 S. 1 ZPO.). Aktive Richter dürfen nicht annehmen (§ 578 ZPO.). Ein unter Teilnahme eines solchen gefällter Schiedsspruch ist

wirkungslos (§ 595 Z. 3 ZPO.). Nur der Konsularrichter in Kairo kann Schiedsrichter sein (§ 7 II c, Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413). Die Bestellung einer Partei selbst als Schiedsrichter ist arg. § 586 ZPO. mit § 20 Z. 1 JN. gültig (strittig);

2. die Erfüllung seiner Pflichten verweigert, was ihn ebenso wie Verzögerung haftbar macht. Doch kann er arg. contr. § 584 II ZPO. nicht im Klagewege auf Erfüllung seiner Pflichten aus der Übernahme des Schiedsrichteramtes verhalten werden. Neben der Aufforderung zur Bestellung eines neuen Schiedsrichters steht bei einem von der Partei, nicht von einem Dritten, bestellten Schiedsrichter auch der Antrag auf Außerkraftsetzung des Schiedsvertrags zu (§ 583 II, Z. 2 ZPO.);

3. wegfällt. Der Wegfall geschieht a) durch Tod. b) Infolge erfolgreicher Ablehnung durch eine Partei. Dies kann (unverzichtbar, § 598 ZPO.) aus den gleichen Gründen wie beim Richter geschehen. Wer den Schiedsrichter allein oder mit einem andern bestellt hat, kann ihn nur wegen eines ihm erst nach der Bestellung bekanntgewordenen Grundes ablehnen (§ 586 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). c) Unfähigwerden, z. B. wegen Geisteskrankheit; d) bei sonstiger Verhinderung, z. B. dienstlicher Abhaltung, längerer Reise usw. e) durch Rücktritt nach Annahme der Bestellung, der aus triftigen Gründen zulässig ist (§ 579 ZPO.; vgl. aber § 583 II, Z. 1 ZPO.).

Hat der Auffordernde auch einen Schiedsrichter zu bestellen, so hat er mit der Aufforderung anzuzeigen, wen er bestellt hat. Die Bestellung ist mit der Anzeige an eine Partei unwiderruflich geworden. Aufforderung und Anzeige können durch die Post oder einen Notar vorgenommen werden (§ 581 ZPO.).

Wird die Bestellung nicht rechtzeitig vorgenommen oder können sich die Schiedsrichter über einen Obmann nicht einigen, so erfolgt die Bestellung auf Antrag einer Partei, letzterenfalls auch eines der Schiedsrichter durch das Gericht. Der Antrag bedarf auch vor Gerichtshöfen keiner Anwaltsunterschrift (§ 582 I ZPO.). Das Gericht entscheidet mit Beschluß, gegen den es keinen Rekurs gibt, auch wenn die Bestellung abgelehnt wird (§ 582 II ZPO.) (strittig). Funktionell zuständig ist jedes Gericht, das ohne Schiedsvertrag Prozeßgericht erster Instanz sein könnte. Zuständigkeitsvereinbarung ist möglich; doch kann sie sich auch hier nicht auf die funktionelle Zuständigkeit als solche beziehen, sondern nur auf das Prozeßgericht. Die Entscheidung kann beim Gerichtshof auch der Vorsteher oder ein von ihm beauftragter Richter fällen (§ 584 I ZPO.).

γ) **Außerkrafttreten des Schiedsvertrags.** Das oben erwähnte Gericht (Vorsteher, beauftragter Richter) hat auf Antrag nach mündlicher Verhandlung auszusprechen, daß der Schiedsvertrag außer Kraft trete, 1. wenn sich die Parteien bezüglich einer nach dem Schiedsvertrag gemeinschaftlich vorzunehmenden Bestellung nicht einigen können; 2. wenn ein unmittelbar bestellter Schiedsrichter wegfällt oder 3. die Bestellung nicht annimmt; 4. wenn ein unmittelbar, mittelbar von einer Partei (nicht von einem Dritten) oder ein vom Gericht bestellter Schiedsrichter

nach Annahme der Bestellung die Erfüllung seiner Verpflichtung verweigert oder ungebührlich verzögert. Bei einem Schiedsvertrag, betreffend alle Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, ist, wenn der Grund die schiedsrichterliche Erledigung weiterer Streitigkeiten nicht ausschließt, der Schiedsvertrag nur für diesen bestimmten Fall für unwirksam zu erklären (§ 583 ZPO.).

Die Regelung ist also unnötig verwickelt: Die Nichtannahme und der Wegfall des Schiedsrichters sind bei unmittelbar Bestellten Grund zum Antrag auf Aufhebung des Schiedsvertrags, bei mittelbar Bestellten aber nur für die Aufforderung, einen andern Schiedsrichter zu bestellen, was nötigenfalls ersatzweise durch das Gericht geschieht. Die Verweigerung der Erfüllung der Verpflichtung aus der Übernahme ist in allen Fällen Grund für einen Aufhebungsantrag, beim mittelbar bestellten Schiedsrichter aber auch für die Aufforderung zur Neubestellung. Die ungebührliche Verzögerung der Verpflichtung wiederum ist in beiden Fällen nur Grund für den Aufhebungsantrag. Die Rechtsprechung ist äußerst schwankend.

Die Bestimmungen der §§ 582f. ZPO. sind abdingbar. Nachträgliche Abdingung bedarf der Schriftlichkeit (§ 585 ZPO.).

δ) Die Parteien können im Schiedsvertrag auch ein Schiedsgericht höherer Instanz einsetzen (§ 594 I ZPO.), für das die gleichen Bestimmungen gelten wie für Schiedsgerichte überhaupt.

c) Die Abgrenzung der Verfahrensarten erfolgt nach dem Verfahrensgegenstand. Parteivereinbarung ist unbeachtlich.

α) Im Zweifel ist das ordentliche Verfahren mit unbeschränkter Kognition anzuwenden.

β) Das Bagatellverfahren besteht für Bagatellsachen (§ 448 ZPO.), d. h. 1. für Streitwerte bis einschließlich 150 S. Die Berechnung geschieht nach §§ 54 bis 59 JN. mit der erwähnten Ausnahme bezüglich der Zusammenrechnung. 2. Wenn die in der Klage geforderte Geldsumme nicht über 150 S beträgt, mag auch der Streitwert nach § 55 JN. („Gesamtbetrag der noch unberichtigten Kapitalsforderung“ und „Gesamtbetrag der vom Kläger zur Begründung des begehrten Überschusses geltend gemachten Forderungen“) höher sein. Das Bagatellverfahren hat aber nur stattzufinden, wenn keine besondere Verfahrensart, wie z. B. Bestandverfahren, vorgeschrieben ist. Ferner liegt eine Bagatellsache regelmäßig nur vor, wenn das Bezirksgericht zuständig ist; beim Gerichtshof nur im Falle der Befangenheitszuständigkeit, der Wahlzuständigkeit für Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte (Art. XIV EGJN.) und des § 114 KO. Das ergibt sich arg. „Besondere Bestimmungen“ in der Überschrift vor § 448 ZPO. im Zusammenhalt mit der Überschrift vor § 431 ZPO. Da der Kläger den nicht in einem Geldbetrag bestehenden Streitgegenstand nur bewerten muß, wenn der Wert für die Zuständigkeit oder Besetzung bedeutsam ist (§ 56 II JN.), braucht er ihn bei Artzuständigkeit des Bezirksgerichts nicht anzugeben. Tut er es nicht, dann ist stets ordentliches bezirksgerichtliches Verfahren anzuwenden.

Steigt durch eine zulässige Klagsänderung der Streitwert während

des erstinstanzlichen Verfahrens über 150 S, so findet von nun an gewöhnliches Verfahren statt; ebenso Bagatellverfahren, wenn nachträglich der Streitwert beim Bezirksgericht — beim Gerichtshof nur im Falle der eben erwähnten Zuständigkeit nach §§ 79, 94 II JN., § 114 KO. — durch Einschränkung des Klagebegehrens in erster Instanz auf oder unter 150 S herabgesetzt wird (§ 453 ZPO. mit Art. XIV EGJN., § 114 KO.). So insbesondere, wenn das Begehren auf Nebengebühren und Kosten eingeschränkt wird (arg. mai. § 54 II JN.). Für andere Gründe einer Streitwertänderung, z. B. Kursverlust, gilt das Gesagte nicht. Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklagen gegen Entscheidungen in Bagatellsachen sind stets im Bagatellverfahren zu behandeln. § 453 ZPO. ist übrigens schlecht stilisiert, da Klagsänderung nur im Rahmen der Zuständigkeit des Prozeßgerichts zulässig ist und Abs. 2 arg. Art. XIV EGJN., § 114 KO. auch für den danach zuständigen Gerichtshof gilt.

Verstöße gegen die Abgrenzung vom gewöhnlichem und Bagatellverfahren: 1. Findet über eine Bagatellsache gewöhnliches Verfahren statt, so liegt arg. sil. kein Nichtigkeitsgrund vor. Mängelrüge und Aufsichtsbeschwerde sind zulässig. Die Sache bleibt Bagatellsache (§ 448 ZPO.). Daher ist (§ 501 ZPO.) Berufung nur wegen Nichtigkeit nach § 477 I, Z. 1 bis 8 ZPO., also auch nicht wegen des unrichtigen Verfahrens möglich. Würde aber ein Antrag auf Bagatellverfahren abgelehnt, so kann der erstinstanzliche Beschluß mit Rekurs angefochten werden (§ 517 I, Z. 1 ZPO.). Revision ist (arg. „Bagatellsachen“, § 502 II ZPO.) überhaupt ausgeschlossen (strittig). Ebenso Rekurs gegen einen diesbezüglichen Beschluß der zweiten Instanz (§§ 517 II, 528 I ZPO.).

2. Findet das Bagatellverfahren zu Unrecht statt, so ist Mängelrüge und Aufsichtsbeschwerde, ferner, da die betreffenden Anfechtungsgründe nicht erschöpfend aufgezählt sind, auch Berufung und Rekurs, aber auch Revision nach § 503, Z. 4 ZPO. möglich, wenn das Berufungsgericht entweder die Sache im Spruch zu Unrecht als Bagatellsache erklärt oder die Berufung nach § 501 ZPO. zurückgewiesen hat, weil keiner der Nichtigkeitsgründe nach § 477 I, Z. 1 bis 8 ZPO. vorliege. Ebenso ist Rekurs gegen Beschlüsse der zweiten Instanz grundsätzlich möglich.

Für die Frage der Rechtsmittel kommt es nur darauf an, ob die Sache eine Bagatellsache ist, nicht in welchem Verfahren entschieden wurde.

γ) Besitzstörungsklagen sind bestimmt (§ 454 ZPO.) 1. durch den Klagegegenstand: Schutz und Wiederherstellung des letzten Besitzstands. Dazu gehört auch der Anspruch auf Unterlassung künftiger Störung. Der Streitwert ist unbeachtlich. Die Klage kann auch beim befangenheitszuständigen Gerichtshof (§ 79 JN.) angebracht werden.

2. Durch die Zeit der Klageerhebung: Innerhalb 30 Tagen nach Kenntnis von Störung und Störer. Das ist eine materiellrechtliche Fallfrist, die also weder durch Postenlauf noch durch Unmöglichkeit der Klageanstellung verlängert wird, aber auch durch das Gericht nicht verlängert werden kann. Für die Berechnung gelten §§ 902f. abGB., sodaß also der Tag der Kenntniserlangung nicht einzurechnen ist und die Klage, wenn der letzte Fristtag ein Ruhetag ist, noch am nächstfolgenden

Werktag möglich ist. Der Fristablauf ist (arg. „anhängig zu machen sind“, § 454 I ZPO., nicht: „anhängig gemacht werden“) nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern kann nur sachlich eingewendet werden. Wiedereinsetzung ist ausgeschlossen (§ 460 ZPO.). Nach Fristablauf ist nur mehr Geltendmachung des Rechts zum Besitz möglich.

Für Verstöße gegen die Verfahrensabgrenzung gilt das für das Bagatellverfahren Gesagte entsprechend. Insbesondere ist ein „Endbeschluß“, wenn keine Besitzstörungsklage vorliegt, in Wahrheit ein Urteil und umgekehrt. Das Rechtsmittel bestimmt sich nach der tatsächlich vorliegenden Willenserklärung ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung.

δ) Das Mandatsverfahren gehört ebenso wie der Wechselprozeß zu den Urkundenprozessen. Voraussetzung ist (§ 548 ZPO.) eine Leistungsklage auf vertretbare Sachen, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung eines Zahlungsauftrags (Mandats) gegen den Beklagten und ein besonderer urkundlicher Nachweis der den Anspruch einschließlich der Nebenforderungen begründenden Tatsachen. Die Erfordernisse des besonderen urkundlichen Nachweises sind: 1. eine Urschrift; 2. unbedenkliche äußere Form; also keine „Durchstreichungen, Radierungen und andere Auslöschungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel“ (§ 296 ZPO.), z. B. Risse; 3. eine öffentliche, als öffentlich erklärte (§ 293 I ZPO.) oder gleichgestellte Urkunde; eine öffentlich (gerichtlich oder notariell) beglaubigte Privaturkunde oder eine Urkunde, auf Grund deren für die eingeklagte Forderung ein dingliches Recht in einem inländischen öffentlichen Buch einverleibt ist, wenn gegen den Einverleibungsbeschluß kein Rekurs anhängig und keine Streitänmerkung eingetragen ist; letzteres muß nicht schon in der Klage nachgewiesen werden.

Eine Urkunde ist öffentlich, wenn sie in Österreich von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person (z. B. Notar, Zivilingenieur) oder im Auslande von einem öffentlichen, einer inländischen Behörde unterstehenden Organ (Gesandter, Konsul) innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises in vorgeschriebener Form errichtet ist (§ 292 ZPO.). Gesetzlich als öffentlich erklärt sind, z. B. die vom Präsidenten (Vizepräsidenten) und Generaldirektor (Stellvertreter) des Kriegsgeschädigtenfonds innerhalb ihres Geschäftskreises ausgestellten Urkunden (Art. I Ges. v. 21. I. 1925, B. 65); vgl. auch Art. 116, Satzungen der Österreichischen Nationalbank (Ges. v. 14. XI. 1922, B. 823). Gleichgestellt den inländischen öffentlichen sind bei formeller Gegenseitigkeit im Auslande errichtete von der dortigen österreichischen Vertretung oder Konsularbehörde beglaubigte Urkunden, die am Errichtungsort als öffentliche gelten (§ 293 ZPO.). Kraft Staatsvertrags kann auch das Erfordernis der Beglaubigung wegfallen; vgl. 1. Teil, Abschn. 6 des Staatsvertrags mit Polen v. 19. III. 1924, B. 226/1926.

Alle andern Urkunden sind Privaturkunden.

Bei Bezirksgerichten genügt Berufung auf die in den Gerichtsakten erliegenden Urkunden (§ 550 I ZPO.).

Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehören auch die Tat-

sachen, an die sich die aktive oder passive Rechtsnachfolge knüpft. Ergibt sich daher aus den Urkunden ein anderer Berechtigter als der Kläger oder ein anderer Verpflichteter als der Beklagte, so muß die Sachlegitimation, also die Nachfolge, auf die eben erwähnte Weise belegt werden (§ 549 I ZPO.). Das gleiche gilt von der Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung, wenn die Forderung verjährt erscheint (§ 549 II ZPO.) und vom Bedingungseintritt. Für jeden Beklagten sind eine Ausfertigung der Klage und Abschriften aller Beilagen vorzulegen (§ 551 ZPO.).

Verstöße. 1. Wird der Zahlungsauftrag erlassen, ohne daß die Voraussetzungen vorliegen, so ist Rekurs unzulässig, wohl aber sind Einwendungen möglich (§ 552 ZPO.); in dem darauf eingeleiteten Verfahren wird dann im Urteil der Zahlungsauftrag aufgehoben; nur wenn der Zahlungsauftrag ohne Klage oder ohne Antrag erlassen wird, liegt eine gerichtliche Nichthandlung vor (strittig). 2. Wird trotz Vorliegens der Voraussetzungen kein Zahlungsauftrag erlassen, sondern Tagsatzung anberaumt, so kann die Verweigerung des Zahlungsauftrags (§ 514 I und e contr. § 552 I ZPO.), nicht aber die Anberaumung der Tagsatzung (§ 130 II ZPO.) mit abgesondertem Rekurs angefochten werden.

e) Wechselprozeß findet statt: über wechselfähige Ansprüche, d. s. Ansprüche, die dem jeweiligen Eigentümer eines wechselfähigen, somit nicht präjudizierten, Wechsels zustehen, also an den Wechsel als Wertpapier gebunden sind. Daher gehören Bereicherungsansprüche ebensowenig dazu, wie die Klage auf Annahme des Wechsels; wohl aber die Klage auf Ausfolgung der Prima; dagegen nicht des Originals auf Grund der Abschrift, weil diese kein Wechsel ist. Verjährung des Wechsels hindert das Wechselverfahren arg. contr. § 555 ZPO. nicht, weil sie nur über Einwendung zu berücksichtigen ist (§ 1501 abGB.).

Liegt der Klage ein gültiger Wechsel von unbedenklicher Echtheit und, wo nötig, auch der Protest und die quittierte Rückrechnung (Nebenurkunden) in Urschrift bei, so kann Wechselzahlungsauftrag verlangt werden. Beim Rückgriff vor Verfall wegen Konkurses, Ausgleichsverfahrens oder Geschäftsaufsicht des Bezogenen — bei Vorlegungsverbot ist er auch wegen dieser Umstände beim Aussteller möglich — ist die Ausfertigung des betreffenden Beschlusses Nebenurkunde. Die genannten Ausfertigungen können durch Vorlegung der Bekanntmachung des gerichtlichen Beschlusses im Zentralblatt für die Eintragungen ins Handelsregister oder in der zu amtlichen Kundmachungen bestimmten Zeitung ersetzt werden. Ist eine Wechselerklärung im Namen eines andern unterschrieben, muß auch die urschriftliche Vollmacht beigebracht werden (§§ 557 f. ZPO., Art. 43 f. WG.). Für denjenigen, der den Wechsel anders als durch Indossament erworben hat, gilt die Nachweispflicht der Legitimation nach § 549 ZPO. Das gleiche wie für wechselfähige Ansprüche gilt auch für scheckrechtliche Regreßansprüche (§ 24 I ScheckG.), dagegen nicht für Rückgriffsansprüche aus dem Warrant, da § 36 LHG. nur auf die WO. — jetzt WG. — nicht aber wie § 24 ScheckG. auch auf die Prozeßvorschriften für den Wechsel verweist.

ç) Bestandprozesse erfolgen auf Grund von Einwendungen gegen 1. Aufkündigungen; 2. Aufträge auf Übergabe oder 3. Übernahme einer in Bestand (Teilpacht) genommenen unbeweglichen Sache oder eines Bauwerks auf einem Schiff, z. B. einer Schiffsmühle, wie endlich einer Hausbesorgerwohnung (§§ 560 ff., 567, 576 ZPO., § 17 HausbO. v. 13. XII. 1922, B. 878). Andere Prozesse aus den genannten Verträgen gehören nicht hierher.

1. Aufkündigungen zur Verhinderung stillschweigender Vertragserneuerung (§§ 1114f. abGB.) müssen innerhalb der vereinbarten oder in Vorschriften, die der Landeshauptmann im Einvernehmen mit dem OLG. neu erlassen kann (Art. XI, Z. 1 EGZPO.), enthaltenen Frist, sonst nach Ortsgewohnheit erfolgen. Fehlt auch diese, so müssen Pachtungen wenigstens sechs Monate, Mieten mit Vertragsdauer nicht unter einem Jahr wenigstens drei Monate, bei Vertragsdauer über einem Monat aber unter einem Jahr wenigstens vierzehn Tage, alle andern wenigstens acht Tage vor dem Rückgabe- oder Rücknahmetermin gekündigt werden (§ 560 ZPO.; besondere Fristen in § 23 MietG. § 5 PächterSchVdg., § 6 III SchrebergartenVdg., § 5 Spielplatz Ges., §§ 10 ff. HausbO.). Die Kündigung kann bei Gegenständen unter Mieter-, Pächter- oder Schrebergartenschutz nur gerichtlich (§ 21 I MietG., § 4 PächterSchVdg., § 6 SchrebergartenVdg.), sonst aber gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen (§ 561 ZPO.).

Die gerichtliche Kündigung muß die Bezeichnung des Bestand-(Teilpacht-) Gegenstands, die Angabe des Zeitpunktes, in dem der Vertrag enden soll, und den Antrag enthalten, dem Gegner aufzutragen, den Gegenstand zur bestimmten Zeit bei sonstiger Exekution zu übergeben oder zu übernehmen oder gegen die Aufkündigung seine Einwendungen binnen acht und, wenn die Aufkündigungsfrist unter vierzehn Tagen beträgt, binnen drei Tagen bei Gericht einzubringen. Bei Mieter- und Pächterschutzobjekten, Schrebergärten und Hausbesorgerwohnungen sind auch die Kündigungsgründe anzugeben, da ein anderer später nicht mehr geltend gemacht werden kann (§§ 21 I MietG., § 4 IV PächterSchVdg., § 6 IV SchrebergartenVdg., § 17 HausbO.). Eine Kündigung, die den Vorschriften nicht entspricht, kann trotzdem privatrechtliche Folgen haben. Darüber wird im ordentlichen Verfahren entschieden. „Wohnt der Aufkündigende im Auslande, so hat er einen im Sprengel des zuständigen Bezirksgerichtes wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen und dessen Namen und Wohnort bei der Aufkündigung anzugeben.“ Bei fehlerhaften Aufkündigungen ist das Verbesserungsverfahren einzuleiten. Kann der Mangel nicht behoben werden, sind sie mit Beschluß zurückzuweisen (§ 562 ZPO.); ebenso verspätete, nicht aber verfrühte (§ 563 ZPO.). Der über die Aufkündigung ergehende Auftrag ist dem Gegner unter Mitteilung eines Exemplars des Schriftsatzes, bzw. einer Protokollsabschrift, und zwar zu eigenen Händen zuzustellen. Erfolgt die Zustellung erst nach Ablauf der vereinbarten, ortsüblichen oder in den besonderen Vorschriften enthaltenen (nicht aber der gesetzlichen) Frist, so wird die Kündigung dennoch wirksam, wenn nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben werden (§ 564 ZPO.).

Die außergerichtliche Kündigung, die mündlich (Ausnahme: § 19 GutsAngG.) oder schriftlich, auch durch einen Notar, erfolgen kann und die gleichen Angaben, nicht aber Anträge (strittig) (insbesondere nicht die Rechtsbelehrung) wie die gerichtliche enthalten muß, ist, soll sie die Rechtsfolgen einer gerichtlichen, also Verfahrenswirkung, haben, durch unbedenkliche Urkunden zu beweisen. Ebenso der Zeitpunkt der Kündigung oder ihrer Zustellung (§ 565 ZPO.).

Jede Kündigung tritt außer Kraft, wenn nicht binnen 14 Tagen nach Ablauf der Räumungsfrist Exekution beantragt wird (§ 575 III ZPO.). Diese Frist ist — nur (strittig) — für mietergeschützte Wohnräume um 6 Monate (§ 41 mit § 1 MietG.), für Hausbesorgerwohnungen um 3 Monate verlängert (§ 14 IX HausbO.).

2. Der Antrag auf Erlassung des Auftrags auf Übergabe oder

3. Übernahme kann noch vor Ablauf der Bestandzeit gestellt werden, bei einem für länger als 6 Monate eingegangenen Bestand- (Teilpacht-)verhältnis aber nur in den letzten 6 Monaten (§ 567 ZPO.). § 575 III ZPO. gilt auch hier. Der Antrag ist nur bei Verträgen, die durch Zeitablauf erlöschen, zulässig, weil es hier nicht umständlicher Ermittlungen bedarf; also nicht, wenn Aufkündigung nötig ist. Hier müßte auf Übergabe oder Übernahme geklagt werden, was schon vor Ablauf der Kündigungsfrist möglich ist. Die Kündigung kann mit der Klage verbunden werden (§ 567 IV ZPO.).

Vor Erhebung der Einwendungen ist das Verfahren, außer dem eben angeführten Fall des § 567 IV ZPO. außerstreitig (strittig). Durch die rechtzeitigen Einwendungen erhält die Aufkündigung sowie der Übergabs- (Übernahms-) Auftrag die Wirkung einer Klage (§ 571 II ZPO.). Einwendungen gegen Kündigungen ohne Verfahrenswirkung sind aber arg. „eine solche“ (§ 566 a. A. ZPO.) zurückzuweisen (strittig), da ja kein Exekutionstitel vorliegt, also Bestandprozeß unnötig ist. Zur Beseitigung privatrechtlicher Kündigungswirkungen steht jedoch das ordentliche Verfahren offen.

Das besondere Bestandverfahren ist auch bei dem nach Art. XIV EGJN. zuständigen Gerichtshof durchzuführen. Ein Umkehrschluß aus diesem Artikel ist nicht zulässig, denn die besondere Bestimmung für das Bagatell- und Besitzstörungsverfahren war nötig, weil diese beiden Verfahren, anders als das Bestandverfahren, als „Verfahren vor den Bezirksgerichten“ (Überschrift des 3. Teiles der ZPO.) geregelt sind und ihre Anwendungsmöglichkeit beim Gerichtshof daher regelbedürftig war.

Da die Besonderheiten des Bestandverfahrens, abgesehen von der Prozeßeinleitung, im Inhalt und der Geltungsdauer des Urteils sowie in den Fristen bestehen, ergibt sich für Verstöße das beim Bagatellverfahren Gesagte entsprechend.

η) Das Syndikatsverfahren erfolgt beim OLG. auf Grund der nach Ges. v. 12. VII. 1872, R. 112 erhobenen Klage (§§ 600ff. ZPO.).

θ) Das Eheverfahren findet als Streitverfahren statt: 1. über

Scheidungsklage, der das ohne Einwilligung des andern Gatten angebrachte Gesuch gleichgestellt ist (§ 2 I Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283).
2. Über Trennungs- oder 3. Ungültigkeitsklage.

III. Erfordernisse des Prozesses.

Zweck und Endziel des Prozesses ist immer Sachentscheidung. Dazu kann Leistungsbefehl oder Rechtsgestaltung kommen, die aber stets mit Sachentscheidung verbunden sind. Das Prozeßrecht stellt nun eine Reihe von Erfordernissen auf. Fehlt eines, so ist das Verfahren nicht einzuleiten und es können Kostenfolgen eintreten. Im übrigen sind aber die Rechtsfolgen verschieden. Grundsätzlich ist festzustellen: Die gültige Entscheidung ist Rechtsfolge des tatbestandlichen Verfahrens. Seine Merkmale sind gesetzlich bestimmt. Genau genommen könnte die Rechtsfolge nie eintreten, wenn auch nur ein Tatbestandsmerkmal fehlt. Auch der geringste verfahrensrechtliche Verstoß hätte also Ungültigkeit der Entscheidung zur Folge. Dieses praktisch unbrauchbare Ergebnis wird dadurch vermieden, daß die Rechtsordnung gewisse Gründe anführt, aus denen eine Entscheidung oder auch das vorausgegangene Verfahren vernichtet werden kann. So insbesondere die Nichtigkeitsgründe der ZPO. Mit dieser Aufzählung ist zugleich ausgesprochen: 1. Jeder angeführte Mangel hat zur Folge, daß eine Instanz, je nach der gesetzlichen Regel auf Antrag oder von Amts wegen, die gefällte Entscheidung aufzuheben hat. 2. Jeder Mangel, der schwerwiegender ist als die angeführten, muß arg. min. auch Ungültigkeit der Entscheidung zur Folge haben. Mangels gesetzlich bestimmter Instanz kann dann aber jedermann diese Ungültigkeit geltend machen. Die Ansicht, daß mangels Instanz niemand den Mangel geltend machen könne, die Entscheidung daher gültig bleibe, verbietet sich wegen des zwingenden Schlusses vom Kleineren. Die Entscheidung ist also rechtlich nicht vorhanden. Bei einem solchen nicht bloß die Entscheidung treffenden Verfahrensmangel gilt das gleiche auch für das Verfahren: Ein Nichtverfahren wurde mit einer Nichtentscheidung abgeschlossen. Es bedarf nicht erst einer Nichtigerklärung, einer „Aufhebung“. Es ist rechtlich nichts geschehen; was tatsächlich geschah, ist unbeachtlich. 3. Bei jedem Mangel, der geringer ist als die angeführten, liegt keine Nichtigkeit vor, doch können andere Rechtsfolgen kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung eintreten, so Aufsichtsbeschwerde oder Kostenfolge. Die ZPO. enthält aber noch besondere Bestimmungen, wonach ein Verfahrensmangel zur Aufhebung des Verfahrens führen kann, wenn er möglicherweise den Entscheidungsinhalt beeinflußt hat (wesentlicher Verfahrensmangel) (§ 496 I, Z. 2f.), während alle übrigen Gründe (Nichtigkeitsgründe) ohne Rücksicht darauf bestehen.

Im einzelnen ist daher zu unterscheiden:

1. Bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung ist ein Nichtprozeß, ein Nichtverfahren gegeben. Daß es im österreichischen Recht solche Prozeßvoraussetzungen gibt, wird oft zu Unrecht geleugnet. Sie sind im Gegensatz zu den Klagevoraussetzungen, die Voraussetzungen für

den Urteilsanspruch sind, so daß ihr Fehlen Klageabweisung zur Folge hat, Voraussetzungen für den Rechtsschutzanspruch.

Prozeßvoraussetzungen sind: a) Das Verfahren muß mit Klage (in Mandatsprozessen auch mit Mandatsantrag, im Bestandverfahren regelmäßig mit Einwendungen) begehrt worden sein. b) Der Prozeß muß, wenn nach österreichischem Recht österreichische Zwangszuständigkeit besteht, vor einem österreichischen Gericht durchgeführt werden; einzelne Rechtshilfehandlungen anderer, insbesondere auch ausländischer Behörden, tun nichts zur Sache. Die „Unzulässigkeit des Nichtrechtswegs“ hat zur Folge, daß ein Verfahren vor dem ausländischen Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder gar vor Privatpersonen (ausgenommen gültig bestellte Schiedsrichter) ein Nichtverfahren ist. c) Das gleiche gilt, wenn das Verfahren vor einer zum Richteramt nicht befähigten Gerichtsbank durchgeführt wird. So z. B. vor einem Gerichtsbeamten (abgesehen von einzelnen Prozeßhandlungen, die er vornehmen kann), vor einem Schriftführer, Richteramts-, Rechtsanwaltsanwärter oder Notariatskandidaten. d) Der Richter muß während seiner Tätigkeit handlungsfähig sein; er ist es z. B. nicht, wenn er volltrunken ist. e) Der Prozeß darf sich nicht aus Scheinhandlungen zusammensetzen. f) Das Gericht muß den Prozeß an einem Ort durchführen, wo es Gerichtsgewalt hat. g) Das Gericht muß die Gerichtsgewalt über den Beklagten haben; sie fehlt, von den früher angeführten Ausnahmen abgesehen, wenn dieser ein fremder Staat oder extritorial ist. h) Die Entscheidung muß auf Grund eines Verfahrens gefällt werden, das wenigstens in den Grundzügen dem Gesetz entspricht. Die Grenze ist fließend. Ein nach Klagerücknahme fortgeführtes Streitverfahren (§ 237 III ZPO.) ist ebenso ein Nichtverfahren, wie das z. B. der Fall ist, wenn der Richter beim Betreten des Gerichtssaals alle Sachen zugleich aufrufen läßt und ohne weiteres Verfahren erklärt: „Sämtliche Klagen sind abgewiesen!“ Ist dagegen im ordentlichen Gerichtshofverfahren ohne erste Tagsatzung im technischen Sinn entschieden worden, so liegt nur ein Verfahrensmangel vor. i) Das Zweiparteienverhältnis. j) Die Parteifähigkeit; nicht die Prozeßfähigkeit (§ 477 I, Z. 5 ZPO.).

2. Allgemeine Klagevoraussetzung, nicht Prozeßvoraussetzung, ist das Rechtsschutzinteresse. Fehlt es, so ist die Klage arg. contr. §§ 230 II, 233 I, 261 I ZPO. ab- (nicht: zurück-) zuweisen. Doch hat das von Amts wegen zu geschehen. So z. B., wenn jemand klagt, der bereits einen vollstreckbaren Notariatsakt für den eingeklagten Anspruch hat, außer die Vollstreckung müßte im Ausland geschehen und es wäre dazu ein Urteil nötig.

3. Für gewisse Klagen gibt es besondere Klagevoraussetzungen; so für Feststellungsklagen grundsätzlich das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung, bei der Syndikatsklage das Versagen der Anfechtungsmittel. Auch jede Fallfrist für die Klageerhebung (vgl. §§ 454, 534 ZPO.) ist eine besondere Klagevoraussetzung. Es gilt das gleiche wie unter 2. Auch hier kann keine unerwünschte Rechtskraftwirkung ein-

treten, weil die fehlend gewesene Klagevoraussetzung, wenn sie nach Abschluß der Urteilsgrundlagen eingetreten ist, geltend gemacht und damit die Einrede rechtskräftig entschiedener Streitsache widerlegt werden kann.

4. Vernichtungsgrund ist ein Tatbestand, der die Pflicht des Gerichts zur Nichtigerklärung des bisherigen Verfahrens zur Folge hat. Die Aufhebung erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag in jedem Prozeßstadium (vgl. § 240 III ZPO.). Letzterenfalls ist der Antrag eben auch Tatbestandsmerkmal. Der Vernichtungsgrund kann durch Rechtskraft heilbar sein oder nicht.

a) Durch Rechtskraft unheilbare Vernichtungsgründe sind: α) Die Gründe für die Nichtigkeitsklage; β) die Wiederaufnahmsgründe; in beiden Fällen einschließlich der entsprechenden Klageerhebung; γ) Unzulässigkeit des Rechtswegs und Antrag der obersten Verwaltungsbehörde (§ 42 II JN.). Ausnahmsweise wird aber die Unzulässigkeit des Rechtswegs durch Rechtskraft geheilt, wenn es sich um Zugehörigkeit ins Außerstreitverfahren handelt. Und die Zugehörigkeit vor den Abrechnungsgerichtshof nach § 52 a VorkrSchG. kann schon nach endgültigem Verhandlungsschluß in erster Instanz auch von Amts wegen nicht mehr beachtet werden.

Endlich werden aber auch die Gründe für die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage, mit Ausnahme der mangelnden Vertretung, durch Zeitablauf geheilt (§ 534 ZPO.).

b) Durch Rechtskraft geheilt werden: α) Die in § 477 I, Z. 1 bis 8 ZPO. angeführten Nichtigkeitsgründe, ausgenommen: aa) die Teilnahme eines gesetzlich ausgeschlossenen Richters an der Entscheidung (§ 529 I, Z. 1 ZPO.); bb) wenn eine Partei im Verfahren überhaupt nicht, daher auch, wenn cc) ein Prozeßunfähiger nicht durch einen gesetzlichen Vertreter oder dd) ein Postulationsunfähiger nicht durch einen Vertreter überhaupt vertreten war; ausgenommen nachträgliche Genehmigung in den Fällen bb) und cc) (§ 529 I, Z. 2 ZPO.); ee) Unzulässigkeit des Rechtswegs im oben angeführten Umfang.

β) Streitanhängigkeit.

γ) Das Entgegenstehen der Rechtskraft, aber nur, wenn die Partei sie vor Schluß der Verhandlung, auf die das erstinstanzliche Urteil erging, schuldhaft nicht geltend machte (§ 530 I, Z. 6, und II ZPO.). Ein gerichtlicher Vergleich in derselben Sache hat nicht die Wirkung rechtskräftiger Entscheidung auf einen neuen Prozeß, ist arg. sil. nicht von Amts wegen zu beachten, kann aber gegen den Urteilsanspruch sachlich eingewendet werden.

δ) Die in einem früheren Prozeß erfolgte Klagerücknahme mit Anspruchsverzicht (vgl. § 237 IV ZPO.).

ϵ) Verzichtbare Unzuständigkeit, wenn Einrede erhoben wurde.

ζ) Verfahrensmängel, die eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung verhindern konnten (§ 496 I, Z. 2, im Zusammenhalt mit § 503 Z. 2 ZPO.); es muß also die Möglichkeit bestehen, daß ohne sie die Entscheidung anders ausgefallen wäre.

5. Teilvernichtungsgrund ist ein Tatbestand, der die Pflicht des Gerichts zur Nichtigerklärung eines Verfahrensteils, immer aber einschließlich der Endentscheidung zur Folge hat. War z. B. ein Senatsmitglied während eines Teils der Verhandlung nicht anwesend, so ist nur dieser Verfahrensteil samt der Endentscheidung für nichtig zu erklären (§ 477 I, Z. 2 ZPO.). Ebenso wenn die Partei nur während eines Verfahrensteils nicht vertreten war, im Falle der Wiedereinsetzung u. dgl.

6. Ein entscheidungsvernichtender Grund ist ein Tatbestand, der zur Folge hat, daß das Gericht nur die Entscheidung, nicht das vorausgegangene Verfahren aufzuheben hat. Solche Gründe sind: a) Ein in § 477 I ZPO. angeführter Grund, wenn nur die gefällte Entscheidung betroffen wird; b) Fällung einer gerichtlichen Entscheidung nach ordnungsmäßig durchgeführtem Verfahren, aber in vorschriftswidriger Besetzung während der Fällung (§ 477 I, Z. 2 ZPO.); c) wenn die gerichtliche Entscheidung infolge Mangelhaftigkeit nicht mit Sicherheit überprüfbar oder d) widerspruchsvoll ist oder e) ohne die erforderlichen Entscheidungsgründe ergeht und auch Berichtigung nicht abhelfen könnte (§ 477 I, Z. 9 ZPO.); f) Nichterörterung erheblicher Tatsachen (vgl. § 496 I, Z. 3 ZPO.); g) unrichtige tatsächliche Beurteilung, insbesondere Beweiswürdigung; h) unrichtige rechtliche Beurteilung; i) bei widerrufenen Willenserklärungen Unzweckmäßigkeit.

7. Ein die Entscheidung zum Teil vernichtender Grund ist bei teilbaren Entscheidungen möglich.

8. Ergänzungsgründe: a) des Verfahrens; sie sind zugleich auch entscheidungsvernichtend. Hierher gehören die Gründe des § 496 I, Z. 2f. ZPO.; b) der Entscheidung: Unvollständige Erledigung im Spruch (§§ 423f., 496 I, Z. 1 ZPO.).

Die Aufhebung des Verfahrens, der Entscheidung oder beider erfolgt in der Regel auf Antrag (Rechtsmittel); bei Nichtigkeitsgründen besteht insoweit eine Ausnahme, daß zwar auch hier das Gericht die Sache nicht von Amts wegen an sich zieht, daß es aber, wenn und insoweit die Sache durch ein Rechtsmittel ans Gericht gelangt, von Amts wegen auch nicht geltend gemachte Nichtigkeitsgründe seiner Willenserklärung zugrundelegt (§§ 494, 510, 513 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß für den Rekurs). Die Geltendmachung eines Verfahrens- (nicht Entscheidungs-) mangels setzt vorherige Mängelrüge (§ 196 ZPO.) vor weiterer Einlassung in die Verhandlung nach Kenntnismöglichkeit vom Mangel voraus, wenn es sich nicht um einen unverzichtbaren Mangel handelt, wie z. B. unverzichtbare Unzuständigkeit, Unzulässigkeit des Rechtswegs, gesetzwidrigen Ausschluß der Öffentlichkeit u. dgl. Die während der mündlichen Verhandlung erfolgende und nicht gleich günstig erledigte Rüge ist im Protokoll zu vermerken. Die Rüge außerhalb der Verhandlung kann durch Schriftsatz (protokollarisches Anbringen), aber auch immer bei der nächsten Tagsatzung über dieselbe Sache vor Einlassung in die Verhandlung erfolgen. Zuständig ist das mit der Sache befaßte Gericht.

IV. Die Nichtigkeitsgründe im Besondern.

Nichtigkeitsgründe sollten die Vernichtungsgründe, die Verfahren und Entscheidung, sowie solche, die nur die letztere betreffen, sein. Sie sind aber im Gesetz erschöpfend aufgezählt, freilich nicht nur im § 477 ZPO., was sich trotz § 471, Z. 6 gegen Z. 5 ZPO. aus §§ 237 IV „kann“, 240 III, 411 II ZPO. und aus der Einschränkung „wegen eines der im § 477 bezeichneten Mängel“ in § 503, Z. 1 ZPO. ergibt, die sonst unnötig wäre. Und so werden Gründe, die Vernichtung zur Folge haben, nicht für Nichtigkeitsgründe erklärt; sie sind Aufhebungsgründe (vgl. § 51 II ZPO.): vgl. § 496 I ZPO. „ohne daß dadurch eine Nichtigkeit begründet wäre“ und Z. 2, sowie insbesondere Z. 3, aber auch § 530 ZPO. Gesetzliche Nichtigkeitsgründe sind:

a) **Streitanhängigkeit** (strittig) (Rechtshängigkeit) (§§ 232f., 239f. ZPO.). Sie ist zum Unterschied von der Anhängigkeit gegeben α) mit der Klagezustellung an den Beklagten (Vertreter); auch bei Widerklage; β) sonst bei Erhebung eines neuen Anspruchs im Lauf des Prozesses mit der Geltendmachung bei der mündlichen Verhandlung. Von Einreden kann aber nur die Geltendmachung einer Gegenforderung Streitanhängigkeit zur Folge haben (strittig), was sich aus § 391 III ZPO. ergibt; und auch das arg. § 411 I, S. 2 ZPO. nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem aufgerechnet werden soll. Streitanhängigkeit wird durch die erwähnten Arten der Geltendmachung begründet, wenn diese bei einem österreichischen Gericht, auch Sondergericht, erfolgt. Der Prozeß vor einem ausländischen Gericht begründet Streitanhängigkeit für inländische Gerichte nur, wenn das ausländische Gericht nach der österreichischen Zuständigkeitsordnung zuständig ist. Ist nur das ausländische Gericht zuständig, so besteht Zusammentreffen von Streitanhängigkeit und Unzulässigkeit des Rechtswegs. Der gültige privatschiedsrichterliche Prozeß begründet Unzuständigkeit, nicht aber Streitanhängigkeit. Die Streitanhängigkeit besteht auch während Unterbrechung und Ruhens des Verfahrens. Sie endet mit der rechtskräftigen Beendigung des die Streitanhängigkeit begründenden Verfahrens. Bezüglich ihres objektiven Umfangs gilt das bei der materiellen Rechtskraft Gesagte entsprechend. Soviel rechtskräftig wird, soviel ist vorher streitanhängig.

Streitanhängigkeit steht, ausgenommen in den Fällen des § 46 JN., der gültigen Geltendmachung derselben Rechtssache entgegen. Ein zweites Verfahren ist arg. § 233 I ZPO. („von Amts wegen zurückzuweisen“) und § 240 III ZPO. nichtig, obgleich das im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist (vgl. insbesondere „darf“, nicht „kann“, § 233 I ZPO.). Weitere Folgen der Streitanhängigkeit sind α) der Vollzug der Wahl des Klägers unter mehreren Gerichten (§ 102 JN.); β) Unmöglichkeit der einseitigen Klagsänderung (§ 235 I ZPO.); γ) Möglichkeit der Widerklage (§ 233 II ZPO.) bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in erster Instanz; δ) Einflußlosigkeit der Veräußerung der Streitsache auf den Prozeß (§ 234 ZPO.); ε) der Beklagte kann die Streitanhängigkeit einwenden. Das Verfahren darüber ist das gleiche wie bei rechts-

kräftig entschiedener Streitsache (§§ 239, 261 ZPO.); ζ) vgl. auch § 378 abGB.).

b) **Rechtskräftig entschiedene Streitsache.**

c) Die in einem früheren Prozeß erfolgte **Klagerücknahme mit Anspruchsverzicht** (vgl. § 237 IV ZPO.).

d) Teilnahme eines **ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters** an der Entscheidung.

e) **Nicht vorschriftsmäßige Gerichtsbesetzung.** Dazu gehören: α) Falsche Richterzahl. Doch ist, wenn der Einzelrichter in Streitsachen über 50.000 S entscheidet, der Mangel geheilt, wenn ihn die Parteien nicht vor Einlassung in die Hauptsache geltend machen (§ 7 a IV JN.). Nichtrichter, z. B. auch Richteramtsanwärter, oder zur Ausübung Unfähige, z. B. Suspendierte oder Volltrunkene, Geisteskranke, aber auch Schlaftrunkene u. dgl. werden nicht mitgezählt. Fehlt jedoch überhaupt ein fähiger Richter, so liegt ein Nichtverfahren vor (strittig); β) Mitwirkung eines Richters an der Entscheidung, der nicht an der ganzen Verhandlung teilgenommen hat, auf Grund deren sie gefällt wurde (§ 412 ZPO.); hat aber der einzige die Entscheidung fällende Richter oder haben alle erkennenden Senatsmitglieder an der Verhandlung überhaupt nicht teilgenommen, so ist eine Nichtentscheidung gegeben. Auch hier ist die Grenze fließend. Hat ein andersartiger Senat die Entscheidung gefällt, so ist das nicht vorschriftswidrige Besetzung, sondern verzichtbare Unzuständigkeit. Das Fehlen des Schriftführers ist niemals Nichtigkeitsgrund.

f) **Unverzichtbare Unzuständigkeit.**

g) **Nichterteilung des (gebührenden) rechtlichen Gehörs** in einer Instanz; der Partei wurde also durch ungesetzlichen Vorgang, insbesondere Unterlassung der Zustellung, die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, entzogen. Hierher gehört auch der Fall, daß das Verfahren mit einem Kurator durchgeführt wurde, ohne daß die Voraussetzungen seiner Bestellung vorliegen. Wurde die Partei in ihrem rechtlichen Gehör nur beschränkt, so kann Verfahrensmangel nach § 496 I, Z. 2 ZPO. vorliegen. Auch gesetzwidrige Unterlassung der Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung begründet Nichtigkeit.

h) **Mangelnde Vertretung.** Eine Partei war im Prozeß überhaupt nicht vertreten. α) Der Prozeß- oder β) wenigstens Postulationsunfähige ist selbst aufgetreten; γ) ein Vollmachtloser, δ) ein Prozeß- oder ε) Postulationsunfähiger hat als Vertreter der Partei den Prozeß geführt; ζ) ein Dritter hat sich für die Partei ausgegeben; η) der gesetzliche Vertreter war zur Prozeßführung nicht ermächtigt. Der Mangel wird durch die nachträgliche Genehmigung, soweit sie möglich ist, geheilt. Diese erteilt in den Fällen: α), die prozeßfähig gewordene Partei oder der gesetzliche Vertreter; γ) und ζ), die prozeßfähige Partei oder der gesetzliche Vertreter; δ), die prozeßfähige oder prozeßfähig gewordene Partei oder der gesetzliche Vertreter. In den Fällen β) und ε) ist eine Genehmigung nicht vorgesehen.

i) **Unzulässigkeit des Rechtswegs.**

j) **Ungerechtfertigter Öffentlichkeitsausschluß.**

k) **Einlegen eines von einer Partei (Vertreter) abgefaßten Entwurfs zum Verhandlungsprotokoll in die Akten.**

l) **Mangelhafte Urteilsfassung**, sodaß die Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann oder, wenn das Urteil widerspruchsvoll oder ohne die erforderlichen Entscheidungsgründe ausgefertigt wird und wenn auch Berichtigung dem nicht abhelfen kann.

Nichtigkeitsgründe sind jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen (strittig) (vgl. §§ 22 IV, 42 JN. 6 I, 37 I, 240 III, 471, Z. 7, 494, 510 II, 513 ZPO.), in höherer Instanz freilich nur, soweit sachliche Überprüfung zulässig ist, insbesondere auch nur im Rahmen der Anfechtung.

V. Allgemeine Verfahrensgrundsätze.

a) **Parteibetrieb** bezüglich des Prozeßbeginns, grundsätzlich **Gerichtsbetrieb** bezüglich der Fortsetzung.

b) **Dispositionsprinzip** (im Gegensatz zum **Offizialprinzip**): Die Parteien können über die streitverfangenen Ansprüche prozessuale Verfügungen treffen. Parteibetrieb bezüglich des Prozeßbeginns ist im weitern Sinn auch Ausfluß des Dispositionsprinzips.

c) **Sammelmaxime** bezüglich der anzuwendenden Rechtssätze, **beschränkte Sammelmaxime** außerhalb des von Amts wegen zu Beachtenden für Tatsachen und Erfahrungssätze.

d) **Prozeßökonomie**, also Zeit- und Kostenersparung. Hierher wird gezählt: α) Die **Eventualmaxime**, d. i. die Notwendigkeit, gleichzeitig widersprechende Erklärungen im Alternativverhältnis bei sonstigem Ausschluß vorzubringen. Eine Erklärung erfolgt für den Fall, daß die andere nicht den gewünschten prozessualen Erfolg hat. Es ist also nicht möglich, erst die Erledigung der ersten abzuwarten, um die zweite abzugeben. Dieser allgemeine Grundatz des älteren Rechts gilt heute nur ausnahmsweise (vgl. § 179 ZPO.): für die Oppositions- und Impugnationsklage: Alle Einwendungen, die der Kläger zur Zeit der Klageerhebung vorbringen kann, müssen bei sonstigem Ausschluß gleichzeitig geltend gemacht werden (§§ 35f. EO.); ferner für die Kündigung von Mieter- und Pächterschutzobjekten, sowie von Schrebergärten und Hausbesorgerwohnungen (§ 21 I MietG., § 4 IV PächterSchVdg., § 6 IV SchrGVdg., § 17 II HausbO. mit § 571 II ZPO.); dagegen arg. sil. nicht für die Einwendungen im Mandats-, Wechsel- oder Bestandsverfahren. Innerhalb der Frist können nämlich neuerliche Einwendungen erhoben werden. Denn „seine Einwendungen“ muß der Gegner innerhalb der Frist, aber nicht notwendig gleichzeitig erheben. β) Die **Gerichtssouveränität**, d. i. die Befugnis des Gerichts, verspätet vorgebrachten Prozeßstoff zurückzuweisen. γ) **Kostenstrafe**. Die bisher genannten Fälle pflegt man als Mittel der **Konzentration** der Parteierklärungen anzusehen. Zur Prozeßökonomie gehören aber auch noch δ) die Möglichkeit objektiver und ϵ) subjektiver Klagenhäufung, ζ) die Verhandlungsverbindung, und η) -trennung, ϑ) die Aufnahme einer Entscheidung in die Ausfertigung

einer andern, ι) die freie Abänderlichkeit prozeßleitender Beschlüsse, κ) die Unterbrechung des Verfahrens, λ) die Beschränkung der Instanzen, insbesondere die Versagung des Rekurses oder wenigstens eines abgesonderten schon gegen gewisse erstinstanzliche Beschlüsse, μ) die Zuziehung von Ergänzungsrichtern, ν) die Vorschriften zur Vermeidung unnötiger Kosten (vgl. §§ 41, 187, 246, 328, 352, 496 III ZPO.); ξ) die Befristung von Prozeßhandlungen; \omicron) der Schutz gegen Parteimißbrauch, auch außer dem Fall β). — π) Insbesondere dient der Prozeßökonomie, daß es nach geltendem Recht grundsätzlich keine prozeßhindernden Einreden gibt. Denn auch die Einreden der Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit und rechtskräftig entschiedenen Streitsache berechtigen nicht zur Verweigerung der Einlassung in die Hauptsache (§ 260 I ZPO.). Sie sind daher bloß Prozeßeinreden. Nur der Antrag auf Prozeßkostensicherheit ist bezüglich der Hauptsache prozeßhindernd (§ 61 I ZPO.).

e) **Mündlichkeit.** In jedem Prozeß kommen mündliche und schriftliche Prozeßhandlungen vor. Man nennt aber ein Verfahren mündlich, wenn nur das mündlich Vorgebrachte Entscheidungsgrundlage ist; im schriftlichen Verfahren dagegen wird die Entscheidung nur auf Grund der Akten gefällt. Was im mündlichen Verfahren geschrieben wird, dient bloß als Gedächtnisbehelf. Hauptvorteile der Mündlichkeit sind: die Möglichkeit des raschen Wechsels von Behauptung und Gegenbehauptung, sowie der weiteren Sachverhaltsermittlung durch Befragung; Aussagen sind ungekünstelter als Schriftsätze; daher auch der Wahrheit näher.

Durch Art. 105 I BV. ist nur die Mündlichkeit der Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht und auch diese nur insoweit festgelegt, als das Gesetz keine Ausnahmen bestimmt. Im Zivilprozeß ist das Verfahren in erster Instanz nach herrschender Ansicht mündlich: Gemäß § 414 a. A. ZPO. ist das Urteil auf Grund der mündlichen Verhandlung zu fällen (vgl. auch §§ 176f. ZPO.). Allein in dieser Schrankenlosigkeit läßt sich die herrschende Meinung nicht aufrecht erhalten. Denn, abgesehen davon, daß offenkundige Tatsachen oder solche, für die eine gesetzliche Vermutung spricht, auch dann der Entscheidung zugrunde zu legen sind, wenn sie nicht mündlich vorgebracht wurden, ist der Inhalt der Protokolle (Beilagen, Anhang, Ersatz) von Amts wegen zu beachten (§ 217 I ZPO.) und das heißt mit Rücksicht auf § 215 I ZPO. nicht nur, daß der Richter sein Gedächtnis dadurch unterstützen soll oder daß die Parteien auf Widersprüche zwischen dem Protokoll und dem von ihr Vorgebrachten aufmerksam zu machen sind (§ 182 II ZPO.). Sodann sind Schriftstücke, auf die eine Partei Bezug genommen hat, nicht vorzulesen, wenn sie Gericht und Gegner kennen und es nicht auf den Wortlaut ankommt (§ 177 II ZPO.). Ferner ist dem Säumnisurteil nach §§ 399, 442 II ZPO. auch zugrunde zu legen, was der Säumige in vorbereitenden Schriftsätzen vorgebracht hat. Auch Zwischenverfahren sind nicht notwendig mündlich (vgl. §§ 60, 72, 308 I, 324, 333, 347, 350, 367 ZPO.). Wir können also nur von einer grundsätzlichen, aber nicht von einer ausnahmslosen Mündlichkeit des erstinstanzlichen Verfahrens sprechen. In höherer Instanz ist

das Verfahren arg. §§ 473 I, 491 f., 509, 513 ZPO. nicht immer mündlich, allerdings bei mündlicher Verhandlung auch nicht rein schriftlich.

f) **Unmittelbarkeit.** Das Verfahren ist unmittelbar, wenn nur Vorgänge vor dem erkennenden Richter Entscheidungsgrundlage sind; also nur was er unmittelbar, d. h. selbst, wahrnimmt, ist beachtlich. Ist nur das Protokoll darüber maßgebend, so ist das Verfahren unmittelbar schriftlich. Unmittelbarkeit setzt also nicht notwendig Mündlichkeit voraus. Der Vorteil der Unmittelbarkeit liegt in der besseren Beurteilungsmöglichkeit eines unmittelbar wahrgenommenen Vorgangs gegenüber einem bloß mitgeteilten; der Tonfall, die Sicherheit der Aussage, die Mienen des Aussagenden können von Bedeutung werden. Auch ist der unmittelbar wahrgenommene Vorgang frei von subjektiven Beimischungen des Protokollierenden.

Das erstinstanzliche Verfahren ist grundsätzlich unmittelbar (§§ 276, 412 I, „kann“, 425 III ZPO. und arg. der Einschränkung mittelbarer Beweisaufnahme). Der Verstoß hat, wenn es sich um die ganze Gerichtsbank handelt, regelmäßig ein Nichturteil, sonst den Nichtigkeitsgrund des § 477 I, Z. 2 ZPO. zur Folge. Teilweise mittelbar ist das Verfahren: α) soweit ein vorbereitendes Verfahren (§ 262 ZPO.), β) eine mittelbare Beweisaufnahme, oder γ) Beweissicherung stattfindet; δ) nach Prozeßüberweisung; ε) mittelbar ist auch das Rechtsmittelverfahren, auch wenn mündlich verhandelt wird. Denn auch dann wird der größte Teil des Prozeßstoffs mittelbar erfaßt (vgl. § 486 II ZPO.).

g) **Rechtliches Gehör** (vgl. § 177 I ZPO.). Die Entscheidung darf nicht gefällt werden, ohne daß der Partei (dem Nebenintervenienten) die Möglichkeit der Stellungnahme geboten würde. Das entspricht der Gerechtigkeit und dem Bestreben nach möglichst vollständiger Sammlung des Prozeßstoffs. Das rechtliche Gehör ist ein Recht, keine Pflicht der Partei (des Nebenintervenienten). Der Ausdruck rechtliches „Gehör“ ist von dem häufigeren Falle der mündlichen Stellungnahme genommen. Doch ist auch schriftliche möglich (vgl. §§ 399, 442 II ZPO.). In der Regel ist das rechtliche Gehör vorhergehend, d. h. die Partei muß vor der Entscheidung gehört werden. Ist eine Entscheidung anfechtbar, so besteht nachträgliches rechtliches Gehör. Nur letzteres ist gegeben, wenn der anfechtbaren Entscheidung eine Aufforderung der Partei zur Stellungnahme (Einvernehmung, Verhandlung) nicht vorherzugehen braucht (vgl. § 9 I ZPO.). Ist die Partei vor dem unanfechtbaren Beschluß zu hören, so ist nur vorhergehendes rechtliches Gehör gegeben (vgl. § 153 mit § 149 II, S. 1 ZPO.). Weder vorhergehendes noch nachträgliches Gehör erfordern z. B. die Beschlüsse nach §§ 187 f. ZPO.

Folgen des Verstoßes: α) Der Antrag auf Säumnisurteil ist zurückzuweisen (§ 402 ZPO.); β) das Urteil und das Verfahren ist vom Zeitpunkt des Verstoßes an nichtig (§ 477, Z. 4 und 5 ZPO.); γ) war die Partei überhaupt nicht vertreten, so ist Nichtigkeitsklage möglich (§ 529 I, Z. 2 ZPO.).

h) **Öffentlichkeit.** Nach dem Grundsatz der Volksöffentlichkeit hat jedermann das Recht, die Prozeßhandlungen des Gerichts und

der Parteien unmittelbar wahrzunehmen; bei Parteiöffentlichkeit nur jede Partei (Vertreter, Nebenintervenient). Zweck der Volksöffentlichkeit ist Kontrolle des Verfahrens durch das Publikum, Schutz vor Kabinettsjustiz und Willkür; ihre Nachteile: Vorschubleistung der Sensationsgier, Preisgabe von Privatsachen u. dgl. Die Parteiöffentlichkeit beruht auf dem Gedanken, daß die Partei ein Recht darauf hat zu wissen, was in ihrem Prozeß vorgeht, damit sie jederzeit im Rahmen der Prozeßordnung eingreifen kann. Andererseits gibt es Amtshandlungen, die im Interesse der Unbefangenheit der Entscheidung geheim bleiben müssen; so die Beratung und Abstimmung.

Art. 105 I BV. gewährleistet nur die Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht; gemeint ist Volksöffentlichkeit. Im einzelnen gilt:

1. Volksöffentlich sind grundsätzlich (§ 175 ZPO.) nur die mündlichen Verhandlungen einschließlich der Entscheidungsverkündung (§§ 171 I, 463, 513 ZPO.) vor dem erkennenden Richter aller Instanzen. Auch die erste Tagsatzung ist öffentlich, da der sie leitende Richter erkennender Richter ist; dagegen nicht Verhandlungen vor dem helfenden Richter.

Auch bei Volksöffentlichkeit ist aber die Verhandlung nicht für jedermann zugänglich. Keinen Zutritt haben α) Nichterwachsene Personen. β) Bewaffnete, ausgenommen bei Pflicht (nicht bloß Recht) des Waffentragens vermöge öffentlichen Dienstes, wie z. B. bei Soldaten (§ 171 II ZPO.). γ) Personen, für die im Verhandlungssaal kein Platz ist. δ) arg. §§ 197f. Personen, die in einem Zustand sind, der eine Verhandlungsstörung sicher erwarten läßt, z. B. Betrunkene.

Zu entfernen sind: α) Zeugen während der Vernehmung früher abzuhörender Zeugen (§ 339 II ZPO.); β) das entsprechende gilt für Sachverständige (§ 367); γ) Personen, die trotz Ermahnung die Verhandlung stören (§ 197 II ZPO.); δ) Personen, die nicht zuzulassen waren, aber sich z. B. eingeschlichen haben.

Die Öffentlichkeit ist auszuschließen (§ 172 I ZPO.), wenn sonst die Sittlichkeit oder öffentliche Ordnung gefährdet erscheint oder Störung der Verhandlung oder Erschwerung der Sachverhaltsdarstellung mit Grund zu besorgen ist. Letzteres z. B., wenn das Gericht befürchten muß, daß bei Öffentlichkeit Aussagen zurückhaltend oder unvollständig gemacht würden.

Die Öffentlichkeit kann auf Antrag einer Partei ausgeschlossen werden (§ 172 II ZPO.): α) Wenn Tatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen; aber nur wenn sie sich nicht ohnehin, wie ein Streit auf der Straße, öffentlich abgespielt haben; β) wenn bei einer Verhandlung auf Grund des UnlWettbG. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis gefährdet wäre (§ 26 I. c.). Die Verhandlung über den Antrag erfolgt in nichtöffentlicher Sitzung. Parteivereinbarung auf Ausschluß oder Nichtausschluß der Öffentlichkeit ist unbeachtlich.

Der Ausschluß der Öffentlichkeit kann (§ 172 III ZPO.) für die ganze Verhandlung oder für einzelne Teile erfolgen. Das Urteil — nicht die

Gründe, die § 414 I ZPO. dem Urteil gegenüberstellt — und der Beschluß über die Ausschließung der Öffentlichkeit müssen öffentlich verkündet werden (§§ 172 III, 173 II ZPO.). Nicht aber andere Entscheidungen, insbesondere auch nicht der Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren (strittig); denn Beschlüsse sind nur zu „verkünden“ (§ 426 I ZPO.), was aber nicht Volksöffentlichkeit bedeutet. Das ergibt schon die Anführung des helfenden Richters in § 426 I ZPO.

Der Ausschluß der Öffentlichkeit erfolgt mit Beschluß. Gegen ihn gibt es kein abgeordnetes Rechtsmittel (§ 173 II ZPO.), doch ist ungerechtfertigter Ausschluß — nicht aber ungerechtfertigter Nichtausschluß — der Öffentlichkeit ein Nichtigkeitsgrund (§ 477 I, Z. 7 ZPO.). Ob die Verhandlung öffentlich war, ist zu protokollieren (§ 207 I, Z. 1 ZPO.).

Erfolgt der Ausschluß der Öffentlichkeit nicht auf Antrag wegen Verhandlungen über Tatsachen des Familienlebens, so haben trotz des Ausschlusses Zutritt (§ 174 ZPO.): α) wirklich angestellte Richter, β) Konzeptsbeamte der Staatsanwaltschaft und γ) des BMfJ., δ) Rechtsanwälte. In allen Fällen dagegen haben Zutritt α) die Parteien und β) ihre Vertreter, γ) jeder Nebenintervenient und δ) sein Vertreter, ϵ) je drei Vertrauenspersonen jeder Partei (jedes Nebenintervenienten), also auch jedes einzelnen Streitgenossen.

Die öffentliche Verlautbarung des Inhalts der Verhandlung ist, soweit die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird, verboten (§ 172 III ZPO.) und nach § 309 StG. strafbar.

2. Parteiöffentlich sind nichtöffentliche Verhandlungen, insbesondere solche, bei denen die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird, oder vor dem helfenden Richter; ferner sonstige Tagsatzungen (§ 175 ZPO.). Der Richter kann hier die Öffentlichkeit nicht etwa arg. contr. „Erfordernis“ (§ 175 I ZPO.) zulassen (arg. „gleichfalls“, § 175 II ZPO.). Wohl aber haben die in § 174 ZPO. Genannten Zutritt. Parteiöffentlich sind auch alle Prozeßakten, mit Ausnahme der Entwürfe zu Urteilen und Beschlüssen, der Beratungsprotokolle und solcher Schriftstücke, die Disziplinarverfügungen enthalten (§ 219 ZPO.). Parteiöffentlich ist auch jedes Schriftstück, das eine Partei in Händen hat, wenn es der andern zugestellt worden war, aber in Verlust geraten ist, ohne daß sich bei Gericht ein Exemplar befindet. Hier muß der Inhaber Abschriftnahme durch den Gegner auf dessen Kosten gestatten (§ 218 ZPO.). Weigert er sich, so ist ihm mit vollstreckbarem Beschluß aufzutragen, innerhalb angemessener Frist die Abschrift außergerichtlich nehmen zu lassen oder das Schriftstück bei Gericht zu erlegen.

3. Alle andern Prozeßhandlungen sind geheim. So insbesondere Beratung und Abstimmung (§ 413 ZPO.), auch bei Umfrage. Eine Partei hat auch nicht ein Recht darauf, bei der Einvernehmung der andern außerhalb der Verhandlung zugegen zu sein. Geheime Prozeßhandlungen des versammelten Senats geschehen in nichtöffentlicher Sitzung (vgl. §§ 173 I, 473 I, 492 II, 509 I ZPO. u. a.).

VI. Der Gang des Verfahrens in erster Instanz.

a) Ordentliches Verfahren mit unbeschränkter Kognition.

α) Gerichtshofverfahren.

1. Die Prozeßeinleitung.

A. Die Prozeßeinleitung erfolgt nie von Amts wegen, sondern auf den in der Klage enthaltenen Antrag. Klage (§ 226 ZPO.) ist das Begehren nach Prozeßeinleitung und günstiger Entscheidung, also Geltendmachung des Rechtsschutzanspruchs (Prozeßbegehren) und eines allenfalls auch nicht bestehenden Urteilsanspruchs bezüglich des Klagegegenstands (Sachbegehren). Die Klage ist mit Schriftsatz (Ausnahme: § 64, Z. 4 ZPO.) anzubringen, der vorbereitend (bezüglich des Sachbegehrens) und zugleich bestimmend (bezüglich des Prozeßbegehrens) ist. Sie muß also in ersterer Hinsicht den Erfordernissen eines vorbereitenden Schriftsatzes entsprechen, darf somit Rechtsausführungen nur betreffs des Prozeßbegehrens, z. B. über die Zuständigkeit, enthalten. Außerdem sind wesentliche Bestandteile:

I. Ein bestimmtes Begehren. Der Klagegegenstand muß genau umschrieben sein. Die Geldforderung muß ziffermäßig, bei fremder oder Rechnungswährung diese angegeben sein. Ein Begehren einfach „auf Ersatz des erlittenen Schadens“ wäre unzureichend. Eine Ausnahme besteht nur, wenn mit der Klage auf Ablegung eines Offenbarungseids „die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden wird, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet“. Die bestimmte Angabe der eingeklagten Leistung kann hier bis nach Ablegung des Offenbarungseids vorbehalten bleiben. Voraussetzungen für die Klage auf Ablegung eines Offenbarungseids sind (Art. XLII EGZPO.): a) Die privatrechtliche Verpflichtung des Beklagten, ein Vermögen oder Schulden anzugeben; vgl. z. B. §§ 830, 837, 1012, 1039, 1198 bis 1200 abGB. b) Die Berechtigung des Klägers, diese Angaben zu verlangen. c) Ein privatrechtliches Interesse am Inhalt der Angaben. Die Voraussetzungen a) und b) können auch durch den Umstand ersetzt werden, daß der Beklagte von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens, z. B. Erbschaftsvermögens, vermutlich Kenntnis hat.

Das Begehren muß auch erkennen lassen, ob Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung verlangt wird. Eventuelles oder alternatives Begehren ist zulässig. Ist das Begehren unbestimmt, so ist nicht etwa das Verbesserungsverfahren nach §§ 84f. ZPO. einzuleiten, denn dieses ist nicht anwendbar, wenn es sich um sachliche Fehler handelt, und § 435 I ZPO. gilt im Gerichtshofverfahren nicht. Die Klage ist vielmehr mangels Bestimmtheit als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen (vgl. § 230 ZPO.), also nicht a b-, sondern zurückzuweisen, da eine Sachentscheidung gar nicht möglich ist. Die Rechtsprechung ist bezüglich der Bestimmtheit schwankend: Als unbestimmt wurde z. B. das Begehren auf einen Betrag in österreichischer Währung, der einem ziffermäßig bestimmten Betrag ausländischer Währung am Zahlungstag

entspricht, angesehen, während mit Recht genügende Bestimmtheit angenommen wurde, wenn die Klage das Begehren auf Leistung des noch ungewissen Betrags enthält, zu dem der Kläger in einem gegen ihn anhängigen Gewährleistungsprozeß verurteilt werden würde; ebenso das Begehren auf die jeweils bezogene Frauenzulage. Bei Klage auf Leistung des gesetzlichen Unterhalts wurde es als hinreichend erklärt, wenn der Kläger die ziffermäßige Höhe dem richterlichen Ermessen überläßt, sobald er nur Umstände zur Beurteilung anführt.

II. Der Tatbestand, an den der Inhalt des Begehrens als Rechtsfolge geknüpft ist (Substantiierung). Er ist bei Kostenstrafe (§§ 44, 48f. ZPO.) kurz und vollständig (vgl. auch § 178 ZPO.) anzugeben. Dieser Tatbestand ist der Klagegrund (§ 235 IV ZPO.).

Nicht nötig ist die Anführung von Rechtsätzen (im Gegensatz zu den erwähnten Rechtsausführungen) oder die rechtliche Beurteilung. Unrichtigkeiten derartiger Anführungen sind unbeachtlich. Sind die Tatsachen, die den Tatbestand ausmachen („Geschichtserzählung“), vollständig angegeben, so ist den gesetzlichen Erfordernissen genügt. Weitere stellt die ZPO. diesbezüglich nicht auf. Es bedarf also keiner Individualisierung, d. h. der Angabe des dem Anspruch zugrunde liegenden Rechts (Rechtsverhältnisses). Damit ist die Klage nach der ZPO. von jedem Rechtsformalismus frei. Es genügt also die Angabe: „Ich habe dem Beklagten 100 S geliehen, die er mir am 1. VI. zurückgeben sollte, was er nicht getan hat“, trotzdem rechtlich keine Leihe, sondern ein Darlehn vorliegt. Es genügt aber auch: „Der Beklagte hat mit mir vereinbart, mir am 1. VI. 100 S zu geben, und es nicht getan“; denn ein angenommenes Versprechen ist rechtserzeugende Tatsache. Die Angabe des Rechtsgrunds (Schenkung, Darlehen usw.) ist nicht erforderlich.

Anzugeben ist nämlich der Tatbestand jedes in Anspruch genommenen Gesetzessatzes, also die rechtserzeugenden Tatsachen. Ausnahmen vom Gesetzessatz (rechtsverneinende, d. s. rechts hindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Tatsachen) hat der Kläger nur bei der negativen Feststellungsklage anzugeben, wenn er sie darauf stützt. Tatsachen, die eine Ausnahme von der Ausnahme, also Rückkehr zur Regel, zur Folge haben, braucht der Kläger noch nicht in der Klage anzugeben, da er die Einwendung des Beklagten, der Fall gehöre unter die Ausnahme, abwarten kann. So insbesondere den Einwand der Unklagbarkeit.

Kein Einwand gegen die hier vertretene Lehre ist § 179 ZPO. zu entnehmen, wonach grundsätzlich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung neue tatsächliche Behauptungen bezüglich des Verhandlungsgegenstands möglich sind. Denn arg. § 235 ZPO. können darunter nur solche verstanden werden, die den Klagegrund, also den rechtlichen Tatbestand nicht ändern. So kann z. B. der Kläger nachträglich anführen, an welchem Tag oder Ort die Übergabe des Geldes erfolgte (Sachverhaltsmerkmale).

III. Die einzelnen Beweismittel, die der Kläger zur Begründung seiner Behauptung bei der Verhandlung benutzen will (vgl. auch § 78 I, Z. 2 ZPO.). Auch hier können §§ 44, 48f., 179 ZPO. zur Anwendung

kommen. Daß die Beweismittel „im einzelnen genau zu bezeichnen“ sind (§ 226 I ZPO.) bedeutet, daß sie für jede behauptete Tatsache gesondert ersichtlich sein müssen. Die allgemeine Angabe, der Kläger gedenke seine Behauptungen durch folgende Beweise zu erhärten, genügt also nicht.

IV. Der sachliche und örtliche Zuständigkeitsgrund. § 226 II ZPO. spricht zwar nur vom Streitwert; doch ergibt sich die weitere Verpflichtung aus § 41 II JN. Die Zuständigkeitsvereinbarung insbesondere muß urkundlich nachgewiesen werden (§ 104 I JN.).

V. Der Besetzungsgrund (§ 226 II ZPO.). Andererseits kann die Bewertung entfallen, wenn sie ohne Einfluß auf Zuständigkeit und Besetzung ist.

VI. Der Feststellungskläger muß auch ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung behaupten und in gleicher Weise begründen wie sonst die Klage überhaupt. Eine Ausnahme besteht nur kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift; vgl. z. B. Art. XXXVIII und XXXIX EGZPO., § 110 KO., § 158 abGB.

Das rechtliche Interesse fehlt insbesondere, wenn Leistungsklage möglich ist. Doch gibt es Ausnahmen, so z. B. wenn aus einem Rechtsgrund mehrere Ansprüche entstehen können und bei Einklagung des einen auch auf Feststellung des Grundes geklagt wird; so insbesondere bei mehrfachen Schadenersatzansprüchen.

VII. Ist die Klage nur mit behördlicher Genehmigung zulässig, so muß diese beiliegen, vgl. z. B. § 9 III Ges. v. 18. VIII. 1932, B. 258, wonach Klagen aus dem Fideikommißverhältnis der Genehmigung der Fideikommißstelle bedürfen.

VIII. Mit der Klage können gewisse Anträge verbunden werden, bezüglich deren dann auch die rechtserzeugenden Tatsachen und die einzelnen Beweismittel anzugeben sind. Diese Anträge müssen mit dem Prozeß im Zusammenhang stehen. Auch darf die Erledigung der Klage durch den Antrag nicht behindert sein und umgekehrt. Solche Anträge sind z. B.: auf Verhandlung vor dem Kausalsenat (§ 226 II ZPO.); auf Beweissicherung (§§ 384ff. ZPO.); auf Kuratorbestellung; auf frühere Anberaumung der Tagsatzung (§ 231 II ZPO.); auf Bewilligung des Armenrechts; ferner (§ 229 ZPO.), daß dem Beklagten bei der Ladung aufgetragen werde, gewisse, genau zu bezeichnende, in seinem Besitz befindliche Urkunden, Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände zur Verhandlung mitzubringen; daß das Gericht solche bei einer öffentlichen Behörde oder einem Notar verwahrte Beweismittel rechtzeitig zur Verhandlung herbeischaffe; diesem Antrag kann nur (Ausnahme: Art. XXXVIII EGZPO., Art. 37, 79 HGB., § 5 Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72 und bezüglich des von Amts wegen zu Berücksichtigenden) stattgegeben werden, wenn sich die Partei die Beweismittel nicht selbst verschaffen kann, insbesondere ihr die Ausfolgung rechtswidrig verweigert wurde; auf Ladung der vom Kläger genannten Zeugen. Eine entsprechende Verfügung kann bei Anberaumung der ersten Tagsatzung nur in Bezug auf Beweismittel getroffen werden, die sich auf die der ersten Tagsatzung vorbehaltenen Fragen beziehen. Über die Anträge nach § 229 ZPO. ent-

scheidet in Senatssachen der Vorsitzende (§ 183; vgl. auch § 257 II ZPO.). Dagegen gibt es kein Rechtsmittel; wohl aber kann der Antrag in der Verhandlung wiederholt und Senatsentscheidung begehrt werden, gegen die kein abgesonderter Rekurs zusteht (§§ 186, 257 II, 277 IV ZPO.). Über die Verbindung von Kündigung und Klage vgl. § 567 IV ZPO. Bei Befangenheitszuständigkeit, beim Gericht des Hauptprozesses für Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte (vgl. Art. XIV, Z. 2 EGJN.), sowie nach § 114 KO. ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch Mahnklage möglich.

B. Vergleichsversuch. Wer eine Klage erheben will, kann vor ihrer Einbringung beim Bezirksgericht des Wohnsitzes des Gegners dessen Ladung zu einem Vergleichsversuch beantragen. Sind mehrere Bezirksgerichte am Wohnort des Gegners, so kann die Ladung vor jedes derselben verlangt werden, auch wenn der Gegner im Sprengel eines andern wohnt. Gegen die Entscheidung über den Antrag ist kein Rekurs zulässig (§ 433 ZPO.). Eine Erscheinungspflicht besteht für den Gegner nicht. Ein abgeschlossener Vergleich dieser Art dient (anders §§ 204 ff. ZPO.) der Prozeßabwendung. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so kann mangels Klage keine Kostenentscheidung ergehen. Über Vergleiche vor den Gemeindevermittlungsamtern vgl. Ges. v. 21. IX. 1869, R. 150 i. d. F. v. 27. II. 1907, R. 59.

C. Klagenhäufung (Klagenkumulierung) ist Geltendmachung mehrerer nicht gleichlaufender Rechtsschutz- und Urteilsansprüche in einer Klage. Subjektive Klagenhäufung besteht mit derselben Ausnahme bei Streitgenossenschaft, objektive (§ 227 ZPO.), wenn die mehreren Ansprüche von einem Kläger gegen einen Beklagten geltend gemacht werden. Subjektive und objektive Klagenhäufung können auch zusammentreffen. Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung sind: I. Örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für jeden einzelnen Anspruch. Ausnahmen: a) § 7a III JN.; b) § 84 II JN.; c) § 91 I JN. II. Sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts — also auch der betreffenden Senatsart — für jeden einzelnen Anspruch. Ausnahmen: a) § 7a III JN.; b) § 91 I JN. In den Fällen I und II genügt auch Wahl- und vereinbarte Zuständigkeit. III. Grundsätzlich sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für den aus der Zusammenrechnung, soweit sie erfolgt, sich ergebenden Streitwert (§ 55, S. 1 JN.). Unzulässig ist Klagenhäufung, wenn ein Anspruch vor das Bezirksgericht, der andere vor den Gerichtshof oder wenn die Ansprüche vor verschiedenartige Senate gehören. IV. Zulässigkeit derselben Verfahrensart für jeden einzelnen Anspruch. Daß Bagatell- und Besitzstörungsverfahren keine besonderen Verfahrensarten sind, wurde bereits erwähnt. Somit können Bagatell- und andere Sachen grundsätzlich in einer Klage verbunden geltend gemacht werden. Doch sind erstere im Bagatellverfahren zu behandeln. Ehestreitigkeiten können trotz besonderer Verfahrensart mit vermögensrechtlichen Ansprüchen aus dem Eheverhältnis verbunden werden (vgl. § 7a III JN.). Da hier auch eine (individuelle) Zusammenhangszuständigkeit gegeben ist, besteht in diesem Fall eine grundsätzliche Ausnahme von den angeführten Erfordernissen.

Gleichgültig ist für die objektive Klagenhäufung, ob zwischen den mehreren Ansprüchen ein tatsächlicher, rechtlicher oder überhaupt kein Zusammenhang besteht (strittig). Das ergibt nicht nur die Wendung „auch wenn“ in § 227 I ZPO., sondern auch ein Vergleich dieser Gesetzesstelle mit § 11 ZPO. Keine Klagenhäufung liegt freilich vor, wenn ein Anspruch in der Klage in Teile zerlegt aufscheint, wie z. B. bei Einklagung mehrerer Raten. Doch gibt es noch andere Zusammenhängefälle; so z. B. wenn der Vermieter einer beweglichen Sache vom Mieter das Mietentgelt und Ersatz für Beschädigung des Mietgegenstands verlangt. Ob die einzelnen Ansprüche Leistungs-, Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsansprüche sind, ist unbeachtlich. Doch kann ein Feststellungsanspruch mit einem Leistungsanspruch nicht verbunden werden, wenn er ganz in letzterem enthalten ist. Es gilt das gleiche wie für den Zwischenfeststellungsantrag.

Die Besetzung ergibt sich bei der objektiven Klagenhäufung grundsätzlich (Ausnahme: § 227 III ZPO.) nach der Streitwertsumme, so daß also, wenn ein Anspruch vor den Einzelrichter, der andere vor den Senat gehört, der letztere über beide zusammen entscheidet, was § 227 II, S. 2 ZPO. noch ausdrücklich sagt. Auch ist Kumulierung eines Anspruchs nicht über 150 S und eines höheren beim Befangenheitsgerichtsstand oder im Fall des § 114 KO. möglich.

Die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung müssen auch bei gleichlaufenden Ansprüchen, insbesondere alternativ geltend gemachten, vorliegen.

Werden in einer Klage unzulässigerweise mehrere Ansprüche verbunden, so liegt ein Gebrechen der äußeren Form vor und es ist das Verbesserungsverfahren einzuleiten. Enthält die Klage auch einen Anspruch, für den das Gericht nicht zuständig ist, so ist sie hinsichtlich dieses Anspruchs zurückzuweisen. Wurde das Verfahren trotz unzulässiger objektiver Klagenhäufung eingeleitet, so ist zu unterscheiden: a) Ist die Klagenhäufung unzulässig, weil das Prozeßgericht nicht für alle Ansprüche zuständig ist, so ist die Unzuständigkeit, soweit unverzichtbar, auch später von Amts wegen wahrzunehmen und bei verzichtbarer der Einrede des Beklagten stattzugeben. b) Sind dagegen die mehreren Ansprüche in verschiedenen Verfahrensarten zu behandeln, so hat dies zu geschehen (§ 188 ZPO.), da nunmehr eine Zurückweisung der Klage nicht vorgesehen ist. Wird über eine Klage mit unzulässiger Anspruchshäufung in einem Urteil entschieden, so ist die Entscheidung deswegen anfechtbar; doch liegt kein Nichtigkeitsgrund, sondern nur ein Verfahrensmangel vor.

D. Prozessuale Wirkungen der Klageerhebung (Anhängigkeit) sind I. Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses zwischen Kläger und Gericht und II. der Zuständigkeit (§ 29 JN.).

2. Die Erledigung der Klage.

Die Klage wird vom Richter (Vorsitzenden), dem sie nach der Geschäftsverteilung zugewiesen ist, überprüft. Die Erledigung erfolgt auf Grund ihres Inhalts, soweit er dem Gericht nicht als unrichtig bekannt ist.

A. Aus folgenden Gründen hat das Gericht — in Senatssachen der

Senat, dessen Entscheidung der Vorsitzende bei entsprechenden Bedenken einzuholen hat — die Klage mit Beschluß „als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen“ (§§ 230 II, 240 III ZPO. „jederzeit“ und Ähnlichkeitsschluß, Zurückweisungsgründe): I. Inhaltliche Klagsmängel (vgl. § 11 SyndG.; vgl. auch § 519, Z. 1 mit § 474 II und § 471, Z. 3 ZPO.), insbesondere Unbestimmtheit des Begehrens. II. Unheilbar erscheinender Mangel der Parteifähigkeit des Klägers; III. des Beklagten; IV. Nämlichkeit beider; V. unheilbar erscheinende Prozeßunfähigkeit des Klägers ohne gesetzlichen Vertreter (Ausnahme unter D); VI. ebenso des Beklagten (Ausnahme unter E); VII. Unzulässigkeit des Rechtswegs (Ausnahme unter B.); VIII. Unzuständigkeit (Ausnahme unter B.), auch verzichtbare, insbesondere bei unrichtiger Senatsart; IX. Streitanhängigkeit; X. rechtskräftig entschiedene Streitsache; XI. Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht in einem andern Prozeß. In diesen Fällen wird die Klage sogleich (a limine) zurückgewiesen (Prozeßabweisung).

B. Ausnahmsweise erfolgt, wie bereits ausgeführt, bei Unzulässigkeit des Rechtswegs sowie bei Unzuständigkeit Prozeßüberweisung.

C. Das Gericht (Senat) erteilt die erforderlichen Aufträge zur Beseitigung des Mangels innerhalb einer angemessenen richterlichen Frist: I. Bei heilbar erscheinendem Mangel der Parteifähigkeit des Klägers oder II. des Beklagten und III. ebenso der Prozeßfähigkeit des Klägers ohne gesetzlichen Vertreter sowie IV. ebenso des Beklagten (§ 6 II ZPO.).

D. Ist für den prozeßunfähigen Kläger ohne gesetzlichen Vertreter mit dem Verzug Gefahr verbunden, so kann er oder der für ihn als Vertreter Einschreitende noch vor Ablauf der erwähnten Frist als Kläger zugelassen werden (l. c.).

E. Für den prozeßunfähigen Beklagten ohne gesetzlichen Vertreter ist auf Antrag des Klägers, wenn für diesen mit dem Verzug Gefahr verbunden ist, ein Kurator zu bestellen (Vorsitzender) (§§ 8 I, 9 II ZPO.).

F. Bei Formgebrechen (nicht aber sachlichen Mängeln), welche die ordnungsmäßige Geschäftsbehandlung der Klage hindern, ist von Amts wegen das Verbesserungsverfahren einzuleiten (§§ 84f. ZPO.) und nach fruchtlosem Fristablauf die Klage zurückzuweisen (Vorsitzender, arg. § 37 ZPO.). Dieses Verfahren geschieht z. B. zwecks Nachbringung der fehlenden Gleichschriften oder Rubriken, Verbesserung der Bezeichnung der Partei, Nachholung der Unterschrift, insbesondere eines Anwalts im Anwaltsprozeß (§ 37 ZPO.), Ersatz der mit gewöhnlichem Bleistift oder unleserlich geschriebenen Klage durch eine verbesserte u. dgl.

G. In allen andern Fällen hat der Richter (Vorsitzender) „eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung“, d. i. die erste Tagsatzung im technischen Sinn zu bestimmen (§ 230 I ZPO.). Gegen diesen Beschluß besteht kein abgesonderter Rekurs (§ 130 II ZPO.).

H. Von der Anbringung der Klage sind auf richterliche Anordnung (Vorsitzender oder von ihm beauftragtes Senatsmitglied, § 37 I, Z. 8 GOG.) zu verständigen (Art. VI EGZPO., § 134 GeO.): I. Bei Klagen

gegen Bundesangestellte (auch Vertragsangestellte) des OGH.: der erste Präsident; der andern Gerichte: der vorgesetzte OLG.-Präsident; des BMfJ.: das BMfJ.; der Staatsanwaltschaft: der vorgesetzte Oberstaatsanwalt (Generalprokurator); II. gegen Gemeinden (in Steiermark auch gegen Bezirke): die Landesregierung; III. von und gegen Pflegebefohlene: der Pflegschaftsrichter, wenn seine Kenntnis davon nicht bereits aus den Akten hervorgeht.

I. Die Klage ist dem Beklagten (allen beklagten Streitgenossen) zu eigenen Händen zuzustellen (§ 106 ZPO.).

J. Die mit der Klage verbundenen Anträge sind zu erledigen.

3. *Anspruchserhebung nach Prozeßeinleitung.*

A. Klagsänderung (§ 235 ZPO.) ist Geltendmachung eines neuen Rechtsschutz- und Urteilsanspruchs nach erhobener Klage. Keine Voraussetzung ist der Verzicht auf das in der Klage geltend gemachte Prozeßbegehren, weil auch Klageerweiterung, die ja das ursprüngliche Begehren unberührt läßt, Klagsänderung genannt wird (§ 235 I ZPO.).

I. Fälle: a) Klageerweiterung ist arg. mai. § 227 ZPO. nur möglich, wenn der oder die neuen Ansprüche mit dem in der Klage geltend gemachten auch schon ursprünglich in einer Klage hätte gemeinsam geltend gemacht werden können, so daß also nicht nur das in § 235 I ZPO. ausgesprochene Erfordernis der Zuständigkeit des Prozeßgerichts für das erweiterte Klagebegehren erfüllt sein muß, sondern auch der Zulässigkeit der gleichen Verfahrensart. Hat der in der Klage geltend gemachte Anspruch vor den Senat gehört, so gilt das auch für die erweiterte Klage. Hat er dagegen wegen des Streitwerts vor den Einzelrichter gehört, so ist zu unterscheiden: α) Wird der Betrag desselben Anspruchs vor Beginn der mündlichen Streitverhandlung (§ 7a II JN.) über 50.000 S erhöht, so gehört die Sache nunmehr vor den Senat; β) ebenso wenn ein zu dieser Zeit neu geltend gemachter Anspruch über 50.000 S beträgt. γ) Sind aber auch alle neu geltend gemachten Ansprüche einzeln nicht über 50.000 S wert, so bleibt arg. § 277 III ZPO., der Einzelrichter mit der erweiterten Klage befaßt, auch wenn die Summe höher ist. Ebenso bei Klageerweiterung nach Beginn der mündlichen Streitverhandlung. Die Klageerweiterung muß aber nicht notwendig den Streitwert erhöhen; so nicht bei neuer Geltendmachung von Nebenforderungen (§ 54 II JN.). Keine Klageerweiterung sind die Anträge auf Kostenersatz, auf Sicherheitsleistung nach § 407 ZPO., auf Leistung des Entschädigungsbetrags nach § 408 ZPO., sowie Zwischenfeststellungsanträge.

b) Änderung des Klagegrunds, d. h. des Tatbestands, an den der Urteilsanspruch als Rechtsfolge geknüpft ist. Änderungen in der rechtlichen Beurteilung allein sind unbeachtlich (strittig). Bedeutet aber diese Änderung zugleich eine Änderung des Tatbestands (Schadenersatz- statt Kaufpreisforderung: beiden entsprechen verschiedene Tatbestände), so ist das Klagsänderung.

c) Grundsätzlich die Änderung des Klagebegehrens (Sach-

begehrens), z. B. Preisminderung statt Wandlung. Dazu gehört auch das Begehren eines höherwertigen als des ursprünglich geforderten Gegenstandes.

Die Änderung des Klagebegehrens kann auch mit einer Änderung des Klagegrundes verbunden sein.

Keine Klagsänderung ist a) Parteiänderung. Denn sonst wären §§ 19 II, 23 I, 234, S. 2 neben § 235 II ZPO. unnötig. Auch wäre nicht einzusehen, warum gerade in diesen Fällen der Ersatz der Zustimmung des Beklagten durch das Gericht (§ 235 III ZPO.) nicht zulässig wäre. In den erwähnten Fällen der Parteiänderung ist auch naturgemäß stets die Zustimmung dem neu Eintretenden zu erteilen, während § 235 II ZPO. von der Erteilung der Einwilligung an den Kläger spricht. Die ganze Diktion des § 235 ZPO. zeigt ebenso wie die Überschrift „Klagsänderung“, daß Parteiänderung nicht darunter fällt. b) Änderung, Ergänzung, Erläuterung oder Berichtigung der tatsächlichen Angaben und in der Klage angebotenen Beweise ohne Änderung des Klagegrundes, z. B. die ergänzende Angabe, an welchem Tag das Darlehen zugezählt wurde, daß der Vertrag schriftlich abgeschlossen wurde, daß der Ausdruck „I. Stock“ „eine Treppe hoch“ bedeuten sollte u. dgl. Es handelt sich somit um Sachverhaltsmerkmale, also um Merkmale des konkreten Falls, während die Tatbestandsmerkmale, die für die Rechtsfolge allein wesentlich sind, unverändert bleiben. Keine Klagsänderung ist auch die Anführung eines andern Rechtssatzes, weil die rechtliche Beurteilung nicht zur wesentlichen Klagebegründung gehört. c) Geltendmachung neuer Zuständigkeitsgründe (strittig) als solche. d) Einschränkung des Klagebegehrens: α) Rein maßlich, insbesondere auch durch Einschränkung der Nebenforderungen; hier liegt teilweise Klagerücknahme vor; β) artlich, z. B. es wird statt unbeschränkter Zahlung Zahlung aus einem bestimmten Vermögen verlangt oder statt Leistung bloß Feststellung. e) Forderung eines andern, nicht höherwertigen, Gegenstands statt des Klagegegenstands, z. B. statt der geforderten Sache ihr Wert, statt des Pflichtteils eine bestimmte Nachlaßsache, statt ausländischer Währung Inlandwährung. f) Forderung des Interesses an der Leistung des Klagegegenstands statt dieses. g) Stellung eines eventuellen oder h) alternativen Begehrens (vgl. § 410 ZPO.). Die unter b) bis h) genannten Fälle mit Ausnahme der rein maßlichen Klageeinschränkung kann man Klageveränderung nennen.

II. Verfahren. Die Klagsänderung ist nur zulässig, wenn dadurch die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nicht ausgeschlossen wird. Daher ist auch Zulässigkeit des Rechtswegs, insbesondere Klagbarkeit Voraussetzung. Dieselbe Verfahrensart ist, den Fall der Klageerweiterung ausgenommen, nicht erforderlich. Bis zur Streitanhängigkeit steht die Klagsänderung dem Kläger jederzeit zu. Nachher ist Einwilligung des Beklagten (aller beklagten Streitgenossen, nicht aber des gewöhnlichen Nebenintervenienten) erforderlich. Stimmt nur ein Teil der Streitgenossen zu, so geht das Verfahren mit diesem über die geänderte Klage weiter, während mit den nicht Zustimmenden auf Grund der alten Klage prozessiert

wird. Dadurch ist die Streitgenossenschaft zwischen beiden Gruppen gelöst. Bei Klageerweiterung bleibt sie aber im bisherigen Umfang bestehen, erstreckt sich jedoch nicht auf die neuen Ansprüche.

Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der Beklagte ohne Einwendung über die abgeänderte Klage verhandelt. Stimmt der Beklagte zu, so bedarf es keines besonderen Gerichtsbeschlusses. Das Gericht kann aber auch die Einwilligung selbst trotz Einwendung des Beklagten ersetzen (Rekurs möglich), „wenn aus der Änderung eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist“. Die Streitanhängigkeit der geänderten Klage tritt erst mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung, nicht schon mit der Zustellung an den Beklagten ein (§ 232 II ZPO.). Dagegen wirkt die Klageanbringung (Anhängigkeit) auf den Tag der ersten Klageanbringung zurück, was für befristete Klagen wichtig ist. Ist Klagsänderung unzulässig, so kann der Erfolg nur durch Zurücknahme der Klage ohne Verzicht auf den Anspruch und Anbringung der geänderten Klage erreicht werden, die schon mit der Zustellung Streitanhängigkeit begründet. Doch muß hier im Zweifel der Kläger die Kosten der zurückgenommenen Klage tragen und die Klage datiert erst von der Neuanbringung.

Unzulässig ist die Klagsänderung a) bei einer Tagsatzung, die der Beklagte versäumt, ohne vorher seine Einwilligung gegeben zu haben (arg. contr. § 235 II ZPO.); b) im vorbereitenden Verfahren; c) im Prüfungsprozeß (§ 110 I KO.); d) in dem im Konkurs gegen den Gemeinschuldner wiederaufgenommenen Prozeß (§ 113 KO.); e) nach endgültigem Schluß der mündlichen Verhandlung (arg. min. § 179 a. A. ZPO.). Daher auch im Rechtsmittelverfahren (§§ 483 III, 513 ZPO.). Soweit Eventualmaxime herrscht, beschränkt sie die Klagsänderung dahin, daß nur solche Ansprüche neu geltend gemacht werden dürfen, die zur Zeit der ersten Klage noch nicht geltend gemacht werden konnten. Uneingeschränkt ist die Klagsänderung im Eheverfahren (arg. contr. § 4 a. E. und arg. § 14 HD. v. 23. VIII. 1819).

Der Antrag auf Bewilligung der Klagsänderung kann auch bei der ersten Tagsatzung gestellt werden. Geschieht das, so ist darüber sogleich bei der Tagsatzung zu verhandeln und zu entscheiden (§ 239 ZPO.); andernfalls geschieht das bei der Streitverhandlung.

Wird über eine unzulässig geänderte Klage verhandelt und entschieden, so ist zu unterscheiden: 1. Beruht die Unzulässigkeit auf der Unzuständigkeit des Gerichts, so treten deren Folgen ein. 2. Das gleiche gilt, wenn gegen § 110 I oder § 113 KO. verstoßen wurde und nur Zusammenhangszuständigkeit des Konkursgerichts bestand. 3. Hat das Gericht bei einer vom Beklagten versäumten Tagsatzung die Klagsänderung bewilligt, so ist der Nichtigkeitsgrund der Nichterteilung des gebührenden rechtlichen Gehörs gegeben. 4. In allen Fällen liegt ein Verfahrensmangel vor; daher ist auch Mängelrüge und Aufsichtsbeschwerde möglich. 5. Stets ist ferner der Revisionsgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung gegeben, wenn das Berufungsurteil auf Grund unzulässiger Klagsänderung erging.

Bloße Klageveränderungen können sogar noch im Rechtsmittelverfahren erfolgen (§§ 483 III, 513 mit § 235 IV ZPO.).

B. Zwischenfeststellungsanträge (§§ 236, 259 II ZPO.). I. Inhalt (§ 236 I ZPO.). Zwischenfeststellungsantrag ist der Antrag auf Feststellung eines während des Prozesses streitig gewordenen ganz oder teilweise präjudiziellen Rechts oder Rechtsverhältnisses (nicht einer Tatsache, auch nicht der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde) im Urteil. Gänzliche Präjudizialität ist gegeben, wenn von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechts (Rechtsverhältnisses) die Entscheidung über das Klagebegehren zur Gänze abhängt. Ist dies nur zum Teil der Fall, so ist teilweise Präjudizialität gegeben. Das präjudizielle Rechtsverhältnis muß nicht zwischen den Parteien bestehen. So ist z. B. für die Klage gegen den Bürgen die Gültigkeit der Forderung gegen den persönlichen Schuldner präjudiziell. Zweck des Zwischenfeststellungsantrags ist Erzielung der Rechtskraftwirkung (§ 411 I, S. 1 ZPO.), weil nur so über das Recht (Rechtsverhältnis) im Spruch entschieden wird. Daher muß auch die beantragte Feststellung über den Zweck des betreffenden Prozesses hinaus von Bedeutung sein. Die Feststellung der Verjährung kann also nicht Gegenstand eines selbständigen Feststellungsantrages sein, weil ihre Bedeutung sich in der Abweisung der Klage (allenfalls Stattgebung der negativen Feststellungsklage) erschöpft. Ergibt aber eine Schädigung mehrere Ansprüche, von denen derzeit nur einer geltend gemacht werden kann, so kann Feststellung des Anspruchsgrunds eben wegen der künftigen Ansprüche mit Zwischenfeststellungsantrag verlangt werden. Durch den Zwischenfeststellungsantrag wird das streitige Recht (Rechtsverhältnis) im Zeitpunkt der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung streitanhängig (§ 232 II ZPO.).

II. Verfahren. a) Der Kläger kann den Antrag ohne Zustimmung des Beklagten bis zum endgültigen Schluß der mündlichen Verhandlung, über die das erstinstanzliche (§ 482 ZPO.) Urteil ergeht, stellen. Der Anfangszeitpunkt ergibt sich aus dem Erfordernis des Streitiggewordenseins während des Prozesses. Das ist bezüglich eines Programmpunkts der ersten Tagsatzung (z. B. der Zuständigkeit) frühestens bei dieser, sonst erst mit der Klagebeantwortung der Fall. Der Antrag kann mit Schriftsatz oder in der Verhandlung mündlich gestellt werden. Auch der Beklagte kann einen Zwischenfeststellungsantrag stellen, aber nur während der mündlichen Streitverhandlung, also weder mit Schriftsatz noch bei einer andern Tagsatzung, insbesondere nicht bei der ersten Tagsatzung im technischen Sinn (§ 259 II gegen § 236 I ZPO.). Der gewöhnliche Nebenintervenient kann den Antrag überhaupt nicht wirksam stellen. b) Der Antrag kann nur gestellt werden, wenn das Gericht für eine Klage gleichen Inhalts sachlich, wenn auch nicht örtlich, zuständig wäre; das setzt Zulässigkeit des Rechtswegs voraus. Ist der Streitwert von Bedeutung für die Zuständigkeit, so ist er im Antrag anzugeben (Ähnlichkeitsschluß aus § 56 II JN.). Eine Zuständigkeitsvereinbarung ist hier nicht vorgesehen. Daher (§ 104 III JN.) kann das Gericht auch nicht durch Verschweigung der Unzuständigkeitseinrede zuständig werden.

c) Der Antrag ist nur zulässig, wenn eine Klage gleichen Inhalts nicht in einem andern, besondern Verfahren behandelt werden müßte.

Das Gesetz stellt nur das Erfordernis der Zuständigkeit und der Unnotwendigkeit eines andern, besonderen Verfahrens auf. Eine besondere Vorschrift für die Besetzung fehlt; daher bleibt diese unverändert, müßte auch über den im Zwischenfeststellungsantrag geltend gemachten Anspruch in anderer Besetzung entschieden werden, würde er mit Klage geltend gemacht werden. So entscheidet z. B. der mit der Klage befaßte Einzelrichter auch über Zwischenfeststellungsanträge mit einem Streitwert über 50.000 S. Das Bagatellverfahren hindert die Geltendmachung eines Anspruchs im Wert über 150 S durch Zwischenfeststellungsantrag nicht. Da es aber ein Verfahren für Bagatellsachen ist, gelten für solche Zwischenfeststellungsanträge nicht die Erleichterungen des Bagatellverfahrens, mag auch die Klage in diesem Verfahren behandelt werden und umgekehrt. Entsprechendes gilt auch für die Rechtsmittel.

Über den Zwischenfeststellungsantrag wird im Urteil mitentschieden, allenfalls vorher durch Zwischenurteil. Kommt es aber zu keiner Sachentscheidung, weil die Klage zurückgewiesen wird, so kann auch über den Zwischenfeststellungsantrag nicht sachlich entschieden werden.

C. Widerklage.

D. Einrede der nichtkonnexen Gegenforderung. Sie setzt gerichtliche Klagbarkeit der Gegenforderung voraus, also insbesondere Zulässigkeit des Rechtswegs, Mangel der Streitanhängigkeit, rechtskräftig entschiedener Streitsache oder bereits erfolgter Klagerücknahme mit Anspruchsverzicht.

E. Antrag auf Kostenersatz.

F. Auf einen Entschädigungsbetrag nach § 408 ZPO.

Änderungen des Zwischenfeststellungsantrags, der Einrede der Gegenforderung sowie der beiden zuletzt genannten Anträge sind nicht vorgesehen, da jederzeit bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in erster Instanz Widerruf und Neuanbringung möglich ist. Für die Änderung der Widerklage gilt das allgemein über Klagsänderung Gesagte; nur darf keine Voraussetzung der Widerklage wegfallen, widrigenfalls sie ihren besondern Charakter verliert.

4. Widerruf der Anspruchserhebung.

A. Zurücknahme der Klage (§ 237 ZPO.) ist Verzicht auf das in der Klage geltend gemachte Prozeßbegehren, d. h. auf das Begehren des konkreten eingeleiteten Prozesses, den konkreten Urteilsanspruch, also weder auf den Rechtsschutzanspruch noch auf den Klagegegenstand. Doch kann ein solcher Verzicht mit der Rücknahme der Klage verbunden werden. Die Rechtsfolgen der einfachen Klagerücknahme sind: 1. Daß „die Klage als nicht angebracht anzusehen ist“ (Fiktion). Es besteht also Rückwirkung: Alle Prozeßhandlungen werden nachträglich unwirksam. Das Verfahren geht nicht weiter. Ein Gerichtsbeschluß ist unnötig. 2. Der Kläger trägt mangels anderer — auch außergerichtlicher — Vereinbarung alle Kosten, „zu deren Tragung der Beklagte nicht bereits

rechtskräftig verpflichtet erkannt wurde“. Der Kostenbeschuß erfolgt auf Antrag; er wird im Senatsverfahren nur dann vom Senat gefällt, wenn die Klage bei der mündlichen Verhandlung vor diesem zurückgenommen wird, wobei auch hier die Festsetzung des Betrags einem Senatsmitglied aufgetragen werden kann; in den andern Fällen entscheidet hier über die Kosten der Vorsitzende oder ein beauftragtes Senatsmitglied (§ 37 I, Z. 6, und II GOG.). 3. Die zurückgenommene Klage kann wieder angebracht werden. Anders, wenn auch ein wirksamer Verzicht auf den Klagegegenstand erfolgt war. Bei Streitgenossenschaft kann die Klage auch nur von einem oder nur gegenüber einem Streitgenossen zurückgenommen werden. Der Betreffende scheidet dann aus dem Prozeß aus. Der Zustimmung des Beklagten bedarf es vor Beginn der ersten Tagsatzung, und wenn der Beklagte sie versäumt hat, bis zu ihrem Schluß nicht. Wird Anspruchsverzicht damit verbunden, so kann die Rücknahme ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schluß der mündlichen Streitverhandlung erfolgen; die erforderliche Zustimmung muß arg. contr. § 235 II ZPO. ausdrücklich gegeben werden. Zurücknahme der Klage ist überhaupt nur in erster Instanz möglich. Das Gegenteil kann nicht etwa aus §§ 463, 513 ZPO. geschlossen werden, denn unmittelbar kann § 237 I ZPO. im Rechtsmittelverfahren nicht angewendet werden, weil es da keine „mündliche Streitverhandlung“ gibt; und die entsprechende Anwendung würde sich nicht auf die Klage, sondern auf das Rechtsmittel beziehen. Ein Umkehrschluß aus § 483 III ZPO. verbietet sich aber; denn dieser war deshalb notwendig, weil § 235 II ZPO. im Gegensatz zu § 237 I ZPO. keinen Endtermin festsetzt. Die Klagerücknahme mit Zustimmung des Beklagten ist bis zu dem Zeitpunkt möglich, in dem die Gerichtsbindung an das Urteil eintritt; denn der Schluß der mündlichen Streitverhandlung ist nur Endtermin für die Rücknahme ohne Zustimmung des Beklagten.

„Die Zurücknahme der Klage geschieht durch einen dem Beklagten zuzustellenden Schriftsatz oder durch eine bei der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung.“ Eine Erklärung bei der Einvernehmung wäre also unbeachtlich. Die Zustellung des Schriftsatzes verfügt der Vorsitzende ohne Senatsbeschuß. Wird die Klage vor der ersten Tagsatzung zurückgenommen, so entfällt diese. Die Klagerücknahme bei der Tagsatzung wird dem Beklagten nicht besonders mitgeteilt, mag er die Tagsatzung auch versäumt haben. Eine ohne die erforderliche Zustimmung des Beklagten geschehene Klagerücknahme ist unbeachtlich. Der darin liegende Antrag ist zurückzuweisen. Stimmen nicht alle beklagten Streitgenossen zu, so wirkt die Klagerücknahme nur gegenüber den Zustimmenden.

Wird zugleich mit der Klagerücknahme auf den Klagegegenstand verzichtet, ist nicht Verzichturteil zu fällen; denn dieses ist ja eine Sachentscheidung über die Klage (§ 394 I ZPO.), während die Klagerücknahme die Klage rückwirkend vernichtet, so daß sie keine genügende Entscheidungsgrundlage mehr bildet. Der neuerlichen Geltendmachung steht § 237 IV ZPO., aber nicht die rechtskräftig entschiedene Streitsache

entgegen. Das Gericht hat die erwähnte Rechtsfolge (arg. „kann“) von Amts wegen zu beachten. Die außergerichtliche Vereinbarung, daß der Kläger die Klage zurücknehmen werde, gibt dem Beklagten einen sachlichen Einwand gegen die Klage und führt bei Feststellung der Verpflichtung zur Abweisung. Gleiche Wirkung hat der privatrechtliche Anspruchsverzicht. Die Rechtsfolgen der Klagerücknahme treten auch ein, wenn die Klage kraft Gesetzes als zurückgenommen gilt (§ 238 ZPO.); das ist nach § 60 III ZPO. der Fall.

Die teilweise Klagerücknahme (maßliche Klageeinschränkung) kann unter den gleichen Voraussetzungen erfolgen wie die gänzliche, daher nicht nach Abschluß des erstinstanzlichen Verfahrens (strittig); ihre Rechtsfolgen beziehen sich auf den zurückgenommenen Teil.

B. Der Zwischenfeststellungsantrag, die Einrede der Gegenforderung wie der Antrag auf Kostenersatz und der auf einen Entschädigungsbetrag können jederzeit zurückgenommen werden.

5. Die erste Tagsatzung im technischen Sinn.

Die erste Tagsatzung im technischen Sinn dient der Gerichtsentlastung. Sie soll Rechtssachen, die zu einem Schlichtungsurteil führen müssen, von allen andern scheiden. Ausgeschieden werden also alle, in denen eine Sachentscheidung nicht möglich ist oder der Streit durch Begeben oder sofortiges Ausbleiben einer Partei beseitigt wird. Die erste Tagsatzung ist so anzuordnen, daß dem Beklagten nach Klagezustellung noch ungefähr 14 Tage zur Vorbereitung bleiben. Ist er unbekanntem Aufenthalts, so kann die Frist verlängert, in dringenden Fällen dagegen, wenn er sich am Gerichtsort aufhält oder leicht erreichbar ist, auf Antrag abgekürzt werden, wenn nötig sogar bis auf 24 Stunden (§ 231 ZPO.). Die erste Tagsatzung (§ 239 ZPO.) wird vom zuständigen und nach der Geschäftsverteilung mit der betreffenden Sache betrauten Richter als erkennenden Richter (daher Volksöffentlichkeit), im Senatsverfahren vom Vorsitzenden oder einem von ihm beauftragten Richter geleitet. Es besteht kein absoluter, wohl aber allenfalls bedingter Anwaltszwang. Der Anwalt kann sich durch einen bei ihm angestellten vertretungsbefugten Rechtsanwaltsgehilfen vertreten lassen (§ 31 IV ZPO.).

Die möglichen Programmpunkte sind im Gesetz erschöpfend (§ 239 IV ZPO.) aufgezählt, freilich nicht nur im § 239 ZPO. Sie zerfallen in Gruppen:

A. Nur folgende Entscheidungen können einschließlich des Kostenanspruches (§ 52 ZPO.) bei der ersten Tagsatzung gefällt werden: I. Sachentscheidungen: α) Anerkenntnis-, β) Verzicht- und γ) Versäumnisurteil (§ 239 II ZPO.). II. Einstellung des Verfahrens ohne förmlichen Beschluß auf Antrag oder von Amts wegen: α) mangels des Zweiparteienverhältnisses und β) der Parteifähigkeit (arg. min. § 239 III ZPO.). III. Zurückweisung der Klage und Einstellung des Verfahrens (Prozeßabweisung) α) wegen unheilbarer Prozeßunfähigkeit einer Partei ohne gesetzlichen Vertreter; β) ebenso wegen mangelnder Vertretungsmacht des als Parteivertreter Einschreitenden; γ) wegen unverzichtbarer Unzuständigkeit. Statt des Antrags erfolgt letzterenfalls die An-

meldung der Einrede. In den bisher angeführten Fällen fällt der Richter die Entscheidung als Einzelrichter. IV. Abweisung der angeführten Anträge. V. Die Entscheidung über den Antrag auf Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten. VI. Auf Gestattung der Klagsänderung (§ 239 III ZPO.) VII. auf Prozeßüberweisung nach § 261 VI ZPO.; VIII. auf Ausschluß der Öffentlichkeit (§ 173 ZPO.); IX. über die einstweilige Zulassung des Prozeßunfähigen, X. des für ihn als Vertreter Einschreitenden (§ 6 II ZPO.), sowie XI. eines ohne Vollmacht als Vertreter Auftretenden (§ 38 ZPO.) bei der ersten Tagsatzung. XII. Die Entbindung des Beklagten von der Klage (§ 241 ZPO.).

B. Befehle: I. Prozeßleitende Beschlüsse, so insbesondere sitzungspolizeiliche, Beschlüsse betreffend die Protokollierung u. dgl. II. Die Anordnung der Beglaubigung der Vollmachtsunterschrift (§ 30 II ZPO.). III. Der in den oben erwähnten Urteilen liegende Leistungsbefehl, wenn sie Leistungsurteile sind.

C. Die den erwähnten Entscheidungen und allenfalls Befehlen entsprechenden Anträge, auch als Zwischenfeststellungsanträge des Klägers; ferner aber auch der Antrag auf Ablehnung des die Tagsatzung leitenden Richters, sowie die Mängelrüge wegen Verfahrensmängel, aber auch die gänzliche oder teilweise Klagerücknahme, wenn der Beklagte die erste Tagsatzung versäumt oder unter Anspruchsverzicht.

D. Die Anmeldung der „Einreden“ der Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit und rechtskräftig entschiedenen Streitsache. Die Entscheidung über diese „Einreden“ kann, ausgenommen bei unverzichtbarer Unzuständigkeit, nicht bei der ersten Tagsatzung erfolgen. Die gesetzliche Bezeichnung als Einreden ist nicht zutreffend, da es sich um Umstände handelt, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

E. Bloße Erklärungen: I. Vergleich; II. Zustimmung zur Verweisung an einen helfenden Richter zum Zweck eines Vergleichsversuchs (§ 204 ZPO.); III. Erklärung des benannten Auktors; IV. sein Eintritt in den Prozeß; V. die erforderliche Zustimmung des Beklagten und allenfalls VI. des Klägers dazu (§§ 22 ff. ZPO.); VII. Zustimmung des Beklagten zur Klagerücknahme, VIII. maßlichen Klageeinschränkung oder IX. Klagsänderung; X. Anerkenntnis; XI. Verzicht.

F. Mündliche Verhandlung über jeden Gegenstand, über den entschieden wird.

G. Beweisaufnahme bezüglich der zulässigen Programmpunkte überhaupt (vgl. § 229 I, Z. 1 bis 3 ZPO.).

H. Unmaßgebliche Aufträge im Sinne der §§ 6 II, 38 II ZPO. sowie wenn der Streit nicht bei der ersten Tagsatzung durch Sachentscheidung oder Prozeßabweisung erledigt wird und auch nicht Ruhen des Verfahrens eintritt: der Auftrag an den Beklagten, die Klagebeantwortung einzubringen (§ 243 ZPO.).

I. Versäumt eine Partei die erste Tagsatzung, so kann die andre neues Tatsächliches vorbringen.

Für den Rekurs gegen die bei der ersten Tagsatzung gefällten Be-

schlüsse gilt § 516 ZPO. insoweit nicht, als der Richter hier als Einzelrichter entscheidet.

Wird die erste Tagsatzung erstreckt, so ist (§ 242 ZPO.) zu unterscheiden: 1. Ist ein Umstand, der den Beklagten am Erscheinen oder an den erforderlichen Erklärungen, Anmeldungen oder Anträgen hindert, Erstreckungsgrund, so hat die neuerliche Tagsatzung das gleiche mögliche Programm wie die ursprüngliche. 2. Ist der Erstreckungsgrund aber ein anderer, z. B. die Notwendigkeit einer nicht sogleich durchführbaren Verhandlung über den Antrag auf Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten oder Gestattung der Klagsänderung, so können die erwähnten Erklärungen, die schon bei der ursprünglichen Tagsatzung abgegeben werden konnten, nicht mehr wirksam nachgeholt werden. 3. Kann die neuerliche Tagsatzung nicht vor demselben Richter stattfinden wie die ursprüngliche, so muß sie wiederholt werden, wenn bei dieser Tagsatzung ein Urteil gefällt werden soll (sonst nicht): dann können nicht nur, sondern müssen alle Erklärungen wiederholt werden.

Das Protokoll über die erste Tagsatzung ist im Senatsverfahren dem Vorsitzenden vorzulegen. Hält dieser abgesonderte Verhandlung über eine angemeldete Einrede für zweckmäßig, so holt er Senatsentscheidung ein (vgl. § 260 I ZPO.).

6. Die Klagebeantwortung.

Der Beschluß, worin dem Beklagten die Klagebeantwortung aufgetragen wird (§ 243 ZPO.), ergeht regelmäßig (Ausnahme § 261 VI ZPO.) bei der ersten Tagsatzung; er ist ein unmaßgeblicher Auftrag, gegen den kein abgesondertes Rechtsmittel zusteht. Der Richter hat eine angemessene Frist, nicht über vier Wochen, zu bestimmen. Die Klagebeantwortung ist bezüglich der Sachabwehr ein vorbereitender Schriftsatz und hat daher alles zu enthalten, was für diesen vorgeschrieben ist; bezüglich der Prozeßabwehr ist sie ein bestimmender Schriftsatz. Sie hat insbesondere zu enthalten: ein bestimmtes Begehren und bei Bestreitung des Klageanspruchs eine kurze und vollständige tatsächliche Begründung sowie Beweisanbietung im einzelnen, in der gleichen Art, wie das bei der Klage ausgeführt wurde. Ist über eine Prozeßeinrede abgesonderte Verhandlung angeordnet worden, so bezieht sich das Gesagte auch auf die angemeldete Einrede. Wegen der Anordnung der abgesonderten Verhandlung über die Einrede kann dem Beklagten eine Verlängerung der Frist zur Einbringung der Klagebeantwortung, aber nicht über vier Wochen insgesamt, bewilligt werden. Auch mit der Klagebeantwortung können verschiedene Anträge verbunden werden, z. B. auf Bewilligung des Armenrechts, Beweissicherung und insbesondere auch Anträge nach § 229 ZPO.; ferner der Antrag auf Einleitung des vorbereitenden Verfahrens.

Wird in der abgesonderten Verhandlung über eine Prozeßeinrede des Beklagten die Klage zurückgewiesen, so wird der Auftrag zur Klagebeantwortung wirkungslos. Andererseits kann nach erstatteter Klagebeantwortung der Beschluß auf abgesonderte Verhandlung über die Einrede widerrufen und gemeinsame Verhandlung angeordnet werden.

Eine verspätete Klagebeantwortung ist zurückzuweisen. Auf Grund der rechtzeitigen anberaunt der Richter (Vorsitzende), wenn kein vorbereitendes Verfahren stattfindet, die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung (§ 244 ZPO.).

7. *Vorbereitendes Verfahren.*

A. Voraussetzungen. Ein vorbereitendes Verfahren ist nicht nur im Senatsverfahren zulässig, da der Einzelrichter „nach den Vorschriften für das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz“ (§ 7a I JN.) entscheidet. Daher ist die Anwendung der §§ 244 ff. ZPO., die nur vom Senat sprechen, auf das einzelrichterliche Verfahren ebenso möglich, wie das bei den andern gesetzlichen Bestimmungen geschieht (vgl. z. B. §§ 187 ff. ZPO., während § 195 ZPO. nur vom Einzelrichter beim Bezirksgericht spricht). Das deswegen, weil diese gesetzlichen Bestimmungen zu einer Zeit verfaßt worden sind, wo es noch keine ständigen Einzelrichter im Gerichtshofverfahren gab (vgl. auch § 440 II ZPO. e contr. sowie § 10 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283 mit § 7a III JN.).

Das vorbereitende Verfahren hat den Zweck, das erkennende Gericht zu entlasten, bildet aber andererseits eine Ausnahme von der Unmittelbarkeit, da die Ergebnisse vor dem erkennenden Gericht nur aus den Protokollen verlesen werden (§ 262 ZPO.). Es wird sehr selten angewendet.

Das vorbereitende Verfahren kann angeordnet werden (§ 245 ZPO.):

- I. In Punktensachen, d. s. Rechtsstreitigkeiten über die Richtigkeit einer Rechnung, über eine Vermögensauseinandersetzung und ähnliche Verhältnisse, in denen „über eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder Gegenansprüchen und Erinnerungen zu verhandeln ist“.
- II. Bei umfangreichem Tatsachenstoff, d. h. wenn das tatsächliche Vorbringen in den vorbereitenden Schriftsätzen so umfangreich oder ein derartiges ist, daß zur Beschleunigung und Vereinfachung der mündlichen Streitverhandlung eine vorgängige Ordnung und Sichtung nötig ist.
- III. Wegen notwendiger vorbereitender Beweisaufnahme, d. h., wenn die angebotenen Beweise während der mündlichen Streitverhandlung nicht aufgenommen werden können oder die Aufnahme diese Verhandlung voraussichtlich erheblich erschweren oder unverhältnismäßig verzögern würde; so wenn Zeugen weit vom Prozeßgericht wohnen oder besser außerhalb der Verhandlung an Ort und Stelle vernommen werden. Das Besondere der vorbereitenden gegenüber einer sonstigen mittelbaren Beweisaufnahme besteht darin, daß bei ersterer dem beauftragten Richter nur der zu ermittelnde Sachverhalt bezeichnet wird und er die Beweisaufnahme im Rahmen des Auftrags selbst zu bestimmen hat. Es wird ihm also weder ein bereits feststehender Sachverhalt mitgeteilt (denn einen solchen gibt es noch nicht), noch werden die Beweismittel genau bezeichnet (§ 253 gegen § 277 ZPO.).

Das vorbereitende Verfahren erfolgt (§ 244 I ZPO.) nach rechtzeitig überreichter Klagebeantwortung: I. wenn es der Beklagte in der Klagebeantwortung (§ 243 III ZPO.) oder II. der Kläger innerhalb einer Woche

nach Zustellung dieser, selbst nach Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung (§ 246 I ZPO.), beantragt, ferner III. wenn der Vorsitzende es für geboten oder zweckmäßig hält. IV. Wenn in vorbereitenden Schriftsätzen zwischen Anberaumung und Beginn der Streitverhandlung Beweise angekündigt werden, die sich für eine vorbereitende Beweisaufnahme eignen, kann das Gericht unter Aufhebung der anberaumten Tagsatzung eine solche anordnen (§ 258 II ZPO.). V. Ergibt sich die Notwendigkeit vorbereitender Beweisaufnahme erst während der mündlichen Streitverhandlung, so kann das Gericht jederzeit nach Anhörung der Parteien den Prozeß oder einen oder mehrere selbständige Streitpunkte zum vorbereitenden Verfahren verweisen, wenn das zur Erleichterung der Sachverhaltsfeststellung oder zur Beschleunigung geeignet erscheint und voraussichtlich keine Mehrkosten verursacht (§ 246 II ZPO.). Parteivereinbarung bezüglich vorbereitenden Verfahrens ist unbeachtlich.

Die Entscheidung erfolgt nach Ermessen und mit Ausnahme des fünften Falles ohne mündliche Verhandlung, allenfalls aber nach Erhebungen; sie ist nicht mit Rekurs anfechtbar und wird in Senatssachen vom Senat gefällt. Der das Verfahren anordnende Beschluß hat den beauftragten Richter zu bezeichnen. Ist dieser an der Durchführung des vorbereitenden Verfahrens verhindert, so bestellt der Gerichtsvorsteher ein anderes Gerichtsmitglied. Der Beschluß muß ferner Zweck und Gegenstand des vorbereitenden Verfahrens enthalten, insbesondere, was zu erheben ist (§ 247 ZPO.).

B. Durchführung. I. Allgemeines. Der mit dem vorbereitenden Verfahren beauftragte — niemals ein ersuchter — Richter (vorbereitender Richter) hat eine Tagsatzung anzuberaumen, die er auch aus den gesetzlichen Gründen erstrecken kann. Im vorbereitenden Verfahren gilt absoluter Anwaltszwang (§ 248 ZPO.); dagegen nicht, wenn der vorbereitende Richter eine Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter anordnet, für diese. Der vorbereitende Richter hat die Prozeßleitungsbefugnis des Senatsvorsitzenden (§ 249 I ZPO.). Das gilt auch bezüglich der Prüfung des Protokolls über eine Beweisaufnahme durch einen von ihm ersuchten Richter und diesbezüglicher Maßnahmen (§ 286 ZPO.). Eine eidliche Parteivernehmung kann er aber nicht vornehmen (§ 249 II ZPO.); auch die unbeeidete kann nur das erkennende Gericht anordnen; überhaupt ist der vorbereitende Richter auf die Beweise beschränkt, derentwegen das vorbereitende Verfahren angeordnet wurde (§ 253 ZPO.).

II. Punktensachen (§§ 250, 252 ZPO.). Über alle Ansprüche und Gegenansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Erinnerungen und Erläuterungen ist in der vom vorbereitenden Richter zu bezeichnenden Reihenfolge abgesondert mündlich, aber nicht volksoffentlich, zu verhandeln. Der Richter sorgt für die Vorlegung von Bezugsurkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenständen, die zur Beweisführung dienlich erscheinen, durch die Partei oder für ihre Herbeischaffung. Eine Beweisaufnahme findet nur statt: 1. bei Notwendigkeit vorbereitender Beweisaufnahme; 2. zwecks Beweissicherung. In diesen Fällen bedarf es keines besonderen Auftrags an den vorbereitenden Richter. Über die

in den vorbereitenden Schriftsätzen geltend gemachten Ansprüche und Gegenansprüche darf nicht hinausgegangen werden, so daß auch eine Klagsänderung nicht möglich ist. Neue Behauptungen und Beweisangebote sind dagegen zulässig. Ist über eine Prozeßeinrede nicht abgeseonderte Verhandlung angeordnet worden, so erstreckt sich das vorbereitende Verfahren auch auf sie.

III. Umfangreicher Tatsachenstoff (§§ 251 f. ZPO.). Unterschiede vom Fall II.: a) „Erinnerungen und Erläuterungen“ kommen hier nicht vor. b) Nur das Bestrittene ist festzustellen. c) Nur Ansprüche, nicht Gegenansprüche (§ 251 gegen §§ 250, 252 ZPO.). d) Es muß nicht mündlich verhandelt werden; nach Ermessen des vorbereitenden Richters genügt auch Parteivernehmung.

IV. Vorbereitende Beweisaufnahme. Der Richter hat durch Einvernehmung der Parteien das Sachverhältnis soweit zu ermitteln, daß er die Beweisaufnahme zweckmäßig leiten und durchführen kann. Mündliche Verhandlung findet nicht statt.

V. Säumnis. a) Erscheint eine Partei bei einer nicht bloß zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung im vorbereitenden Verfahren nicht, so ist das Vorbringen des Erschienenen zu protokollieren und eine neue Tagsatzung anzuberaumen, zu der der Säumige, und zwar auf Antrag des Gegners unter Mitteilung einer Protokollsabschrift und Ankündigung der Folgen neuerlicher Säumnis, zu laden ist. Erscheint der Säumige auch bei der neuerlichen Tagsatzung nicht, so sind die in der zugestellten Protokollsabschrift enthaltenen Behauptungen, soweit sie nicht von Amts wegen zu Berücksichtigendes betreffen oder durch vorliegende Beweise oder offenkundige Tatsachen widerlegt sind (Ähnlichkeitsschluß aus §§ 269, 396 ZPO.), für wahr zu halten und der Säumige kann Erklärungen über angebotene oder vorgelegte Beweismittel nicht mehr abgeben (§ 254 ZPO.).

b) Erscheint eine Partei bei einer Tagsatzung im vorbereitenden Verfahren und gibt sie trotz richterlicher Aufforderung eine Erklärung über Tatsachen sowie über angebotene oder vorgelegte Beweise nicht ab, so kann sie das in der mündlichen Streitverhandlung nicht mehr nachholen (§ 263 I ZPO.); überdies ist aber auch die Tagsatzung versäumt (§ 133 II ZPO.). Neue Ansprüche, Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden bezüglich des Stoffs des vorbereitenden Verfahrens in Punktsachen oder wegen umfangreichen Tatsachenstoffs können in der mündlichen Streitverhandlung im Falle gegnerischen Einspruchs (also zum Unterschied vom § 263 I ZPO. nur auf Antrag) nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie von ihnen zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntnis hatte (§ 263 II ZPO.) und wenn sie nicht durch Säumnis davon ausgeschlossen war.

VI. Gegen Beschlüsse, die mit abgeseondertem Rekurs anfechtbar sind, kann, falls sie vom vorbereitenden Richter gefällt werden, beim Senatsvorsitzenden auch mündlich (ohne Protokollierung) Abhilfe gesucht werden. Dieser entscheidet, nachdem er dem vorbereitenden Richter Gelegenheit zur Äußerung gegeben und allfällige Erhebungen gemacht hat. Er stellt auch auf Parteianzeige oder von Amts wegen Verzöge-

rungen des vorbereitenden Verfahrens ab. Gegen seine Entscheidung gibt es kein Rechtsmittel. Vom vorbereitenden Richter zurückgewiesene Anträge auf Beweisaufnahme oder Herbeischaffung von Urkunden, Auskunftsachen oder Augenscheinsgegenständen können in der Verhandlung vor dem Prozeßgericht erneuert werden (§ 255 ZPO.). Beschlüsse, gegen die es sonst keinen abgesonderten Rekurs gibt, kann man, wenn sie vom vorbereitenden Richter gefällt werden (arg. contr. „besonderen“), nicht anfechten.

VII. Das vorbereitende Verfahren ist möglichst rasch abzuschließen; alle Akten sind dem zuständigen Vorsitzenden (Einzelrichter) zu übergeben. Dieser entscheidet nun, ob 1. das vorbereitende Verfahren zu ergänzen ist; der Vorsitzende kann auch eine diesbezügliche Entscheidung des Senats einholen; oder 2. eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anberaumt wird. Gegen den Beschluß auf Ergänzung des vorbereitenden Verfahrens gibt es keinen Rekurs, wohl aber gegen die Abweisung, bei vorbereitender Beweisaufnahme aber keinen abgesonderten (§§ 256, 292 II ZPO.). Ebensowenig gegen die nun folgende Anberaumung der Tagsatzung (§ 130 ZPO.). Eine Verbindung mit dem Rekurs gegen die Abweisung ist unzulässig, weil dieser gegen eine frühere, nicht eine „nächstfolgende anfechtbare Entscheidung“ (§ 515 ZPO.) gerichtet ist.

8. *Mündliche Streitverhandlung.*

A. Anberaumung (§ 257 ZPO.). Sie geschieht im Senatsverfahren durch den Vorsitzenden (§ 244 ZPO.). Die Ladungsfrist ist für jede Partei mindestens acht Tage. Bei Anberaumung der Tagsatzung hat der Richter (Vorsitzende) unter Verständigung des Gegners auch die nötigen Anordnungen auf Grund der Anträge nach § 229 ZPO. zu treffen (kein Rekurs), soweit dieselben nicht durch die erste Tagsatzung oder ein vorbereitendes Verfahren erledigt sind. Die Anträge können auch, soweit ihnen nicht willfahrt wurde, bei der mündlichen Streitverhandlung wiederholt werden. Andererseits können dort auch Einwendungen gegen erfolgte Anordnungen eingebracht werden.

B. Vorbereitung (§ 258 ZPO.). War kein vorbereitendes Verfahren, so können die Parteien in der Zeit zwischen Anberaumung und Beginn der Streitverhandlung in der Klage (Klagebeantwortung) noch nicht enthaltene Anträge, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Behauptungen und Beweise, die sie in der Verhandlung geltend machen wollen, durch besondere vorbereitende Schriftsätze mitteilen. Anträge nach § 229 ZPO. können auch zu gerichtlichem Protokoll gestellt werden. Die nötigen Anordnungen trifft, wie vor mündlichen Verhandlungen überhaupt, das Gericht (Vorsitzender) ohne Aufschub.

C. Verlauf. Die mündliche Streitverhandlung verläuft (§ 259 ZPO.) im allgemeinen wie mündliche Verhandlungen überhaupt; insbesondere umfaßt sie die Beweisaufnahme, soweit diese nicht mittelbar erfolgt, und die Erörterung ihrer Ergebnisse. Eine bestimmte Reihenfolge ist nicht vorgeschrieben; es herrscht also nicht Legalordnung, sondern arbiträre Ordnung: der die Verhandlung leitende Richter bestimmt, in welcher

Reihenfolge die einzelnen Prozeßhandlungen vorzunehmen sind. Der Beklagte kann ohne Zustimmung des Klägers einen Zwischenfeststellungsantrag stellen. Auch der Antrag auf den Urteilsbeisatz beim Einzelrichter kann gestellt werden. Das Ergebnis eines etwaigen vorbereitenden Verfahrens in Punktensachen oder wegen umfangreichen Tatsachenstoffs ist auf Grund der Protokolle durch ein Senatsmitglied (den Einzelrichter) vorzutragen. Es können auch die Protokolle auf Antrag oder von Amts wegen ganz oder teilweise, allenfalls durch den Schriftführer, verlesen werden (§ 262 ZPO.). Die Ergebnisse einer vorbereitenden Beweisaufnahme dagegen sind im Senatsverfahren durch den Vorsitzenden auf Grund der Akten zu geeigneter Zeit in der Verhandlung darzulegen (§ 287 I gegen § 262 ZPO.). Im vorbereitenden Verfahren bereits vernommene Zeugen und Sachverständige sind in der Streitverhandlung neu zu vernehmen (Beschluß, kein Rekurs), wenn es das Gericht (Senat) zur Behebung begründet erscheinender Einwendungen gegen die vorbereitende Beweisaufnahme, insbesondere auch im Sinne der §§ 289 II, 344 ZPO. oder im Interesse der Wahrheit für nötig hält (§ 264 ZPO.). Eingetretene Präklusion (§ 263 ZPO.) bleibt aber bestehen; daher kann nicht etwa zu ihrer Behebung wiederholte Beweisaufnahme angeordnet werden.

9. Beweisverfahren.

A. Allgemeines. Beweis ist die Ursache eines Gewißheitsurteils (assertorischen Urteils), einer Überzeugung. Prozessualer Beweis ist die gesetzlich zulässige Ursache eines richterlichen Gewißheitsurteils über die Richtigkeit einer für den Prozeß erheblichen Behauptung. Diese Behauptung ist der Beweissatz (Beweisthema, Beweisgegenstand). Der Beweis, daß etwas, was behauptet oder infolge eines Beweisergebnisses (Grundbeweis) oder Beweisersatzes für richtig gehalten wird, unrichtig sei, heißt Gegenbeweis. Die Verwirklichung (Vorgang!) des Beweises in der Absicht, die erwähnte richterliche Überzeugung herbeizuführen, ist prozessuale Beweisführung; derjenige, der sie verursacht, ist der Beweisführer. Der Mensch oder die körperliche Sache, deren man sich dazu bedient, ist Beweismittel. Das vom Richter am Beweismittel zum Beweis Wahrgenommene ist der Beweisgrund, z. B. die Aussage des Zeugen, der Inhalt der Urkunde, die wesentlichen Merkmale des Augenscheinsgegenstands. Die Erfassung des Sinns der Aussage, des Urkundeninhalts oder der Merkmale des Augenscheinsgegenstands durch den Richter ist dann der Beweis. Die Wirkung des Beweisgrunds auf die richterliche Überzeugung ist das Beweisergebnis. Wird die Überzeugung von der Richtigkeit des Beweissatzes bewirkt, so ist der Beweis erbracht, andererseits mißlungen, mag die Sache unklar bleiben oder die Überzeugung von der Unrichtigkeit hervorgerufen werden. Beweisersatz ist ein Umstand, der, ohne Beweis zu sein, dessen rechtliche Folgen nach sich zieht. Dazu gehören gerichtliches Geständnis, Rechtskraftwirkung, Offenkundigkeit, gesetzliche Vermutung und Säumniswahrheit. Offenkundigkeit ist kein Beweis, weil ein besonderer Fall der Überzeugung, also nicht ihre Ursache; und in den andern Fällen

kommt es auf die Überzeugung des Richters nicht an. Die Beweislast trifft die Partei, deren Behauptung mangels Beweises oder Beweisersatzes kraft Gesetzes als unrichtig anzusehen ist.

Die Beweisführung zerfällt in folgende Teile: 1. Beweisanbietung, d. i. die Bezeichnung des Beweissatzes und des oder der Beweismittel, sowie der Antrag auf Beweisaufnahme. 2. Die Beweiszulassung durch richterlichen Beschluß (Beweisanordnung). 3. Beweisaufnahme, d. i. die Verwirklichung des Beweisgrunds. 4. Regelmäßig, aber nicht notwendig (vgl. auch § 193 ZPO.) die Beweiserörterung, d. i. die Verhandlung über das Beweisergebnis. Den Ausdruck Beweisantritt verwendet das Gesetz (Überschrift vor § 297 ZPO.) für die Vorlage der Bezugsurkunden bei Gericht.

Die Beurteilung, ob der Beweis erbracht ist oder nicht, heißt Beweiswürdigung. Nach dem Grundsatz der gesetzlichen Beweistheorie (älteres Recht) stellt das Gesetz starre Vorschriften dafür auf, wann der Beweis erbracht (positive Beweistheorie) oder wann er mißlungen (negative Beweistheorie) ist. Auf die wirkliche Überzeugung des Richters kommt es da im Gegensatz zur freien Beweiswürdigung nicht an. Wo also die gesetzliche Regel mit dieser Überzeugung nicht übereinstimmt, liegt eine Fiktion vor. Im Rahmen einer gesetzlichen Beweistheorie kann auch zwischen vollständigem und unvollständigem Beweis unterschieden werden. Letzterer ist gegeben, wenn nicht der ganze gesetzlich als Beweis anzusehende Tatbestand verwirklicht ist, aber der Teil auf andere gesetzlich bestimmte Weise, z. B. durch Eid, ergänzt werden kann. Es müssen also die Ergebnisse der Beweisführung mit zwei verschiedenen Beweismitteln miteinander vereinigt werden.

Der Ausdruck „indirekter Beweis“ ist doppeldeutig. Er kann bedeuten: 1. Aus der angenommenen Unrichtigkeit des Beweissatzes wird auf die Unmöglichkeit von als richtig Feststehendem und damit mittelbar auf die Unmöglichkeit der Unrichtigkeit des Beweissatzes geschlossen; z. B.: Hätte der Beklagte aufgepaßt, so hätte er bremsen müssen; nun hat er nicht gebremst, folglich hat er nicht aufgepaßt. 2. Es ist nicht nötig, die Schlußreihe bis auf den Beweissatz zu führen; sie kann früher, bei einem Hilfsbeweissatz enden. Von da bis zum Hauptbeweissatz ist die Schlußfolgerung nicht mehr zwingend, sondern nur möglich, problematisch (Wahrscheinlichkeitsschluß). An und für sich wäre damit der Beweis mißlungen. Doch gibt es davon zwei Ausnahmen: a) Der Indizienbeweis (Beweis durch Anzeigen): Mehrere Hilfsbeweissätze sind bewiesen und von jedem kann ein Wahrscheinlichkeitsschluß auf den Hauptbeweissatz gezogen werden. Dabei greifen die Hilfsbeweissätze noch oft ineinander über. Ihre Gesamtheit und insbesondere die Tatsache ihres Zusammentreffens bewirken die richterliche Überzeugung vom Hauptbeweissatz. b) Die rechtliche Vermutung: Das Gesetz selbst ergänzt die Schlußreihe vom Hilfsbeweissatz auf den Hauptbeweissatz. Das kann wieder in zweifacher Weise geschehen: α) Der Gegenbeweis — daß man vom Hilfsbeweissatz auf den Hauptbeweissatz nicht schließen dürfe — ist zulässig; widerlegliche Vermutung. β) Dieser Beweis ist

unbeachtlich: unwiderlegliche Vermutung: Hier liegt, wenn der Hauptbeweissatz im Einzelfall unrichtig ist, eine Fiktion vor. Keine Vermutung ist die Interimswahrheit: Der Richter muß unmittelbar kraft Gesetzes auch ohne Beweis etwas für richtig annehmen, solange die Unrichtigkeit nicht nachgewiesen ist; vgl. z. B. § 25 abGB.

Der Gegner des Beweisführers kann dessen Tätigkeit bekämpfen durch 1. eine Beweiseinrede, d. i. die Behauptung, daß der Beweis unzulässig oder mangelhaft sei. a) Unzulässigkeit α) des Beweismittels; z. B. Zeugenbeweis gegen den Widerspruch beider Parteien oder Parteivernehmung über einen Beweissatz, für den andre Beweismittel vorliegen; β) des Beweisgrunds: Beantwortung unzulässiger Fragen; γ) der Beweisführung: Gegenbeweis gegen eine unwiderlegliche Vermutung; Beweis von Unerheblichem. b) Mangelhaftigkeit: α) des Beweismittels; z. B. weil die Urkunde gefälscht, der Zeuge unglaubwürdig ist; β) des Beweisgrunds: Die Aussage ist widerspruchsvoll; γ) der Beweisführung: Beeidigung eines nicht Eidesfähigen. 2. Den Gegenbeweis.

Die Beweislast kann im Einzelfall gesetzlich geregelt sein (vgl. z. B. §§ 1319f. abGB.). Mangels besonderer Regelung hat jede Partei den Tatbestand des Gesetzessatzes, dessen Rechtsfolge sie für sich in Anspruch nimmt, nachzuweisen. Tatsachen, die eine Ausnahme vom Gesetzessatz zur Folge haben, muß, wenn er sie einwendet, der Gegner beweisen. Tatsachen wiederum, die eine Rückkehr zur Regel ergeben, die erstangeführte Partei. Wer also in der Klage Vertragserfüllung begehrt, den trifft die Beweislast bezüglich des Vertragsabschlusses, den Beklagten dagegen bezüglich der behaupteten beschränkten Geschäftsfähigkeit wegen Minderjährigkeit; bezüglich der etwa erfolgten Genehmigung des Vormunds den Kläger. Daher trifft die Beweislast auch den, der behauptet, in fremdem Namen abgeschlossen zu haben. Man kann auch sagen: Rechtserzeugende Tatsachen hat der Kläger, rechtsverneinende, also rechtshindernde und rechtsvernichtende sowie rechtshemmende der Beklagte, Ausnahmen immer der Gegner zu beweisen. Daher hat die Unklagbarkeit des in der Klage geltend gemachten Anspruchs der Beklagte zu beweisen.

Keine Beweisführung ist die Glaubhaftmachung (Bescheinigung). Sie begründet nicht die Überzeugung, also das Gewißheitsurteil von der Richtigkeit einer Behauptung, sondern nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil (problematisches Urteil).

B. Grundsätze des geltenden Beweisrechts. Die ZPO. gebraucht den Ausdruck „Beweis“ nicht nur im technischen Sinn, wie z. B. in §§ 268, 273 a. A., sondern auch für Beweisführung (vgl. §§ 76, 310 II), Beweisgrund (vgl. § 275 II), Beweismittel (vgl. § 271 II) und Beweisergebnis (vgl. §§ 279 II, 292 I).

I. Beweissätze sind nicht (untaugliche Beweissätze):

a) ein Recht oder Rechtsverhältnis. Wer es nachweisen will, muß den Tatbestand, an den es als Rechtsfolge geknüpft ist, beweisen; nur dieser ist Beweissatz.

b) Unerhebliche Tatsachen. Beweis darüber ist mit Beschluß zurückzuweisen (§ 275 I mit § 425 I ZPO.), gegen den es keinen abgeordneten Rekurs gibt (§ 291 I ZPO.).

c) Inländisches gesetztes Recht sowie der ganzen Gerichtsbank bekanntes ausländisches, Gewohnheitsrecht und solche Privilegien und Statuten (§ 271 ZPO.).

d) Tatsachen, die ohne Beweis für wahr zu halten sind (Beweisersatz):

α) Von einer Partei behauptete, vom Gegner gerichtlich zugestandene Tatsachen (§ 266 ZPO.; vgl. auch „streitige“ Tatsachen, § 277 ZPO.), ausgenommen im Falle beschränkter Beweismittel und bezüglich des von Amts wegen zu Berücksichtigenden. Das Gesetz sagt, daß solche Tatsachen keines Beweises „bedürfen“. Darnach ist ein Beweis „unerheblich“ und daher vom Gericht zurückzuweisen (§ 275 I ZPO.). Geständnis ist die günstige Stellungnahme gegenüber einer gegnerischen tatsächlichen Behauptung. Das Geständnis des Vertreters wirkt wie das der Partei, bei Bevollmächtigten aber nur, soweit es nicht von der miterschiedenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt wird (§ 34 ZPO.). Das Geständnis eines einfachen Streitgenossen ist ohne Wirkung auf den andern; bei unzertrennlicher Streitgenossenschaft liegt, wenn der eine etwas zugesteht, der andere nicht, der Fall so, wie wenn eine einzelne Partei widersprechende Erklärungen abgegeben hätte. Das Geständnis des einfachen Nebenintervenienten ist als solches unwirksam, weil nur seine unterstützenden Prozeßhandlungen für die Hauptpartei wirken.

Das Geständnis ist gerichtlich, wenn es im selben Prozeß 1. in einem vorbereitenden Schriftsatz, 2. bei einer mündlichen Verhandlung, 3. im Protokoll des helfenden Richters erfolgt. Außergerichtlich ist daher das Geständnis vor dem helfenden Richter, wenn es nicht protokolliert wird; doch ist allenfalls Protokollergänzung möglich. Außergerichtlich ist aber auch das Geständnis bei einer Einvernehmung oder in einem Schriftsatz, der nicht vorbereitend ist. Einer Annahme des gerichtlichen Geständnisses durch den Gegner bedarf es nicht, doch muß er die Tatsache vor- oder nachher (vorgängiges Geständnis) behauptet haben (§ 266 a. A. ZPO.); es genügt also nicht, daß sie für ihn von Vorteil ist.

Das gerichtliche Geständnis kann ausdrücklich oder schlüssig erfolgen (§ 267 I ZPO.). Letzteres insbesondere durch die Erklärung, auf den Beweis des Gegners zu verzichten. Auch die Erklärung des Nichtwissens oder Nichterinnerns kann nach Umständen Geständnis sein (§ 267 II ZPO.).

Die Rechtsfolge, daß durch das Geständnis der Beweis einer Tatsache kraft Gesetzes erübrigt, tritt nicht ein: 1. beim außergerichtlichen Geständnis; 2. beim gerichtlichen Geständnis mit Zusätzen und Einschränkungen (qualifiziertes im Gegensatz zum reinen Geständnis), z. B. der Vertragsabschluß wird zugestanden, aber eine beigefügte Bedingung behauptet oder ein Teilgeständnis gemacht; 3. nach Widerruf. In diesen Fällen hat das Gericht nach Umständen zu beurteilen, ob die Notwendigkeit des Beweises entfällt oder nicht.

β) Eine Tatsache, über die eine Entscheidung erfolgt ist, an welche das Gericht gebunden ist, sofern sie nicht von einer Partei bestritten wird, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt; eine solche Tatsache kann in einer Zivilprozeßentscheidung nur die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde sein. In Betracht kommt insbesondere: die Tatsache, daß eine strafbare Handlung von einem bestimmten Menschen zurechenbar begangen wurde, wenn das in einem rechtskräftigen verurteilenden inländischen Strafgerichtsurteil festgestellt worden ist (§ 268 ZPO.). Wird das Urteil erst während des Zivilprozesses rechtskräftig, so sind etwaige diesbezüglich aufgenommene Beweise unbeachtlich. Hierher gehören ferner die Wieder-
aufnahmegründe nach § 530, Z. 1 bis 4 ZPO., deren Feststellung dem Strafrichter obliegt (§ 539 ZPO.), aber auch die Fälle, in denen die Entscheidung einer Vorfrage abzuwarten ist oder letztere bereits rechtskräftig von einer Behörde überhaupt entschieden wurde. Denn jede rechtskräftige behördliche Entscheidung bindet alle andern Behörden. Das ergibt die Zuständigkeitsordnung. § 268 ZPO. ist diesbezüglich eine Einschränkung (auf Verurteilungen). Eine weitere ergibt sich dahin, daß das Gericht auf Antrag einer Partei, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt, den Entscheidungsinhalt frei überprüfen kann. In den angeführten Fällen liegt Rechtskraftwirkung vor.

Hat aber die zuständige Behörde keine rechtskräftige Entscheidung gefällt und ist auch keine solche abzuwarten, so entscheidet das Gericht, wenn es nicht nach §§ 190f. ZPO. vorgeht, wie erwähnt, über jede Vorfrage frei, auch wenn es darüber als Hauptsache nicht entscheiden könnte.

γ) Ausgenommen die Fälle beschränkter Beweismittel: „bei dem Gerichte“, d. h. allen erkennenden Richtern, wenn auch nicht andern Personen, offenkundige Tatsachen (§ 269 ZPO., vgl. auch §§ 4 I, 149 II, 402 I, Z. 2 ZPO.). Sie brauchen nicht einmal behauptet zu werden. Das gilt arg. sil. auch für privates, also nicht amtlich erworbenes, Wissen des Richters und ebenso für Kenntnisse aus einem andern Verfahren. Was dagegen bloß aktenkundig ist, ist nicht offenkundig.

δ) Im Falle einer gesetzlichen Vermutung, die im Zweifel widerleglich ist, der Hauptbeweissatz, wenn der Hilfsbeweissatz feststeht (§ 270 ZPO.). Solche Fälle sind z. B. §§ 24, 138, 155 ff., 163, 925, 1427 ff. abGB.; unwiderleglich ist die Vermutung nach § 1033 abGB. Zu den widerleglichen Vermutungen gehört dagegen der Fall des § 294 ZPO.: Unversehrte (§ 296 ZPO.), von den Ausstellern echt unterschriebene oder mit ihrem öffentlich beglaubigten Handzeichen versehene Privaturkunden beweisen die Echtheit der darin enthaltenen Erklärungen, d. i. den Umstand, daß sie von den Ausstellern herrühren; Hilfsbeweissatz ist also die Echtheit der Unterfertigung. Bezüglich Schrift, Unterschrift und Handzeichen gelten die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere auch HKD. v. 22. X. 1814, JGS. 1106 und HD. v. 19. II. 1846, JGS. 938 über hebräische oder jüdische Unterschriften oder einen solchen Text (Art. VII, Z. 2 EGZPO.). Der Einwand unrichtiger Ausfüllung eines unterfertigten Blanketts oder der Verfälschung ist aber nicht ausgeschlossen; ebenso wenig Anfechtung wegen Zwangs, Irrtums oder Betrugs, Geltend-

machung anderer Ungültigkeitsgründe des schriftlich vorliegenden Vertrags u. dgl.

e) Parteivorbringen, das infolge Säumnis des Gegners für wahr zu halten ist (Art. VII, Z. 4 EGZPO. mit Art. 37 HGB., §§ 254, 396, 398, 400, 442 ZPO.): Säumniswahrheit. Sie gilt nicht für das von Amts wegen zu Berücksichtigende.

Zum gegenseitigen Verhältnis der erwähnten untauglichen Beweissätze bei der Sachverhaltsfeststellung ist insbesondere zu sagen, daß gerichtliches Geständnis der Säumniswahrheit, Offenkundigkeit beider, ihr gesetzliche Vermutung und Entscheidungsbindung allen vorgeht. Bei Widerspruch zwischen rechtskräftigen Feststellungen ist die spätere maßgebend. Für von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände ist Säumniswahrheit und Geständnis nur ein Indiz. Ein Gegenbeweis kann nur unwiderlegliche Vermutungen und Entscheidungsbindung nicht entkräften.

II. Bei Beweisführung durch die Partei sind nur folgende Beweismittel zulässig: a) Urkunden, wozu auch Auskunftssachen gehören (§ 318 ZPO.). b) Zeugen, c) Sachverständige, d) Augenscheinsgegenstände (der Augenschein, also die Wahrnehmung des Richters ist Beweisführung, und zwar Beweisaufnahme, nicht Beweismittel), e) Parteien. Parteivereinbarung bezüglich der Beweismittel ist, abgesehen von § 183 II ZPO. und e min., unbeachtlich (vgl. insbesondere § 178 ZPO.).

Aber nicht immer sind alle Beweismittel zulässig. a) Beschränkt sind die Beweismittel in folgenden Fällen: α) Nur Urkundenbeweis ist in den Fällen der §§ 87 a, 88, 104 JN., 30, 129 I, 215 II ZPO. zulässig. Nicht hierher gehört § 7 a IV JN., weil der Beweis z. B. auch durch Zeugen im vorbereitenden Verfahren erfolgen kann. β) Nur Zeugenbeweis bezüglich einer mündlichen letzten Anordnung, wenn ein Interessent es verlangt (§ 586 abGB.). b) Parteivernehmung ist ausgeschlossen: α) wenn nur andere Beweismittel zulässig sind; also in den oben angeführten Fällen; β) bezüglich eines Ehehindernisses, ausgenommen bei Judenehen (Art. VI, Z. 1 EGZPO. mit § 99 abGB.), nicht eines Ehetrennungsgrunds; γ) im Besitzstörungsverfahren (§ 457 II ZPO.); δ) wenn der Beweis durch andere Beweismittel erbracht werden kann (§ 371 II ZPO.). Die eidliche Parteivernehmung ist ferner im vorbereitenden Verfahren unzulässig (§ 249 II ZPO.).

Die Einschränkung der Beweismittel schließt aber nicht etwa aus, daß das Gericht einen Beweis durch ein im Einzelfall zugelassenes Beweismittel nicht für mißlungen ansehen könnte. Das ist insbesondere für § 586 abGB. von Bedeutung: Das Gericht ist nicht gehalten, auch den übereinstimmenden Zeugenaussagen unbedingten Glauben zu schenken. Ist also die letzte Anordnung, wenn diese übereinstimmende Aussage nicht erfolgen kann, unwirksam, so muß sie andernfalls noch nicht wirksam sein.

III. Die Beweisführung erfolgt: a) regelmäßig unter Mitwirkung der Partei.

α) Die Beweisanbietung erfolgt durch die Partei, und zwar in

den überreichten Schriftsätzen (§§ 76, 78, 258 I ZPO.) — bzw. den sie ersetzenden protokollarischen Anbringen — insbesondere in der Klage (§ 226 I ZPO.) und in der Klagebeantwortung (§ 243 II ZPO.), aber auch mündlich in der Verhandlung (§ 178; vgl. aber §§ 44, 48 f., 179 ZPO.). Der urkundliche Nachweis der Gerichtsstandvereinbarung muß bereits in der Klage erfolgen (§ 104 I JN.). Die Beweisangebotung ist ohne Zustimmung des Gegners unwiderruflich: 1. Bei Urkunden nach erfolgter Vorlegung (§ 302 ZPO.) — nicht bloßer Niederlegung (§ 82 ZPO.) — oder Verlesung durch den Beweisführer; 2. bei Zeugen mit dem Erscheinen derselben zur Vernehmung (§ 345 ZPO.); 3. bei Sachverständigen nach Beginn der Beweisaufnahme (z. B. Auftrag zur Erstattung des schriftlichen Gutachtens) oder Erscheinen zur Vernehmung (§ 363 I ZPO.). Man spricht hier von Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. Sie gibt es beim Beweis durch Augenschein oder Parteivernehmung nicht.

β) Die Beweisaufnahme bedarf stets eines Beweisbeschlusses. Ihn fällt in Senatssachen der Senat (§ 34 I JN. und arg. contr. § 183 I, Z. 4 mit § 182 ZPO.), auch wenn der Vorsitzende in Ausübung seiner diskretionären Gewalt die Beweismittel beschafft hat und ohne daran gebunden zu sein. Der Beschluß ist nicht mit abgeordnetem Rechtsmittel anfechtbar und prozeßleitend, daher jederzeit widerruflich. Er hat den Beweissatz und die Beweismittel genau zu bezeichnen, muß aber nur ausgefertigt werden, wenn mittelbare Beweisaufnahme angeordnet wird. In die Ausfertigung ist auch der bisherige Sachverhalt insoweit aufzunehmen, als das für die Ausführung der Beweisaufnahme nötig ist (§ 277 ZPO.).

Alle nicht sogleich bei der Verhandlung ausführbaren Beweisaufnahmen sind, wenn nichts anderes nötig oder zweckmäßig ist, erst nach vollständiger Erörterung des Sachverhältnisses in einem (kumulativen) Beweisbeschluß anzuordnen (§ 278 I ZPO.). Die Beweisaufnahme ist auf Antrag befristet anzuordnen (§ 279 I, kein Rekurs, § 291 II ZPO.): 1. wenn ihr ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, z. B. es unbekannt ist, wo sich ein Zeuge oder eine Urkunde befindet; 2. wenn ihre Ausführbarkeit zweifelhaft ist, z. B. ungewiß ist, ob der Augenscheingegenstand noch existiert, der Zeuge noch lebt; 3. wenn sie im Ausland erfolgen soll; im Falle des § 283 ZPO. erfolgt hier aber die Fristbestimmung von Amts wegen; 4. vgl. auch § 309 und 5. § 335 ZPO.

Der Beweisbeschluß kann auf Antrag auch die stenographische Aufzeichnung der Beweisaufnahme anordnen (§ 280 ZPO.). Er ist stets zu protokollieren.

Der in der Beweisangebotung liegende Antrag ist ausdrücklich zurückzuweisen (kein absonderter Rekurs, § 291 I ZPO.): 1. wenn die Partei unerheblich scheinende Beweise, d. s. Beweise über Unerhebliches, anbietet (§ 275 I ZPO.); 2. auf Antrag oder von Amts wegen, wenn die Beweisangebotung in Verschleppungsabsicht (vgl. §§ 179, 181 II, 275 II, 278 II ZPO.) geschieht. Die erfolglose Beweisangebotung ist im Urteil anzuführen (§ 417 III ZPO.); 3. bei Beweisangebotung nach Verhandlungs-

schluß (ohne Wiedereröffnung); 4. wenn Beweis über einen untauglichen Beweissatz angeboten wird; 5. wenn die Beweisaufnahme unmöglich oder so gut wie unmöglich erscheint (Vernehmung eines Verschollenen als Zeugen, Augenschein im Polargebiet oder Urwald). Dagegen nicht, weil sich das Gericht kein bedeutsames Ergebnis verspricht.

Der Beweisbeschluß hat grundsätzlich unmittelbare Beweisaufnahme (d. i. durch das erkennende Gericht), die in der Verhandlung geschieht, anzuordnen (§ 276 ZPO.). Ausnahmsweise kann Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung angeordnet werden. Sie muß (§§ 35f. JN., § 282 ZPO.) durch einen helfenden Richter geschehen; und zwar wenn sie am Prozeßgerichtsort oder in dessen Nähe vor sich geht, durch ein Mitglied des Prozeßgerichts, in Senatssachen in der Regel durch ein Mitglied des mit der Sache befaßten Senats. Eine Beweisaufnahme außerhalb der Verhandlungstagsatzung durch den ganzen Senat ist aber wirksam. Die Verlesung von Protokollen über Beweisaufnahmen in einem andern Verfahren ist, auch wenn dieselbe Gerichtsbank fungiert, die den Beweis dort unmittelbar aufgenommen hat, nur zulässig: 1. wenn die Voraussetzungen mittelbarer Beweisaufnahme vorliegen; 2. wenn der Beweis nicht mehr unmittelbar aufgenommen werden kann, z. B. weil der zu Vernehmende unbekanntes Aufenthalts, geisteskrank geworden oder gestorben ist, oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand zugrunde gegangen ist. Die Protokollverlesung ist aber Urkundenbeweis nur bezüglich der Tatsache, daß sich der protokollierte Beweisgrund, z. B. die Aussage, ergeben hat. Zulässigkeit, gehörige Aufnahme und Würdigung bestimmt sich jedoch immer nach der Art des verwendeten Beweismittels; so z. B. die Frage der Eidesfähigkeit des Zeugen.

Die Fälle der zulässigen Beweisaufnahme durch den helfenden Richter sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt (§ 276 I ZPO.). Es sind das:

1. Bezüglich aller Beweismittel: A. Beweisaufnahme im Ausland. Hier wird die Vorlegung der Akten über die Beweisaufnahme von Amts wegen befristet (§ 283 ZPO.). B. Die vorbereitende Beweisaufnahme.

2. Bezüglich der Augenscheinsgegenstände, Zeugen und Sachverständigen: Beweissicherung A. wenn noch kein Prozeß anhängig ist; B. in dringenden Fällen (§ 384 III ZPO.); C. in den Fällen der Art. 348, 365 und 407 HGB. (Art. XLIV EGZPO.).

3. Für einzelne Beweismittel: A. Urkunden I. auf Antrag oder von Amts wegen (kein Rekurs, § 319 I ZPO.), wenn die Vorlegung der Urschrift in der mündlichen Streitverhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung bedenklich erscheint. Der Beweisbeschluß kann auch die Vorlegung einer Abschrift oder eines Auszugs der Urkunde mit dem Protokoll über die mittelbare Beweisaufnahme anordnen (§ 300 ZPO.).

II. Ohne weitere Voraussetzung, wenn sich vorzulegende Handelsbücher (Art. VII, Z. 4 EGZPO. mit Art. 39 HGB.) oder III. Tagebücher und Schlußnoten von Handelsmäklern (Art. VII, Z. 5 EGZPO. mit Art. 79 HGB.) außerhalb des Prozeßgerichtssprengels befinden.

B. Zeugen (§ 328 ZPO.): I. Wenn der Zeuge am Erscheinen vor dem erkennenden Gericht verhindert ist; II. die Zeugenvernehmung an Ort und Stelle der Wahrheitsermittlung förderlich erscheint; III. vor dem erkennenden Gericht erheblich schwieriger oder unverhältnismäßig kostspieliger wäre, wenn nicht letzternfalls der Antrag auf unmittelbare Beweisaufnahme gestellt wird und eine Partei erklärt, die Mehrkosten unerstattbar vorzuschießen, worauf das Gericht (Vorsitzender) eine Fallfrist im Sinne des § 279 ZPO. für den Erlag bestimmen kann (kein Rekurs; § 328 IV mit §§ 332 II, 349 II ZPO.); IV. kann ein Zeuge seine Wohnung zur Vernehmung nicht verlassen oder ist er dazu nicht verpflichtet, wie nach gewissen Staatsverträgen fremde Konsularfunktionäre (Art. VIII EGZPO.) so ist er in seiner Wohnung zu vernehmen, soweit kraft Staatsvertrags nicht auch schriftliche Zeugnisablegung zulässig ist.

C. Sachverständige: Wenn ein durch Sachverständige zu besichtigender Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann (z. B. bei Besichtigung einer Örtlichkeit) oder der unmittelbare Sachverständigenbeweis sonst erheblich schwieriger wäre (§ 352 I ZPO.; kein Rekurs, § 366 II ZPO.). Überhaupt gelten diesbezüglich die gleichen Vorschriften wie beim Zeugenbeweis (§ 367 ZPO.).

D. Augenschein: Wenn der zu besichtigende Gegenstand nicht vor das erkennende Gericht gebracht werden kann oder der unmittelbare Beweis sonst erheblich schwieriger wäre (§ 368 II ZPO., kein Rekurs). Allenfalls kann aber die Verhandlung an den Ort des Augenscheinsgegenstandes verlegt werden (§ 132 II ZPO.).

E. Parteivernehmung. Hier sind die Voraussetzungen der mittelbaren Beweisaufnahme erschwert. Nur wenn dem persönlichen Erscheinen unübersteigliche Hindernisse entgegenstehen, kann außer dem Falle der unverhältnismäßigen Mehrkosten die mittelbare Beweisaufnahme angeordnet werden (§ 375 II ZPO. und Ähnlichkeitsschluß bezüglich des beauftragten Richters).

Ist unmittelbare Beweisaufnahme angeordnet und kann sie nicht sogleich vorgenommen werden, weil z. B. der Zeuge nicht anwesend ist oder die Urkunde nicht vorliegt, so ist die Tagsatzung zu erstrecken, die neuerliche Tagsatzung aber nicht nur zur Beweisaufnahme, sondern auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu bestimmen. Ist mittelbare Beweisaufnahme angeordnet worden, ohne daß die Verhandlung vorzeitig geschlossen wird, und läßt sich nicht von vornherein bestimmen, wann die mittelbare Beweisaufnahme beendet sein wird, so ist die neuerliche Tagsatzung nach dem Einlangen der Beweisaufnahmeakten von Amts wegen anzuberaumen (Vorsitzender, § 281 ZPO.).

γ) Die Beweisaufnahme erfolgt stets durch das Gericht; sie ist verschieden, je nachdem, um welches Beweismittel es sich handelt. Die unmittelbare Beweisaufnahme vor dem Senat bereitet der Vorsitzende vor, der insbesondere auch die erforderlichen Ladungen ergehen läßt. Die Parteien können die von ihnen benannten Zeugen oder Personen, die sie als Zeugen oder Sachverständigen vernehmen lassen wollen, auch ohne

Ladung zur Verhandlung mitbringen (§ 288 II ZPO.). Der helfende Richter ordnet die Tagsatzung zur Beweisaufnahme von Amts wegen an (§ 288 I ZPO.) und hat bezüglich der letzteren alle Befugnisse des Vorsitzenden (§ 284 I ZPO.; vgl. auch §§ 143, 203 ZPO.), aber auch andere, soweit sie nicht ausdrücklich dem Prozeßgericht vorbehalten sind (§ 284 II ZPO.).

Diesem steht insbesondere allein zu: 1. Die Bestimmung der Frist für eine Beweisaufnahme. 2. Die Gestattung stenographischer Aufzeichnung der Beweisaufnahme (§ 280 a. A. gegen § 209 V mit § 214 II ZPO.). 3. Die Ergänzung der beendigten Beweisaufnahme nach § 289 II ZPO. 4. Der Urkundeneditionsauftrag nach § 308 ZPO. (anders § 303 I ZPO.). 5. Die Anordnung nach § 307 I ZPO. 6. Die Beschlußfassung über den Einfluß der Weigerung des Zeugen oder Sachverständigen auf das Verfahren nach §§ 326 I, 336 III, 367 ZPO. 7. Der Beschluß über den Kostenersatz des Aussage oder Eid verweigernden Zeugen oder Sachverständigen nach §§ 326 III, 336 III, 354 ZPO.; anders bei Ausbleiben (§ 333 I ZPO.). 8. Im Falle ausländischer Beweisaufnahme hat (§ 283 I ZPO.) der Beweisführer den Gegner, wenn möglich, von Ort und Zeit so zeitig zu benachrichtigen, daß dieser seine Rechte dabei in geeigneter Art, z. B. durch einen ausländischen Vertreter, wahrnehmen kann, widrigens das Prozeßgericht entscheidet, ob und inwieweit der Beweisführer den Beweis benützen darf. 9. Die Entscheidung über die Exekution gegen den sich weigernden Zeugen und die Anordnung einzelner Zwangsmittel (§ 325 II ZPO.).

Dem ersuchten — nicht dem beauftragten — Richter stehen außer den dem helfenden Richter überhaupt zukommenden Befugnissen noch die letzterwähnte Entscheidung sowie, wenn das Ersuchen von einem privaten Schiedsgericht nach § 589 ZPO. ausgeht, auch alle dem erkennenden Gericht vorbehaltenen Prozeßhandlungen bezüglich der Beweisaufnahme zu. Ergibt sich während der mittelbaren Beweisaufnahme die Notwendigkeit einer dem erkennenden Gericht vorbehaltenen Prozeßhandlung, so muß der helfende Richter die Beweisaufnahme unterbrechen, dem Prozeßgericht Bericht erstatten und dessen Erledigung abwarten. Das Prozeßgericht hat die allenfalls erforderliche Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen anzuberaumen. Muß während der mittelbaren Beweisaufnahme zwecks Durchführung oder Vollendung derselben das Ersuchen an ein anderes Gericht ergehen, so stellt es der helfende Richter unmittelbar; er kann das auch tun, wenn ihm die Beweisaufnahme vor dem ersuchten Gericht sachgemäß erscheint (§ 285 ZPO.).

Die Beweisaufnahme ist, ausgenommen bei Zeugenvernehmung fremder Konsularfunktionäre auf Grund von Staatsverträgen in ihrer Wohnung und von Exterritorialen durch eine Gerichtscommission, parteiöffentlich; die Parteien haben ein Fragerecht. Die Beweisaufnahme erfolgt, wenn möglich aber auch dann, wenn keine der verständigten (vgl. aber § 283 II ZPO.) Parteien erscheint. Ist also die Tagsatzung nicht auch zur mündlichen Verhandlung bestimmt, so tritt kein Ruhen des Verfahrens ein. Das Gericht (Senat) kann jedoch eine Ergänzung der Beweisaufnahme

zulassen (kein Rekurs, § 291 II ZPO.; gegen die Abweisung eines diesbezüglichen Antrags kein abgesonderter Rekurs, § 291 I ZPO.), wenn eine Partei glaubhaft macht, daß sie wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses nicht erscheinen konnte, weshalb die Beweisaufnahme wesentlich unvollständig sei, und wenn die Ergänzung ohne erhebliche Verzögerung des Prozesses möglich ist (§ 289 ZPO.).

δ) Verfahren nach Beweisaufnahme. Nach unmittelbarer Beweisaufnahme wird, wenn nicht Ergänzung nach § 289 ZPO. erfolgt, in derselben Tagsatzung (§ 281 I ZPO.) die mündliche Verhandlung fortgesetzt, wozu insbesondere auch die von dem die Verhandlung leitenden Richter nach Ermessen anzuordnende, also nicht obligatorische, Beweiserörterung gehört. Sie hat sich auf alles für den Prozeß Wesentliche zu erstrecken, was die Beweisaufnahme ergeben hat, auch wenn es über ihren Grund und Zweck, auch insbesondere über das Parteivorbringen, hinausgeht. In offener Verschleppungsabsicht erst jetzt neu Vorgebrachtes kann auf Antrag oder von Amts wegen durch Beschluß für unstatthaft erklärt werden (kein abgesonderter Rekurs, § 291 I ZPO.), wenn es nicht durch das Beweisergebnis veranlaßt ist (§ 278 II ZPO.). Es ist im Urteil anzuführen (§ 417 III ZPO.).

Die Akten über die mittelbare Beweisaufnahme, insbesondere Protokolle, Gutachten und Urkunden, prüft das Prozeßgericht (Vorsitzender, § 286 gegen § 289 II ZPO.); bei Mängeln veranlaßt es Verbesserung oder Vervollständigung. Die Akten sind sodann durch die Geschäftsstelle ohne richterlichen Auftrag (§ 601 V GeO.) unter gleichzeitiger Verständigung der Parteien bis zur nächsten zur mündlichen Verhandlung bestimmten Tagsatzung diesen zur Einsichtnahme offenzuhalten. Über den in der Zwischenzeit von einer Partei gestellten Antrag auf Verbesserung oder Ergänzung der Beweisaufnahme, der auch mündlich (Amtsvermerk!) erfolgen kann, entscheidet das Gericht (Vorsitzender, § 286 gegen § 289 II ZPO.; vgl. auch § 256 I ZPO.). Dieses erläßt auch die nötigen Verfügungen ohne Aufschub. Ergibt sich erst in der Verhandlung die Notwendigkeit einer Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme, so trifft das Gericht (Senat) die entsprechenden Anordnungen (kein Rekurs, § 291 II ZPO.); insbesondere kann es verfügen, daß das in der mündlichen Verhandlung geschehen soll (§ 286 III ZPO.), so z. B. die ergänzende Vernehmung eines anwesenden Zeugen.

Die Ergänzung oder Verbesserung einer ausländischen den österreichischen Gesetzen gemäß vorgenommenen Beweisaufnahme kann nicht deshalb verlangt werden, weil sie den Gesetzen des Beweisaufnahmeorts nicht entsprochen hat (§ 290 ZPO.). Es gilt also auch hier (vgl. § 3 ZPO.) das günstigere Recht. Ist die erforderliche Benachrichtigung des Gegners durch den Beweisführer unterblieben, so ist die Beweisaufnahme nicht nichtig, sondern das erkennende Gericht (Senat) entscheidet, wie erwähnt, nach Umständen, ob und inwieweit das Beweisergebnis in der mündlichen Verhandlung benützt werden darf (§ 283 II, S. 2 ZPO.).

Ist eine Ergänzung oder Wiederholung vor dem erkennenden Gericht nicht nötig, so ist, den Fall vorzeitigen Verhandlungsschlusses ohne

Wiedereröffnung ausgenommen, die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht wieder aufzunehmen. Das Ergebnis der mittelbaren Beweisaufnahme legt der Vorsitzende auf Grund der Akten darüber zur geeigneten Zeit bei der Verhandlung dar. Behauptet eine Partei Aktenwidrigkeit dieser Darlegung in erheblichen Punkten, so sind (zwingend!, keine Verhandlung darüber) auf ihren Antrag die Akten vollinhaltlich vorzulesen. Die Parteien können auch vor der Darlegung des Vorsitzenden in ihren Vorträgen auf den Inhalt der Beweisaufnahmeakten Bezug nehmen (§ 287 ZPO.). § 278 II ZPO. gilt auch hier. Ein erst nach Ablauf der Fallfrist erbrachter Beweis kann in der Verhandlung nicht benützt werden, wenn dadurch das Verfahren verzögert wird (§ 279 II ZPO.). Auch diesbezüglich gilt § 417 III ZPO. Gegen die Zulassung oder Abweisung des Beweises steht kein abgesonderter Rekurs (§ 291 I ZPO.), aber bei Abweisung allenfalls Wiederaufnahmsklage (§ 531 ZPO.) zu, da hier Verschleppungsabsicht nicht Tatbestandsmerkmal ist (§ 279 II gegen §§ 275 II, 278 II ZPO.).

Die Beweiserörterung geschieht also stets vor dem erkennenden Gericht.

b) Beweisführung lediglich durch das Gericht von Amts wegen bezeichnet das Gesetz meist mit dem Ausdruck „Erhebungen“ (vgl. § 35 JN., §§ 9, 162, 183, 247, 271, 473, 526, 539 ZPO.). Nur § 60 JN. und § 509 ZPO. unterscheiden „Erhebungen“ und „Beweisführungen“ bzw. „Beweisaufnahmen“. Da nun das Gericht bei seinen Erhebungen nicht auf die Beweismittel der Partei beschränkt ist, sondern (vgl. auch § 310 II ZPO.), z. B. auch Auskunftspersonen, Fakultätsgutachten und schriftliche Zeugnisse über Art. VIII EGZPO. hinaus verwenden kann, sind Erhebungen im engeren Sinn gegeben, wenn eben solche Mittel verwendet werden. Erhebungen im weiteren Sinn geschehen insbesondere zur Ermittlung von Rechtssätzen, Erfahrungssätzen und der von Amts wegen zu berücksichtigenden Tatsachen. Aber auch sonst kann das Gericht Augenscheinsgegenstände, Sachverständige und Parteien (Zeugen und Urkunden arg. min. § 183 II ZPO. nur, wenn sich nicht beide Parteseiten dagegen erklären) als Beweismittel auch von Amts wegen verwenden; vgl. §§ 351, 368, 371 ZPO. In diesen Fällen bedarf es auch eines Beweisbeschlusses. Im übrigen gilt das gleiche wie für die Beweisführung durch die Partei.

IV. Gegenstand der Beweiswürdigung ist das gesamte beachtliche Beweisergebnis, also auch, was die Beweisaufnahme über ihren Grund und Zweck, insbesondere über das Parteivorbringen hinaus ergeben hat. Unbeachtlich sind vor allem unzulässigerweise aufgenommene Beweise, z. B. die Aussage eines abgelehnten Sachverständigen oder die Zeugenaussage einer Person, die nicht als Zeuge vernommen werden darf (vgl. auch § 342 ZPO.). Aber auch die Ergebnisse rechtmäßig zurückgewiesener Beweise. Hierher gehört auch der oben angeführte Fall des § 279 II ZPO.

Bezüglich der beachtlichen Beweise gilt der nicht ausnahmslose Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 272 I ZPO.; vgl. auch §§ 266 II,

III, 267, 272 II, 381 ZPO.). Keine Ausnahme davon bildet der Beweisersatz; denn mangels eines Beweises gibt es hier keine Beweiswürdigung. Diese besteht ja, wie erwähnt, in der Beurteilung der Frage, ob der Beweis erbracht sei oder nicht. Somit ist auch § 268 ZPO. keine Ausnahme vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung und ebensowenig die Fälle beschränkter Beweismittel und unbeachtlicher Beweisergebnisse. Hier handelt es sich um eine Beschränkung der Sachverhaltsfeststellung nach freier richterlicher Überzeugung (freie Feststellung; Grundsatz der materiellen Wahrheit), aber nicht der freien Beweiswürdigung. Allerdings stellt das Gesetz (§ 272 I ZPO.) auch den ersteren Grundsatz auf; doch ist dieser in der erwähnten Weise (Beweisersatz, Beschränkung der Beweismittel, unbeachtliche Beweisergebnisse), aber auch durch die Bestimmungen über das Verzicht- und Anerkenntnisurteil beschränkt.

Weitere Beschränkungen sind aber noch in den Fällen beschränkter freier Beweiswürdigung gegeben. Hieher gehören nur folgende Fälle gesetzlicher Beweisregeln:

1. Die Zustellung an Exterritoriale oder im Ausland wird durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörde oder ihre schriftliche Mitteilung über die bewirkte Zustellung nachgewiesen (§ 122 II ZPO.).

2. Die Zustellung zwischen Anwälten wird durch die datierte unterschriebene Empfangsbestätigung des Anwalts, dem zugestellt wurde, bewiesen (§ 112 II ZPO.).

3. Eine echte, formgerechte und unversehrte (§ 296 ZPO.) öffentliche oder ihr gleichgestellte Urkunde beweist bis zum Gegenbeweis, „was darin von der Behörde amtlich verfügt oder erklärt, oder von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugt wird“ (§§ 292f. ZPO.). Da die behördliche Erklärung in der Urkunde vorliegt, ist, wenn die Urkunde echt ist (§ 310 ZPO.), ein Gegenbeweis gegen die in einer Dispositivurkunde liegende Verfügung, z. B. aus „Willensmängeln“, nicht möglich. Anders bei bloßen Beweisurkunden (berichtenden Urkunden). Bei diesen reicht übrigens die Beweiskraft inhaltlich nicht über das hinaus, was zu beweisen Aufgabe der Urkunde ist, mag auch noch anderes enthalten sein. So liefert z. B. das Zeugnis einer öffentlichen Schule über Schulbesuch und Erfolg, nicht aber über die allenfalls auch angeführten Geburtsdaten des Schülers öffentlichen Urkundenbeweis.

4. Die Förmlichkeiten der Verhandlung werden nur durch das Protokoll nachgewiesen (§ 215 II ZPO.).

Diese Fälle unterscheiden sich vom Beweisersatz dadurch, daß hier tatsächlich durch ein Beweismittel ein Beweis des Beweissatzes erbracht wird.

Nicht hierher gehört die Beweiskraft der Handelsbücher; denn die Bestimmung des ersten Satzes des durch § 295 I ZPO. aufrecht erhaltenen Art. 34 HGB., wonach ordnungsmäßig geführte Handelsbücher bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen ergänzbaren Beweis liefern, hat durch die weitere Bestimmung, die dem Richter jedes Ermessen bezüglich der Beweiskraft einräumen, keine selbständige Bedeutung, so daß auch bei Handelsbüchern in Wahrheit freie Beweiswürdigung herrscht. Nur muß das

Gericht im Einzelfall begründen, warum es dem Handelsbuch mehr oder weniger Glauben schenkt (§ 272 III ZPO.). Das gilt arg. Art. 35 HGB. auch für nicht ordnungsmäßig geführte Handelsbücher. Ebenso für die Tagebücher der Handelsmäkler (Art. 77 bis 79 HGB.). Die „erforderliche Ergänzung“ des Beweises (§ 295 I ZPO.) bedeutet nur den Fall, daß der Richter den Bucheintrag lediglich als Indiz ansieht und noch ein weiteres braucht.

Grundlage der Sachverhaltsfeststellung ist der gesamte Prozeßstoff, nicht nur das Beweisergebnis. Parteivereinbarungen bezüglich des Beweises sind nur im Rahmen des § 183 II ZPO. beachtlich. Im übrigen sind die Vorschriften über den Beweis, mit Ausnahme derjenigen über die Beweislast, zwingendes Recht. Somit ist auch der einverständliche Verzicht der Parteien auf bereits aufgenommene Beweise unbeachtlich. Bei Beurteilung ausländischer Beweisaufnahmen sind die Beweisregeln des am Beweisaufnahmeort geltenden Rechts unbeachtlich.

Bei der freien Betragsfestsetzung (§ 273 ZPO.) findet nicht freie Beweiswürdigung, sondern überhaupt keine Beweiswürdigung statt. Steht nämlich eine Forderung dem Grunde nach fest, während der Betrag nicht oder nur unverhältnismäßig schwer nachzuweisen ist, „so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen, selbst mit Übergang eines von der Partei angebotenen Beweises, diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen“. Eidliche Parteivernehmung über die maßgebenden Umstände kann vorausgehen, doch liegt hier kein Beweis vor, sondern bloß Anhaltspunkte (vgl. auch §§ 19 V, 43 V MietG.; § 16 II UnlWG.; § 6 Ges. v. 6. VI. 1887, R. 72). Weiter geht die richterliche Befugnis, wenn die unverhältnismäßigen Schwierigkeiten einzelne Ansprüche bei objektiver Klagenhäufung betreffen, die im Verhältnis zum Gesamtbetrag unbedeutend sind: In diesem Falle entscheidet nämlich das Gericht auch über den Bestand dieser Ansprüche nach freier Überzeugung; ebenso nach §§ 1162 c abGB., 32 GutsAngG., 32 AngG., 43 SchauspG., 22 HausgG., 29 MSchG., 109 PatG. und Art. 27 II HGB.

C. Die Glaubhaftmachung kann durch alle Beweismittel, aufgenommen eidliche Parteivernehmung, erfolgen, aber nur, wenn die Beweisaufnahme sofort ausführbar ist. Die besonderen Vorschriften für das Beweisverfahren müssen nicht eingehalten werden (§ 274 ZPO.). Insbesondere sind nicht nur die Beweismittel der ZPO. verwendbar. Bescheinigungsmittel kann also auch die Mitteilung einer Urkundsperson, eine ehrenwörtliche Versicherung, ein schriftliches Zeugnis oder die dem Anwalt gegebene Information sein. Insoweit andererseits das Gericht gehalten ist, gewisse Tatsachen ohne Zulassung eines Gegenbeweises für wahr anzusehen, wäre auch eine Bescheinigung ihrer Unwahrheit beachtlich. Untaugliche Beweissätze sind auch nicht Gegenstand der Bescheinigung. Fälle: §§ 54, 115 I, 128 IV, 129 II, 135 I, 156 ZPO. u. a.; es handelt sich nie um Sachentscheidungsgrundlagen.

D. Die einzelnen Beweismittel. 1. Urkunden im weiteren Sinn sind zur Erinnerung an einen Vorgang hergestellte körperliche Sachen; Urkunden im engeren Sinn solche Schriftstücke.

a) Urkunden, mit denen eine Partei Beweis führen will (Bezugsurkunden) werden zu Beweis Zwecken vor das Gericht geschafft.

α) Durch dieses selbst (§ 297 ZPO.) in den gesetzlich bestimmten Fällen, und zwar 1. wenn sie bei einer öffentlichen Behörde oder 2. bei einem Notar verwahrt sind und die Partei sie nicht allein herbeischaffen kann. Der Antrag kann in der Klage, Klagebeantwortung, in vorbereitenden Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung (§ 301 ZPO.) gestellt werden. Gegen die auf Grund der gestellten Anträge ergehenden Entscheidungen gibt es keinen Rekurs (§§ 229, 243 III, 257 f., 319 I ZPO.). Bei Stattgebung trifft der Richter (Vorsitzender, aber auch der vorbereitende Richter, § 250 II ZPO.) die geeigneten Verfügungen (§ 301 ZPO.). In den Fällen des Art. XXXVIII EGZPO. Art. 37, 79 HGB. und bezüglich des von Amts wegen zu Berücksichtigenden besteht das Erfordernis, daß die Partei die Urkunde nicht selbst beschaffen könnte, nicht.

β) Durch den Beweisführer (Beweisantrittung). Diese Vorlegung unterscheidet sich von der obenerwähnten Niederlegung der Urkunde (§ 82 ZPO.). Während diese zur Einsicht- und allenfalls Abschriftnahme des Gegners erfolgt, damit er seine Verteidigung darnach einrichten könne, geschieht die Vorlegung zur Beweisführung. Sie muß so erfolgen, daß das Gericht und die Gegenpartei vom ganzen Inhalt Einsicht nehmen können. Nur wenn bloß einzelne Urkundenteile in Betracht kommen, kann das Gericht nach Einsicht in den ganzen Urkundeninhalt auf Antrag anordnen (kein Rekurs, § 319 I ZPO.), daß dem Gegner nur Eingang, Schluß, Datum, Unterschrift und die maßgebenden Stellen vorgewiesen werden (§ 298 ZPO.). Von Handelsbüchern ist auch bloß so viel vorzulegen, als den Streitpunkt betrifft. Nur der Richter kann von dem übrigen Inhalt so weit Kenntnis nehmen, als notwendig ist, die ordnungsmäßige Führung zu prüfen. In Erbschafts- und Gütergemeinschaftssachen sowie in Gesellschaftsteilungsstreitigkeiten kann die Vorlegung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnisnahme angeordnet werden. Bei mittelbarer Beweisaufnahme wird ein Auszug mit dem Protokoll übersendet (Art. VII, Z. 4 EGZPO. mit Art. 38 bis 40 HGB.).

Hat die Partei nur eine Abschrift vorgelegt, so kann ihr auf Antrag des Gegners oder von Amts wegen die Vorlage der Urschrift aufgetragen werden (kein Rekurs, § 319 I ZPO.). Wird der Auftrag nicht befolgt, so beurteilt das Gericht nach Ermessen, insbesondere unter Würdigung der Gründe für die Nichtvorlage der Urschrift, allenfalls auch mit Rücksicht darauf, daß das Gericht die nach § 82 ZPO. seinerzeit niedergelegte Urschrift eingesehen hatte, oder daß die Abschrift beglaubigt ist, die Glaubwürdigkeit der Abschrift (§ 299 ZPO.).

γ) Durch den Gegner des Beweisführers. Behauptet eine Partei (Streitgenosse, Nebenintervenient), daß sich eine für ihre Beweisführung erhebliche Urkunde in den Händen des Gegners befindet, so kann das Gericht im Falle des Art. XXXVIII EGZPO. bezüglich des Beklagten, ferner beim Tagebuch eines Handelsmäcklers (Art. VII, Z. 5 EGZPO. mit Art. 79 HGB.) und zur Ermittlung des von Amts wegen zu Berücksichtigenden auch von Amts wegen, sonst nur auf Antrag des Beweisführers dem

Gegner die Vorlage der Urkunde (Urkundenedition) durch Beschluß auftragen (kein abgesonderter Rekurs, § 319 II ZPO.), so insbesondere auch seiner Handelsbücher (Art. VII, Z. 4 EGZPO. mit Art. 37 HGB.). Verpflichtet zur Herausgabe ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen jeder Streitgenosse, daher auch der streitgenössische, nicht aber der gewöhnliche Nebenintervenient, da dieser nur Prozeßhandlungen zur Unterstützung der Hauptpartei vornehmen kann. Der Vertreter ist zur Vorlage nur verpflichtet, wenn er die Urkunde namens eines Gegners besitzt. Der Antragsteller hat eine Abschrift beizubringen oder, wenn er das nicht kann, den Urkundeninhalt möglichst genau und vollständig anzugeben; überdies den Beweissatz. Die Umstände, die den Besitz der Urkunde seitens des Gegners wahrscheinlich machen, sind darzulegen. Wird der Antrag außerhalb der mündlichen Verhandlung gestellt, so ist der Gegner einzuvernehmen (§ 303 ZPO.). Die Entscheidung fällt in Senatssachen, unbeschadet der entsprechenden Prozeßleitungsbefugnis des Vorsitzenden, der Senat, bei mittelbarer Beweisaufnahme oder im vorbereitenden Verfahren aber auch der helfende Richter (§§ 249, 284 mit § 303 I „Gericht“ gegen § 308 I ZPO. „Prozeßgericht“) (strittig).

Der Gegner kann die Vorlage nicht verweigern 1. wenn die Urkunde von ihm selbst zwecks Beweisführung bezogen wurde, mag er auch nachträglich auf die Beweisführung verzichtet haben; 2. wenn er nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung oder Vorlage verpflichtet ist, z. B. kraft Leihvertrags oder bezüglich des Schuldscheins nach Bezahlung der Schuld; 3. wenn die Urkunde ihrem Inhalt nach beiden Parteien gemeinschaftlich ist, insbesondere wenn sie im Interesse beider errichtet wurde oder ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse darin bekundet sind. Dazu gehört auch eine Urkunde betreffend Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft zwischen ihnen, allenfalls mit dem gemeinsamen Vermittler (§ 304 ZPO.), Spruch und Zustellungsbeurkundungen im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 593 II ZPO.), aber auch ein letzter Wille, in dem beide eingesetzt sind. In diesen Fällen kann die Vorlage auch mit selbständiger Klage gefordert werden (Art. XLIII EGZPO.). Das Gesagte gilt auch für die Handelsbücher und das Tagebuch des Handelsmäklers, da es den Art. 37 bis 40, 79 HGB. nicht widerspricht.

In anderen Fällen kann die Vorlage von Urkunden verweigert werden (§ 305 ZPO.): 1. Wenn der Inhalt Angelegenheiten des Familienlebens betrifft; 2. wenn der Gegner durch die Vorlage eine Ehrenpflicht verletzen würde: Er hat sich z. B. ehrenwörtlich verpflichtet, ein bei ihm hinterlegtes Dokument niemandem zu zeigen; 3. wenn das Bekanntwerden der Urkunde der Partei oder einem Dritten zur Schande gereichen oder 4. die Gefahr strafgerichtlicher (nicht bloß polizeilicher, disziplinärer oder gefälliggerichtlicher) Verfolgung nach sich ziehen würde; letzteres ist nicht der Fall, wenn der Betreffende diesbezüglich bereits rechtskräftig bestraft wurde; 5. wenn die Partei durch die Vorlage der Urkunde eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht, von der sie nicht gültig entbunden wurde, verletzen würde. Hierher gehört z. B. die Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwälten bezüglich des ihnen in ihrer Eigenschaft

von der Partei (auch eines andern Verfahrens) Anvertrauten (§ 321 I, Z. 4 ZPO. § 9 II RAO.) oder der Hebammen (§ 1 II, Ges. v. 2. VII. 1925, B. 214); 6. wenn die Partei ein eigenes oder fremdes Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzen würde; 7. wenn andere gleich wichtige Gründe für die Nichtvorlegung vorhanden sind. Betrifft einer dieser Gründe nur einzelne Urkundenteile, so ist ein beglaubigter Auszug vorzulegen (§ 306 ZPO.).

Leugnet der Gegner die Inhabung der Urkunde und erachtet das Gericht die letztere für erheblich sowie die Vorlagepflicht für gegeben, so kann es die Vernehmung und eidliche Abhörung des Gegners anordnen, um zu ermitteln, ob dieser die Urkunde innehat oder weiß, wo sie zu finden ist oder ob sie nicht etwa von ihm oder auf seine Veranlassung, um sie dem Beweisführer zu entziehen, beseitigt oder unbrauchbar gemacht worden ist (§ 307 I ZPO.). Für diese Vernehmung gelten die allgemeinen Bestimmungen über Parteivernehmung (§ 382 II ZPO.); insbesondere daß in der Regel zuerst beide Parteien ohne Beeidigung zu befragen sind (§ 376 ZPO.). Daher kann diese Anordnung nur das erkennende Gericht treffen, dessen Entscheidung gegebenenfalls der helfende Richter einholen muß.

Gibt der Gegner die Inhabung zu, verweigert er aber die Vorlage, lehnt er bezüglich einer Urkunde, deren Inhabung er leugnet, die Vernehmung oder eidliche Aussage ab, oder ergibt sich aus seiner Aussage, daß die Urkunde absichtlich beseitigt, insbesondere einem nicht Herausgabepflichtigen übergeben, oder unbrauchbar gemacht worden sei, so beurteilt das Gericht nach Ermessen unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände, welchen Einfluß das habe, insbesondere, ob die Angaben des Beweisführers über den Urkundeninhalt als erwiesen anzusehen sind (§ 307 II ZPO.); letzteres ist zwingend zum Nachteil des die Vorlegung von Handelsbüchern Verweigernden anzunehmen (Vermutung; Art. VII, Z. 4 EGZPO. mit Art. 37, S. 2 HGB.). Das Gesagte gilt aber nur, wenn die Urkundenvorlegung im Beweisbeschluß, nicht bloß kraft diskretionärer Gewalt des Vorsitzenden angeordnet wurde.

δ) Dem innehabenden Dritten kann die Vorlage auf Antrag des Beweisführers durch das Prozeßgericht befristet aufgetragen werden, wenn er nach bürgerlichem Recht zur Herausgabe oder wenigstens Vorlage verpflichtet oder die Urkunde für ihn und den Beweisführer gemeinschaftlich ist. § 305 ZPO. gilt aber für ihn nicht, sondern er hat in andern als den angeführten Fällen überhaupt keine Vorlagepflicht. Vor Entscheidung sind der Gegner des Beweisführers und der Dritte zu hören. Leugnet dieser die Inhabung, so kann dem Antrag nur stattgegeben werden, wenn der Antragsteller sie glaubhaft macht. Für die Einvernehmung der Beteiligten kann eine eigene Tagsatzung angeordnet werden. Der Beschluß wird nach Anhörung des Gegners und des Dritten allenfalls in besonderer Tagsatzung gefällt und ist nach Rechtskraft und Ablauf der Vorlagefrist vollstreckbar (§ 308 ZPO.). Kann der Beweisführer die Inhabung des Dritten nicht bescheinigen oder erfordert die Entscheidung über die Verpflichtung des Dritten die vorgängige Ermittlung und Fest-

stellung streitiger Tatumstände, so muß der Klageweg beschritten werden. Das Prozeßgericht kann bei Tauglichkeit des Beweissatzes auf Antrag anordnen, daß mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bis nach Ablauf einer dem Beweisführer zu bestimmenden Vorlagefrist gewartet werde. § 279 ZPO. gilt auch hier. Es liegt weder Unterbrechung noch Ruhen des Verfahrens vor, was schon im Gegensatz zu §§ 163f., 168f. ZPO. der Umstand ergibt, daß, wenn die Klage früher erledigt wird oder der Beweisführer Klage, Prozeßbetreibung oder Zwangsvollstreckung verzögert, der Gegner noch vor Fristablauf ohne weiteres Verhandlungsfortsetzung verlangen kann (§ 309 ZPO.). Gegen den Beschluß nach § 309 ZPO. steht kein Rekurs zu (§ 319 I ZPO.).

Die Vorlegung des Tagebuches eines Handelsmäklers kann von Amts wegen angeordnet werden (Art. VII. Z. 5 EGZPO. mit Art. 79 HGB.).

Die Kosten der Vorlegung bestreitet in allen Fällen vorläufig der Beweisführer (§§ 40 I, 308 III, 309 III ZPO.).

b) Echtheitsbeweis. Das Schriftstück besteht regelmäßig aus Text und Unterschrift. Eine Unterschrift ist echt, wenn sie von dem herrührt, dessen Namenszug sie enthält. Ein Text ist echt, wenn sein Inhalt Erklärung des echt Unterschriebenen oder wenn die echte Unterschrift Unterschrift desjenigen ist, für dessen Erklärung der Beweisführer den Text ausgibt. Inländische, formgerechte, unversehrte (§ 296 ZPO.) öffentliche und gleichgestellte Urkunden haben die Vermutung der Echtheit für sich. Bei Zweifel darüber kann aber das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen den angeblichen Aussteller darüber befragen (kein Rekurs, § 319 I ZPO.). Läßt sich der Zweifel nicht beseitigen, so muß der Beweisführer die Echtheit nachweisen (§ 310 ZPO.). Bei ausländischen Urkunden dieser Art entscheidet das Gericht nach den Umständen frei; zum Echtheitsbeweis genügt aber Beglaubigung durch das Bundeskanzleramt oder einen österreichischen Gesandten oder Konsul (§ 311 ZPO.); und auch diese kann kraft Staatsvertrags entbehrlich sein. Vgl. z. B. den 1. Teil, 6. Abschnitt des Staatsvertrags mit Polen v. 19. III. 1924, B. 226/26. Die Echtheit von Privaturkunden oder einer darauf befindlichen Unterschrift ist bei Bestreitung vom Beweisführer nachzuweisen. Die Echtheit bestreitet nicht nur, wer eine Fälschung, sondern auch, wer eine — nachträgliche — Verfälschung behauptet (strittig). Die Echtheit gilt als unbestritten, wenn der Gegner, der zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde aufzufordern ist (§ 298 III ZPO.), diese Erklärung unterläßt, sofern die Bestreitungsabsicht nicht aus den übrigen Erklärungen hervorgeht (§ 312 ZPO.). Die Erklärung des Anwalts, sich über die Echtheit erst nach eingeholter Information seiner Partei zu äußern, ist Unterlassung der Echtheitsbestreitung. Mutwillige Echtheitsbestreitung zieht Mutwillensstrafe nach sich (§ 313 ZPO.).

Bezüglich des von Amts wegen zu Berücksichtigenden, hat das Gericht auch die Urkundenechtheit unbeachtlich allfälligen Parteiverhaltens von Amts wegen zu prüfen.

„Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.“ Als Vergleichungsschriften

können nur Schriftstücke von unbestrittener oder ohne erhebliche Verzögerung darzutuender Echtheit verwendet werden. §§ 298 bis 309 ZPO. gelten auch für sie. Fehlt es an genügenden Vergleichsschriften, so kann der Partei, über deren Handschrift der Echtheitsbeweis erbracht werden soll, vom Richter (Senat, helfenden Richter) aufgetragen werden (kein Rekurs, § 319 I ZPO.), eine Anzahl ihr anzugebender Worte niederzuschreiben. Das Niedergeschriebene kommt als Beilage zum Verhandlungsprotokoll. Weigert sich die Partei oder schreibt sie mit offenbar entstellter Schrift, so würdigt das das Gericht nach freiem Ermessen (§ 314 ZPO.). Das Gericht kann die Schriftvergleiche selbst vornehmen (kein Rekurs, § 319 I ZPO.) oder bei Zweifeln ein Sachverständigengutachten einholen. Die Beweiswürdigung ist frei (§ 315 ZPO.). Die Vergleichungsschrift ist ein Augenscheinsgegenstand.

c) Im Privatrecht zählt man auch „Denkmäler, Grenzzeichen, Marksteine, Aich- und Heimpfähle und ähnliche Zeichen“, sowie „Kerb- und Spannhölzer, welche die Parteien für ihren Verkehr erwiesenermaßen gebraucht haben“, zu den Urkunden. Die ZPO. (§ 318; vgl. auch §§ 183f., 229, 255f., 382) nennt sie Auskunftssachen und wendet die Bestimmungen über Vorlegung durch den Gegner und den Dritten auch auf sie an. Doch muß man, wenn es sich um Auskunftssachen, die im öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis hergestellt wurden, handelt, auch die Vorschriften über öffentliche Urkunden analog anwenden.

d) Ist eine Urkunde, die zum Beweise dienen soll, zugrunde gegangen, so ist, soweit keine Beschränkung der Beweismittel besteht, Urkundenersatzbeweis möglich: a) Durch Zeugen, allenfalls Vernehmung der Parteien, welche die Echtheit und den Inhalt bestätigen; b) durch eine beglaubigte Abschrift und bei Privaturkunden überdies den Echtheitsbeweis. Der Urkundenersatzbeweis erübrigt sich, wenn die Ausstellung einer neuen Urschrift gleichen Inhalts erwirkt werden kann, z. B. wenn ein Heimatschein verloren gegangen ist.

2. Zeugen. I. Zeuge im eigentlichen Sinn ist, wessen Aussage über eine von ihm wahrgenommene Tatsache Beweisgrund sein kann. Im weiteren Sinn wird aber die Bezeichnung „Zeuge“ für jeden als Zeuge Geladenen oder Geführten verwendet, auch wenn nur irrtümlich angenommen wurde, daß er Zweckdienliches aussagen könne. Der Zeuge vom Hörensagen im Gegensatz zum Augenzeugen, sagt aus, daß er etwas sagen gehört hat. Die Wahrnehmung des „Augenzeugen“ kann aber auch mit dem Gehör, Geruch oder Geschmack erfolgt sein. Ob jemand Zufallszeuge war oder als Geschäftszeuge beigezogen wurde, ist gleich. Aussage ist Äußerung nach Befragung, mag die Äußerung auch über die bloße Antwort hinausgehen.

Zeugen sind das unverlässlichste Beweismittel. Denn es sind möglich: a) Wahrnehmungsfehler, b) Erinnerungsfehler, c) schlechte Ausdrucksmöglichkeit und auch d) schlechter Wille zur objektiven Aussage: Parteilichkeit.

Zeuge kann nicht sein: a) ein Mitglied der fungierenden Gerichtsbank; b) ihr Schriftführer; c) eine einzelne Partei; d) ein Streitgenosse

(§ 373 IV ZPO e contr.), auch nicht im Prozeß des andern Streitgenossen; e) der streitgenössische Nebenintervenient; wohl aber der gewöhnliche; f) der den Prozeß führende gesetzliche Vertreter, insbesondere auch der Masseverwalter (§ 373 I, II ZPO. e contr.); g) die Organe einer juristischen Person, insbesondere auch die persönlich haftenden Gesellschafter einer Handelsgesellschaft (§ 373 III ZPO. e contr.). Dagegen ist bei Verhandlungsverbindung jede Partei im Prozeß der andern mit einem Dritten als Zeuge zu vernehmen; ebenso der Hauptintervenient im Prozeß der Hauptparteien.

Grundsätzlich treffen den Zeugen drei Pflichten: a) zum Erscheinen vor Gericht, b) zur Aussage, c) zur Eidesleistung.

II. Die Erscheinungspflicht trifft grundsätzlich den als Zeuge Geladenen, auch wenn er nicht Zeuge im eigentlichen Sinn ist. a) Die Ladung erfolgt, soweit nicht eine Partei den Zeugen spontan zur Verhandlung mitbringt (§ 288 II ZPO.), durch den Richter (Vorsitzenden, helfenden Richter; kein Rekurs, § 349 II ZPO.). Ihre wesentlichen Bestandteile sind α) die Benennung der Parteien; β) eine kurze Bezeichnung des Abhörungsgegenstandes; γ) die Aufforderung, zur Zeugnisablegung „bei der gleichzeitig nach Ort und Zeit bestimmten Tagsatzung zu erscheinen“; δ) die gesetzlichen Bestimmungen über Zeugengebühren; ϵ) die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens (§ 329 ZPO.), aber nicht bei Ladungen im Ausland (§ 35 Rechtsh.Erl.). Militärpersonen des Präsenzdienstes sind mittels Ersuchens durch das vorgesetzte Kommando oder das nächste Ortskommando, selbständige Kommandanten der Gendarmerie und Sicherheitswache persönlich, andere Mitglieder dieser Körper durch ihre Vorgesetzten zu laden (§ 330 ZPO.). Wird ein in einem öffentlichen Amt oder Dienst Stehender, ein Angestellter oder Bediensteter einer mit mechanischen Motoren betriebenen Transportanstalt, ein Berg-, Hütten- oder Walzwerkerarbeiter oder ein im Privatforstdienst Stehender geladen und muß voraussichtlich im öffentlichen Interesse während seiner Verhinderung ein Stellvertreter bestellt werden, so ist gleichzeitig der unmittelbare Vorgesetzte zu benachrichtigen (§ 331 ZPO.).

Ist einem Zeugen voraussichtlich eine Vergütung zu leisten und hat der Beweisführer nicht das Armenrecht, so kann der Richter befristet anordnen (§ 332 I ZPO.; kein Rekurs, § 349 II ZPO.), daß dieser einen bestimmten Betrag zur Deckung vorschußweise erlege, widrigenfalls die Ausfertigung der Ladung unterbleiben kann (wenn nämlich kein genügender Rechtfertigungsgrund vorliegt). Die Verhandlung wird dann auf Antrag des Gegners ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt (kein Rekurs, § 349 II ZPO.). §§ 279, 417 III ZPO. finden Anwendung (§ 332 II ZPO.). Wird der Antrag nicht gestellt, so geschieht nichts weiter; doch tritt keine Unterbrechung des Verfahrens ein, weil der Antrag jederzeit gestellt werden kann.

b) Erscheinungspflicht besteht nicht α) für den Bundespräsidenten (Art. 76 III BV.); β) für ausländische Souveräne und γ) Exterritoriale, weil sich auf sie die Gerichtsgewalt nicht erstreckt. An letztere ist im Wege des BMfJ. mindestens — Dringlichkeit ausgenommen — drei

Wochen vorher eine Einladung zu senden, als Zeugen zu kommen oder anzugeben, ob sie vor einer besonderen Gerichtskommission auszusagen oder sich schriftlich äußern wollen (§ 27 Rechtsh.Erl.). Als Gerichtskommission fungiert ein beauftragter Richter in Abwesenheit der Parteien. Die schriftliche Äußerung geschieht auf Grund einer Fragenliste, die das Gericht im Wege des BMfJ. übersendet (§ 28 I. c.). *δ*) Auf Grund von Staatsverträgen für gewisse Konsularfunktionäre; *ε*) für den, der infolge Krankheit oder unterbrochener Verkehrsverbindung zwischen seinem Aufenthaltsort und dem erkennenden Gericht nicht erscheinen kann. Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß eine rechtliche Verpflichtung zu Unmöglichem nicht bestehen kann; ist aber im § 328 II ZPO. noch ausdrücklich gesagt. Hat dagegen das Gericht trotz Nichterlags des Vorschusses nach § 332 ZPO. den Zeugen dennoch geladen, so muß er erscheinen, auch wenn sein Vorschußgesuch abgewiesen wird. Ebenso wenig befreit dringende Berufspflicht, mag sie auch unvorhergesehen sein. Sie kann nur allenfalls einen Entschuldigungsgrund bilden. Mitglieder der Bundesregierung dürfen nur mit Zustimmung des Bundespräsidenten als Zeugen geladen werden (Art. 89 BV.), ein Landeshauptmann nur mit Zustimmung des Bundeskanzlers, ein anderes Landesregierungsmitglied nur mit Zustimmung des Landeshauptmanns (Art. 114 X BV.).

c) Ausbleibensfolgen (§ 333 ZPO.). *α*) Das Gericht (Senat, aber auch helfender Richter) spricht die Verpflichtung des Zeugen zum Ersatz aller dadurch verursachten Kosten aus, *β*) verhängt eine Ordnungsstrafe und *γ*) ladet ihn neuerlich. Bleibt er wiederum aus, so ist die Ordnungsstrafe innerhalb des Höchstmaßes zu verdoppeln und seine zwangsweise Vorführung anzuordnen (vgl. auch § 87 GOG.). Gegen die Anordnung der Vorführung gibt es ebensowenig Rekurs wie gegen die Ladung (§ 349 II ZPO.). *δ*) Der ausgebliebene Zeuge haftet überdies den Parteien für allen Schaden, was mit besonderer Klage geltend gemacht werden müßte.

Bei nachträglich genügender Entschuldigung ist die Ordnungsstrafe aufzuheben; der Kostenersatz kann ganz oder teilweise erlassen werden (§ 333 II ZPO.). Die Schadenersatzpflicht bleibt (§ 333 III gegen II ZPO.). Der Kostenbeschluß erfolgt von Amts wegen. Die Feststellung des Betrags aber geschieht nur, wenn darum binnen acht Tagen nach Beschlußrechtskraft unter Vorlage des Kostenverzeichnisses angesucht wird, widrigenfalls der Kostenbeschluß wirkungslos wird. Der helfende Richter ist nur zuständig, wenn er es auch für den Kostenbeschluß war (§ 334 ZPO.).

Wurde die Vernehmung des Zeugen vergeblich versucht und ist zu besorgen, daß Wiederholungen des Versuchs den Prozeß neuerlich verzögern, so hat, auch wenn die Vernehmung vor dem helfenden Richter geschehen soll, das erkennende Gericht auf Antrag nach Anhörung des Gegners für diese Beweisaufnahme eine Frist zu bestimmen (kein Rekurs, § 291 II ZPO.), nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung auf Antrag einer Partei ohne Rücksicht auf den Beweis durch diesen Zeugen fortzusetzen ist (kein Rekurs, § 349 II ZPO.). § 279 ZPO. gilt auch hier

(§ 335 ZPO.). Wird kein Antrag gestellt, so geschieht von Amts wegen nichts, aber das Verfahren ruht nicht und ist auch nicht unterbrochen, da im Gegensatz zu §§ 163f., 168f. ZPO. der Antrag ohne weiteres jederzeit gestellt werden kann.

III. Die Aussagepflicht. a) Die Aussage erfolgt auf Grund der Vernehmung (§ 340 a. A. ZPO.). Diese zerfällt in α) die Befragung aa) bezüglich der Generalien (allgemeine Fragen: Namen, Alter, Religion, Beschäftigung, Wohnort); bb) erforderlichenfalls über Umstände, betreffend die Glaubwürdigkeit, insbesondere die Beziehungen zu den Parteien (§ 340 I ZPO.); cc) über die persönlichen Verhältnisse, insbesondere mit Rücksicht auf etwaige Abhörungs- oder Beeidigungshindernisse und Entschlagungsgründe, sowie dd) über den Umstand, ob der Zeuge zweckdienlich aussagen könne (§ 337 I ZPO.). Auf Grund dieser Befragung kann das erkennende Gericht (nicht der helfende Richter) beschließen, daß die Abhörung des Zeugen unterbleibt (§ 337 II ZPO.; kein abgesonderter Rekurs, § 349 I ZPO.). β) Die Abhörung (§§ 337, 338 I; anders allerdings §§ 329 II, 339 ZPO.), d. i. die Erwirkung der Aussage über Tatsachen des Prozeßstoffes.

b) Die Aussagepflicht trifft von den nicht Erscheinungspflichtigen die bloß zum Erscheinen Unfähigen; die Konsularfunktionäre, soweit nicht Staatsverträge dagegenstehn; sonst aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur diejenigen nicht, die zur Aussage unfähig sind (§ 320, Z. 1 a. A. ZPO.), z. B. Geisteskranke oder Volltrunkene. Sie dürfen nicht als Zeugen vernommen werden. In allen anderen Fällen ist die Aussagepflicht beschränkt gegeben. Sie besteht im vollen Umfang bezüglich der Befragung; und auch die Abhörung ist nur in gewisser Hinsicht beschränkt. Es gibt da zwei Gruppen:

α) Die Frage nach einer bestimmten Tatsache ist unzulässig (§ 320 ZPO.); sollte der Zeuge ungefragt darüber sprechen wollen, so hat ihn das Gericht daran zu hindern; etwaige doch gemachte Angaben sind unbeachtlich; ihre Berücksichtigung begründet aber arg. „dürfen“ keine Nichtigkeit. Aufsichtsbeschwerde ist möglich. Fälle: aa) Eine Tatsache, die der Zeuge z. B. wegen Volltrunkenheit oder Abwesenheit nicht wahrnehmen konnte; bb) was einem Geistlichen unter dem Siegel geistlicher Amtsverschwiegenheit, insbesondere in der Beichte, anvertraut wurde; cc) was durch das Amtsgeheimnis eines Bundesangestellten gedeckt ist, insofern ihn der Vorgesetzte von der Geheimhaltungspflicht nicht entbindet.

β) Die Frage ist zulässig. Beantwortet sie der Zeuge, so ist die Angabe Entscheidungsgrund; der Zeuge kann aber die Aussage verweigern (Entschlagungsrecht, § 321 ZPO.):

aa) wenn sie ihm oder gewissen Angehörigen von ihm, nicht sonstigen Dritten (anders § 305, Z. 3 ZPO.), zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde. Die erwähnten Angehörigen sind: der Ehegatte; ferner, auch wenn das eheliche Verhältnis, das die Angehörigkeit begründet, nicht mehr besteht: eheliche und außereheliche Verwandte in gerader Linie, eheliche und außereheliche Verwandte und Verschwägerte in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad, Wahlältern, Wahlkinder

und deren Nachkommen (§ 183 abGB.), Pflegeeltern und -kinder, Vormund oder Mündel. Der Kreis ist anders als nach § 20, Z. 2 und 3 JN., aber auch anders als nach § 32 KO. oder auch nach § 152 StPO.;

bb) wenn sie ihm oder einem der erwähnten Angehörigen einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil zuziehen würde. Leistung des Geschuldeten ist kein rechtlicher Nachteil. Außerdem besteht dieser Entschlagungsgrund bezüglich folgender Tatsachen nicht: 1. Errichtung und Inhalt von Rechtsgeschäften, bei denen der Zeuge Urkundsperson (Geschäftszeuge) war, z. B. Trau- oder Testamentszeuge. 2. Tatsachen, welche die durch das eheliche oder Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten, z. B. Unterhaltsansprüche, betreffen. 3. Geburten, Verheiratungen oder Sterbefälle der erwähnten Angehörigen. 4. Handlungen, die der Zeuge in betreff des streitigen Rechtsverhältnisses als Rechtsvorgänger oder 5. Vertreter einer der Parteien vorgenommen hat (§ 322 ZPO.);

cc) wenn sie eine Verletzung einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht des Zeugen wäre, insofern er hiervon nicht gültig entbunden wurde. Ärzte sind aber (arg. contr. § 498 StG.) der Behörde gegenüber zur Aussage verpflichtet, soweit sie nicht, z. B. als Amtsärzte, ans Amtsgeheimnis gebunden sind;

dd) wenn sie Offenbarung eines eigenen oder fremden Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses wäre.

Ist der Gegenstand der Abhörung nur eine solche Tatsache, so kann die Aussage zur Gänze verweigert werden. Dem Zeugen ist vor der Vernehmung bekanntzugeben, worüber er die Aussage verweigern darf (§ 339 I ZPO.).

c) Aussageverweigerung. Will ein Zeuge die Aussage ganz oder über einzelne Fragen verweigern, so hat er die Gründe mündlich (Amtsvermerk; auch arg. contr. § 324 II ZPO.) oder schriftlich vor oder bei der zu seiner Vernehmung bestimmten Tagsatzung anzugeben und bei Widerspruch zu bescheinigen. Die vor der Tagsatzung gemachte Mitteilung ist, soweit tunlich, den Parteien noch vor der Tagsatzung bekanntzugeben (§ 323 ZPO.). Über die Verweigerung entscheidet das erkennende Gericht oder der helfende Richter, vor dem die Verweigerung erfolgt (kein abgesonderter Rekurs, § 349 I ZPO.). Dem Beschluß kann Verhandlung vorausgehen, bei der für den Zeugen kein Anwaltszwang besteht. Die in einem Schriftsatz oder zu Protokoll erklärte Verweigerung ist auch zu berücksichtigen, wenn der Zeuge zu der für seine Vernehmung bestimmten Tagsatzung nicht erscheint (§ 324 ZPO.).

Folgen der grundlosen oder trotz der gerichtlichen Entscheidung, daß die Weigerung ungerechtfertigt sei, verweigerten Aussage:

α) Exekution von Amts wegen nach § 354 EO. mit Geldstrafen oder Haft. Nach Verhängung des Zwangsmittels ist jeweils eine neue Frist zu setzen und ein stets schärferes Zwangsmittel anzudrohen bzw. nach fruchtlosem Fristablauf zu verhängen. Die einzelne Geldstrafe darf 4000 S, die Gesamtsumme 20.000 S, die Gesamtdauer der Haft aber, im Gegensatz zu § 354 EO., sechs Wochen nicht übersteigen und auch nicht

über den Zeitpunkt der Prozeßbeendigung in erster Instanz verlängert werden. Die Exekution ordnet nach Anhörung des Zeugen jeweils das erkennende Gericht an, der ersuchte — nicht der beauftragte — Richter aber, wenn er den Zeugen vernehmen soll (§ 325 ZPO.).

β) Der Zeuge trägt alle durch seine Weigerung verursachten Kosten (§ 326 II ZPO.), so insbesondere der notwendigen Erstreckung einer Tagsetzung. § 334 ZPO. gilt auch hier.

Ob und wie die Weigerung oder die dadurch nötigen Zwangsmaßnahmen den Prozeßfortgang beeinflussen, entscheidet das erkennende Gericht ebenso wie über die Kosten, nicht aber der helfende Richter (anders §§ 333 f. ZPO.), der daher dieses unverzüglich zu benachrichtigen hat, wenn der Fall eintritt. Dem Beschluß (kein Rekurs, § 349 II ZPO.) muß keine mündliche Verhandlung vorausgehen (§ 326 I ZPO.).

γ) Der Zeuge haftet beiden Parteien für den durch die Vereitlung oder Verzögerung der Beweisführung verursachten Schaden, was mit besonderer Klage geltend gemacht werden mußte.

δ) War die Verweigerung mutwillig, so ist vom erkennenden bzw. helfenden Richter eine Mutwillensstrafe zu verhängen (§ 326 ZPO.).

ε) § 335 ZPO. gilt auch hier.

ζ) Hat der helfende Richter eine Weigerung für gerechtfertigt erkannt, so kann das erkennende Gericht, wenn es anderer Ansicht ist, auf Antrag oder von Amts wegen die Vernehmung bzw. eine Ergänzung anordnen (§ 344 ZPO.).

IV. Die Eidespflicht. a) Grundsätzlich ist der Zeuge vor seiner Abhörung nach der allfälligen Befragung zu beeden (§ 337 I ZPO., Voreid). Die Form bestimmt Ges. v. 3. V. 1868, R. 33 (Art. XL EGZPO.). Vor der Beedigung ist der Zeuge seiner Fassungskraft gemäß an die religiöse und rechtliche Bedeutung des Eides und an die zeitlichen und ewigen Strafen des Meineides zu erinnern und aufmerksam zu machen, daß der Eid ohne allen Vorbehalt und ohne Zweideutigkeit abzulegen sei (§ 3 l. c.) (Eideseinerinnerung). Christen haben beim Schwur grundsätzlich den Daumen und die zwei ersten Finger der rechten Hand emporzuhalten und den Eid, ausgenommen bei helvetischer Konfession (HD. v. 21. XII. 1832, JGS. 2582), vor einem Kruzifix und zwei brennenden Kerzen abzulegen (§ 4 I l. c.). Wem vermöge seiner Religion die Eidesablegung verboten ist, der gibt statt dessen eine mit einem Handschlag zu bestätigende Versicherung ab (HD. v. 10. I. 1816, JGS. 1201). Das gleiche gilt für Konfessionslose. Die Eidesformel lautet: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, daß ich über alles, worüber ich von dem Gerichte werde befragt werden, die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit aussagen werde; so wahr mir Gott helfe!“ Besondere Vorschriften gelten für Israeliten (§ 4 II, Ges. v. 3. V. 1868, R. 33), Mohammedaner (HD. v. 26. VIII. 1826, JGS. 2217), ferner für Stumme (HD. v. 28. IX. 1842, JGS. 644) und Taubstumme (JME. v. 23. IX. 1850). Erinnerung an einen „Diensteid“ ist unzureichend.

b) Abgesehen von den Personen, denen ihre Religion den Eid verbietet,

und Konfessionslosen dürfen nicht beeidet werden (§ 336 I ZPO.): α) Personen, die wegen falschen Zeugnisses (auch Bewerbung um ein solches) oder β) falschen Eides rechtskräftig verurteilt worden sind; γ) die zur Zeit der Abhörung noch nicht 14 Jahre alt sind; δ) die wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von Wesen und Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben. Ein Verstoß ist aber arg. sil. kein Nichtigkeitsgrund. Aufsichtsbeschwerde ist möglich.

c) Das Gericht kann die Beeidigung unterlassen α) wenn beide Parteien darauf verzichten (§ 336 II ZPO.); β) auf Grund des Ergebnisses der Befragung (§ 337 II ZPO.); γ) nach aufgeschobenem Beschluß über die Beeidigung und erfolgter Abhörung (d) wegen Unerheblichkeit oder geringer Glaubwürdigkeit der Aussage (§ 338 II ZPO.); vgl. auch § 344 II ZPO.

d) Der Beschluß über die Beeidigung kann bis nach erfolgter Abhörung aufgeschoben werden: α) auf Grund des Ergebnisses der Befragung (§ 337 II ZPO.); β) wenn ein Zeuge Fragen beantworten will, deren Beantwortung er nach § 321 Z. 1 und 2 ZPO. verweigern könnte (§ 337 III ZPO.).

Gegen alle diese Beschlüsse gibt es keinen Rekurs (§ 349 II ZPO.). Sie können auch vom helfenden Richter gefällt werden; doch kann, wenn dieser von der Beeidigung absah, das erkennende Gericht die nachträgliche Beeidigung verfügen (§ 338 III ZPO.).

Soll erst nach Abhörung über die Beeidigung entschieden werden, so hat vor Abhörung eine Eideserinnerung zu erfolgen (§ 338 I ZPO.). Die Formel für den nach Abhörung abgelegten Eid (Nacheid) enthält statt „werde befragt werden“ „befragt worden bin“ und statt „aussagen werde“ „ausgesagt habe“.

e) Will der Zeuge seiner Eidespflicht nicht nachkommen, so hat das die gleichen Folgen wie die ungerechtfertigte Zeugnisverweigerung (§ 336 III ZPO.).

V. Die Abhörung betrifft den Beweissatz, aber auch den Wissensgrund des Zeugen (§ 340 II ZPO.). Die Aussage muß mündlich, wenn auch mit Zuhilfenahme von Aufzeichnungen, erfolgen. Bezüglich der Teilnahme der Parteien gelten die allgemeinen Grundsätze (§ 341 I ZPO.). Die Entscheidung des helfenden Richters über die Zulässigkeit einer Frage kann vom erkennenden Gericht abgeändert werden (§ 342 I ZPO.). Bedeutet diese Änderung Nichtzulassung, so kann das Gericht aussprechen, daß die betreffende Antwort nicht mehr zu berücksichtigen sei (§ 342 II ZPO.; kein abgesonderter Rekurs, § 349 I ZPO.).

Die Zeugenaussage ist dem wesentlichen Inhalt nach, wenn nötig nach Entscheidung des Richters (Vorsitzenden, bei Einsprache, des Senats) wörtlich zu protokollieren, bei Verhandlungen im Verhandlungsprotokoll. „Das Aufgezeichnete ist dem Zeugen und den bei der Vernehmung anwesenden Parteien zur Einsicht vorzulegen oder auf Verlangen vorzulesen.“ Zu unterschreiben hat der Zeuge nicht, doch kann er es beim helfenden Richter tun. Zu protokollieren ist auch, ob der Zeuge vor oder

nach der Abhörung oder überhaupt nicht beeidet wurde oder ob die Entscheidung dem erkennenden Gericht vorbehalten wurde, welche Partei bei der Abhörung zugegen war und ob, bzw. welche Einwendungen eine Partei oder der Zeuge gegen das Protokoll erhoben hat (§ 343 ZPO.).

Hat der Zeuge die Aussage vor dem helfenden Richter mit dessen Zustimmung ganz oder teilweise verweigert oder ist er ordnungswidrig oder unvollständig vernommen worden, leidet insbesondere seine Aussage an wesentlichen Unklarheiten, Unbestimmtheiten oder Zweideutigkeiten oder erachtet der Zeuge selbst eine Ergänzung oder Berichtigung der Aussage für notwendig, so kann das erkennende Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die wiederholte, bzw. nachträgliche Vernehmung anordnen, sich aber statt der nochmaligen Beeidigung mit einer Berufung auf den früheren Eid begnügen (§ 344 ZPO.).

VI. Die Partei kann auf einen von ihr vorgeschlagenen Zeugen verzichten. Ist dieser aber bereits zur Vernehmung erschienen, so kann der Gegner trotzdem die Vernehmung, bzw. ihre Fortsetzung verlangen (§ 345 ZPO.). Eines neuen Beweisbeschlusses bedarf es hier nicht; das ist die eigentliche Bedeutung dieser Bestimmung, da ja sonst der Gegner den Zeugen seinerseits vorschlagen könnte. Verzichten beide Parteien auf den Zeugen, so darf die Vernehmung grundsätzlich nicht begonnen, wohl aber (arg. contr. § 183 II ZPO.) die begonnene fortgesetzt werden. „Die Zeugen sind einzeln, in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen“; die Reihenfolge bestimmt der vernehmende Richter. „Vor Beendigung der Vernehmung aller vorgeladenen Zeugen darf sich keiner derselben ohne richterliche Erlaubnis entfernen. Zeugen, deren Aussagen voneinander abweichen, können einander gegenübergestellt werden“ (§ 339; kein abgesonderter Rekurs, § 349 I ZPO.).

VII. Das Gericht hat nicht nur die Zeugenaussage, sondern auch die für die Unbefangenheit und Glaubwürdigkeit maßgebenden Umstände nach freier Überzeugung zu würdigen (§ 327 ZPO.).

VIII. Zeugengebühren (§§ 346f. ZPO.). Jeder Zeuge hat Anspruch a) auf Ersatz der ihm durch die Reise zum Vernehmungsort, den Aufenthalt daselbst und die Rückreise verursachten notwendigen Kosten; b) wenn ihm durch Zeitverlust ein empfindlicher Abbruch an seinem täglichen Erwerb verursacht wird, auch auf eine Entschädigung dafür. Das Gesagte gilt auch für die Zeugen, die die Partei ohne gerichtliche Ladung zur Verhandlung mitgebracht hat, wenn sie tatsächlich vernommen werden. Für die Geltendmachung seines Anspruchs hat der Zeuge eine Frist von 24 Stunden nach der Vernehmung; wenn diese unterblieb, nach der Tagsatzung, bei der sie stattfinden sollte. Die Vergütung wird nach der JMV. v. 17. IX. 1897, R. 221 von der Geschäftsstelle des Prozeßgerichts oder des ersuchten Gerichts bestimmt. Ebenso werden die Auszahlungsverfügungen getroffen. Die Parteien können in die Bestimmung Einsicht nehmen. Parteien und Zeugen können binnen drei Tagen nach der Bestimmung die Entscheidung des einzelnen Richters (vgl. § 37 I, Z. 7a und II GOG.) mündlich (Amtsvermerk) begehren. Die Entscheidung (kein Rekurs) erfolgt ohne mündliche Verhandlung; der

Richter kann aber eine oder beide Parteien oder auch den Zeugen einvernehmen.

Der einzelne Richter kann auch unmittelbar die Gebühren bestimmen und die Auszahlungsverfügungen treffen (vgl. auch § 37 I, Z. 7 a GOG.); er kann ferner dem Zeugen auf Ansuchen einen Vorschuß für die Reise zum Gericht gewähren (§ 346 IV ZPO.). Gegen diese Beschlüsse gibt es keinen Rekurs (§ 349 II ZPO.); ebensowenig gegen den Beschluß, ob überhaupt eine Vergütung gebühre (strittig); wohl aber in allen Fällen gegen die Entscheidung, welche Partei die Gebühren zu bezahlen habe.

IX. Alle Anzeigen, Gesuche und Rekurse eines Zeugen können außerhalb der Tagsatzung auch mündlich zu Protokoll erklärt werden (§ 348 ZPO.).

X. Sachverständiger Zeuge ist, wer zum Beweis von Tatsachen vernommen wird, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war (z. B. der behandelnde Arzt der verletzten Person, der über den Krankheitszustand aussagt). Zum Unterschied vom Sachverständigen aber muß er die Tatsache selbst wahrgenommen haben. Für ihn gelten die allgemeinen Bestimmungen für Zeugen, nicht für Sachverständige (§ 350 ZPO.).

3. Sachverständige. I. Sachverständiger ist, wessen Aussage über Rechts- oder Erfahrungssätze Beweisgrund ist; zum Unterschied vom Zeugen, der über Tatsachen aussagen soll. Denn auch wenn der Sachverständige erklärt: „Diese Maschine ist für den Vertragszweck unbrauchbar“ (scheinbar eine Tatsache), so heißt das in Wahrheit: „Eine solche Maschine ist für einen derartigen Zweck unbrauchbar“ (Erfahrungssatz). Ist die ganze Gerichtsbank (vgl. „Wissen der Richter“) in der fraglichen Angelegenheit sachkundig, so bedarf es keines Sachverständigen. Das spricht § 364 ZPO. für Handels-, See- und Bergsachen sowie für geschäftliche Gebräuche noch besonders aus. Sodann ist auch die Zuziehung von Sachverständigen nur dann Pflicht des Gerichts, wenn sie notwendig ist (§ 351 a. A. ZPO.). Das ist sie nicht, wenn das Gericht die nötigen Kenntnisse selbst hat (vgl. auch „kann“ in §§ 60 I JN., 315, 368 ZPO.). Die Parteien können aber auch Personen, die sie als Sachverständige vorschlagen wollen, ohne gerichtliche Vorladung zur Verhandlung vor dem erkennenden Gericht mitbringen (§ 288 II ZPO.).

Eine juristische Person kann nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung (Fiktion) Sachverständiger sein, weil die juristische Person als solche keine Sachkunde haben kann. Denn die rechtlichen Fähigkeiten reichen nur so weit, wie die entsprechende gesetzliche Anordnung und eine allgemeine dieser Art fehlt.

Auch der Beweis durch Blutprobe im Vaterschaftsproß ist ein Sachverständigenbeweis. Ein Zwang zur Duldung der Blutentnahme ist aber im Gesetz nicht begründet. Die Weigerung kann daher auch nicht als Indiz gegen den sich Weigernden gebraucht werden. Auch die Rechtsprechung sieht den Beweis als zulässig, aber nicht als zwingend an.

Sachverständige für Rechtssätze dürfen nur herangezogen werden, wenn diese tauglicher Beweissatz sind. Insoweit die bindende Entschei-

dung des BMfJ. einzuholen ist, darf die Frage nicht unter Zuziehung von Sachverständigen entschieden werden.

II. Die Bestellung (§§ 351f. ZPO.) erfolgt auf Antrag; aber auch von Amts wegen, insbesondere bei Erhebungen, in Ausübung der Prozeßleitung (vgl. § 183 I, Z. 4 ZPO.), bei Schriftvergleichung und beim Augenschein (§ 368 ZPO.). Sie geschieht grundsätzlich durch das erkennende Gericht, ausgenommen, wenn mittelbare Beweisaufnahme nötig ist. Die Bestellung, die letzterenfalls dem helfenden Richter überlassen werden kann (§ 352 II ZPO.; kein Rekurs, § 366 II ZPO. und Ähnlichkeitsschluß bezüglich des ersuchten Richters; vgl. auch § 368 II ZPO.), besteht in der Bestimmung der Anzahl (kein Rekurs, § 366 II ZPO.) und in der Personenauswahl. Da unnötige Kosten zu vermeiden sind, ist, wenn ausreichend, stets nur ein Sachverständiger zu bestellen. Wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, soll der Sachverständige bereits öffentlich bestellt sein. Bei den Gerichtshöfen erster Instanz — ausnahmsweise für gewisse Sachverständige auch bei den OLG. und Bezirksgerichten — werden nämlich Listen von Sachverständigen geführt, die ständig beeidet sind (§§ 81ff. GeO.). Außerdem sind nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung, z. B. die Ingenieurkammer (§ 13, Ges. v. 2. I. 1913, R. 3) oder das Patentamt (§ 33 II PatG.), auf Verlangen des Gerichts zur Abgabe von Gutachten verpflichtet. Dagegen ist mangels besonderer Vorschrift die Einholung eines Fakultätsgutachtens unzulässig.

Der Bestellung hat eine Einvernehmung der Partei voranzugehen, beim helfenden Richter aber dann nicht, wenn das zur Vermeidung von Verzögerung oder unverhältnismäßigem Aufwand dienlich erscheint. Die Namen der Bestellten sind letzterenfalls den Parteien „gleichzeitig mit der Verständigung von der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung bekanntzugeben“. Die Bestellung ist eine prozeßleitende Verfügung, daher jederzeit widerruflich. Die in § 336 ZPO. genannten Personen dürfen nicht zu Sachverständigen bestellt werden (§ 367 mit §§ 336, 358 ZPO.).

III. Annahmepflicht (§ 353 ZPO.). Die Bestellung anzunehmen, ist nur der Sachverständige verpflichtet, der zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder die Wissenschaft, Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis erforderlich ist, öffentlich als Erwerb ausübt oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder (wie z. B. ein Arzt, der nicht mehr praktiziert) ermächtigt ist. Aber auch ein solcher Sachverständiger kann aus denselben Gründen, aus denen ein Zeuge seine Aussage verweigern kann, die Enthellung verlangen, ist jedoch bis dahin bestellt. Öffentliche Beamte sind auch zu entheben, wenn der Vorgesetzte ihre Verwendung als Sachverständige aus dienstlichen Rücksichten untersagt oder wenn sie kraft besonderer Anordnung enthoben sind.

IV. Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen wie ein Richter abgelehnt werden, nicht aber als befangen deshalb, weil er früher in derselben Rechtssache als Zeuge vernommen wurde. Die Ablehnung ist bei dem richterlichen Organ, vor dem die Beweisaufnahme stattfinden soll, vor ihrem Beginn und bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens mit Schriftsatz oder mündlich

(Amtsvermerk) zu erklären. Später kann die Ablehnung nur erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie den Ablehnungsgrund vorher nicht kannte oder wegen eines für sie unübersteiglichen Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. In diesem Fall kann die Ablehnung auch nach beendeter mittelbarer Beweisaufnahme beim Prozeßgericht vorgebracht werden (§ 355 ZPO.). Mit der Ablehnung sind die Gründe anzugeben. Die Entscheidung trifft das richterliche Organ, bei dem die Erklärung ordnungsgemäß abgegeben wurde, und zwar wenn die Ablehnung nicht bei einer Tagsatzung vorgebracht wurde, ohne mündliche Verhandlung. Die Ablehnungsgründe sind auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen. Wird der Ablehnung stattgegeben, so ist ohne Aufschub ein anderer Sachverständiger zu bestellen (§ 356 ZPO.). Gegen die Stattgebung gibt es keinen, gegen die Abweisung keinen abgesonderten Rekurs (§ 366 ZPO.). Der Sachverständige selbst ist nicht verpflichtet, Ablehnungsgründe bekanntzugeben. Das Gericht kann wegen eines ihm bekannten Ablehnungsgrunds auch ohne Parteienantrag nach § 351 II ZPO. einen andern Sachverständigen bestellen.

V. Der Sachverständige hat, solange er nicht enthoben ist, folgende Pflichten: a) Nach ordnungsmäßiger Ladung bei der zur Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung zu erscheinen; b) das Gutachten abzugeben; c) den Sachverständigeneid zu leisten. Im allgemeinen gelten die gleichen Vorschriften wie für den Zeugen (§ 367 ZPO.), insbesondere bezüglich Entschlagsrecht, Zuständigkeit und Rechtsmittel.

a) Die Erscheinungspflicht entfällt bei genügender Entschuldigung. Ihre Verletzung hat zur Folge (§ 354 mit § 333 ZPO.): α) Der Sachverständige trägt alle durch sein Ausbleiben verursachten Kosten (den Beschluß kann auch der helfende Richter fällen); β) er verfällt in eine Ordnungsstrafe, die wie beim Zeugen gesteigert werden kann; γ) er haftet den Parteien für allen weiteren, durch die Vereitlung oder Verzögerung der Beweisaufnahme von ihm verursachten Schaden, was mit besonderer Klage geltend gemacht werden mußte; δ) statt seiner kann ein anderer Sachverständiger bestellt werden. Eine zwangsweise Vorführung findet aber nicht statt. § 333 II ZPO. gilt auch für den Sachverständigen.

b) Die Begutachtungspflicht. Das Gericht kann statt der Vernehmung die schriftliche Begutachtung anordnen (kein abgesonderter Rekurs, § 366 I ZPO.). Doch sind die Sachverständigen verpflichtet, auf Verlangen auch mündliche Aufklärungen über das schriftliche Gutachten zu geben oder es bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern (§ 357 ZPO.). Den Sachverständigen sind die bei Gericht befindlichen Gegenstände, Akten und Hilfsmittel mitzuteilen, die sie für die Beantwortung der vorgelegten Fragen brauchen (§ 359 ZPO.). Kann eine gründliche und erschöpfende Begutachtung nicht sogleich erfolgen, so hat das Gericht für die Abgabe des Gutachtens eine Frist oder eine besondere Tagsatzung zu bestimmen (kein Rekurs, § 366 II ZPO.). Von dem Einlangen des schriftlichen Gutachtens sind die Parteien durch die Geschäftsstelle ohne richterlichen Auftrag (§ 601 V GeO.) zu verständigen (§ 360 ZPO.). § 286

ZPO. gilt auch hier. Sind mehrere Sachverständige bestellt und gleicher Ansicht, so können sie ein gemeinsames Gutachten erstatten; bei Meinungsverschiedenheit hat jeder seine Ansicht begründet vorzulegen (§ 361 ZPO.). Überhaupt ist jedes Gutachten zu begründen.

Hat der Sachverständige vorher Personen, Sachen, Örtlichkeiten u. dgl. besichtigt und ist die Kenntnis ihrer Beschaffenheit für Verständnis und Würdigung des Gutachtens von Belang, so sind sie zu beschreiben (Befund). Ist das Gutachten ungenügend, haben die Sachverständigen verschiedene Ansichten ausgesprochen oder wird ein Sachverständiger nach Abgabe des Gutachtens erfolgreich abgelehnt, so kann das Gericht (auch der helfende Richter) auf Antrag oder von Amts wegen eine neuerliche Begutachtung auch durch andere oder unter Zuziehung weiterer Sachverständiger anordnen (§ 362 ZPO.).

Die Verweigerung des Gutachtens ohne genügenden Grund hat die gleichen Rechtsfolgen wie das rechtswidrige Nichterscheinen; nur ist der Kostenbeschluß dem erkennenden Gericht vorbehalten und kann bei Mutwillen statt der Ordnungseine Mutwillensstrafe verhängt werden (§ 354 mit § 326 ZPO.). Zwangsmittel wie beim Zeugen werden nicht angewendet, da es sich um eine vertretbare Leistung handelt.

c) Eidespflicht. Der Sachverständigeneid ist, wenn überhaupt, stets vor Beginn der Beweisaufnahme zu leisten. Die Formel lautet: „Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden einen reinen Eid, daß ich den Befund und mein Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln der Wissenschaft (der Kunst, des Gewerbes) abgeben werde: so wahr mir Gott helfe!“ (§ 1 Ges. v. 3. V. 1868, R. 33). Im übrigen gilt das für den Zeugeneid Gesagte. Das Gericht kann also auch hier von der Beeidigung absehen (kein Rekurs, § 366 II ZPO.), wenn beide Parteien darauf verzichten. Bei einem für die Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art im allgemeinen gerichtlich beeideten Sachverständigen genügt die Erinnerung und Berufung auf den geleisteten Eid (§ 358 ZPO.). Die Verweigerung des Eids hat die gleichen Folgen wie die des Gutachtens. Denn da der Eid immer ein Vor-eid ist und ohne seine Leistung das Gutachten nicht abgefordert werden darf, liegt darin auch eine Verweigerung des Gutachtens.

VI. Verzichtet eine Partei auf den durch sie angebotenen Sachverständigenbeweis, so kann der Gegner, wenn die Beweisaufnahme bereits begonnen hat oder die Sachverständigen zu diesem Zweck bereits erschienen sind, dennoch die angeordnete Beweisaufnahme verlangen, ohne daß deswegen ein neuer Beweisbeschluß gefällt werden müßte. Durch einen solchen Verzicht wird auch das Recht des einzelnen Richters oder des Senats, in Prozeßleitung die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen, nicht berührt (§ 363 ZPO.).

VII. Gebühren. Der Sachverständige hat Anspruch a) auf Ersatz der ihm verursachten Kosten und Auslagen; b) auf Entschädigung wegen Zeitversäumnisses. Die Beschränkung für den Zeugen gilt für ihn nicht. c) Auf Entlohnung. Das Gericht (der einzelne Richter) kann einen entsprechenden Vorschuß des Beweisführers anordnen. § 332 II ZPO. gilt

auch hier. Überhaupt gilt im übrigen das über die Zeugengebühren Gesagte (§ 367 ZPO.). Doch kann der Richter die Bemessung der Geschäftsstelle nur überlassen, wenn die Gebühr nach festen Tarifen zu bestimmen ist, und es ist gegen den Beschluß über das Gebührenausmaß Rekurs zulässig, ohne daß § 516 ZPO. anwendbar wäre (§ 365 ZPO.). Die 24stündige Frist für die Geltendmachung des Gebührenanspruches (§ 346 III ZPO.) beginnt, wenn der Sachverständige nur ein schriftliches Gutachten abgegeben hat, mit dieser Abgabe; war aber eine Tagsatzung zur Beweisaufnahme bestimmt, die dann unterblieb, mit dem Tag, für den sie festgesetzt war.

4. Augenscheinsgegenstände sind Körper (Menschen oder Sachen), deren Vorhandensein oder Beschaffenheit Beweisgrund ist. Es handelt sich stets bloß um etwas äußerlich Wahrnehmbares, nicht um einen Sinn wie bei der Urkunde.

I. Das Gericht (auch der Vorsitzende) ordnet nach Bedarf die Vornahme eines Augenscheins mit oder ohne Sachverständige an. Bei mittelbarer Beweisaufnahme kann dem helfenden Richter die Entscheidung darüber und die Ernennung der Sachverständigen überlassen werden (kein Rekurs). Ein Vorschuß durch den Beweisführer kann mit den gleichen Rechtsfolgen wie beim Zeugenbeweis angeordnet werden (§ 368 ZPO.).

II. Befindet sich die zu besichtigende Sache nach Angabe des Beweisführers in der Inhabung der Gegenpartei, einer öffentlichen Behörde oder eines Notars, so gilt das gleiche wie bei Urkunden (§ 369 ZPO.). Dagegen erfolgt kein Vorlegungsauftrag an Dritte, ausgenommen wenn der Augenschein an Urkunden oder Auskunftssachen vorgenommen werden soll, bezüglich deren der Dritte herausgabepflichtig ist.

III. Gegen Beschlüsse bei der Vornahme des Augenscheins gibt es ebensowenig abgesonderten Rekurs wie gegen die Abweisung des Antrags auf Zuziehung von Sachverständigen (§ 370 I ZPO.).

IV. Das Ergebnis ist zu protokollieren. Im Protokoll ist zu bemerken, ob die Parteien und welche derselben anwesend war, sowie ob und welche Einwendungen von ihnen bei der Vornahme des Augenscheins oder gegen das Protokoll erhoben wurden (§ 370 ZPO.).

5. Parteivernehmung. I. Parteivernehmung ist Beweisaufnahme mit der Partei als Beweismittel. Die Aussage ist Beweisgrund und erfolgt auf Grund Beweisbeschlusses. Dadurch unterscheidet sie sich von den Parteivorträgen, die tatsächliches Vorbringen oder Beweisanbietungen, allenfalls Beweiseinreden enthalten, und von der Beantwortung der informativen Befragung zur Ergänzung des Parteivorbringens und Feststellung des Sachverhalts sowie der Streitpunkte.

Parteivernehmung ist, wie erwähnt, unter anderm auch unzulässig, wenn der Beweis des einzelnen Beweissatzes durch andre Beweismittel möglich ist; insbesondere auch durch gerichtliche Erhebungen (§ 371 ZPO.). Ausnahmen: §§ 60 JN., 307 I, 369, 500 ZPO., § 966 abGB. Sie ist aber auch zur Führung eines Gegenbeweises zulässig (vgl. § 270 ZPO.), gegen einen Grundbeweis, wenn für dessen Beweissatz, der das kon-

tradiktorische oder konträre Gegenteil des andern ist, kein andres Beweismittel zur Verfügung steht.

Ebenso kann einem Antrag auf Beweisaufnahme durch ein anderes Beweismittel, der nach Parteivernehmung gestellt wird, stattgegeben werden. Kann der Beweis durch andere Beweismittel nicht erbracht werden, weil diese Beweisführung zurückgewiesen wurde, so ist Parteivernehmung zulässig; anders wenn die Parteien Beweismittel zurückhalten, z. B. sich gegen den Urkunden- oder Zeugenbeweis erklären.

Den Beweisbeschluß kann nur das erkennende Gericht — auch von Amts wegen — fällen, weil nur dieses beurteilen kann, ob alle andern Beweismittel versagen. Der Grund für die Subsidiarität liegt in der immerhin bestehenden Befangenheit der Partei und daher Bedenklichkeit dieses Beweises. Ein und derselbe Beweisbeschluß kann aber z. B. Zeugen- und Parteivernehmung anordnen, wenn es sich um verschiedene Beweissätze handelt.

Die Partei, die nach richterlicher Überzeugung vom Beweissatz keine Kenntnis hat, darf nicht vernommen werden. Ob der Gegner zu vernehmen ist, beschließt das Gericht nach Ermessen (§ 374 ZPO.). Die Ausschlußgründe der §§ 320 und 336 I ZPO. gelten auch für die Parteivernehmung (§ 372 ZPO.). Die mittelbare Beweisaufnahme ist erschwert (§ 375 II ZPO.).

Die Partei hat weder eine Erscheinungs- (§ 380 III ZPO.) noch eine Aussage- oder Eidespflicht. Es bleibt vielmehr dem Gericht die Beurteilung überlassen, wenn die Partei ohne genügende Gründe den Eid oder auch die Aussage ganz oder teilweise verweigert oder nicht erscheint. Ebenso wenn die eidliche Aussage von der vorangegangenen unbeeideten erheblich abweicht (§ 381 ZPO.).

Die Weigerungsgründe des Zeugen gelten neben andern (arg. „genügende Gründe“, § 381 ZPO.) auch für die Partei. Nur ist die Verweigerung der Beantwortung von Fragen, weil sie der Partei oder einem ihrer Angehörigen einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachteil zuziehen würde, kein genügender Entschuldigungsgrund; denn sonst könnte die Partei wegen Gefahr des Prozeßverlustes die Aussage verweigern, ohne daß das Gericht dies im erwähnten Sinn beurteilen könnte. Das Nichterscheinen einer Partei oder die Verweigerung ihrer Aussage hindert die Vernehmung des anwesenden Gegners nicht (§ 380 ZPO.).

Als Partei kann nach Ermessen des Gerichts auch vernommen werden (§ 373 ZPO.): a) Der den Prozeß führende gesetzliche Vertreter (nicht der Mitvormund), der Pflegebefohlene oder beide; b) in Masseprozessen der Masseverwalter, der Gemeinschuldner oder beide; c) bei juristischen Personen jedes Organ, insbesondere bei Handelsgesellschaften jeder persönlich haftende Gesellschafter; d) jeder Streitgenosse oder streitgenössische (nicht gewöhnliche) Nebenintervenient. Wird aber jemand statt als Partei als Zeuge vernommen, so ist das kein wesentlicher Verfahrensmangel; doch besteht keine Zeugenpflicht. § 375 I ZPO. besagt — neben § 277 IV ZPO. überflüssigerweise —, daß gegen Beweisbeschlüsse auf Parteivernehmung kein abgesondertes Rechtsmittel zusteht.

II. Die Vorladung enthält die Mitteilung des Beweissatzes. Sie muß

an die Partei selbst, nicht an den Bevollmächtigten erfolgen. Denn ist nur dieser in der Verhandlung, in der der Beweisbeschluß gefällt wird, anwesend, so brauchte der Beschluß, der die Ladung enthält, nur verkündet, nicht zugestellt zu werden (§ 426 I ZPO.), wenn die Ladung an den Bevollmächtigten zu geschehen hätte. Da aber stets zu laden ist (§ 375 II ZPO.), muß eben die Ladung an die Partei geschehen.

Die Beweisführung geschieht durch Befragung und Abhörung wie beim Zeugen, aber zuerst unbeeidet. In der Regel (Ausnahmen: §§ 372, 374) sind, wenn beide Parteien erscheinen, beide zu befragen. Das Gericht hat sie vorher darauf aufmerksam zu machen, daß sie unter Umständen über ihre Aussagen beeidet würden (§ 376 ZPO.). Reicht das Ergebnis der unbeeideten Befragung für die richterliche Überzeugung nicht aus, so kann das erkennende Gericht mit neuem Beweisbeschluß die eidliche Vernehmung anordnen. Der Eid ist ein Voreid, denn ihm folgt eine neuerliche Aussage. Über dieselbe Tatsache kann nur einer Partei — nach Bestimmung des Gerichts (§ 378 ZPO.) — die eidliche Aussage aufgetragen werden; somit auch dann dem Gegner nicht, wenn die Partei den Eid verweigert. Zu wählen ist die Partei, deren Aussage das der Wahrheit mehr dienende Ergebnis verspricht, z. B. die glaubwürdigere, besser Wahrnehmende u. dgl. Das erkennende Gericht kann die unbeeidete Aussage einer Partei ganz oder zu einem von ihm bestimmten Teil, bei Zutreffen der Voraussetzungen auch vor dem helfenden Richter, eidlich wiederholen lassen. Doch kann die beeidete Aussage inhaltlich nicht über die unbeeidete hinausgehen. Das Gericht kann aber auch „die Fassung bestimmen, in welcher die eidliche Aussage über einzelne Umstände zu erfolgen habe“ (normierte Aussage). Darnach ändert sich die Eidesformel, die sonst die gleiche ist wie beim Voreid des Zeugen, hier aber nach „einen reinen Eid, daß...“ die betreffende Fassung eingeschoben erhält, woran sich „so wahr mir Gott helfe!“ schließt (§ 1, Ges. v. 3. V. 1868, R. 33). Gegen diese Beschlüsse gibt es keinen abgesonderten Rekurs. Die Eideserinnerung hat wie beim Zeugen zu erfolgen und ist zu protokollieren (§ 377 ZPO.). Das Gericht kann auch zum Zweck der eidlichen Befragung die Verhandlung vertagen, um den Parteien Überlegungsfrist zu gewähren (§ 379 ZPO.). In manchen Fällen ist, wie bereits ausgeführt, der Beweis durch Parteivernehmung ausgeschlossen. Ferner noch die eidliche a) im vorbereitenden Verfahren (§ 249 II ZPO.), b) zur Glaubhaftmachung (§ 274 I ZPO.).

III. Die Partei hat keinen Anspruch auf Vergütung (§§ 42 I, 382 I ZPO.).

IV. Hat sich eine Partei zur eidlichen Bestätigung einer Angabe erboten (Eidesinformation), ist sie aber vor ihrer eidlichen Abhörung gestorben, so würdigt das Gericht die Angaben nach freier Überzeugung (§ 383 ZPO.), kann aber auch den Gegner über denselben Umstand eidlich einvernehmen.

V. Auch die unbeeidete Parteiaussage ist zu protokollieren. Deckt sich die beeidete mit ihr, so genügt bei Protokollierung dieser eine Verweisung auf die erstere.

Anhang: *Beweissicherung.*

Ist der Verlust oder die Erschwerung der Benützung eines Beweismittels für eine Zivilprozeßsache und einen tauglichen Beweissatz zu besorgen oder sind Mängel einer Sache oder eines Werks festzustellen, derentwegen der Gegner Gewähr leisten soll, so kann auf Antrag vor oder jederzeit während des Prozesses oder auf Grund prozeßleitender Verfügung (§ 183 III ZPO), also auch, bevor ein Beweisbeschluß gefaßt werden kann, die Vornahme eines Augenscheins oder die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen erfolgen (Beweissicherung). Der Veräußerer einer Sache oder der Unternehmer eines Werks kann auch den Antrag stellen, wenn der Vertragsgegner einen Mangel anzeigt oder die Annahme wegen Mangelhaftigkeit verweigert. Hier ist Gefahr nicht Voraussetzung (vgl. ferner Art. XLIV EGZPO. mit Art. 348, 365, 407 HGB.). Sonst ist Beweissicherung z. B. zulässig, wenn ein Zeuge im Sterben liegt oder eine in Augenschein zu nehmende Örtlichkeit eingeschneit zu werden droht.

Der Antrag ist beim Prozeßgericht, in dringenden Fällen, in den Fällen der Art. 348, 365, 407 HGB. (Art. XLVI EGZPO.), sowie wenn noch kein Prozeß anhängig ist, beim Bezirksgericht zu stellen, in dessen Sprengel sich die Augenscheinsgegenstände, die Grundlage des Sachverständigenbeweises oder die zu Vernehmenden befinden (Bezirksgericht der Zwangsbereitschaft), und kann auch protokollarisch angebracht werden (§ 384 ZPO.). Der Antragsteller hat den Beweissatz und die Beweismittel (Namen der Zeugen und der allenfalls vorgeschlagenen Sachverständigen) anzugeben sowie Gründe für die Notwendigkeit der Beweissicherung, deren Glaubhaftmachung das Gericht verlangen kann (§ 386 I ZPO.), darzulegen. Auch der Gegner ist zu benennen oder es ist darzulegen, weshalb das nicht möglich ist (§ 385 ZPO.). Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung, aber, wenn nicht Gefahr im Verzug und wenn der Gegner bekannt und seine Zustimmung nicht bereits, z. B. durch Mitunterfertigung des Antrags, nachgewiesen ist, nach seiner Vernehmung. Bei Gerichtshöfen entscheidet der Vorsteher oder der Vorsitzende des Senats, dem die Rechtssache zugewiesen ist, als Einzelrichter. Eine Prüfung der Erheblichkeit des Beweises erfolgt nicht. Eine Beweissicherung kann auch im vorbereitenden Verfahren erfolgen (§§ 250f. ZPO.).

Die Stattgebung (kein Rekurs; wohl aber gegen die Abweisung) hat den Beweissatz und die Beweismittel zu enthalten, ist aber kein Beweisbeschluß im technischen Sinn. Zugleich sind die nötigen Anordnungen zu treffen, insbesondere auch für den unbekanntem Gegner zur Wahrung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme ein Kurator zu bestellen (§ 386 ZPO.). Der Gegner wird unter Zustellung des Beschlusses und, wenn er nicht schon über den Antrag gehört wurde, auch eines Exemplars des vom Antragsteller überreichten Schriftsatzes oder einer Abschrift des protokollarischen Anbringens zu der für die Beweisaufnahme bestimmten Tagsatzung geladen. In dringenden Fällen kann aber vor Zustellung des Beschlusses an den bekannten Gegner mit der Beweisaufnahme be-

gonnen werden. Die Bewilligung dazu kann auf Antrag gleichzeitig mit dem Beschluß auf Beweisaufnahme erfolgen. Gegen ihre Gewährung oder Verweigerung gibt es keinen Rekurs (§ 387 ZPO.).

Für die Beweisaufnahme gelten die allgemeinen Bestimmungen, insbesondere auch bezüglich mittelbarer Beweisaufnahme und der Beschränkung der Rechtsmittel z. B. nach § 370 I ZPO. (strittig). Das Protokoll darüber wird beim Gericht verwahrt. Ist oder wird der Rechtsstreit bei einem anderen Gericht anhängig, so ist das Protokoll dem Prozeßgericht auf dessen Ersuchen oder auf Parteiantrag zu übersenden.

Die Kosten der Beweissicherung, insbesondere auch der Beteiligung des Gegners daran, nicht aber seiner Vernehmung darüber (diese gehören zu den allgemeinen Prozeßkosten) und auch nicht die Kosten des — unzulässigerweise — zugelassenen Nebenintervenienten (strittig), bestreitet vorläufig der Antragsteller (§ 388 ZPO.). Die Entscheidung fällt im Senatsverfahren der Vorsitzende oder ein beauftragtes Senatsmitglied als Einzelrichter (§ 37 I, Z. 7 c und II GOG.).

Jede Partei kann im Prozeß — auch gegen einen anderen Gegner — das Ergebnis der Beweissicherung, soweit es erheblich ist, benützen. Erfolgte diese nicht nach Vorschrift oder wurde der Gegner nicht oder nicht rechtzeitig von ihr verständigt, so würdigt das erkennende Gericht frei. Es besteht also keine Nichtigkeit. Im Prozeß kann, soweit möglich, eine Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme angeordnet werden (§ 389 ZPO.; kein Rekurs, § 291 II ZPO.), insbesondere, wenn die Voraussetzungen für mittelbare Beweisaufnahme nicht vorliegen.

Besteht Gefahr, daß eine Partei, die zu vernehmen wäre, stirbt oder eine Urkunde unbrauchbar wird, so ist Beweissicherung nicht möglich. Die Partei müßte eine Erklärung nach § 383 ZPO. abgeben, damit das Gericht diese würdigen kann. Bezüglich der Urkunde kann außerstreitig vom Aussteller die Erneuerung auf Kosten des Antragstellers gerichtlich verlangt werden. Alle, gegen die sie Beweismittel sein soll, sind zu laden. Weigert sich der Aussteller, bleibt er insbesondere von der Tagsatzung weg, so muß der Klageweg beschritten werden (§ 317 ZPO.).

10. *Der Prozeßabschluß in erster Instanz.*

A. Das zweckgemäße Ende des Prozesses ist Sachentscheidung. Sie erfolgt grundsätzlich mit Urteil. Erkennt das Gericht den Klageanspruch als zu Recht bestehend, so wird der Klage stattgegeben; im Gegenfall wird sie abgewiesen. Auch teilweise Stattgebung ist möglich.

B. Die Ablehnung der Sachentscheidung (Prozeßabweisung) geschieht mit Beschluß: Die Klage wird zurückgewiesen und das Verfahren eingestellt. Das geschieht auch regelmäßig, wenn ein Zurückweisungsgrund, der kein Nichtverfahren zur Folge hat, erst nach Prozeßbeginn eintritt. Die nach Anhängigkeit eintretende Unzuständigkeit ist aber ebenso unbeachtlich (§ 29 JN.) wie nachträgliche Streitanhängigkeit in einem andern Prozeß. Nachträgliche Prozeßunfähigkeit oder Wegfall der gesetzlichen Vertretung haben nur allenfalls Unterbrechung des Verfahrens zur Folge (§ 158 ZPO.). Bei ursprünglichem Fehlen oder

nachträglichem Wegfall einer Prozeßvoraussetzung ist das Verfahren ohne förmlichen Beschluß einzustellen. Aufsichtsbeschwerde ist möglich.

Die Ablehnung der Sachentscheidung aus dem Grund, weil dem Gericht Sach- oder Rechtslage nicht klar wird, ist unzulässig und wäre Rechtsverweigerung, also Grund für Aufsichtsbeschwerde. In einem solchen Fall ist nach den Vorschriften über die Beweislast zu entscheiden und im Zweifel die Klage abzuweisen.

C. Der Prozeß endet mit der Klagerücknahme und der ihr allenfalls nachfolgenden Kostenentscheidung; ebenso wenn die Klage für zurückgenommen erklärt wird (§ 237 mit § 60 III ZPO.).

D. Auch der Vergleich erledigt regelmäßig den Prozeß. Das Gericht kann (§ 204 ZPO.) bei der Verhandlung, insbesondere auch bei der ersten Tagsatzung, jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen eine gütliche Beilegung durch Vergleich versuchen, soweit ein solcher zulässig ist. Diesbezüglich gelten aber nicht die §§ 1382ff. abGB., die nur den privatrechtlichen Vergleich betreffen, sondern lediglich die prozessualen Vorschriften. Darnach ergibt sich die Unzulässigkeit eines Vergleichs über Umstände, die von Amts wegen wahrzunehmen sind. Insbesondere auch bei Verstoß gegen die guten Sitten. Sonst kann Gegenstand des Vergleichs alles und nur das sein, was auch Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung sein kann. Da der gerichtliche Vergleich eine Verfahrenshandlung ist, müssen auch die Voraussetzungen dafür vorliegen. Insbesondere müssen auch die Prozeßvoraussetzungen gegeben und darf das Verfahren nicht nichtig sein.

Der Vergleich kann auch das Urteil als Tatbestandsmerkmal, insbesondere für eine Rechtsgestaltung, nicht ersetzen.

Mit Zustimmung der Parteien erfolgt zum Zweck des Vergleichsversuchs Verweisung an den helfenden Richter. Eine Aufschiebung der Aufnahme oder der Fortführung der Verhandlung kann nur im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen (§§ 128, 134 ZPO.) erfolgen. Der zustande gekommene Vergleich ist zu protokollieren — bei der Verhandlung auf Antrag im Verhandlungsprotokoll — und wird dadurch, wenn das Protokoll unbestritten bleibt, vollstreckbar (vgl. § 1 Z. 5 EO.). Die Parteien erhalten auf Verlangen auf ihre Kosten Protokollausfertigungen (§ 206 ZPO.). Fehlt ein wesentliches Erfordernis, so ist die Protokollierung abzulehnen. Zu protokollieren ist stets der Inhalt des Vergleichs, nicht aber der mißlungene Vergleichsversuch.

Im Vergleich kann die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses oder die Übernahme der Verbindlichkeit zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung von der Ablegung eines vereinbarten Eides abhängig gemacht werden, der nur streitige Tatsachen zum Gegenstand haben kann. Die Tagsatzung für die Eidesablegung oder die Frist, innerhalb welcher der Eidespflichtige um Bestimmung der Tagsatzung anzusuchen hat, muß in diesem Falle im Vergleich bestimmt werden, widrigens dieser ungültig ist. Die Eidesablegung erfolgt vor dem vom Vorsteher des im Vergleich genannten Gerichts bestimmten „richterlichen Beamten“ (§ 205

ZPO.) und ist zu protokollieren. Der Partei ist auf Verlangen eine Abschrift dieses Protokolls zu erteilen (§ 206 ZPO.). Für die Kosten gilt § 47 ZPO.

Mit der Protokollierung des Vergleichs ist der Prozeß beendet, ohne daß es eines Beschlusses bedürfte (arg. sil.).

Der Vergleich kann auch einen Teil der Streitsache (Teilvergleich) oder nur den Grund (nicht den Betrag) oder ein präjudizielles Recht (Rechtverhältnis) betreffen (Zwischenvergleich) und insbesondere auch die Kostenentscheidung dem Gericht überlassen. In diesen Fällen ist aber der Rechtsstreit durch den Vergleich nicht erledigt.

Der gerichtliche Vergleich ist eine Verhandlungshandlung und unterliegt daher, wie erwähnt, nicht den privatrechtlichen Vorschriften (strittig). Er ist aber auch keine gerichtliche Willenserklärung; daher gibt es keine prozessualen Rechtsmittel gegen ihn. Fehlt somit ein wesentliches Erfordernis, so kann die Ungültigkeit, z. B. wegen Verfahrensnichtigkeit, nur im Klagewege festgestellt werden. Wird der Vergleich mit Entscheidung rechtskräftig für unwirksam erklärt, so tritt das Verfahren in das Stadium vor Vergleichsabschluß zurück. Durch eine vereinbarte Aufhebung des Vergleichs aber, die zulässig ist, lebt das frühere Verfahren nicht auf; es müßte neuerlich geklagt werden.

E. Die Entlassung des Beklagten aus dem Rechtsstreit nach Erlag des Betrags der exekutiv überwiesenen Forderung beim Exekutionsgericht, weil diese von mehreren Personen beansprucht wird (§ 307 EO.), beendet den Prozeß; anders bei „Entbindung“ nach §§ 23, 241 ZPO.

β) Bezirksgerichtliches Verfahren.

Es findet auch beim Gerichtshof statt, wenn der Einzelrichter über Rechtssachen mit einem Streitwert nicht über 2000 S entscheidet, die beim Konkursgericht durchzuführen sind (§ 114 KO.).

Im allgemeinen gilt das gleiche wie für das Gerichtshofverfahren. Den Wirkungskreis des Senates und des Vorsitzenden hat der Einzelrichter (§ 431 ZPO.). Im folgenden werden nur die Abweichungen vom Gerichtshofverfahren angeführt. Grundsätzlich ist das Verfahren weniger formell, einfacher, kürzer, rascher und unter größerer Einflußnahme des Gerichts.

1. Rechtsunkundigen, nicht rechtsfreundlich vertretenen Parteien hat der Richter erforderlichenfalls die nötigen Anleitungen zu ihren Prozeßhandlungen (nicht bezüglich des Streitgegenstandes selbst) zu geben und sie über die Rechtsfolgen ihrer Handlungen und Unterlassungen zu belehren (§ 432 ZPO.). Das gilt insbesondere für die schriftlich überreichte Klage, wenn sie unvollständig, undeutlich oder bedenklich ist, für die protokollarisch angebrachte, wenn sie wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, Unzuständigkeit oder mangels der persönlichen Klagebefugnis (Prozeßunfähigkeit, mangelnde Vertretungsmacht oder Klageermächtigung) unzulässig oder wenn sie offenbar unbegründet erscheint.

Im Falle der erwähnten Unzulässigkeit der protokollarisch angebrachten Klage kann der Kläger auch schriftliche Belehrung verlangen.

Beharrt er auf der Protokollierung, so darf die Aufnahme nicht verweigert werden (§ 435 ZPO.). Es besteht ferner die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung bei Entscheidungsverkündung (§ 432 II ZPO.) und in der Urteilsausfertigung (§ 447 ZPO.).

2. Es herrscht kein unbedingter Anwaltszwang.

3. Erscheint eine Partei ohne Bevollmächtigten, so hat sie einen Ersatzanspruch für Zeitversäumnis und Reiseauslagen (§ 42 I ZPO).

4. Die arme Partei kann nur unter den Voraussetzungen des § 64 Z. 4 ZPO. einen Vertreter, nicht aber einen Armenanwalt verlangen.

5. An bestimmten Gerichtstagen, die im voraus festgesetzt und durch Anschlag am Gerichtshaus bekanntgemacht werden, kann der Kläger mit dem Gegner auch ohne Vorladung vor Gericht erscheinen, um einen Rechtsstreit anhängig zu machen und darüber zu verhandeln. In diesem Fall ist das Klagebegehren im Verhandlungsprotokoll aufzuzeichnen (§ 439 ZPO.). Aber auch sonst kann die Klage eines nicht rechtsfreundlich Vertretenen zu Protokoll gegeben werden; ebenso Anträge und Mitteilungen außerhalb der mündlichen Verhandlung (§ 434 ZPO.).

6. Die erste Tagsatzung ist nicht auf das Programm des Gerichtshofverfahrens beschränkt, sondern dient regelmäßig zur mündlichen Verhandlung über den ganzen Prozeßstoff. Es kann aber auch eine erste Tagsatzung im technischen Sinn abgesondert angeordnet werden; doch kann auch dann der Sachverhalt soweit erörtert werden, als dies für prozeßleitende Verfügungen zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung nötig ist (§ 440 I ZPO.).

7. Die erste Tagsatzung kann, auch wenn die Klage nicht nach § 439 ZPO. angebracht wird, in dringenden Fällen auf den Tag der Klageanbringung anberaumt werden (§ 436 ZPO.). Kläger und Beklagter werden durch Zustellung einer Ausfertigung des über die Klage ergehenden Beschlusses unter Mitteilung der Versäumnisfolgen mit der Aufforderung geladen, die bei der Verhandlung in Augenschein zu nehmenden Sachen „und die sich auf den Rechtsstreit beziehenden, dem Gerichte noch nicht in Urschrift vorliegenden Urkunden zur Tagsatzung mitzubringen“. Der Beklagte erhält überdies ein Exemplar der schriftlichen Klage oder eine Abschrift des über die Klage aufgenommenen Protokolls, bzw. ihre protokollarische Ergänzung oder Richtigstellung. Er wird weiters aufgefordert, „wegen der Vorlage der im Besitze des Gegners oder in Verwahrung einer öffentlichen Behörde oder eines Notars befindlichen Beweisurkunden und Augenscheinsgegenstände“, soweit er sie sich nicht selbst verschaffen kann (§ 229 II ZPO.), „sowie wegen etwaiger gerichtlicher Vorladung von Zeugen“ noch vor der Tagsatzung seine Anträge zu stellen (§§ 437 f. ZPO.).

8. Es gibt keine Klagebeantwortung (§ 440 II ZPO.).

9. Ebensowenig ein vorbereitendes Verfahren; doch kann in Punktsachen den Parteien der Wechsel vorbereitender Schriftsätze aufgetragen werden, wenn sie rechtsfreundlich vertreten sind, oder es kann ohne Rücksicht darauf zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung eine — informatorische — Einvernehmung der Parteien (keine mündliche Verhandlung wie im vorbereitenden Verfahren) zu Protokoll erfolgen

(§ 440 III ZPO.). Der Auftrag bezüglich der vorbereitenden Schriftsätze ist unmaßgeblich, doch können die Partei, wenn dadurch die Prozeßerledigung verzögert wird, Kostenfolgen treffen.

10. Die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung ist womöglich nicht zu erstrecken (§ 440 IV ZPO.).

11. Der Auftrag zu Niederschriften (§ 265 ZPO.) kann nur den bei der mündlichen Verhandlung rechtsfreundlich vertretenen Parteien erteilt werden (§ 440 V ZPO.).

12. Die Einrede der Unzuständigkeit hat der Beklagte, auch wenn die erste Tagsatzung schon zur mündlichen Streitverhandlung bestimmt ist, bei dieser vor Einlassung in die Hauptsache vorzubringen, widrigens die verzichtbare Unzuständigkeit verschwiegen ist (§ 441 ZPO.).

13. Das gleiche gilt vom Antrag auf Prozeßkostensicherheit (§ 59 I ZPO.).

14. Die Versäumnisfolgen sind verschieden (§ 442 gegen §§ 396 ff. ZPO.).

15. Das Protokoll ist regelmäßig Resuméprotokoll (§ 443 ZPO.).

16. In der Klage kann auch das Begehren um Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles gestellt werden (Mahnklage). Wegen einer Forderung a) an Geld oder andern vertretbaren Sachen, b) mit einem Streitwert nicht über 2000 S, die c) keine Wechselforderung und d) durch keine Gegenleistung bedingt ist, sowie e) bei Gericht geltend gemacht werden kann, kann nämlich der Gläubiger im Wege des Mahnverfahrens (Art. XXVIII EGZPO. mit Ges. v. 27. IV. 1873, R. 67) die Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls gegen den persönlichen Schuldner begehren, wenn f) dessen Aufenthalt bekannt ist (Mahngesuch). Insofern handelt es sich um ein Außerstreitverfahren, wenn auch die Zustellung des Zahlungsbefehls nach § 13 l. c. Streitanhängigkeit begründet; denn anders als beim Zahlungsauftrag kann es auf Grund eines bedingten Zahlungsbefehls infolge Abwehr des Gegners nur zur Unwirksamkeit aber nicht zu einem Verfahren kommen. Zuständig ist das Bezirksgericht (Ausnahmen: Art. XIV EGJN., § 114 KO.), allenfalls das für Handelsachen. Ist es auch für die Klage zuständig, so ist Mahnklage möglich. Der Gläubiger muß den Rechtsgrund der Forderung angeben (Individualisierung). Geht die Forderung nicht auf Geld, so muß der Gläubiger den Betrag bezeichnen, den er statt der geforderten vertretbaren Sache anzunehmen bereit ist. Auch bei objektiver und subjektiver Klagenhäufung ist Mahnklage möglich. Das Begehren kann bis zum Schluß der mündlichen Streitverhandlung zurückgezogen werden; aber auch Klagerücknahme allein ist möglich.

Bei der Mahnklage entscheidet das Gericht zuerst über das Begehren um Erlassung des Zahlungsbefehls. a) Fehlt eine Voraussetzung, so weist es dieses zurück (Rekurs binnen acht Tagen möglich) und leitet das Verfahren über die Klage ein. b) Andernfalls erläßt es ohne Anhörung des Schuldners den bedingten Zahlungsbefehl. Dieser enthält α) die Aufschrift „Zahlungsbefehl“; β) Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort von Gläubiger und Schuldner; γ) den Betrag der Forderung bzw. jedes

einzelnen Postens; δ) deren Rechtsgrund; ε) den Auftrag an den Schuldner, binnen 14 Tagen nach Zustellung bei sonstiger Exekution die Forderung, bzw. die einzeln zu nennenden Forderungen oder den vom Gläubiger an Erfüllung Statt gewählten Betrag samt den geforderten Zinsen und, falls der Ersatz im Begehren verlangt wird, auch die vom Richter bestimmten Kosten zu berichtigen oder wenn er Einwendungen habe, gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch zu erheben; ζ) die Bemerkung, daß der Zahlungsbefehl nur durch diesen außer Kraft treten könne; η) daß dann das weitere Verfahren über die Klage stattfinden werde.

Der Zahlungsbefehl ist zu eigenen Händen zuzustellen und nur mit Widerspruch, daher auch nicht mit Nichtigkeitsklage, anfechtbar.

Der Schuldner kann den Widerspruch ohne Angabe von Gründen mündlich oder schriftlich erheben; auch beim Bezirksgericht seines Aufenthaltes zu Protokoll. Wegen Versäumung der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis kann in gleicher Weise binnen 14 Tagen nach Wegfall des Hindernisses Wiedereinsetzung verlangt werden. Wer im Namen des Schuldners Widerspruch erhebt, muß keine Vollmacht vorweisen; die gerichtliche Erledigung aber wird dem Schuldner zugestellt.

Der Zahlungsbefehl tritt durch den Widerspruch außer Kraft, auch wenn dieser nur gegen einen Teil der Forderung gerichtet ist, oder bei passiver Streitgenossenschaft nur ein Schuldner Widerspruch erhebt. Bei objektiver Anspruchshäufung wird durch den Widerspruch gegen eine oder mehrere einzeln im Zahlungsbefehl besonders angeführte Forderungen der Zahlungsbefehl wegen der übrigen und der Kosten nicht berührt. Da Widerspruch den Zahlungsbefehl vernichtet, ist seine Zurücknahme ohne Wirkung. Ein verspäteter Widerspruch ist zurückzuweisen; dagegen ist Rekurs binnen acht Tagen möglich. Von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch sind beide Parteien durch die Geschäftsstelle ohne richterlichen Auftrag (§ 601 V GeO.) zu verständigen. Nach Außerkräfttreten des bedingten Zahlungsbefehls wird die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung, also nicht erste Tagsatzung im technischen Sinn, angeordnet, weil schon ersichtlich ist, daß der Beklagte bestreiten will.

b) Ordentliches Verfahren mit beschränkter Kognition.

α) Bagatellverfahren.

Besonderheiten: 1. Bagatellsachen sind Ferialsachen (§ 224 I, Z. 7 ZPO.).

2. In der Verkündung des eine Prozeßeinrede in abgesonderter Verhandlung abweisenden Beschlusses ist die sofortige Aufnahme der Verhandlung in der Hauptsache ausnahmslos anzuordnen (§ 450 gegen § 261 ZPO.), die Abweisung daher nicht besonders auszufertigen.

3. Das Protokoll ist wesentlich einfacher (§ 451 ZPO.).

4. Rechtsmittelbelehrung ist vorgeschrieben (§ 452 I ZPO.).

5. Die Zustellung der Urteilsausfertigung ist beschränkt (§ 452 II ZPO.).

6. Der Urteilsvermerk ist auch unter den Voraussetzungen des § 452 II ZPO. vorgesehen.

β) Besitzstörungsverfahren.

Besonderheiten (auch beim befangenheitszuständigen Gerichtshof):
1. Die Klage ist innerhalb von 30 Tagen nach Kenntnis von Störung und Störer einzubringen (§ 454 I ZPO.).

2. „Schriftlich überreichte Klagen sind von außen als Besitzstörungsklagen zu bezeichnen“ (§ 454 II ZPO.).

3. Das Klagebegehren ist eingeschränkt (§ 454 I ZPO.).

4. Besitzstörungssachen sind Ferialsachen (§ 224 I, Z. 3 ZPO.).

5. Bei Anberaumung der Tagsatzungen und Fristen ist stets auf die Dringlichkeit Bedacht zu nehmen (§ 455 ZPO.).

6. Die Verhandlung ist auf die Tatsache des letzten Besitzstandes und der Störung zu beschränken. Das Recht zum Besitz, Titel, Redlichkeit und Unredlichkeit oder Entschädigungsansprüche sind von der Verhandlung ausgeschlossen (§ 457 I ZPO.); daher auch Verhandlungsverbindung mit anderen Klagen dieser Art oder eine solche Klagenhäufung unzulässig. Ist aber über das Recht zum Besitz schon rechtskräftig entschieden worden, so kann darauf hingewiesen werden. Denn der Endbeschluß soll eine vorläufige Regelung bis zur Entscheidung über das Recht bilden (§ 459 ZPO.); ist diese aber bereits erfolgt, so geht sie vor. Auch bedarf es dann keiner „Erörterung“. Die Unechtheit des Besitzes kann erörtert und bewiesen werden.

7. Beweisführung durch Parteivernehmung findet nicht statt (§ 457 II ZPO.).

8. Der Richter kann während der Verhandlung, allenfalls gegen Sicherheitsleistung, eine oder mehrere einstweilige Vorkehrungen nach der EO. anordnen, wenn das a) „zur Abwendung der dringenden Gefahr widerrechtlicher Beschädigung“, b) „zur Verhütung von Gewalttätigkeiten“ oder c) „zur Hintanhaltung eines unwiederbringlichen Schadens nötig erscheint“ (§ 458 ZPO.). Solche Sicherungsmittel sind im § 382 EO. beispielsweise aufgezählt. Insbesondere kann dem Gegner verboten werden, an dem Streitgegenstand Veränderungen vorzunehmen; es kann bei jedem Zuwiderhandeln (§ 384 I EO.) Haft (Gesamtdauer 1 Jahr) oder Geldstrafe (nicht über 4000 S im Einzelfall) (§ 355 EO.) verhängt und der Kläger auf Antrag ermächtigt werden, den früheren Zustand auf Gefahr und Kosten des Beklagten herstellen zu lassen (§ 356 EO.). Diese Vorkehrungen sind nicht einstweilige Verfügungen im technischen Sinn; doch sind auch solche bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, allenfalls sogar vor Klageanbringung (§ 378 EO.) möglich.

9. Die Sachentscheidung erfolgt mit Endbeschluß. Er enthält eine vorläufige Regelung des tatsächlichen Besitzstandes oder eine vorläufige Untersagung oder Sicherstellung. Er schafft keine Rechtskraft gegen die spätere gerichtliche Geltendmachung des Rechts zum Besitz und der davon abhängigen Ansprüche. Die Begründung hat auch eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts zu enthalten. Die Leistungsfrist ist, aus-

genommen bezüglich der Kosten (§ 409 ZPO.), den Umständen nach zu bestimmen (§ 459 ZPO.).

10. Auf Grund der Bauverbotsklage (§§ 340ff. abGB.) hat der Richter ohne Einvernehmung des Beklagten gleich bei Erledigung der Klage das Erforderliche zu verfügen (§ 456 ZPO.). Die Klage ist unzulässig, wenn der Bauführer nach Vorschrift das Begehren um Erteilung der Baubewilligung gestellt hat, der angeblich gefährdete Besitzer aber trotz gehöriger und rechtzeitiger Ladung bei der Baukommission nicht erschienen ist oder gegen die Bewilligung keine Einwendung erhoben hat (Art. XXXVII EGZPO.).

c) Besondere Verfahrensarten.

α) Mandatsverfahren.

1. Die Besonderheit besteht vor allem darin, daß es ein irregulär summarisches Verfahren ist. Auf den vorschriftsgemäßen, mit der Klage verbundenen Antrag hin wird ohne mündliche Verhandlung oder Einvernehmung des Beklagten und stets ohne Forderung einer Prozeßkostensicherheit (§ 57 II, Z. 4 ZPO.) der Zahlungsauftrag erlassen, der Beklagte habe binnen 14 Tagen (unverlängerbar, Gerichtsferien ohne Einfluß, § 225 II ZPO.) nach Zustellung (zu eigenen Händen) bei sonstiger Exekution die gegen ihn geltend gemachten Ansprüche samt den vom Gericht bestimmten Kosten zu befriedigen oder seine Einwendungen zu erheben (§ 550 ZPO.). Ein einziger Zahlungsauftrag gegen mehrere Beklagte ist nur unter den Voraussetzungen passiver Streitgenossenschaft zulässig. Sind die Beilagen nicht für alle Beklagten vorhanden, so wird der Zahlungsauftrag nur gegen den oder die in der Klage zuerst benannten erlassen (§ 551 ZPO.). Die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen erfolgt wie bei der Klage. Kann ein Zahlungsauftrag überhaupt nicht erlassen werden, eignet sich aber die Klage zur Erledigung, so ist das ordentliche Verfahren einzuleiten (§ 554 ZPO.), während der Antrag auf Erlassung des Zahlungsauftrages abgewiesen wird.

Gegen die Verweigerung des Zahlungsauftrages ist Rekurs möglich; gegen die Erlassung dagegen nicht, ausgenommen gegen die im Zahlungsauftrag enthaltene Kostenentscheidung; wohl aber Einwendungen. Sie müssen bei dem Gericht, das den Auftrag erlassen hat, rechtzeitig angebracht werden, widrigens sie ohne Verhandlung zurückzuweisen sind. Auch Nichtigkeitsklage ist zulässig, da sie kein Rechtsmittel ist.

2. Erst wenn ordnungsgemäß und rechtzeitig Einwendung erhoben werden, kommt es zu einem Schlichtungsverfahren (kontradiktorischen Verfahren). Ohne neuerlichen klägerischen Antrag ist „auf tunlichst kurze Zeit eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anzuberaumen“. Es gibt also weder eine erste Tagsatzung im technischen Sinn, noch eine Klagebeantwortung, an deren Stelle ja die Einwendungen treten. Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann auch ein vorbereitendes Verfahren angeordnet werden. Werden Einwendungen gegen den Auf-

trag und Rekurs gegen die Kostenentscheidung erhoben, so ist letzterer erst mit dem Urteil erster Instanz der Rechtsmittelinstanz vorzulegen.

3. Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht ist ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zur Erhebung der Einwendungen möglich (§ 552 ZPO.).

4. Die Einwendungen können bis zum Schluß der mündlichen Streitverhandlung zurückgenommen werden (§ 552 mit § 484 ZPO.). Dadurch bleibt der Zahlungsauftrag in Kraft (arg. § 553 ZPO. „aufgehoben werde“). Neuerliche Einwendungen sind unzulässig (§ 552 mit § 484 II ZPO.).

5. Das Urteil hat auszusprechen, ob der Zahlungsauftrag aufrechterhalten bleibe oder ob und inwiefern derselbe aufgehoben werde (§ 553 ZPO.). Letzterenfalls ist das Urteil rechtsgestaltend; auch wird die Klage abgewiesen. Es ist stets über die Kosten zu entscheiden (§ 52 I ZPO.). Gegebenenfalls kann die Klage auch nach allgemeinen Grundsätzen zurückgewiesen und im selben Beschluß der Zahlungsauftrag aufgehoben werden. War die Forderung zur Zeit der Erlassung des Zahlungsauftrags noch nicht fällig, ist sie es aber bis zur Urteilsfällung geworden, so ist der Zahlungsauftrag aufrechtzuerhalten (§ 406 ZPO.), aber die Leistungsfrist entsprechend zu ändern.

β) Wechselprozeß.

I. Regulär summarisches Verfahren. Besonderheiten:

1. Wechselsachen sind Ferialsachen (§ 224 I, Z. 1 ZPO.).

2. Prozeßkostensicherheit braucht nie geleistet zu werden (§ 57 II, Z. 4 ZPO.).

3. Die Leistungsfrist ist, auch bezüglich der Kosten, selbst wenn der Kläger kostenpflichtig ist, drei Tage.

4. Die Frist zur Erstattung des Antrags auf Wiedereinsetzung, zur Rechtsmittelerhebung und (arg. Überschriften vor § 465 und 505 ZPO.) zur Einbringung der Gegenschriften beträgt acht Tage (unverlängerbar) (§ 555 ZPO.).

5. Die Wiedereinsetzung und

6. die Wiederaufnahme finden zum Nachteil einer im Prozeß gutgläubig gewesenen Partei nicht statt, wenn diese inzwischen ihre wechselmäßigen Ansprüche an Dritte durch Ablauf der Zeit ganz oder teilweise verloren hat oder doch wegen Kürze der Restzeit nicht mehr geltend machen kann (§ 556 ZPO.).

II. Für das Wechselmandatsverfahren gilt das gleiche wie für das Mandatsverfahren überhaupt, aber auch die unter I. angeführten Besonderheiten (§ 559 ZPO.).

γ) Bestandverfahren.

1. Das Streitverfahren (nie Bagatellverfahren) beginnt, wie erwähnt, ausgenommen den Fall des § 567 IV ZPO., erst mit der ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Erhebung der Einwendungen. Diese sind binnen acht Tagen nach Zustellung (zu eigenen Händen, § 564 I ZPO.) der Kündigung oder des Auftrags auf Übergabe oder Übernahme, wenn aber die

Kündigungsfrist unter 14 Tage beträgt, binnen drei Tagen einzubringen (§ 562 II ZPO.; besondere Fristen § 17 III HausO.). Die Fristen sind unverlängerbar (§ 570 ZPO.). Wiedereinsetzung gibt es nur bei Kündigung von Mieterschutzobjekten (§ 21 I MietG. gegen § 571 IV ZPO.). Verspätete Einwendungen sind ohne Verhandlung zurückzuweisen. Sonst ist eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung, also keine erste Tagsatzung im technischen Sinn, anzuordnen. Bei allen Tagsatzungen und Fristen ist auf die Dringlichkeit Bedacht zu nehmen. Der Kündigende oder zur Zurückstellung oder Zurücknahme des Bestand- (Teilpacht-, § 576 ZPO.) gegenstands Auffordernde ist als Kläger anzusehen (§ 571 ZPO.). Auf die Zurücknahme der Kündigung oder Aufforderung sowie der Einwendungen ist § 552 ZPO. analog anzuwenden. Da die Kündigungen, Aufträge, Entscheidungen und Verfügungen auch gegen den Unterbestandnehmer Wirkung haben (§ 568 ZPO.), kann dieser, auch wenn der Mieter keine Einwendungen erhebt, seinerseits Einwendungen erheben. Der Prozeß wird dann mit ihm geführt. Er ist aber Partei; seine Zulassung als Nebenintervenient ohne Hauptpartei ist gesetzwidrig, da Nebenintervention einen zwischen andern Personen anhängigen Rechtsstreit voraussetzt (§ 17 ZPO.).

2. Bestandsachen sind Ferialsachen (§ 224 I, Z. 4 ZPO.).

3. Die Frist zur Stellung eines Wiedereinsetzungsantrags, zur Rechtsmittelerhebung und Einbringung von Gegenschritten ist unverlängerbar acht Tage (§ 575 I ZPO.). Für andere Prozesse, insbesondere für die im § 574 ZPO. genannten, gilt das arg. sil. nicht (strittig). Aus § 575 I ZPO. läßt sich nicht das Gegenteil ableiten, da das „in diesem Abschnitte geregelte Verfahren“ nur das Bestandsverfahren im technischen Sinn ist. Denn das Verfahren über die im § 574 ZPO. genannten Klagen ist hier nicht geregelt.

4. Im Urteil ist, abgesehen von der Kostenentscheidung, auszusprechen, ob und inwieweit die Kündigung oder der Auftrag als wirksam anerkannt oder aufgehoben werden (letzterenfalls Rechtsgestaltung!), sowie ob und wann der Beklagte verpflichtet ist, den Gegenstand zu übergeben oder zu übernehmen (§ 572 ZPO.). Die Leistungsfrist ist verschieden: a) Ist die Bestand- (Teilpacht-) Zeit zur Zeit der Urteilsfällung schon verstrichen, so hat die Übergabe oder Übernahme sofort zu erfolgen; nur bei Pachtungen kann eine acht Tage nicht überschreitende Frist gewährt werden. b) Ist die Zeit noch nicht verstrichen, so kommt es auf die besonderen Vorschriften und c) mangels solcher auf die Ortsgewohnheiten an. d) Fehlen auch diese, so „ist bei Mieten anzuordnen, daß mit der Räumung spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Mietzeit zu beginnen, dem Übernehmer zur Mittagszeit dieses Tages ein zur Verwahrung eines Teiles seiner Fahrnisse geeigneter Platz zu überlassen sei, die Übergabe des gänzlich geräumten Mietgegenstandes aber bis zum Mittage des letzten Tages der Mietzeit zu erfolgen habe“. e) Bei Pachtungen von Gütern mit Gebäuden kommt der achte Tag in Betracht. Der dritte oder achte Tag ist so zu berechnen, daß zwischen dem Tag des Beginns und dem der Beendigung der Räumung volle zwei bzw. sieben Kalender-

tage liegen. f) Bei andern Pachtungen ist der Ablauf der Pachtzeit maßgebend.

Die Vollstreckbarkeit tritt mit dem Ende der Bestandszeit ein (§ 573 ZPO.). Das gilt auch für Prozesse über Klagen, mit denen verlangt wird, daß ein Bestand- (Teilpacht-) Vertrag für aufgehoben oder erloschen erklärt werde, die also keine Bestandprozesse im technischen Sinn sind (§ 574 ZPO.).

Bei Mieterschutzwohnungen kann das Gericht, wenn nicht der Mieter selbst gekündigt hat, die erwähnte Räumungsfrist um nicht mehr als sechs Monate verlängern, wenn der Mieter wichtige Gründe dafür geltend macht und dem Vermieter aus der Verzögerung kein unverhältnismäßiger Nachteil erwächst. Die Entscheidung ist mit Rechtsmittel nur anfechtbar, wenn sie in erster Instanz erfolgt und zwar, wenn die Entscheidung in der Hauptsache unangefochten bleibt, nur mit Rekurs (§ 38 MietG.). Verlängerung ist auf Antrag auch nachträglich im Außerstreitverfahren durch das Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Mietgegenstand liegt, möglich, wenn der Mieter im Falle der Räumung der Obdachlosigkeit ausgesetzt ist, der Vermieter keinen Grund zur Auflösung des Vertrags ohne Kündigung hat, der Mietvertrag nicht auf bestimmte Zeit unter einem halben Jahr geschlossen ist und auch nicht auf Grund des § 1118 abGB. auf Räumung erkannt wurde (§ 39 MietG.; vgl. auch §§ 14f. HausO., 23 II GutsAngG.).

Bei Mieterschutzgegenständen kann in den Fällen des Eigenbedarfs nach § 19 II, Z. 5, 6 und 12 MietG. auf Antrag oder von Amts wegen die Kündigung lediglich hinsichtlich einzelner Teile als wirksam erkannt werden, wenn der Kündigungsgrund nicht hinsichtlich des ganzen Mietgegenstands gegeben ist und der restliche Teil abgesondert benützbar ist oder ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten benützbar gemacht werden kann. Die Kosten für letzteres trägt im Zweifel der Vermieter. Im Urteil ist auch auszusprechen, daß der Mieter die erforderlichen Arbeiten gestatten muß (§ 22 MietG.). In den gleichen Fällen kann (§ 19 V l. c.) das Gericht auf Antrag des Mieters aussprechen, daß der Vermieter dem Mieter nach Räumung die Übersiedlungskosten für einen Umzug innerhalb der Gemeinde ganz oder teilweise zu ersetzen hat, wenn das der Billigkeit entspricht. Die Festsetzung geschieht nach § 273 ZPO.

5. Das rechtskräftige Urteil tritt bis auf den Kostenausspruch außer Kraft, wenn nicht binnen 14 Tagen nach Ablauf der Leistungsfrist oder des späteren Rechtskräfteintrittes Exekution beantragt wird (§ 575 III ZPO.). Diese Frist ist für mietergeschützte Wohnräume um 6 Monate (§ 41 MietG.), für Hausbesorgerwohnungen um 3 Monate (§ 14 HausO.) verlängert.

6. Die Kündigung kann auch gegen den Kündigenden vollstreckt werden (§ 561 II ZPO.).

δ) Syndikatsverfahren.

Da nach § 600 ZPO. für das Syndikatsverfahren grundsätzlich die Vorschriften der ZPO. maßgebend sind, gelten die davon abweichenden

Bestimmungen des SyndG. nicht mehr. Die einzige Besonderheit ist (§ 601 II ZPO.), daß das Prozeßgericht selbst vor der ersten Tagsatzung auf Antrag oder von Amts wegen das Verfahren bis zur Beendigung eines voraussichtlich präjudiziellen Disziplinarverfahrens aussetzen kann. Nach Einlangen des Ergebnisses dieses Verfahrens ist die Tagsatzung von Amts wegen anzuordnen. Somit verdankt das Syndikatsverfahren seine Eigenschaft als besondere Verfahrensart nur mehr der positivrechtlichen Anordnung.

Auch hier gibt es ein irregulär summarisches Verfahren: der Zahlungsauftrag heißt Zahlungsbefehl (§§ 19ff. SyndG.).

e) Streitiges Eheverfahren.

I. Die Vdg. v. 19. XII. 1897 R. 283 gilt 1. für das Verfahren in Scheidungsstreitigkeiten; 2. über Trennung und 3. über Ungültigkeit der Ehe. Streitig ist, wie erwähnt, nur das durch Klage eingeleitete. Die Vdg. gilt auch für das Trennungs- und Ungültigkeitsverfahren bezüglich Judenehen, was die Anführung der §§ 133ff. abGB. im HD. v. 23. VIII. 1819 und des HD. v. 13. XI. 1816 JGS. 1296 im § 18 Vdg. ergibt.

II. Besonderheiten, abgesehen von der besonderen Prozeßeinleitung sind:

A. Verfahren zwecks uneinverständlicher Scheidung:

1. Keine Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten (§ 1 II Vdg.).
2. Kein — auch kein relativer — Anwaltszwang (l. c. und e contr. „In Streitsachen über 2000 S“, § 29 I, S. 2 ZPO.).
3. Vor Anberaumung der ersten Tagsatzung hat der Einzelrichter, wenn dem Scheidungsgesuch (Klage) nicht das Zeugnis des ordentlichen Seelsorgers über die vergebliche Vornahme dreier Versöhnungsversuche nach §§ 107, 132 abGB. beiliegt, selbst einen (§ 1, Ges. v. 23. VI. 1921, B. 344) Versöhnungsversuch vorzunehmen, in dem er die Parteien an das feierliche Trauungsversprechen und die nachteiligen Folgen der Scheidung erinnert (§ 2 II Vdg. mit § 104 abGB.). Der Versöhnungsversuch kann regelmäßig nur mit den Gatten persönlich vorgenommen werden (strittig); ist aber der Aufenthalt eines Gatten nicht zu ermitteln, muß zu diesem Zweck ein Kurator bestellt werden. Aus wichtigen Gründen kann der Versöhnungsversuch mit jedem Gatten abgesondert auch durch einen ersuchten Richter vorgenommen werden. Er muß aber stets mit beiden erfolgen. Kosten rechtsfreundlicher Vertretung sind beim Versöhnungsversuch, weil unnötig, nicht zu ersetzen. Erscheinungspflicht der Partei besteht nicht; denn die entsprechende Bestimmung des § 6 HD. v. 23. VIII. 1819, JGS. 1595, wurde von der Vdg., anders als für das Verfahren über Ungültigkeit und Trennung der Ehe (§ 12 Vdg.), nicht übernommen. Da ferner soweit nicht besondere Vorschriften für das Eheverfahren bestehen, die allgemeinen Vorschriften der ZPO. gelten, ist es unbegründet, das Nichterscheinen des Klägers zum Versöhnungsversuch als Klagerücknahme anzusehen, da diese nach § 237 II ZPO. erfolgen müßte. Der Versöhnungsversuch gilt vielmehr als ge-

scheidert. Im übrigen sind die Folgen des Nichterscheinens wie im ordentlichen Verfahren.

4. Ist eine Partei minderjährig oder pflegebefohlen, so sind, obwohl die Partei für den Scheidungsprozeß postulationsfähig ist (§ 106 abGB.), Eltern, Vormünder bzw. Pfleger zur Verhandlung zu laden (§ 4 Vdg.).

5. Zwischen dem gerichtlichen Versöhnungsversuch und der ersten Tagsatzung müssen mindestens acht Tage liegen (§ 1, Ges. v. 23. VI. 1921, B. 344).

6. Bei der Verhandlung hat das Gericht einen Vergleichsversuch auf Rücknahme des Gesuchs (Klage) oder wenigstens auf einverständliche (außerstreitige) Scheidung zu machen (§ 3 Vdg.).

7. In der Verhandlung darf ein von keiner Partei geltend gemachter Scheidungsgrund nicht erörtert werden (§ 6 I l. c.).

8. Im Verhandlungsprotokoll sind auch Beschäftigung, Wohnort, Alter und Religion der Gatten, die Zeit des Eheabschlusses, Zahl, Alter und Geschlecht der Kinder, sowie der Umstand zu verzeichnen, ob Ehepakten errichtet worden sind (§ 5 l. c.).

9. Auch ohne Parteibegehren, selbst gegen den Willen beider, ist im stattgebenden Urteil stets auch über die Schuldfrage zu entscheiden (§ 6 II l. c.); der Scheidungsgrund muß nicht genannt werden.

B. Beim streitigen Trennungsverfahren. 1. Erscheint die Klage offenbar unbegründet, so ist der Kläger zu laden und, wenn möglich, zur Klagerücknahme zu bewegen (§ 13 l. c.).

2. Das Gericht muß — ausgenommen bei Judenehen (§ 18 Vdg. mit HD. v. 13. IV. 1816, JGS. 1296 (strittig) — einen Ehebandsverteidiger bestellen (vgl. § 115 mit § 97 abGB.), dem die Klage zuzustellen und der dem vorbereitenden Verfahren und der mündlichen Streitverhandlung beizuziehen ist. Er hat über alle Trennungsgründe und Gegengründe genaue Erkundigungen einzuziehen und dem Gericht zu berichten (§ 15 Vdg.). Hängt die Gültigkeit einer Ehe von der Ungültigkeit einer früher geschlossenen ab, so ist für jede der beiden Ehen ein Ehebandsverteidiger zu bestellen. Der Ehebandsverteidiger hat alles, was für die Aufrechterhaltung der Ehe spricht, vorzubringen. Damit ist aber sein Wirkungskreis in erster Instanz umschrieben. Prozeßhandlungen, die nicht diesem Zwecke dienen, wie z. B. die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede, kann er nicht wirksam vornehmen.

3. Es herrscht unbeschränkte Sammelmaxime (§ 10 Vdg.).

4. Es gibt keine erste Tagsatzung im technischen Sinn (§ 9 I Vdg.) und daher (§ 243 I ZPO.)

5. keine Klagebeantwortung.

6. Für die Parteien besteht Erscheinungspflicht, zu deren Erfüllung sie durch Androhung und Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 87 GOG. verhalten werden können.

7. Der Richter hat von Amts wegen nach Umständen einen Vergleichsversuch zu machen (§ 14 Vdg.). Dagegen findet kein Versöhnungsversuch statt.

8. Ein vorbereitendes Verfahren ist nur unter den Voraussetzungen

des § 245 Z. 2 ZPO. (umfangreicher Tatsachenstoff) möglich (§ 9 II Vdg.). Es gelten aber weder die Beschränkung auf die in den vorbereitenden Schriftsätzen geltend gemachten Ansprüche (§ 252 I ZPO), noch die Säumnisfolgen nach § 254 ZPO. (§ 10 II Vdg.).

9. Es gibt kein Säumnisurteil. Urteilsgrundlage ist immer der ganze, unbeschränkte Prozeßstoff, auch wenn eine Partei ausgeblieben ist.

10. Das Gericht kann das Urteil auch unter Verzicht auf das Erscheinen beider ordnungsgemäß geladenen Parteien fällen (arg. „sofern“ in § 12 Vdg.), so z. B., wenn der Trennungsgrund durch ein der Klage beiliegendes rechtskräftiges Strafurteil erwiesen ist. Es tritt also nicht Ruhen des Verfahrens ein.

11. Ein Anerkenntnis ist unbeachtlich. Ebenso Verzicht.

12. Das stattgebende Urteil ist, mit Ausnahme der Entscheidung über die Verschuldensfrage, rechtsgestaltend und trennt die Ehe; nur bei Judenehen geschieht die Trennung erst mit der dem Urteil nachfolgenden und auf Grund dessen vollstreckbaren Übergabe des Scheidebriefes (arg. § 135 abGB.; strittig).

13. Das stattgebende Urteil hat stets über die Schuldfrage zu entscheiden (§ 11 Vdg.), auch wenn beide Parteien beantragen, davon abzusehen.

14. Die Ehetrennung muß nach Rechtskraft ins Trauungsbuch eingetragen werden; die notwendigen Verfügungen sind von Amts wegen zu treffen (§ 17 Vdg.).

C. Beim streitigen Ungültigkeitsverfahren gilt das gleiche, nur ist das richtige Urteil immer feststellend. Überdies gilt noch:

15. Der Richter hat vom Amts wegen für die Behebung des Ehehindernisses zu sorgen (§ 14 Vdg.).

16. Das Ehehindernis kann, ausgenommen bei Judenehen, nicht durch Parteivernehmung bewiesen werden (Art. VI Z. 1 EGZPO., der nur § 99 und nicht § 135 abGB. anführt). Im übrigen ist aber Parteivernehmung zulässig, z. B. darüber, daß ein Gatte nach Kenntnis vom Hindernis die Ehe fortgesetzt hat. Auch kann eine informative Parteibefragung erfolgen und frei gewürdigt werden.

Abgesehen von den angeführten Punkten gelten die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. (strittig).

VII. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe.

a) Allgemeines.

Zivilprozessuales Rechtsmittel im weitesten Sinn ist jedes Verlangen einer Person, woran als Rechtsfolge die Pflicht eines Gerichts geknüpft ist, ein Verfahren zur Überprüfung einer gerichtlichen Prozeßhandlung durchzuführen. Enger ist der allgemeine Rechtsmittelbegriff des Zivilprozeßrechts: das Verlangen muß auf Aufhebung, bzw. Abänderung der gerichtlichen Prozeßhandlung gerichtet sein.

Einteilungen: 1. a) Befördernde, über die ein anderes Gericht ent-

scheidet α) das ersuchende Gericht über Prozeßhandlungen des ersuchten (einfach befördernde); β) devolutive (hebende, aufsteigende), über die ein höheres Gericht entscheidet; b) nichtbefördernde, über die beim selben Gericht entschieden wird; α) vorstellende (remonstrative): derselbe Richter entscheidet, z. B. über das „Aufmerksammachen“ auf Unrichtigkeiten des Protokolls; vgl. auch § 522 I ZPO.; β) verschiebende: ein andres Organ desselben Gerichts entscheidet, z. B. der Senat über den Widerspruch gegen eine prozeßleitende Verfügung des Vorsitzenden (§ 186 I ZPO.).

2. a) Suspensive; sie schieben die Ausführung oder die Vollstreckbarkeit auf; b) nichtsuspensive.

3. a) Abgesonderte (selbständige); b) verbundene (vorbehaltene), die nur mit einem gegen eine andere Prozeßhandlung gerichteten Rechtsmittel zusammen erhoben werden können.

4. a) Rechtsmittel gegen Entscheidungen; b) gegen andere Prozeßhandlungen.

5. a) Einfache Rechtsmittel; b) Rechtsmittelklagen.

6. a) Einseitige; b) zweiseitige; bei diesen muß dem Gegner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

Da die ZPO. das Wort „Rechtsmittel“ in einem engeren Sinn, nämlich nur für Berufung, Revision und Rekurs, verwendet, wird der allgemeine Rechtsmittelbegriff, den auch § 1 SyndGes. kennt, zur Vermeidung von Mißverständnissen hier Anfechtungsmittel genannt werden. Anfechtungsmittel, die nicht Rechtsmittel sind, kann man dann Rechtsbehelfe nennen. Man spricht auch von außerordentlichen im Gegensatz zu den ordentlichen Rechtsmitteln; doch ist das nicht gut, weil auch außerordentliche Rechtsmittel Rechtsmittel sind, während man das z. B. von der Nichtigkeitklage nach der ZPO. nicht sagen kann. Kein Anfechtungsmittel ist ein Antrag auf Unterlassung einer vom Gericht beabsichtigten Prozeßhandlung, z. B. einer Zeugenladung; daher auch nicht die Ablehnung eines Richters. Auch die Aufsichtsbeschwerde ist kein Anfechtungsmittel, wenn sie sich nur gegen eine bloß tatsächliche Rechtsverweigerung oder Verzögerung wendet. Anders, wenn ein diesbezüglicher Beschluß ergangen ist (vgl. auch §§ 517 Z. 1, 518 I ZPO.). Aus dem erwähnten Grund ist auch die Anzeige von Verzögerungen nach § 255 II ZPO. kein Anfechtungsmittel.

Somit ergibt sich folgende Einteilung der Anfechtungsmittel:

1. Rechtsmittel: a) Berufung, b) Revision, c) Rekurs.

2. Rechtsbehelfe: a) gegen gerichtliche Prozeßhandlungen überhaupt: α) Mängelrüge, β) Aufsichtsbeschwerde gegen positives gerichtliches Handeln, γ) Antrag auf Wiedereinsetzung, soweit dadurch auch gerichtliche Prozeßhandlungen aufgehoben werden sollen.

b) Gegen gerichtliche Wissenserklärungen im besondern, und zwar: α) Protokolle; aa) Das „Aufmerksammachen“ auf Unrichtigkeiten. bb) Einsprache und cc) Widerspruch. β) Zustellungen: Beschwerde.

c) Gegen Willenserklärungen: α) Widerspruch gegen eine Frage; β) Antrag auf Ergänzung; γ) auf Berichtigung; δ) Widerspruch gegen eine

prozeßleitende Verfügung des Vorsitzenden; ε) Antrag auf Aufhebung oder Abänderung eines prozeßleitenden Beschlusses; ζ) Einwendungen (vgl. z. B. § 552 II ZPO.); η) Nichtigkeitsklage; θ) Wiederaufnahmsklage.

d) Gegen Prozeßhandlungen des vorbereitenden Richters: Antrag auf Abhilfe (§ 255 I ZPO.).

e) Gegen die Beweisaufnahme des helfenden Richters: Antrag auf Verbesserung beim ersuchenden Richter (Vorsitzenden).

f) Gegen Beschlüsse des Gerichtshofvorstehers, Vorsitzenden oder beauftragten Richters: Antrag auf Abänderung beim erkennenden Gerichtshof (§ 516 ZPO.).

g) Gegen die Anordnungen des Vorsitzenden nach § 257 ZPO.: Einwendungen.

h) Gegen die Art der Augenscheinsvornahme: Einwendungen usw.

b) Die Rechtsmittel der ZPO.

α) Allgemeines.

I. Die Rechtsmittel der ZPO. — Berufung, Revision, Rekurs — sind alle gegen gerichtliche Willenserklärungen gerichtet. Berufung und Revision sind im Gesetz ausführlich geregelt, da insbesondere für die letztere im Zweifel das für die erstere Gesagte gilt (§ 513 ZPO.). Dagegen hat die Rekursregelung große Lücken, die aber trotz Fehlens einer entsprechenden Bestimmung in Analogie der Berufung ausgefüllt werden können. Das Stellen des Rechtsmittelantrags heißt Erhebung des Rechtsmittels (vgl. z. B. §§ 466, 505, Überschrift vor § 520 ZPO.); wer es erhebt, ist Rechtsmittelwerber; sein Gegner Rechtsmittelgegner.

II. Die Voraussetzungen sind gesetzlich geregelt. A. Da das Rechtsmittel eine Prozeßhandlung ist, muß es allen Erfordernissen einer solchen entsprechen. Ferner muß es enthalten:

1. Die allgemeinen Erfordernisse eines Schriftsatzes (§§ 75 ff., 79 ZPO.; daher waren §§ 467 Z. 1 und 4, 506 I, Z. 3 und II ZPO. unnötig). Das Rechtsmittel kann insbesondere auch telegraphisch erhoben werden (§ 89 II GOG.).

2. Die Bezeichnung der angefochtenen Willenserklärung (§§ 467 Z. 2, 506 I, Z. 1 ZPO.).

3. Die Rechtsmittelerklärung, d. i. die bestimmte Erklärung, inwieweit die untergerichtliche Willenserklärung angefochten wird. Anfechtbar ist nur der Spruch, denn nur er ist die gerichtliche Willenserklärung. Daher kann auch nicht die Ergänzung oder Abänderung der Gründe verlangt werden.

4. Den Rechtsmittelantrag (Sachbegehren): bestimmt und im einzelnen, ob Aufhebung oder Abänderung und welche beantragt wird. Bezüglich der Bestimmtheit gilt das gleiche wie für das Klagebegehren. Doch ist, wenn statt Aufhebung Abänderung beantragt wird oder umgekehrt, das arg. contr. § 471 Z. 3 ZPO. kein Grund für die Zurückweisung und arg. mai. § 84 II, S. 2 ZPO. auch nicht für die Abweisung des Rechtsmittels, wenn sich nur aus den Rechtsmittelgründen

deutlich das Begehren ergibt. Die Rechtssprechung ist schwankend, neigt aber insbesondere bei der Revision zur entgegengesetzten — formalistischen — Ansicht. Jedes Rechtsmittel enthält schlüssig auch den Antrag auf Einleitung des Rechtsmittelverfahrens (Prozeßbegehrens).

5. Nicht notwendig räumlich gesondert, aber (arg. „die Berufungsschrift muß . . . enthalten“) immer im selben Schriftsatz (Protokoll) die Rechtsmittelgründe (§§ 467 Z. 3, 506 I, Z. 2 ZPO.). Das sind immer nur Gerichtsfehler, also Verstöße in gerichtlichen Prozeßhandlungen, sowie gerichtliche Unterlassungen; nicht Parteifehler, also Verstöße durch Unterlassungen der Partei. Das ergibt sich, abgesehen von §§ 144 ff. aus den §§ 462, 477, 496, 503, 517 ff. ZPO., in denen immer nur von gerichtlichen Prozeßhandlungen die Rede ist; das gilt auch von § 477 I, Z. 8 ZPO., weil „zu den Akten bringen“ nur durch gerichtliche Handlung möglich ist. Wenn neue Tatsachen und Beweise zur Dartuung von Rechtsmittelgründen vorgebracht werden sollen, hat das Rechtsmittel

6. auch diese zu enthalten.

Die Rechtsmittelgründe müssen das Begehren substantiieren und immer einzeln angeführt werden (§ 471 Z. 3 ZPO.).

B. Unwesentlich ist die Benennung des Rechtsmittels (§ 84 II, S. 2 ZPO.).

C. Der im Rechtsmittel enthaltene Antrag geht auf:

1. Aufhebung oder 2. Abänderung der untergerichtlichen Willenserklärung oder 3. alternativ auf beides. Der Antrag auf Aufhebung kann gehen: a) auf Abweisung des in der unteren Instanz erhobenen Anspruchs des Gegners; b) auf seine Zurückweisung; c) auf Zurückverweisung (§ 499 ZPO.; § 496 ZPO. spricht unrichtigerweise von „Zurückweisung“) der Sache an das Untergericht; d) auf Prozeßüberweisung.

D. Legitimiert zur Erhebung sind grundsätzlich die Parteien (jeder Streitgenosse), bzw. Dritte in parteiähnlicher Stellung bezüglich ihrer Ansprüche. Auch der Nebenintervenient kann ein Rechtsmittel erheben, der einfache aber nicht im Widerspruch mit der Hauptpartei. Der Eintritt als Nebenintervenient kann auch eben zur Ergreifung des Rechtsmittels erfolgen. Kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung ist auch der Ehebandsverteidiger zur Erhebung gewisser Rechtsmittel legitimiert (§ 16 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283). Stellvertretung ist zulässig. Gesetzliche Vertretungsmacht und Prozeßvollmacht ermächtigen auch zur Rechtsmittelerhebung und Vertretung im Rechtsmittelverfahren.

Von mehreren Streitgenossen ist jeder in der Anfechtung selbständig, so daß auch mehrfache Anfechtung von einer Parteilinie möglich ist.

Eine teilweise stattgebende Willenserklärung können beide Parteilinien anfechten.

E. Das Rechtsmittel ist unzulässig, 1. wenn die angefochtene Entscheidung unanfechtbar, bzw. nicht abgesondert anfechtbar ist.

2. Wenn es von einem zur Erhebung nicht Legitimierten oder

3. von jemand erhoben wird, der auf das Rechtsmittel wirksam verzichtet hat (§ 472 I ZPO.). Der Rechtsmittelverzicht ist prozeßrechtlich nur wirksam, wenn er nach Verkündung oder Zustellung der

betreffenden gerichtlichen Willenserklärung erfolgt (strittig). Das ergibt unzweideutig § 472 ZPO., da sonst die Worte „nach Verkündung oder Zustellung“ unnötig wären. Daß die Aufnahme des Verzichts in das Verhandlungsprotokoll vorgeschrieben ist, kann daher nicht als Gegenbeweis dienen. Die Bestimmung kann sich eben nur auf gerichtliche Willenserklärungen beziehen, die bei der betreffenden Verhandlung verkündet wurden, worauf der Rechtsmittelverzicht erklärt wurde, oder auf solche, die vor der betreffenden Tagsatzung zugestellt waren, wenn der Verzicht in der Tagsatzung erfolgte. Der Verzicht ist dem Gericht gegenüber zu erklären, damit dieses die Unzulässigkeit eines später doch erhobenen Rechtsmittels feststellen könne. Er ist also eine Prozeßhandlung und muß deren Erfordernissen entsprechen. Dem Gegner braucht er arg. contr. § 80 I ZPO. nicht zugestellt zu werden. Daß es seiner Annahme nicht bedarf, sagt § 472 II ZPO. ausdrücklich.

Jeder anders, als eben ausgeführt, erfolgende Rechtsmittelverzicht ist nach Privatrecht zu beurteilen (strittig). Ist er darnach gültig, so hindert er zwar die Zulässigkeit der Rechtsmittelerhebung und das auf Grund derselben einzuleitende Verfahren nicht, hat aber über entsprechende Einwendungen des Gegners zur Folge, daß das Rechtsmittel abgewiesen wird (Sachentscheidung).

4. Wenn das Rechtsmittel wirksam zurückgenommen wurde (§§ 484, 513 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß) oder für zurückgezogen erklärt wird (§ 60 III ZPO.). Die Zurücknahme ist zulässig, a) wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet, bis zu deren Schluß; b) sonst bis zur Abgabe der Urschrift der Rechtsmittelentscheidung zur Ausfertigung. Sie erfolgt in der Verhandlung mündlich, sonst mit Schriftsatz beim Rechtsmittelgericht. Dagegen aber beim Erstgericht, solange dieses die Akten noch nicht dem Rechtsmittelgericht übersendet hat (mündlich zu Protokoll nur beim Bezirksgericht, wenn die Partei nicht rechtsfreundlich vertreten ist); in diesem Fall werden die Akten dem Rechtsmittelgericht nicht mehr vorgelegt. Eine außergerichtliche Zurücknahme des Rechtsmittels hat die gleichen Folgen wie ein solcher Verzicht. Wird der Schriftsatz beim Rechtsmittelgericht vor Beginn der Verhandlung überreicht, so kann der Vorsitzende diese abberäumen. Bei einheitlicher Streitgenossenschaft muß die Zurücknahme durch alle erfolgen. Der einfache Nebenintervenient kann das Rechtsmittel nicht wirksam zurücknehmen, da er nur zur Unterstützung der Hauptpartei handeln kann. Der das Rechtsmittel Zurücknehmende trägt alle Kosten des Rechtsmittelverfahrens. Über die Kostenverpflichtung entscheidet das Gericht, bei dem die Zurücknahme erklärt wurde, bei Abberäumung der Verhandlung beim Rechtsmittelgericht der Vorsitzende als Einzelrichter. Die Festsetzung des Betrags kann ersterenfalls einem Senatsmitglied übertragen werden. Der Antrag auf Kostenentscheidung ist bei sonstigem Ausschluß in der Verhandlung, wenn aber keine stattfindet, binnen acht Tagen nach Verständigung des Rechtsmittelgegners von der Zurücknahme zuzustellen. Die Zurücknahme ist unwiderruflich, da der Rechtsmittelverlust kraft Gesetzes (§§ 484, 513 ZPO.) eingetreten ist.

5. Wenn das Rechtsmittel bereits erhoben worden war. Ein zweites gleiches Rechtsmittel ist unzulässig; nicht „unzulässig“ ist dagegen ein formwidriges Rechtsmittel. Hier ist das Verbesserungsverfahren (§§ 84 f. ZPO.) bei jeder Instanz, die den Fehler entdeckt, einzuleiten.

F. Die Rechtsmittelfristen sind Notfristen (§ 464 I, 505 II, 521 I ZPO.); sie beginnen mit dem Zeitpunkt der Parteiwirkung zu laufen; doch kann das Rechtsmittel nach Fällung der angefochtenen Willenserklärung auch vor Fristbeginn erhoben werden. Verspätet ist auch ein nach Ablauf der Verbesserungsfrist überreichtes Rechtsmittel.

G. Das Rechtsmittel ist stets, also auch, wenn es gegen eine Prozeßhandlung der zweiten Instanz gerichtet ist, bei der ersten Instanz zu erheben (§§ 465 I, 505 I, 520 I ZPO.). Unmittelbar in höherer Instanz überreichte Rechtsmittel hat diese zurückzuweisen, nicht etwa ans Erstgericht abzutreten (strittig). §§ 471 Z. 1, 474 I ZPO. sind hier unanwendbar, da es sich nicht um die Zuständigkeit zur Entscheidung über das Rechtsmittel handelt.

III. Rechtsfolgen. A. Der Zulässigkeit eines Rechtsmittels überhaupt: nur der Nichteintritt der formellen Rechtskraft. B. Der rechtzeitigen Erhebung — die Folgen treten im Rahmen des Rechtsmittelbegehrens ein (vgl. § 466 ZPO. „im Umfange der Berufungsanträge“ und § 13 EO.); soweit die Willenserklärung nicht angefochten ist, erwächst sie also in Rechtskraft —: 1. Verlängerung der unter A angeführten Rechtsfolge „bis zur Erledigung des Rechtsmittels“ (§§ 466, 505 III und arg. contr. § 524 ZPO.). 2. Funktionelle Zuständigkeit des Erstgerichts und insbesondere des Rechtsmittelgerichts.

IV. Verfahren. A. Beim Erstgericht. a) Verspätete Rechtsmittel sind zurückzuweisen (§§ 468 I, 507 I, 523 ZPO.).

b) Bei Formfehlern ist, wie bei Schriftsätzen überhaupt, das Verbesserungsverfahren einzuleiten.

Das weitere Verfahren ist für die einzelnen Rechtsmittel verschieden.

B. Die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts.

1. Umfang. a) Das Rechtsmittelgericht hat über die angefochtene Entscheidung samt Verfahren, nicht über das darin Entschiedene zu entscheiden. Das ergibt sich schon aus dem Neuerungsverbot. Denn hätte das Rechtsmittelgericht nicht bloß die angefochtene Entscheidung sondern die ganze Streitsache zu überprüfen, dürfte es nicht grundsätzlich auf den Prozeßstoff der ersten Instanz beschränkt sein. Für andere Willenserklärungen gilt das Entsprechende. Die Rechtsmittel der ZPO. sind also beschränkte, nicht volle Rechtsmittel. Das Rechtsmittelgericht hat sonach nur zu prüfen, ob die angefochtene Willenserklärung unter Berücksichtigung des zur Zeit des Abschlusses ihrer Grundlagen vorgelegenen Prozeßstoffs berechtigt war. Eine Ausnahme besteht, soweit es sich um von Amts wegen Wahrzunehmendes handelt, insbesondere also im Ehetrennungs- und -ungültigkeitsverfahren.

b) Nur insoweit die Willenserklärung angefochten ist, ist sie vom Rechtsmittelgericht zu überprüfen, kann sie bei Stattgebung aufgehoben oder abgeändert werden (§§ 462 I, 466, 490, 497 III, 504 I ZPO.);

daher auch die Notwendigkeit der Rechtsmittelerklärung. Auch ein wahrgenommener Nichtigkeitsgrund ist unbeachtlich, soweit er den nicht angefochtenen Teil der teilbaren Entscheidung betrifft. Dieser erwächst in Rechtskraft. Das gilt auch für die Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 42 JN.), denn „angerufen“ ist das Gericht nur, insoweit das Urteil angefochten wird. Insoweit die Rechtsmittelerklärung über die Anfechtung hinausgeht, liegt somit der Nichtigkeitsgrund rechtskräftig entschiedener Streitsache vor. Auch an die geltend gemachten Rechtsmittelgründe ist das Gericht arg. contr. § 494 ZPO. gebunden, soweit es sich nicht um von Amts wegen zu Berücksichtigendes handelt (strittig).

c) Das Rechtsmittelgericht kann grundsätzlich nicht über Ansprüche entscheiden, die bis zum Abschluß der Grundlagen der angefochtenen Entscheidung nicht geltend gemacht wurden, weil es eben nur Entscheidung und Verfahren überprüft. Eine Ausnahme bilden aber Ansprüche, die erst durch das Rechtsmittelverfahren entstehen: α) betreffend die Kosten dieses Verfahrens (§ 482 I ZPO.); β) einen allfälligen Entschädigungsbetrag wegen mutwilliger Rechtsmittelerhebung. γ) Über Ansprüche Dritter, z. B. von Zeugen und Sachverständigen im Rechtsmittelverfahren, kann das Rechtsmittelgericht entscheiden, aber nicht in der Rechtsmittelerklärung.

2. Inhalt. a) Verweisung des Rechtsmittels an das zuständige Gericht, wenn sich das Rechtsmittelgericht für unzuständig zur Entscheidung erachtet (§§ 474 I, 513 ZPO.), z. B. auch, wenn eine Berufung dem OGH. vorgelegt wird. Diese Ausnahme von der Regel besteht deshalb, weil an der Fehlvorlage das Untergericht schuld ist.

b) Zurückweisung (Verwerfung, § 474 II mit § 471 Z. 2 und 3, §§ 495, 513, 526 II ZPO. und Ähnlichkeitsschluß): α) wegen Verspätung; β) wegen Unzulässigkeit; γ) wegen unmittelbarer Überreichung beim Rechtsmittelgericht; δ) wenn die angefochtene Willenserklärung nicht angegeben ist; ϵ) wenn der Rechtsmittelantrag fehlt oder ζ) unbestimmt ist; η) wenn die Einzelführung der Rechtsmittelgründe unterblieben ist. In allen diesen Fällen ist das Rechtsmittelgericht nicht befugt, das Rechtsmittel sachlich zu prüfen. Daher sind auch Nichtigkeitsgründe unbeachtlich.

c) Abweisung, wenn der im übrigen ordnungsmäßige Rechtsmittelinhalt keinen Grund zur Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Willenserklärung bietet; insbesondere wenn er seine Kraft durch einen außergerichtlichen Rechtsmittelverzicht verloren hat. Das Rechtsmittel ist vor allem auch abzuweisen, wenn der Rechtsmittelwerber nicht „in seinem Rechte gekränkt“ (vgl. § 19 abGB.) ist. Das ergibt schon der Satz der allgemeinen Rechtslehre, daß ohne rechtliches Interesse kein Recht gegeben ist. Die bloße Behauptung, in seinem Rechte gekränkt zu sein, ergibt nur den abstrakten Rechtsschutzanspruch. Gegen das der Klage in vollem Umfang auch bezüglich der Kosten stattgebende Urteil kann also der Kläger nicht erfolgreich Rechtsmittel erheben, mag auch die rechtliche Beurteilung unrichtig gewesen sein. Daher ist das Rechtsmittel auch abzuweisen, wenn darin erklärt ist, daß seine Erledigung gegenstandslos sei und es nur aus akademischen Gründen erhoben

werde. Dabei muß auch das Mittel dem Zweck weichen: Wäre selbst der Beklagte im Verfahren gar nicht gehört worden, so ist sein deswegen erhobenes Rechtsmittel abzuweisen, wenn die Klage zur Gänze kostenpflichtig ab- oder zurückgewiesen wurde.

d) Einstellung des Verfahrens, wenn die angefochtene Entscheidung eine Nichtentscheidung ist.

e) Entlassung des Beklagten nach § 307 EO.

f) Stattgebung. Diese ist bei den einzelnen Rechtsmitteln verschieden geregelt, sodaß sie bei diesen im einzelnen besprochen wird.

Grundsätzlich darf der Rechtsmittelwerber durch die Entscheidung über sein Rechtsmittel nicht unmittelbar schlechter gestellt werden, als er es durch die angefochtene Willenserklärung war (Verbot der *reformatio in peius*). Das kann nicht lediglich aus §§ 463 I, 513 mit § 405 ZPO. abgeleitet werden; denn daraus ergibt sich nur, daß das Rechtsmittelgericht dem Rechtsmittelgegner als solchen nichts zusprechen darf. Daß es aber auch dem Rechtsmittelwerber auf Grund seines Rechtsmittels allein nicht etwas durch die angefochtene Willenserklärung bereits Zugesprochenes absprechen darf, die Entscheidung über die Berufung des Klägers also z. B., dem in erster Instanz von den verlangten 1000 nur 600 zugesprochen wurden, nicht nur 300 zusprechen darf, ergibt die erwähnte Beschränkung der Rechtsmittelentscheidung durch das Rechtsmittelbegehren. Sie verhindert Entscheidungen zu Ungunsten des Rechtsmittelwerbers, weil das Rechtsmittelbegehren, wie erwähnt, nur eine Besserstellung zum Inhalt haben kann. Nur mittelbar kann die stattgebende Rechtsmittelentscheidung eine Schlechterstellung des Rechtsmittelwerbers herbeiführen. Dann nämlich, wenn er Aufhebung der angefochtenen Willenserklärung verlangt hat und das Untergericht, an das die Sache verwiesen wird, z. B. vielleicht auf Grund besserer Tatsachewürdigung, ein für ihn ungünstigeres Urteil fällt, was (arg. contr. § 499 II ZPO.) zulässig ist. Oder wenn der Gegner, gereizt durch die Rechtsmittel-erhebung, nun auch seinerseits Rechtsmittel erhebt und damit Erfolg hat.

3. Die Sachentscheidung über ein Rechtsmittel gegen ein Urteil erfolgt in Urteilsform; Entscheidungen über Rechtsmittel gegen Beschlüsse, sowie alle Prozeßentscheidungen ergehen mit Beschluß (§ 463 I mit §§ 390 ff., 425 I ZPO.; vgl. auch § 497 I ZPO.).

4. Grundlage der Rechtsmittelentscheidung ist (§§ 482 II, 498, 504 II, 513 ZPO.) nur a) der Inhalt der erstinstanzlichen Akten, insbesondere der Entscheidung, soweit er durch die Rechtsmittelgründe nicht berührt und auch nicht durch eine etwaige Verhandlung beim Rechtsmittelgericht berichtigt wurde. Ein Widerspruch gegen einzelne Feststellungen in einem Protokoll (Ersatz) einer untern Instanz ist vom Rechtsmittelgericht frei zu würdigen, allenfalls nach Erhebungen, bei Rechtsmitteln gegen ein Urteil auch nach mündlicher Verhandlung darüber. Dadurch verschieben sich die Grundlagen gegenüber den Entscheidungsgrundlagen in erster Instanz.

b) Zur Dartuung oder Widerlegung der Rechtsmittelgründe von den Parteien Vorgebrachtes, wenn es vorher im Rechtsmittel oder in einem

zulässigen vorbereitenden Schriftsatz dem Gegner mitgeteilt wurde, z. B. bei Anfechtung der Beweiswürdigung Gründe für und gegen die Beweiskraft einzelner Beweisaufnahmen.

Sonst besteht also ein Neuerungsverbot: Neue Ansprüche und anspruchsbegründende Tatsachen, sowie Beweise sind grundsätzlich der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts entzogen. Weiter geht aber das Neuerungsverbot nicht. Somit kann das Rechtsmittelgericht entscheiden: α) auf Grund neuen, erst nach der angefochtenen Willenserklärung entstandenen objektiven Rechts oder β) von Rechtssätzen die erst im Rechtsmittelverfahren hervorkommen, und γ) auf Grund dessen, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist, mag sich auch hier die Grundlage erst im Rechtsmittelverfahren ergeben; δ) auch an die vom Erstgericht angenommenen Erfahrungssätze ist das Rechtsmittelgericht nicht gebunden. In allen diesen Fällen sind bezügliches Parteivorbringen und Erhebungen auch durch Sachverständige möglich. ϵ) Neue Rechtsausführungen verstoßen nie gegen das Neuerungsverbot.

Das Neuerungsverbot besteht schon (vgl. §§ 179 I, 530 II ZPO.) vom Zeitpunkt an, wo die erstinstanzlichen Urteilsgrundlagen abgeschlossen sind.

Der Verstoß gegen das Neuerungsverbot in einer Rechtsmittelentscheidung ist aber beim Berufungsurteil unanfechtbar, weil kein Revisionsgrund. Da jedoch die Rekursgründe nicht aufgezählt sind, kann ein solcher Verstoß, soweit Rekurs gegen eine zweitinstanzliche Entscheidung überhaupt zulässig ist, Rekursgrund sein.

Die Rechtsmittelentscheidung ist den Parteien stets in schriftlicher Ausfertigung zuzustellen. (§§ 500 I, 513, 526 III ZPO.).

5. Auch das Verfahren in höherer Instanz kann durch Vergleich enden.

β) Die einzelnen Rechtsmittel im besondern.

1. *Berufung.*

A. Berufung (§ 461 ZPO.) ist das Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile aller Art, wenn nicht lediglich a) der Kostenspruch (§ 55 ZPO.), b) die Verlängerung der Räumungsfrist nach § 38 MietG. oder c) beides angefochten wird. In diesen Fällen — und nur in diesen — geschieht nämlich die Anfechtung mit Rekurs. Sonst sind alle erstinstanzlichen Urteile und nur Urteile mit Berufung anfechtbar. Maßgebend ist der Inhalt, nicht die äußere Bezeichnung.

B. Wesentliche Erfordernisse (§ 467 ZPO.) sind a) die allgemeinen Erfordernisse eines Rechtsmittels überhaupt, und zwar regelmäßig ein Schriftsatz (Berufungsschrift), der meist ein vorbereitender ist; bestimmend ist er nur α) bezüglich des Prozeßbegehrens; β) wenn auf die mündliche Berufungsverhandlung verzichtet wird; γ) wenn nur ein Berufungsgrund geltend gemacht wird, über den in nichtöffentlicher Sitzung entschieden wird. In diesen Fällen sind auch Rechtsausführungen und Räsonnements zulässig. Protokollarisches Anbringen ist (§ 465 ZPO.) an Orten möglich, wo nicht wenigstens zwei Rechtsanwälte ihren Sitz

haben, wenn nicht ein Rechtsanwalt oder Notar einschreitet. Der Richter hat dabei die Partei zur genauen Angabe der Berufungsgründe, Stellung eines bestimmten Berufungsantrags und zur Angabe des für die ersteren neu Vorzubringenden aufzufordern sowie sie über die Rechtsfolgen der Unterlassung dieser Angaben zu belehren.

Zum Inhalt der Berufung gehören insbesondere Berufungserklärung, Berufungsantrag und Berufungsgründe. Die letzteren sind im Gesetz nicht aufgezählt. In Betracht kommen: α) Formelle aa) Vernichtungsgründe, bb) Teilvernichtungsgründe, cc) Entscheidungsvernichtungsgründe, dd) die Entscheidung zum Teil vernichtende Gründe, ee) Ergänzungsgründe. Nicht dagegen Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, weil hier in erster Instanz ein Nichturteil vorliegt, es daher einer Anfechtung gar nicht bedarf. β) Materielle: aa) Fehlen des Rechtsschutzinteresses; bb) einer besonderen Klagevoraussetzung; cc) Unrichtige Prozeßstoffsammlung: 1. Falsche Rekonstruktion der Tatsachen; 2. falsche Heranziehung oder Nichtheranziehung von Erfahrungs- oder 3. Rechtssätzen; dd) unrichtige Subsumtion. In Bagatellsachen sind nur die in § 477 Z. 1—8 angeführten Nichtigkeiten Berufungsgründe (§ 501 ZPO.). Das gilt aber nicht, wenn nur der Wert des einen Teil des erstinstanzlichen Streitgegenstands ausmachenden Berufungsgegenstands 150 S nicht übersteigt.

b) Die Bezeichnung des Berufungsgerichts. Diese Vorschrift ist arg. „muß“ nicht bloß instruktionell.

c) Die Unterschrift eines Rechtsanwalts, ausgenommen α) wenn die Berufung zu Protokoll gegeben werden kann; β) im Fall des § 90 GOG. Bei telegraphischer Erhebung wird die Unterschrift nachgebracht.

d) Ferner allenfalls: der Verzicht auf die mündliche Berufungsverhandlung (§ 492 I ZPO.) und

e) wenn das Ersturteil von einem Einzelrichter (beim Gerichtshof oder Bezirksgericht) gefällt wurde, auch ein Antrag betreffend die Berufungssenatsart. Dieser Antrag kann arg. contr. § 479a I ZPO. vom Berufungswerber nicht mit besonderem Schriftsatz eingebracht werden.

C. Erhebung. a) Die Berufungsfrist ist 14 Tage (§ 464 ZPO.), im Wechsel- und Bestandverfahren 8 Tage (§§ 555, 575 I ZPO.). Bei — unzulässiger — Klagenhäufung eines gewöhnlichen mit einem ins Wechsel- oder Bestandverfahren gehörigen Anspruch oder bei Fällung eines gemeinsamen Urteils nach Verhandlungsverbindung gilt die längste Frist für die Berufung gegen jeden Teil des Urteils (Ähnlichkeitsschluß aus § 127 ZPO.).

b) Legitimiert zur Erhebung ist im Falle eines die Ehe für ungültig erklärenden oder trennenden Urteils auch der Ehebandsverteidiger; er ist zur Erhebung verpflichtet. Das Erstgericht überwacht diese Pflicht (§ 16 Vdg. v. 9. XII. 1897 R. 283). Dagegen ist er zu einer Berufung wegen der Entscheidung über die Verschuldensfrage nicht legitimiert.

c) Die rechtzeitige, wenn auch unzulässige, Erhebung der Berufung hemmt gleichwie den Rechtskräfteintritt auch die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils (§ 466 ZPO.). Soweit dieses nicht angefochten

ist, ist es rechtskräftig und vollstreckbar. Daher hat das Berufungsgericht auf Antrag des zur Zwangsvollstreckung Berechtigten noch vor der Berufungsentscheidung mit Beschluß in nichtöffentlicher Sitzung auszusprechen, inwieweit das Ersturteil als nicht angefochten vollstreckbar ist (kein abgesonderter Rekurs, § 490 ZPO.). Exekution zur Sicherstellung ist unter den gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 370 ff. EO.) stets mit Bezug auf den ganzen Urteilsinhalt möglich.

D. Verfahren beim Erstgericht. Im allgemeinen gilt das über Rechtsmittel überhaupt Gesagte.

a) Bei rechtzeitig überreichter formgerechter, wenn auch unzulässiger, Berufung (§ 468 I gegen §§ 507 I, 523 ZPO., eine durch nichts begründete Besonderheit für die Berufung), ist die Berufungsschrift (Abschrift des sie ersetzenden Protokolls), im Senatsverfahren über Auftrag des Vorsitzenden oder des von ihm beauftragten Senatsmitglieds (§ 37 I, Z. 7 und II GOG.), unter Bekanntgabe des Berufungsgerichts dem Berufungsgegner zuzustellen.

b) Diesem steht es frei (§ 468 II ZPO.), eine Gegenschrift (Berufungsmitteilung, § 492 I ZPO.) beim Erstgericht einzubringen. Es bestehen also nicht einmal Säumnisfolgen bei Nichteinbringung, wie das bezüglich der Klagebeantwortung der Fall ist. Die Berufungsmitteilung ist binnen der gleichen Notfrist wie die Berufung (gerechnet von der Zustellung der Berufungsschrift) beim Erstgericht, einzubringen. Eine verspätete Berufungsmitteilung hat dieses zurückzuweisen (§ 144 ZPO.) (strittig). Die Form ist die gleiche wie bei der Berufung; § 90 GOG. aber findet hier keine Anwendung. Der wesentliche Inhalt ist: Neue Umstände und Beweise zur Widerlegung der Berufungsgründe; also nicht Bekämpfung derselben auf Grund dieser und des bereits Vorgebrachten. Die Berufungsmitteilung ist eben keine Berufsbeantwortung (§ 468 II gegen § 507 II, III ZPO.). Dagegen kann die Berufungsmitteilung, wenn das Ersturteil von einem Einzelrichter beim Gerichtshof oder beim Bezirksgericht gefällt wurde, auch einen Antrag, betreffend die Berufungssenatsart enthalten. Dieser Antrag kann, anders als der des Berufungswerbers, auch mit besonderem Schriftsatz angebracht werden (§ 479 a I ZPO.). Endlich kann die Berufungsmitteilung auch noch allenfalls den Verzicht auf die mündliche Berufsverhandlung enthalten (§ 492 I ZPO.).

c) Nach rechtzeitigem Einlangen der Berufungsmitteilung oder fruchtlosem Fristablauf, insbesondere auch beim Verbesserungsverfahren, legt das Erstgericht die gesamten Akten dem Berufungsgericht vor. Das veranlaßt im Senatsverfahren der Vorsitzende oder das von ihm beauftragte Senatsmitglied (§ 37 I, Z. 7, II GOG.). Ist von beiden Parteien Berufung erhoben, so müssen die Berufungsmitteilungen, bzw. der Fristablauf beiderseits abgewartet werden. Soll bei Berufung gegen Teil- oder Zwischenurteile die Verhandlung über die noch unerledigten Punkte während des Berufsverfahrens fortgesetzt werden, so sind dem Berufungsgericht von den für das Berufsverfahren und für das erstinstanzliche Verfahren nötigen Teilen der Akten amtliche Abschriften vor-

zulegen (§ 469 ZPO.). Das gleiche gilt, wenn die Ergänzung des angefochtenen Urteils in erster Instanz beantragt wird. Die Vorlegung erfolgt stets mit Vorlagebericht (auch in Urschrift möglich), bei mehrfacher Anfechtung des Urteils mit einem gemeinsamen Bericht. Über Auskunftssachen oder Augenscheinsgegenstände, die sich nicht leicht den Akten anschließen lassen, ist Bericht zu erstatten (§§ 180f. GeO.).

E. Berufungsänderung (§ 483 ZPO.) ist nur in der mündlichen Berufungsverhandlung und nur mit Einwilligung des Berufungsgegners möglich, die auch schlüssig durch Verhandlung über die geänderte Berufung, nicht aber durch einfaches Wegbleiben von der Tagsatzung erfolgen kann. Die Änderung kann den Berufungsantrag oder die Gründe betreffen oder auch in einer bloßen Erweiterung derselben bestehen. Vorherige Anmeldung in einem vorbereitenden Schriftsatz ist zulässig. Der Gegner kann dann mit einem ebensolchen in Analogie der Berufungsmittelteilung antworten. Eine Einschränkung der Berufung ist keine Änderung, sondern teilweise Rücknahme und nach den Vorschriften über diese zu beurteilen. Auch die zulässige Berufungsänderung beeinträchtigt das Neuerungsverbot nicht, das sich also auch auf die vorbereitenden Schriftsätze erstreckt. Insbesondere kann sie sich nur auf den in der Berufung angefochtenen Teil des Urteils beziehen, weil und insoweit der Rest bereits rechtskräftig geworden ist (§ 411 II ZPO.).

F. Verfahren beim Berufungsgericht. Im Zweifel gelten die Vorschriften für das Gerichtshofverfahren erster Instanz. Die wesentlichsten Abweichungen aber sind: a) Prozeßüberweisung bei Unzuständigkeit; b) Neuerungsverbot; c) Notwendigkeit eines Vorverfahrens in gewissen Fällen; d) Keine erste Tagsatzung im technischen Sinn; e) kein vorbereitendes Verfahren; f) möglicher Verzicht auf die mündliche Verhandlung; g) kein Säumnisverfahren; h) kein Ruhen bei Ausbleiben beider Parteien; i) unbedingter Anwaltszwang (§ 463 II ZPO.) mit nur persönlichen Ausnahmen; j) unbeschränkte Möglichkeit mittelbarer Beweisaufnahme (§§ 473 II, 488 II ZPO.); k) ein besonderer Unterbrechungsfall (§§ 544ff.).

Nach herrschender Lehre sind im Berufungsverfahren außer Berufungsschrift, Berufungsänderung und der einmaligen Mitteilungen des Gegners darauf, vorbereitende Schriftsätze unzulässig. Diese Ansicht widerspricht aber § 481 ZPO., wonach es außer der Berufungsschrift auch einen vorbereitenden Schriftsatz mit Tatsachen gibt, „auf welche die Berufung gegründet wird“. Das kann nur ein vorbereitender Schriftsatz des Berufungswerbers sein. Außerdem ergibt sich die Zulässigkeit aus § 463 I mit § 258 ZPO. Das Gegenteil ist weder aus § 464 ZPO. zu schließen — denn es gibt auch befristete Klagen, und doch können nachträglich vorbereitende Schriftsätze überreicht werden — noch aus § 467 Z. 3 ZPO., denn die entsprechende Bestimmung findet sich auch bei der Klage (§ 226 I ZPO.). Somit ist § 468 ZPO. in § 482 II ZPO. nur beispielsweise angeführt.

a) Vorverfahren. Es dient, ähnlich wie die erste Tagsatzung, der Scheidung von Rechtssachen, die ohne Sachentscheidung erledigt werden können, von den andern (Ausnahme: § 478 IV ZPO.).

α) Die vom Erstgericht vorgelegten Akten werden vom Vorsitzenden des Berufungssenats (immer Zivilsenat!) geprüft (§ 470 ZPO.). Der Vorsitzende hat

1. wenn die Akten nicht vollständig sind, das Fehlende dem Erstgericht abzufordern;

2. bei Formmangel der Berufungsschrift oder Berufungsmittelung das Verbesserungsverfahren einzuleiten (§ 463 I mit §§ 84f. ZPO.);

3. bei Vorliegen eines der folgenden Gründe die Akten dem Berufungssenat unmittelbar vorzulegen (§ 471 ZPO.): A. Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes; B. Unzulässigkeit der Berufung; dazu gehört auch eine Berufung in Bagatellsachen aus anderen Gründen als im § 477 Z. 1 bis 8 angeführt; C. Verspätung; D. mangelhafter Inhalt; E. Begründung einer gegen ein Säumnisurteil erhobenen Berufung damit, daß Säumnis nicht vorliege (nicht bei anderer Begründung); F. Anfechtung wegen Nichtigkeit; G. Anfechtung der im Urteil enthaltenen Entscheidung über die Einrede der Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit oder Rechtskraft; H. soweit angefochten, eine vom Berufungswerber nicht geltend gemachte Nichtigkeit des Urteils oder des vorausgegangenen Verfahrens; I. wenn eine Partei einen Antrag betreffend die Berufungssenatsart gestellt hat.

4. In allen andern Fällen eine Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung anzuberaumen oder, wenn sie infolge Parteiverzichts nicht stattfindet, eine nichtöffentliche Sitzung zur Entscheidung im Hauptverfahren einzuberufen (§ 480 I ZPO.).

β) In den unter α) 3 angeführten Fällen entscheidet der Berufungssenat in nichtöffentlicher Sitzung ohne mündliche Verhandlung, aber allenfalls nach erforderlichen, selbst oder durch einen beauftragten Richter oder das Erstgericht durchgeführten Erhebungen mit Beschluß (§ 473 ZPO.). Die Überprüfung erfolgt nur im Rahmen der Berufungserklärung und des Berufungsantrags. Es werden aber mit dem Verfahren auch die darin ergangenen Beschlüsse geprüft, soweit sie nicht unanfechtbar waren oder es infolge Unterlassung der Mängelrüge, des Rekurses oder durch Rechtskraft der Rekursentscheidung geworden sind (§ 462 ZPO.).

γ) Inhalt der Entscheidung: Im allgemeinen gilt das über die Rechtsmittelentscheidung überhaupt Gesagte. Besonders ist aber anzuführen:

1. Wenn wegen Unzuständigkeit die Berufung an das zuständige Berufungsgericht verwiesen wird, so kann ausgesprochen werden, daß das zuständige Gericht das Verfahren erst nach Rechtskraft des Überweisungsbeschlusses aufzunehmen hat. Dieses Verfahren ist stets von Amts wegen einzuleiten (§ 519 Z. 3 mit § 479 II ZPO).

2. Eine wegen der unter α), 3, E bis G angeführten Gründe erhobene Berufung, die sachlich unbegründet ist, wird abgewiesen.

3. Wird die Anfechtung eines Säumnisurteils für gerechtfertigt erkannt, weil keine Versäumung vorgelegen war, so ist das erstrichterliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung der Verhandlung und Urteilsfällung, bei Spruchreife nur zur letzteren, ans Erstgericht zurückzuverweisen (§ 474 III ZPO.).

4. Ist das angefochtene Urteil oder das vorausgegangene Verfahren nichtig, so ist zu unterscheiden:

A. Liegt einer der folgenden Nichtigkeitsgründe vor, so ist das Ersturteil, soweit angefochten, samt dem Verfahren (§ 477 a. A. ZPO.) aufzuheben und die Klage zurückzuweisen (vgl. § 478 I mit § 475 III ZPO.): a) Streitanhängigkeit; b) rechtskräftig entschiedene Streitsache; c) Unzulässigkeit des Rechtswegs; Ausnahme: Bei Zuständigkeit des Abrechnungsgeschichtshofs; diese wird nach Schluß der Verhandlung erster Instanz nicht mehr berücksichtigt (§ 52a III VorkrSchG.); d) unverzichtbare Unzuständigkeit (§ 477 I Z. 3 gegen § 475 II ZPO.). Dagegen sind solche Mängel unbeachtlich, wenn die entsprechende Einrede in einem besonders ausgefertigten Beschluß rechtskräftig abgewiesen wurde. Das ergibt sich aus der Rechtskraftwirkung gegenüber dem Berufungsgericht (vgl. § 462 II ZPO.); e) in einem andern Prozeß erfolgte Klagerücknahme mit Anspruchsverzicht; f) mangelnde Vertretung; hier ist aber vorher ein Heilungsversuch nach § 6 II ZPO. zu machen.

B. Ist das angefochtene Urteil a) unter Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder b) eines erfolgreich abgelehnten Richters oder c) von einem vorschriftswidrig besetzten Gericht gefällt worden, so werden auch Ersturteil und -verfahren aufgehoben (§ 477 a. A. ZPO.) und es kann der Senat a) die Sache ans Erstgericht zurückverweisen oder b) an ein anderes Gericht gleicher Art im Sprengel des Berufungsgerichtes verweisen (§ 478 II, III ZPO.). Diese Verweisung ist aber aufzuheben (kein Rekurs, § 519 ZPO.), wenn beide Parteien innerhalb der Notfrist von acht Tagen nach Zustellung der Berufungsentscheidung beim Berufungsgericht Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst beantragen (§ 478 IV ZPO.). Darin liegt ein Instanzenverzicht, weil andernfalls die Entscheidung der unteren Instanz neuerlich in zweiter Instanz und allenfalls auch in dritter angefochten werden könnte.

Da das bisherige Verfahren nichtig ist, muß die neuerliche Verhandlung stets neu durchgeführt werden, also nicht nach § 138 oder § 476 II ZPO. Diese Verhandlung vor dem Berufungsgericht erfolgt nach den Vorschriften für das Gerichtshofverfahren erster Instanz, nicht nach den Bestimmungen für die Berufungsverhandlung, also insbesondere ohne Neuerungsverbot (§ 179 ZPO.). Daher können auch nach dem erstrichterlichen Urteil eingetretene Tatsachen vorgebracht werden. Die Entscheidung erfolgt, weil Sachentscheidung, mit Urteil.

Eine Ausnahme von dem Gesagten muß aber gelten, wenn die vorschriftswidrige Besetzung nur darin besteht, daß an der Urteilsfällung ein Richter mitgewirkt hat, der nicht bei der Verhandlung war, während diese vorschriftsmäßig vor sich ging. In diesem Falle bedarf es keiner neuen Verhandlung, sondern nur der neuen Urteilsfällung durch den oder die Richter, die bei der Verhandlung anwesend waren. Hier hat also Zurückverweisung bloß zur Urteilsfällung zu erfolgen.

C. In allen übrigen Nichtigkeitsfällen ist die Sache ans Erstgericht zurückzuverweisen (nur bewilligter Rekurs, § 519 III ZPO.), wenn nicht

die Parteien in der erwähnten Weise Antrag auf Sachentscheidung durch das Berufungsgericht stellen (§ 478 II und IV ZPO.).

In allen Fällen, in denen die Sache nach § 478 ZPO. an ein Gericht erster Instanz verwiesen wird, hat dieses die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung — also keine erste Tagsatzung im technischen Sinn — von Amts wegen anzuberaumen. Das Berufungsgericht kann aber von Amts wegen oder auf Antrag aussprechen (kein abgesonderter Rekurs), daß das erstinstanzliche Verfahren erst nach Rechtskraft der Berufungsentscheidung aufzunehmen oder fortzusetzen sei (§ 479 I ZPO.). In allen Fällen ist das Gericht, an das die Sache verwiesen oder zurückverwiesen wird, an die im betreffenden Beschluß enthaltene rechtliche Beurteilung gebunden (§ 499 II ZPO.).

5. Wurde die Einrede verzichtbarer Unzuständigkeit zu Unrecht vom Erstgericht verworfen, so ist nach § 64 JN., §§ 475 II, 476 ZPO. vorzugehen (nur bewilligter Rekurs, § 519 Z. 3 ZPO.). Die Verhandlung vor dem zuständigen Gericht ist bloß Fortsetzung im Sinne des § 138 ZPO.

6. Wurde Streitanhängigkeit, Unzulässigkeit des Rechtsweges, rechtskräftig entschiedene Streitsache oder Unzuständigkeit sowie in einem andern Verfahren erfolgte Klagerücknahme mit Anspruchsverzicht zu Unrecht angenommen, so ist, gleichgültig, ob über Einrede oder von Amts wegen entschieden wurde, je nachdem, ob die Entscheidung vor oder nach Spruchreife erfolgte, die Sache ans Erstgericht zur Verhandlung und Urteilsfällung oder nur zu letzterer zurückzuverweisen (§ 475 I ZPO. und Ähnlichkeitsschluß; nur bewilligter Rekurs, § 519 Z. 3 ZPO.).

7. Im Falle eines Antrags betreffend die Senatsart entscheidet der Berufungssenat unanfechtbar über seine weitere Zusammensetzung (§ 479 a II ZPO.).

8. Der Senat kann aber auch die Berufungsschrift als geeignet zur Bestimmung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung befinden. In diesem Falle wird sie anberaumt. Ebenso im Falle 2., wenn in der Berufungsschrift noch andere, der mündlichen Verhandlung vorbehaltene, Berufungsgründe geltend gemacht wurden (§ 480 ZPO.). In diesem Falle ist der Beschluß, womit der erwähnte Berufungsgrund verworfen wird, der Urteilsausfertigung vorzubehalten (§ 610 II GeO.).

Die Parteien (nicht der einfache Nebenintervenient) können auch auf die mündliche Verhandlung verzichten (§ 492 ZPO.). Das kann — unwiderruflich — in der Berufungsschrift oder mit Schriftsatz an die erste oder zweite Instanz, aber auch durch Unterlassung eines ausdrücklichen Antrags auf mündliche Verhandlung in der Berufungsschrift, bzw. vom Berufungsgegner während der Frist für die Gegenschrift, erfolgen, muß jedoch, um wirksam zu sein, von beiden Parteien geschehen. Dann sind Berufung und Gegenschrift bestimmende Schriftsätze und können daher Rechtsausführungen und Rasonnements enthalten. Trotz des Verzichts kann aber das Berufungsgericht eine mündliche Verhandlung anordnen, so z. B. wenn es eine förmliche Beweisaufnahme für nötig hält. Sonst entscheidet es auch im Hauptverfahren in nichtöffentlicher Sitzung, aber mit Urteil (§ 497 Z. 1 ZPO.) über die Berufung.

In der Sache selbst entscheidet also der Berufungssenat ohne Einleitung des Berufungshauptverfahrens nur im Falle des § 478 IV ZPO., und zwar mit Urteil (§ 463 mit § 390 I ZPO.). § 500 ZPO. gilt auch hier.

δ) Die Anberaumung der mündlichen Berufungsverhandlung geschieht durch den Vorsitzenden mit einer „ungefähr“ 14tägigen Ladungsfrist, die in dringenden Fällen abgekürzt werden kann. Haben die Parteien bereits die sie vertretenden Anwälte bekanntgegeben, so erfolgt die Ladung an diese (§ 480 I, III ZPO.). Das würde schon § 93 I ZPO. ergeben. Die prozeßleitende Befugnis des Vorsitzenden zur Vorbereitung der Berufungsverhandlung, insbesondere bezüglich der nötigen Beweismittel, ist die gleiche wie im erstinstanzlichen Verfahren (§ 481 mit § 183 ZPO.). Auch Erhebungen nach § 183 III ZPO. sind möglich (§ 463 I ZPO.). Bei beantragter Ergänzung des angefochtenen Urteils in erster Instanz kann die Berufungsverhandlung auf Antrag bis zur Rechtskraft des Ergänzungsurteils oder Einlangens der Berufung dagegen beim Berufungsgericht ausgesetzt werden. Letzterenfalls sind beide Berufungsverhandlungen zu verbinden (§ 485 ZPO.). Die Aussetzung der Verhandlung ist keine Unterbrechung des Verfahrens, da alle andern Prozeßhandlungen wirksam vorgenommen werden können. Die Ergänzung kann aber auch mit Berufung begehrt werden (§ 496 I, Z. 1 ZPO.), ohne daß der Antrag auf Ergänzung in erster Instanz gestellt werden müßte.

b) Hauptverfahren. Wenn die Parteien auf die mündliche Verhandlung nicht verzichten, muß bei sonstiger Nichtigkeit (§ 477 I, Z. 4 ZPO.), sonst kann mündliche Berufungsverhandlung stattfinden.

α) Für sie gelten grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen für mündliche Verhandlungen überhaupt; sie findet je nach den Voraussetzungen vor dem Zivil- oder vor dem Kausalsenat statt. Überhaupt können andre Richter daran teilnehmen als im Vorverfahren. Nach dem Aufruf der Sache trägt ein Senatsmitglied als Berichterstatter ohne Stellungnahme mit Hilfe der Akten den Sachverhalt und bisherigen Prozeßverlauf vor, soweit das für die Berufungsentscheidung nötig ist; ferner den wesentlichen Inhalt der Schriftsätze der Parteien und die sich daraus ergebenden Streitpunkte. Verlesung eigener dazu gefertigter Aufzeichnungen ist zulässig. Sodann verliest der Schriftführer die Parteianträge, das Urteil, soweit angefochten, samt Gründen und nach Ermessen des Vorsitzenden oder Senats auch die bezüglichen Teile des Verhandlungsprotokolls erster Instanz, z. B. auch über eine Zeugenvernehmung (strittig). Daran schließen sich die Parteivorträge, die auch als Einrede, Replik, Duplik und Triplik usw. erfolgen können. Der Vorsitzende hat auf Widersprüche mit den Akten aufmerksam zu machen (§ 486 ZPO.).

β) Wird die Tagsatzung von einer oder beiden Parteien trotz ordnungsmäßiger Ladung versäumt, so wird auf Grund des in den vorbereitenden Schriftsätzen Vorgebrachten verhandelt. Ob neues Vorbringen als zugestanden anzusehen ist, entscheidet das Gericht auf Grund der Akten in freier Würdigung (§ 491 ZPO.). Es treten also weder Säumnisfolgen noch Ruhen des Verfahrens ein.

γ) Unmittelbare Beweisaufnahmen sind möglich: aa) zur Unterstützung und bb) zur Bekämpfung der Berufungsgründe; ferner, soweit das für die Berufungsentscheidung nötig ist, cc) zur gänzlichen oder teilweisen Wiederholung oder dd) zur Ergänzung einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme und ee) nachträglich bezüglich von Beweisen, die im Erstverfahren von den Parteien „erfolglos angeboten“ wurden. Das sind: 1. zurückgewiesene Beweise; geschah die Zurückweisung aber wegen Verschleppungsabsicht und nimmt auch das Berufungsgericht diese Absicht an, so ist die Wiederholung unzulässig, weil es sich um eine strafweise Präklusion handelt; ist ja doch auch die Wiederaufnahmsklage in diesem Falle (vgl. dagegen § 531 ZPO.) unzulässig; 2. zugelassene Zeugenbeweise, wenn das Erstgericht zu Unrecht nach vorläufiger Befragung die Abhörung unterlassen oder die Aussageverweigerung zu Unrecht für gerechtfertigt erkannt hat.

Die hier erwähnte nachträgliche Beweisaufnahme kann, ausgenommen Parteivernehmung (§ 463 I mit § 375 II ZPO.), auch wenn die besonderen Voraussetzungen für eine mittelbare Beweisaufnahme nicht vorliegen, durch einen helfenden Richter vorgenommen werden. Ebenso die Ergänzung eines Augenscheins. Der Berufungssenat kann den Sachverständigenbeweis auch mit andern Sachverständigen wiederholen (§ 488 ZPO.). Wurde eine Partei in erster Instanz eidlich vernommen, so kann der Gegner im Berufungsverfahren nicht über dieselbe Tatsache eidlich vernommen werden. Bei Wiederholung einer eidlichen Parteivernehmung wird die Partei an den in erster Instanz abgelegten Eid erinnert. Hat eine Partei in erster Instanz Aussage oder Eid verweigert, so kann das Berufungsgericht die eidliche Vernehmung nur anordnen, wenn es überzeugt ist, daß die Partei für ihre Weigerung Gründe hatte, die seither weggefallen sind (§ 489 ZPO.).

δ) Die Berufungsentscheidung. Auch hier gilt das über die Rechtsmittelentscheidung überhaupt Gesagte. Im besondern aber:

1. Kommt einer der im § 471 ZPO. angeführten Gründe erst nach Abschluß des Berufungsvorverfahrens hervor, so hat der Senat die gleiche Entscheidung (mit gleicher Anfechtbarkeit) zu treffen, die er bei rechtzeitiger Kenntnis in nichtöffentlicher Sitzung gefällt hätte (§§ 494f. ZPO. und Ähnlichkeitsschluß). Ausnahmen: a) Wenn der Gegner in der Verhandlung die Zustimmung zur Verbesserung der bezüglich der Berufungserklärung, des Antrags oder der Gründe mangelhaften Berufungsschrift gibt, ist die Berufung wegen eines solchen Mangels nicht zurückzuweisen (§ 495 ZPO.). b) Da die Unzuständigkeit der zweiten Instanz unverzichtbar ist, sind §§ 61ff. JN. von Amts wegen anzuwenden (§ 463 I ZPO.).

2. Zurückverweisung ans Erstgericht mit Beschluß (§ 499 I ZPO.); nur bewilligter Rekurs, § 519 Z. 3 ZPO.) erfolgt (§ 496 ZPO.) a) ohne Aufhebung des Ersturteils: wenn das angefochtene End- oder Ergänzungsurteil die geltend gemachten Ansprüche nicht vollständig erledigt hat. Das erstinstanzliche Verfahren hat sich da auf das Unerledigte zu beschränken (Ergänzungsurteil); b) unter gänzlicher oder, wenn der Mangel nur einen Teil betrifft, teilweiser Aufhebung des Ersturteils α) wenn das

angefochtene End- oder Ergänzungsurteil andere Sachanträge, z. B. Einreden, nicht vollständig erledigt hat. „Sachanträge“ (§ 496 I, Z. 1 ZPO.) ist eben ein weiterer Begriff als Ansprüche (vgl. „ein Anspruch“, § 423 I ZPO.). *β*) Bei wesentlichen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, die zwar keine Nichtigkeit begründen, aber eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache verhindern konnten (vgl. § 503 Z. 2 ZPO.). Doch gilt § 462 I ZPO. auch hier. Das erstinstanzliche Verfahren hat sich auf das durch den Mangel Betroffene zu beschränken. *γ*) Wenn nach Inhalt der Akten erhebliche Tatsachen in erster Instanz nicht erörtert wurden. Dazu gehören auch Tatsachen, deren Erörterung der Ersterichter wegen seiner Rechtsanschauung als unerheblich abgelehnt hat, während sie sich nun lediglich wegen der andern Rechtsanschauung des Berufungsgerichts als erheblich darstellen. In den beiden letzten Fällen ist aber Voraussetzung, daß der Urteilsinhalt beeinflußt werden konnte.

Bei Verweisung oder Zurückverweisung gilt § 499 II ZPO.

In allen diesen Fällen kann (§ 496 III gegen § 478 IV ZPO.) das Berufungsgericht, allenfalls nach selbst vorgenommener Ergänzung der erstinstanzlichen Verhandlung, durch Urteil (im Falle 2. a) Ergänzungsurteil), in der Sache selbst erkennen, wenn a) beide Parteien es beantragen oder b) es nach richterlichem Ermessen der Beschleunigung oder der Vermeidung eines erheblichen Kostenaufwands dient. Auch wenn die Zurückweisung schon ausgesprochen ist, kann sie das Berufungsgericht auf Antrag oder auch (im Gegensatz zu § 478 IV ZPO.) von Amts wegen zurücknehmen, um in der Sache selbst zu entscheiden, weil es sich um eine prozeßleitende Verfügung handelt. Auch hier erfolgt die Verhandlung nach den Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren. Das Erstgericht, an das die Sache zurückverwiesen wird, ist an die Rechtsauffassung im Zurückverweisungsbeschluß gebunden. Das Verfahren wird von Amts wegen nach § 479 ZPO. fortgesetzt (§ 499 ZPO.). Bei Berufung gegen das nun ergehende Urteil ist auch das Berufungsgericht an dieselbe Rechtsansicht gebunden. In der neuerlichen erstinstanzlichen Verhandlung neu Hervorgekommenes ist aber immer zu berücksichtigen (vgl. § 179 ZPO.).

3. In allen andern Fällen erkennt das Berufungsgericht notwendig mit Urteil in der Sache (§ 497 I ZPO.). Dabei kann es, wenn die Beweiswürdigung des Erstgerichts angefochten wurde, auch die in erster Instanz aufgenommenen Beweise anders würdigen („Umwürdigung“), ohne sie zu wiederholen (strittig), da § 488 I ZPO. diese Wiederholung ins freie Ermessen des Berufungsgerichts stellt (vgl. auch § 481 ZPO) und eine solche Beschränkung aus dem Gesetz nicht erhellt. Es gilt eben nicht der unbeschränkte Grundsatz der Unmittelbarkeit.

In Bagatellsachen ist die Berufungsentscheidung meist Beschluß, da nur wegen Nichtigkeit Berufung zulässig ist (§ 501 ZPO.). Urteil kann sie nur unter den Voraussetzungen der §§ 478 IV, 494 ZPO. sein.

Das bestätigende Berufungsurteil hat auch unanfechtbar auszusprechen, a) wenn der Streitgegenstand nicht ausschließlich eine Geldsumme ist, aber Geldwert hat, ob der Wert 5000 S übersteigt (§ 500 II

ZPO.). Das ist wegen der Zulässigkeit der außerordentlichen Revision (§ 502 III ZPO.) nötig; daher nicht, wenn diese ohnehin unzulässig ist. „Streitgegenstand“ ist hier der Gegenstand der Berufungsentscheidung, also bei Teilanfechtung nur ein Teil des erstinstanzlichen Streitgegenstands. Erhebungen und Parteivernehmung (hier nicht subsidiär) über den Wert sind möglich. b) In Kündigungsstreitigkeiten aus mietergeschützten Miet-(nicht auch aus geschützten Pacht-)Verhältnissen (vgl. §§ 1, 19 MietG.; §§ 4 ff. Spielplatz Ges. v. 22. VII. 1920, St. 334), ob es die Revision für zulässig erklärt (§ 500 ZPO.).

Bestätigend ist ein Berufungsurteil, a) wenn es die Berufung gänzlich abweist; Zurückweisung kommt nicht in Frage, da sie mit Beschluß erfolgt; b) wenn es bei sonstiger Abweisung der Berufung nur den Ausspruch über die Kosten oder c) über die Räumungsfristverlängerung abändert. Denn da handelt es sich in Wahrheit um Beschlüsse, die ins Urteil übernommen wurden; d) wenn das Berufungsgericht das Ersturteil wegen Nichtigkeit oder mangelhaften Verfahrens aufhebt und dann in der Sache selbst ebenso wie das Untergericht entscheidet. Ob die Begründung von der des Ersturteils abweicht, ist ohne Belang. Kein bestätigendes Urteil ist das Ergänzungsurteil des Berufungsgerichts, weil das Ersturteil inzwischen in Rechtskraft erwächst.

Wird die Berufung bei der mündlichen Verhandlung zurückgenommen, so erfolgt darüber keine gerichtliche Willenserklärung, nur bei Vorlage des Kostenverzeichnisses Kostenbeschluß.

2. Revision.

A. Revision ist das Rechtsmittel gegen Berufungsurteile; auch gegen Urteile des Berufungsgerichts, die dieses an Stelle der ersten Instanz fällt (§§ 478 IV, 494, 496 III ZPO.); vgl. auch § 535 ZPO. Revisionsgericht ist stets der OGH. Grundsätzlich gilt das für die Berufung Gesagte entsprechend (§ 513 ZPO.); so gibt es Revisionserklärung, Revisionsantrag, Revisionsgründe, Revisionswerber, Revisionsgegner, Revisionsänderung usw. Im folgenden werden nur die Abweichungen dargestellt.

B. Die Revision ist auch unzulässig:

a) gegen ein erstinstanzliches Urteil, sei es unmittelbar (Sprungrevision) oder auch nach zurückgewiesener Berufung; letzterenfalls ist nur Rekurs möglich.

b) Wenn nur der Kostenspruch angefochten wird; denn dieser ist arg. §§ 55, 528 I ZPO. nur mit der Hauptsache zusammen anfechtbar; ferner (§ 502 ZPO.)

c) gegen ein Berufungsurteil in Bagatellsachen, das nur unter den Voraussetzungen der §§ 478 IV, 494 ZPO. oder bei Verknüpfung der Sache als Bagatellsache gefällt werden könnte. Revision gegen ein Berufungsurteil bei erstinstanzlichem Streitwert über 150 S ist auch zulässig, wenn sie nur wegen eines Streitwerts nicht über 150 S erhoben wird (arg. „in Bagatellsachen“ § 502 II ZPO.).

d) Gegen die Bemessung des gesetzlichen Unterhalts.

e) Gegen ein bestätigendes Berufungsurteil (außerordentliche Revision): α) wenn der Streitwert der Berufungssache nicht über 5000 S beträgt; dagegen kommt es auf den Streitwert des Teilbetrags, dessentwegen Revision erhoben wird, nicht an (strittig); β) in Kündigungsstreitigkeiten aus mietergeschützten Mietverhältnissen, wenn die Revision nicht im Berufungsurteil als zulässig erklärt wurde. Die außerordentliche Revision ist aber in beiden Fällen zulässig, wenn das Berufungsgericht ein Ersturteil nach § 496 Z. 2 und 3 ZPO. aufgehoben und die Sache ans Erstgericht zurückverwiesen hatte, das neue Urteil von diesem vor Rechtskraft des Zurückverweisungsbeschlusses gefällt wurde, über Berufung dagegen das Berufungsgericht, von der gleichen rechtlichen Beurteilung wie im Zurückverweisungsbeschluß ausgehend (an die es ja wie das Erstgericht gebunden war), ein bestätigendes Urteil gefällt hat und dieses nun eben wegen dieser rechtlichen Beurteilung angefochten wird. Wenn das Berufungsurteil das Ersturteil zum Teil aufhebt, zum Teil bestätigt, ist Revision gegen den bestätigenden Teil nur im Rahmen des § 502 III, IV ZPO. zulässig.

f) Wenn nicht einer der im Gesetz erschöpfend aufgezählten Revisionsgründe geltend gemacht wird. Zu diesen ist grundsätzlich zu sagen:

Wie das Berufungsgericht nur Verfahren und Entscheidung des Erstgerichts, nicht das Entschiedene überprüft, so auch das Revisionsgericht nur Verfahren und Entscheidung des Berufungsgerichts. Es kann auch nur zu dieser Überprüfung angerufen werden. Nichtigkeit des Ersturteils und Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens sind also, wenn auch amtswegige Beachtung der Nichtigkeit des Ersturteils möglich ist (§ 510 II ZPO.), keine Revisionsgründe. Solche sind nur (§§ 502 IV, 503 ZPO.):

α) Nichtigkeit des Berufungsurteils oder auch -verfahrens. Dabei kommen trotz des Wortlauts des § 503 Z. 1 ZPO. arg. §§ 237 IV („kann“), 240 III, 411 II ZPO. alle Nichtigkeitsgründe in Betracht. Es darf ja auch nicht übersehen werden, daß das nichtige Verfahren auch die darauf gegründete Entscheidung nichtig macht (vgl. § 477 a. A. ZPO.).

β) Ein sonstiger Mangel des Berufungsverfahrens, der eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung hindern konnte. Auch hier ist Voraussetzung, daß der Mangel die Entscheidung beeinflussen konnte. Ein Mehr an Prozeßstoff begründet aber diesen Revisionsgrund auch dann nicht, wenn es unzulässig ist, wie bei Verstoß gegen das Neuerungsverbot oder Überschreitung der Berufungsgründe, die überhaupt keinen Revisionsgrund bildet.

γ) Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Voraussetzung des Berufungsurteils unter der gleichen Beschränkung.

δ) Unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache. Hier wird die Unterordnung des festgestellten Sachverhalts unter einen rechtlichen Tatbestand oder der Schluß auf die Rechtsfolge angefochten. Nur aus diesem Grunde ist außerordentliche Revision in den erwähnten Mietsachen zulässig.

Die unrichtige rechtliche Beurteilung muß sich arg. „Sache“ auf den

Verfahrensgegenstand, nicht auf das Verfahren als solches beziehen. Daher ist falsche Auslegung von Prozeßvorschriften oder unrichtige rechtliche Beurteilung der Beweislast kein Revisionsgrund; wohl aber falsche Auslegung eines Rechtsbegriffs wie Wertpapier, Gläubiger, Verschulden, Besitz u. dgl. Ob ich also Inhaber einer mir, ohne daß ich es merke, in die Tasche gesteckten Sache bin, ist eine Rechtsfrage; nicht aber, ob mir die Sache tatsächlich in die Tasche gesteckt wurde. Unrichtige Anwendung von Erfahrungssätzen oder Denkgesetzen kann nur ein Nichtigkeitsgrund nach § 477 I, Z. 9 ZPO. (widerspruchsvolles Urteil) oder Aktenwidrigkeit sein: Die Tatsachenfeststellung erfolgte eben wegen des erwähnten Beurteilungsfehlers im Widerspruch zu den Akten. Die Rechtsprechung ist dagegen. Überhaupt ist sie bezüglich des Unterschieds von Rechts- und Tatfragen äußerst schwankend.

Der Revisionswerber kann nicht als Revisionsgrund geltend machen, was er nicht als Berufungsgrund geltend gemacht hatte, obgleich das möglich war; z. B. die mit der erstinstanzlichen übereinstimmende unrichtige rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts. Denn durfte das Berufungsgericht nicht über die geltendgemachten Berufungsgründe hinausgehen, so kann sein Verfahren nicht deswegen angefochten werden, weil es seine Entscheidungsmacht nicht überschritten hatte.

Nur wenn der Ehebandsverteidiger Revision erheben muß, ist sie auch zulässig, wenn kein gesetzlicher Revisionsgrund geltend gemacht werden konnte: Sie muß sachlich geprüft werden.

Daß ferner § 504 II ZPO. nur die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens zur Dartuung oder Bekämpfung der zwei erstgenannten Revisionsgründe ausspricht, beruht darauf, daß ein solches Vorbringen weder bezüglich Aktenwidrigkeit noch bezüglich unrichtiger rechtlicher Beurteilung logisch möglich ist.

C. Erhebung (§ 506 ZPO.). a) Die Revision kann nur (§ 507 V ZPO.) mit Schriftsatz erhoben werden. § 90 GOG. gilt hier nicht. b) Die Bezeichnung des Revisionsgerichts entfällt, da dieses eindeutig bestimmt ist. c) Rechtsausführungen und Rasonnements sind zulässig, da die Revision kein vorbereitender Schriftsatz ist. Erstere sind vorgeschrieben, wenn der Revisionsgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung geltend gemacht wird. d) Die Revisionsschrift kann auch den Antrag auf mündliche Verhandlung enthalten (§ 509 II ZPO.). e) Legitimiert ist auch, wer das Ersturteil nicht angefochten hat. Der Ehebandsverteidiger ist, wenn ein Gatte katholisch ist, verpflichtet, gegen das die Nichtigkeit der Ehe aussprechende, auch bestätigende, Berufungsurteil Revision zu erheben. Diese Pflicht überwacht das Erstgericht (§ 16 Vdg. v. 9. XII. 1897, R. 283). Doch kann er es auch bei Nichtkatholiken und gegen ein die Trennung aussprechendes Berufungsurteil tun.

D. Verfahren beim Erstgericht (§ 507 ZPO.): a) Nicht nur verspätete, sondern auch unzulässige (anders § 468 I ZPO.) Revisionen sind vom Erstgericht zurückzuweisen. Dabei macht der Grund der Unzulässigkeit keinen Unterschied (§ 513; vgl. ferner §§ 502f. ZPO.); in keinem Falle ist also die Zurückweisung dem OGH. vorbehalten. b) Der Revisions-

gegner kann binnen der Notfrist von 14 — im Wechsel- und Bestandverfahren 8 — Tagen eine Revisionsbeantwortung, für die ausnahmslos Schriftsatz vorgeschrieben ist, einbringen. Diese kann die Revision in jeder Hinsicht, also auch bezüglich Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit, mit neuem Vorbringen, und Rechtsausführungen bekämpfen (§ 507 gegen § 468 II ZPO.). Neue Tatsachen und Beweise, die der Revisionsgegner zur Widerlegung der Revisionsgründe benützen will, sind nur beachtlich, wenn sie in der Revisionsbeantwortung angeführt sind. In dieser kann auch der Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt werden. „Von der Einbringung der Revisionsbeantwortung ist der Revisionswerber durch Mitteilung eines Exemplares der Revisionsbeantwortung zu verständigen“. Verspätete Revisionsbeantwortungen sind zurückzuweisen.

E. Verfahren beim Berufungsgericht. Zwecks Vorlage der Akten an den OGH. übersendet das Erstgericht (Vorsitzender oder beauftragtes Senatsmitglied, § 37 I Z. 7, II GOG.) diese an das Berufungsgericht. Dieses legt die Berufungsgerichtsakten bei und alles dem OGH. mit einem Bericht vor (§ 508 ZPO.). Ausnahmen: a) Bei Formmängeln der Revision ist das Verbesserungsverfahren einzuleiten (§§ 84 f. ZPO.). b) Unzulässige und c) verspätete Revisionen sind zurückzuweisen. d) Bei Unzuständigkeit des Berufungsgerichts sind die Akten dem Erstgericht zurückzusenden; § 474 I ZPO. ist hier nicht anwendbar, weil das Berufungsgericht nicht über das Rechtsmittel zu entscheiden hat. Daher hat es auch unmittelbar beim Berufungsgericht überreichte Revisionen zurückzuweisen.

F. Verfahren beim Revisionsgericht. a) Es gibt keine Teilung im Vorverfahren und Hauptverfahren. Regelmäßig entscheidet der OGH. in nichtöffentlicher Sitzung. Er kann aber auch auf Antrag oder von Amts wegen eine „mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgerichte“ (nicht: mündliche Revisionsverhandlung, § 509 II gegen § 480 I ZPO.) anordnen, die nach den Vorschriften der Berufungsverhandlung vor sich geht. Doch sind Erhebungen oder Beweisaufnahmen durch einen ersuchten (nicht beauftragten) Richter unter Ladung der Parteien vorzunehmen, der die Akten dem OGH. unmittelbar vorlegt (§ 509 ZPO.).

b) Revisionsentscheidung. Im allgemeinen gilt das über die Rechtsmittelentscheidung überhaupt Gesagte. Im besondern ist zu sagen: Die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist als solche der Überprüfung durch das Revisionsgericht entzogen, weil sie nicht mit Revision angefochten werden kann. Das Revisionsgericht entscheidet (§ 510 ZPO.) in der Regel mit Urteil in der Sache selbst. Ausnahmen:

α) Zurückweisung der Revision;

β) Abweisung;

γ) Aufhebung des ganzen bisherigen Verfahrens und Zurückweisung der Klage im Rahmen der Anfechtung aus den gleichen Gründen wie beim Berufungsgericht. Denn in diesen Fällen ist § 510 II ZPO. unanwendbar.

δ) Zurückverweisung ans Berufungsgericht: aa) wenn der OGH. das Berufungsurteil: 1. wegen Nichterteilung des gebührenden rechtlichen

Gehörs, 2. wegen mangelnder Vertretung für nichtig erklärt oder bb) wegen mangelhaften Verfahrens (§ 503 Z. 2 ZPO.) aufhebt und in diesen Fällen eine neue Verhandlung für notwendig hält.

e) Verweisung an ein dem Erstgericht gleichartiges Gericht, wenn das Ersturteil wegen Teilnahme eines ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters an der Entscheidung oder wegen vorschriftswidriger Besetzung nichtig ist.

ζ) Zurückverweisung an die erste Instanz: 1. Wegen sonstiger Nichtigkeit des erstgerichtlichen Urteils. 2. Wenn im Falle des Revisionsgrunds mangelhaften Verfahrens (§ 503 Z. 2 ZPO.) offenbar eine erstinstanzliche Verhandlung zur Spruchreife nötig ist. In beiden Fällen ist das Ersturteil auch aufzuheben.

Das Gericht, an das die Sache verwiesen wird, ist an die rechtliche Beurteilung im Verweisungsbeschluß des OGH. gebunden. Es leitet das Verfahren von Amts wegen ein (§ 511 ZPO.).

Wegen mutwilliger oder in Verzögerungsabsicht eingebrachter Revision ist der Revisionswerber oder nach Umständen sein Rechtsanwalt in eine Mutwillensstrafe zu verfallen (§ 512 ZPO.).

3. *Rekurs.*

A. *Rekurs* ist das Rechtsmittel gegen Beschlüsse, insbesondere auch gegen den Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren; gegen Urteile nur, wenn a) lediglich die Kostenentscheidung oder b) nur die Verlängerung der Räumungsfrist nach § 38 I MietG. oder c) nur beides angefochten wird. Beschlüsse sind im Zweifel anfechtbar (§ 514 ZPO.).

Ausnahmen: a) Manche Beschlüsse sind überhaupt nicht anfechtbar, so Beschlüsse des OGH. (wohl aber eines von ihm ersuchten Richters, insoweit überhaupt Anfechtbarkeit besteht, z. B. gegen eine verhängte Ordnungsstrafe); vgl. ferner z. B. §§ 100 II, 141, 153, 192 II, 349 II ZPO. Der Grund der Unanfechtbarkeit kann auch darin liegen, daß niemand zur Rekurerhebung legitimiert ist, so z. B. wenn die erstinstanzliche Ordnungsstrafe von der zweiten Instanz aufgehoben wird.

b) Zahlungsaufträge und unbedingte Zahlungsbefehle (§ 602 mit § 552 I ZPO.) sind nur bezüglich des Kostenspruchs anfechtbar.

c) Manche Beschlüsse sind nicht abgesondert anfechtbar. Vgl. z. B. §§ 6 III, 18 IV, 84 I, 85 III, 95 II, 130 II, 349 I ZPO.; in diesen Fällen kann der Beschluß nur angefochten werden: α) „mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung eingebrachten Rechtsmittel“ (§ 515 ZPO.); das gilt für jede Partei gesondert. Die nächstfolgende Entscheidung ist nicht die Endentscheidung, weil sonst § 518 II ZPO. kürzer gefaßt worden wäre und es in § 515 ZPO. einfach „gegen eine spätere anfechtbare Entscheidung“ hieße: Ergeht vielmehr nach dem nicht abgesondert anfechtbaren ein selbständig anfechtbarer Beschluß und wird dieser nicht angefochten, so kann auch der vorhergegangene Beschluß nicht mehr angefochten werden (vgl. auch „Unterlassung . . . des Rekurses“, § 462 II ZPO.) (strittig). β) Mit dem Rechtsmittel gegen die Endentscheidung (vgl. § 462 II ZPO.), nur wenn bis dahin kein anfechtbarer

Beschluß mehr gefaßt wurde. Ist nun die dem Beschluß nächstfolgende anfechtbare Entscheidung ein Urteil, so ist der Beschluß nicht mit Rekurs, sondern nur im Rahmen der Berufung (Revision) anfechtbar. In den andern erwähnten Fällen ist ein vorbehaltener (aufgeschobener) Rekurs gegeben, nur verbundener Rekurs zulässig. Endet aber der Prozeß, ohne daß ein weiterer Beschluß ergeht, so durch Klagerücknahme, so kann selbständiger Rekurs erhoben werden, was wegen der Kosten wichtig ist. So z. B. im Falle des Rekurses gegen die Zulassung des Nebenintervenienten. Das gleiche gilt für Beschlüsse des von einer ausländischen Behörde ersuchten Richters oder bei der Entscheidung über den Antrag auf Berichtigung einer rechtskräftigen Entscheidung. Wird die Ausfertigung eines Beschlusses in die Entscheidung über die Hauptsache aufgenommen, so kann der Beschluß nur mit den gegen die letztere offenstehenden Rechtsmitteln angefochten werden.

d) Bewilligter Rekurs ist gegeben, wenn Rekurs nur zulässig ist, falls das beschließende Gericht die Ausführung des Beschlusses erst nach seiner Rechtskraft anordnet (Rechtskraftvorbehalt); vgl. §§ 519 Z. 3, 527 II ZPO.

e) Beschlüsse, die unter Verletzung einer Verfahrensvorschrift ergehen, auf deren Befolgung eine Partei verzichten kann, sind nur nach vorausgegangener Mängelrüge anfechtbar (§ 196 ZPO.).

f) Beschlüsse des Gerichtshofvorstehers, Vorsitzenden oder beauftragten Richters können, wenn überhaupt, mit Rekurs nur angefochten werden, wenn vorher die Abänderung beim Gerichtshof beantragt wird (§ 516 ZPO.). Ausnahmen: α) § 365 V ZPO.; β) wenn der betreffende Richter als Einzelrichter entscheidet; γ) wenn der Beschluß nicht abgeändert anfechtbar ist (§ 516 gegen § 515 ZPO.).

Besondere Beschränkungen gelten ferner:

g) In Bagatellsachen (§ 517 ZPO.). Rekurs ist nur gegen erstinstanzliche Beschlüsse (vgl. auch § 528 I ZPO.) und nur zulässig α) wegen Verweigerung der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens über die Klage, z. B. infolge Stattgebung der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Streitsache; β) gegen Entscheidung über den Antrag auf Bestellung oder γ) Ergänzung der Prozeßkostensicherheit; δ) wenn eine Tagsatzung auf Antrag (arg. „Begehren“) gesetzwidrig u. zw. über vier Wochen oder wiederholt erstreckt wurde; ϵ) gegen die Abweisung eines Wiedereinsatzantrags wegen Versäumung einer Tagsatzung oder einer Rechtsmittelfrist.

h) Im Besitzstörungsverfahren unbeschränkt nur wegen Verzögerung der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens über die Klage und gegen den Endbeschluß, sonst nur verbunden mit dem Rekurs gegen letzteren (§ 518 ZPO.); kein Rekurs gegen zweitinstanzliche Beschlüsse (§ 528 I ZPO.).

i) Für Beschlüsse der zweiten Instanz in andern Fällen; für sie gelten alle Beschränkungen der Anfechtung erstinstanzlicher Beschlüsse. Außerdem für Beschlüsse α) des Berufungsgerichts: Rekurs ist nur zulässig (§ 519 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß): aa) Wenn das Gericht die Berufung zurückgewiesen hat; bb) wenn es das Ersturteil für nichtig erklärt und

die Klage zurückgewiesen hat; cc) wenn es die Rechtssache mit Rechtskraftvorbehalt an ein anderes Gericht verwiesen hat; gegen den Rechtskraftvorbehalt steht nur verbundener Rekurs zu, wenn die Verweisung an ein Gericht erster Instanz wegen Nichtigkeit erfolgt (§§ 478, 479 I ZPO.); dd) ebenso gegen den Beschluß über die Vollstreckbarkeit des Ersturteils (§ 490 ZPO.).

β) Des Rekursgerichts (§ 528 I ZPO.). Ein weiterer Rekurs gegen einen erstinstanzlichen Beschluß heißt Revisionsrekurs. Kein solcher liegt daher vor, wenn gegen die Entscheidung des Rekursgerichts, das die nicht geltend gemachte unverzichtbare Unzuständigkeit des Erstgerichts ausspricht, Rekurs erhoben wird. Rekurs ist unzulässig: aa) gegen einen den erstinstanzlichen Beschluß, wenn auch aus andern Gründen, bestätigenden Beschluß. Es gibt also keinen außerordentlichen Revisionsrekurs. Bestätigend ist ein Beschluß 1. der den Rekurs abweist (Gegensatz: Zurückweisung); 2. der nach Aufhebung des Erstbeschlusses aus formellen Gründen mit gleichem Inhalt gefällt wird wie dieser. bb) Gegen eine Entscheidung über den Kostenpunkt, auch wenn die erstinstanzliche Kostenentscheidung abgeändert wird. Auch gegen die Kostenauflegung an das schuldtragende Gericht durch das Rechtsmittelgericht nach § 51 II ZPO. gibt es keinen Rekurs, wie das unter α) und β) Angeführte ergibt. § 514 III ZPO. ist diesbezüglich durch Art. VI, Z. 34 der 1. GEN. (neue Fassung des § 528 I ZPO.) aufgehoben. Anders wenn die Kostenauflegung nicht durch ein Rechtsmittelgericht erfolgt (strittig). Wird eine zweitinstanzliche Entscheidung zulässigerweise bei der dritten Instanz angefochten, so kann auch die darin enthaltene Kostenentscheidung mitangefochten werden. Entscheidung „über den Kostenpunkt“ ist auch ein Beschluß, der eine Kostenentscheidung ablehnt. cc) Gegen die Bestimmung der Sachverständigengebühren; dd) gegen Entscheidungen „über einen Beschwerdegegenstand“ mit dem Streitwert nicht über 150 S., also insbesondere in Bagatellsachen; aber nicht nur in solchen, da es auf den Streitwert des zweitinstanzlichen Verfahrens ankommt (§ 527 I ZPO.) (strittig). ee) Im Besitzstörungsverfahren. ff) Gegen die Entscheidung über die Verlängerung der Räumungsfrist nach § 38 I MietG. gg) Gegen den ohne Rechtskraftvorbehalt gefällten Zurückverweisungsbeschluß zu neuerlicher Entscheidung (also nicht, wenn das Erstgericht Sachentscheidung abgelehnt hatte) nach Ergänzung des Verfahrens (§ 527 II ZPO.).

Ausgeschlossen ist daher der Rekurs insbesondere gegen Strafverfügungen des Berufungsgerichts; des Rekursgerichts in Bagatellsachen und im Besitzstörungsverfahren. Das gleiche gilt von dem Beschluß des Berufungsgerichts über die Zulässigkeit der erst im Berufungsverfahren erfolgten Nebenintervention.

B. Wesentliche Erfordernisse (§ 520 ZPO.) sind: a) Die allgemeinen Erfordernisse eines Rechtsmittels überhaupt, und zwar regelmäßig ein Schriftsatz, der hier niemals ein vorbereitender ist, weil keine mündliche Verhandlung stattfindet. Es genügt Überreichung in einem Exemplar, da er dem Gegner nicht zugestellt wird.

Protokollarisches Anbringen ist zulässig α) bei Bezirksgerichten für nicht rechtsfreundlich vertretene Rekurswerber; das gilt auch für den Revisionsrekurs oder den Rekurs gegen Beschlüsse der zweiten Instanz. β) Für Rekurse gegen 1. Versagung der Bewilligung, 2. Ausspruch des Erlöschens, 3. Entziehung des Armenrechts (§ 72 III ZPO.), 4. Enthebung des Armenanwalts (Art. XXXIII Abs. 1 EGZPO.), 5. für Rekurse von Zeugen (§ 348 ZPO.) und 6. Sachverständigen (§ 367 ZPO.). 7. Auch § 90 GOG. ist (vgl. insbesondere „Anträge“, § 90 II GOG.) anwendbar; das ergäbe auch ein Schluß vom Größeren. 8. Auch § 465 II ZPO. wäre anwendbar, wenn durch irgendein Ereignis einmal an einem Ort, wo ein Gerichtshof ist, nicht zwei Anwälte ihr Amt ausübten.

b) Der schriftliche Rekurs bedarf der Unterschrift eines Anwalts, ausgenommen bei Zeugen (§ 348 ZPO.) und Sachverständigen (§ 367 ZPO.).

c) Zum wesentlichen Inhalt des Rekurses gehören: Rekuserklärung, Rekursantrag, Rekursgründe. Die letzteren sind (vgl. „insbesondere auch“, § 514 II ZPO.) ebensowenig erschöpfend aufgezählt wie die Berufungsgründe. Es gilt daher das für diese Gesagte entsprechend. Der Rekurs wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung muß, jeder andere kann Rechtsausführungen enthalten, weil er, wie erwähnt, kein vorbereitender Schriftsatz ist.

C. Erhebung. a) Die Rekursfrist ist gleich der Berufungsfrist (§§ 521, 555 Z. 2, 575 I ZPO.). Der Fristbeginn wird weder durch die Notwendigkeit des vorangehenden Abänderungsantrags (§ 516 ZPO.), noch durch seine Stellung hinausgeschoben. Daher ist allenfalls der Rekurs mit dem Abänderungsantrag zu verbinden. Wird letzterem stattgegeben, so ist auch der Rekurs damit erledigt.

b) Legitimiert zur Erhebung sind nicht nur die Parteien, sondern auch Dritte. So gegen Auferlegung einer Kostenpflicht Richter, Parteivertreter im eigenen Namen, Zeugen und Sachverständige; gegen Verhängung einer Ordnungs- oder Mutwillensstrafe der Bestrafte; der Nebenintervenient gegen die Zurückweisung; der Dritte, dem Urkundenvorlage aufgetragen wird; Sachverständige gegen die Gebührenbemessung u. dgl.; im Ehetrennungs- und -ungültigkeitsverfahren auch der Ehebandsverteidiger. Da der übergeordnete Gerichtshof, der über die Ablehnung eines Richters des untergeordneten Gerichts entscheidet, nicht Rechtsmittelgericht, also nicht „zweite Instanz“ ist, muß der Rekurs gegen diese Entscheidung beim Gerichtshof, der die Entscheidung gefällt hat, erhoben werden. Der Rekurs gegen den Beschluß eines von der zweiten oder dritten Instanz ersuchten Richters ist beim Gericht, dem dieser angehört, anzubringen.

d) Der Rekurs hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (§ 524 ZPO.): Der angefochtene Beschluß kann ausgeführt oder vollstreckt werden. Daher wird auch die Leistungsfrist nicht verlängert (strittig). Da nun die Gerichtsferien die Rekursfrist, aber nicht die Leistungsfrist verlängern, kann diese vor jener ablaufen.

Aufschiebend sind folgende Rekurse:

α) Kraft Gesetzes 1. gegen Strafverfügungen, die nicht in Ausübung der Sitzungspolizei erfolgen; 2. in den Fällen, in denen das Gesetz ausdrücklich anordnet, die Rechtskraft abzuwarten: §§ 18 III, 49 a. E., 62 a. E., 71 III, 261 IV, 308 II a. E. ZPO.

β) Kraft richterlicher Verfügung 1. nach Zweckmäßigkeit von Amts wegen oder auf Antrag a) im Falle des § 519 Z. 3, b) des § 527 II ZPO., c) gegen den Endbeschluß im Besitzstörungsverfahren bezüglich der durch die Vollstreckung des Endbeschlusses nicht berührten einstweiligen Vorkehrungen (§ 525 ZPO.).

2. Obligatorisch nur auf Antrag (kein abgesonderter Rekurs; wohl aber gegen die Verweigerung) durch den oder die Richter, die den angefochtenen Beschluß gefällt haben, wenn die aufschiebende Wirkung dem Gegner keinen unverhältnismäßigen Nachteil verursacht, ohne sie aber der Rekurszweck vereitelt würde. Notwendige Sicherungsmaßregeln (vgl. §§ 378 ff. EO.) sind anzuordnen (§ 524 ZPO.). In allen diesen Fällen wird die Wirkung bis zur Rechtskraft, nicht erst bis zur Zustellung der rekursgerichtlichen Entscheidung, aufgeschoben (strittig). Das ergibt auch die Analogie der unter α) 2. angeführten Fälle. Solange aber der Antrag auf Aufschiebung nicht erledigt ist, kann der Beschluß vollstreckt werden. Von der bewilligten Aufschiebung ist der Gegner zu verständigen.

D. Verfahren beim Erstgericht.

a) Auch unzulässige Rekurse sind von Amts wegen zurückzuweisen (§ 523 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß).

b) Rekursen gegen folgende Beschlüsse kann (§ 522 I ZPO.) von dem Gericht, dessen Willenserklärung angefochten wird, stattgegeben werden (Wirkung einer Vorstellung; in diesem Falle ist der Rekurs nicht devolutiv): α) Verweigerung, β) Entziehung des Armenrechts; γ) arg. e mai. auch der Ausspruch über das Erlöschen; δ) Strafverfügungen gegen einen Zeugen oder ε) Sachverständigen; ζ) prozeßleitende Beschlüsse.

c) Wird dem Rekurs in den genannten Fällen nicht stattgegeben, so ist er, wie auch alle sonstigen Rekurse, dem Rekursgericht vorzulegen. Diesbezüglich gilt das bei der Berufung und für den Revisionsrekurs das bei der Revision Gesagte entsprechend. Rekursgericht ist stets das dem Gericht, bei dem der angefochtene Beschluß gefällt wurde, übergeordnete Gericht.

Eine Gegenschrift ist im Rekursverfahren nicht vorgesehen; der Rekurs ist also ein einseitiges Rechtsmittel und wird daher dem Gegner nicht zugestellt. Ebensowenig gibt es eine Rekursänderung.

E. Für das Verfahren über den im Vorlagewege übersendeten Revisionsrekurs beim Gericht zweiter Instanz gilt das über das Revisionsverfahren beim Berufungsgericht Gesagte entsprechend, sodaß z. B. dieses Gericht einen unzulässigen Rekurs zurückzuweisen hat (strittig).

F. Verfahren beim Rekursgericht. Es gibt keine mündliche Verhandlung: Die Entscheidung erfolgt stets mit Beschluß in nichtöffentlicher Sitzung, allenfalls nach Erhebungen, denen die Parteien nicht bei-

gezogen werden müssen (§ 526 gegen § 509 III ZPO.). Die Entscheidung kann nur a) im Besitzstörungsverfahren beim Rekurs gegen den Endbeschluß, b) beim Rekurs gegen den Kostenspruch und c) gegen Verlängerung der Räumungsfrist (§ 38 I MietG.) Sachentscheidung, sonst nur Prozeßentscheidung sein. Im übrigen gilt für die Rekursentscheidung das für die Berufungsentscheidung in nichtöffentlicher Sitzung, für die Entscheidung über den Revisionsrekurs das über die Revisionsentscheidung ohne mündliche Verhandlung und für beide das über die Rechtsmittelentscheidung überhaupt Gesagte entsprechend, sodaß z. B. ein gegen den Beschluß des Berufungsgerichts bei diesem unmittelbar überreichter Rekurs zurückzuweisen ist (strittig) und an die Stelle der Klagezurückweisung, abgesehen vom Rekurs gegen den Endbeschluß, die Zurückweisung des Antrags tritt, auf den der Beschluß erfolgte.

Besonderheiten: a) Die Entscheidung erfolgt immer durch einen Zivilsenat, weil es sich stets nur um Rechtsfragen handelt. b) Bei Beschlüssen von Amts wegen erfolgt hier einfach Aufhebung, wenn dem Rekurs stattgegeben wird. c) Die Zustimmung des Gegners zur Verbesserung eines mangelhaften Rekurses kann mangels einer mündlichen Verhandlung nicht wirksam erfolgen. d) Erachtet das Rekursgericht noch eine mündliche Verhandlung oder förmliche Beweisaufnahme für nötig, so muß es den Beschluß aufheben und die Sache an die erste Instanz zurückverweisen (nur bewilligter Rekurs, § 527 II ZPO.). e) Einen Ergänzungsbeschluß wegen unvollständiger Erledigung im angefochtenen Beschluß kann das Rekursgericht nur fällen, wenn keine mündliche Verhandlung nötig ist. f) Nur unter der gleichen Voraussetzung kann das Rekursgericht über den Gegenstand des angefochtenen Beschlusses selbst entscheiden. Es kann das dann jederzeit aus Zweckmäßigkeitsgründen, ist aber an einen diesbezüglichen Parteiantrag (arg. contr. § 478 IV ZPO. „nach Durchführung der . . . Verhandlung“) nicht gebunden. g) Der stattgebende Beschluß des Rekursgerichts kann (§ 527 I ZPO.) α) die erforderlichen weiteren Anordnungen dem Richter oder Gerichte überlassen, dessen Beschluß angefochten wurde; β) wenn der nicht ausschließlich in einem Geldbetrag bestehende, aber geldwerte Beschwerdegegenstand 150 S nicht übersteigt, das aussprechen. Das ist wegen der Zulässigkeit des Rekurses gegen zweitinstanzliche Beschlüsse (§ 528 I ZPO.) wichtig. h) Die Mutwillensstrafe kann wegen mutwilligen oder in Verschleppungsabsicht erhobenen Rekurses gegen zweitinstanzliche Beschlüsse verhängt werden, auch wenn es kein Revisionsrekurs ist (§ 528 II ZPO.).

c) Die Nichtigkeitsklage.

1. Die Nichtigkeitsklage (§ 529 ZPO.) ist ein Rechtsbehelf gegen eine formell rechtskräftige prozeßerledigende Sachentscheidung, gleichgültig, ob Urteil (auch Zwischenurteil) oder Beschluß, z. B. einen Zahlungsauftrag; nicht aber gegen einen Beschluß der keine Entscheidung enthält, und nicht gegen einen gerichtlichen Vergleich, Prozeßerledigung durch Klagerücknahme oder Prozeßabweisung. Das letztere ergibt, abgesehen

von der gesetzlichen Formulierung („Sache“, § 529 a. A. ZPO., „Hauptsache“, § 536, Z. 5 ZPO.), vor allem der Umstand, daß eine Prozeßabweisung, wie erwähnt, nicht Rechtskraft bezüglich der Sache zur Folge hat, es daher einer Nichtigkeitsklage nicht bedarf, weil die Prozeßabweisung der neuerlichen Geltendmachung nicht im Wege steht; so insbesondere, wenn die Abweisung wegen Unzuständigkeit erfolgte. Aber auch in den andern Fällen ist es nicht die Prozeßabweisung, sondern allenfalls der zu ihr führende Grund, der auch das neuerliche Verfahren hindert. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage hat auf die Vollstreckbarkeit keinen Einfluß (§ 547 II ZPO.). Die Nichtigkeitsklage kann nur erhoben werden, wenn es einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung bedarf. Also nicht gegen eine Nichtentscheidung, insbesondere wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung, z. B. der Parteifähigkeit.

2. Die wesentlichen Erfordernisse sind die einer Klage überhaupt (§ 533 ZPO.). Daher ist auch notwendig, daß der Kläger „sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet“ (§ 19 abGB.). Die Nichtigkeitsklage kann also nur derjenige erheben, der sich durch die angefochtene Entscheidung beschwert fühlt, also z. B. der nicht gehörig Vertretene, nicht sein Gegner (strittig). Freilich kann aber die nach Aufhebung des angefochtenen Urteils gefällte neue Entscheidung für den Anfechtenden ungünstiger ausfallen. Klageberechtigt ist nur, wer Partei des Hauptprozesses war (arg. „Partei“, § 529 III ZPO.; vgl. auch § 530 a. A. ZPO.), also nicht ein anderer, auf den sich die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung erstreckt; auch nicht der einfache Nebenintervenient.

Insbesondere hat die Nichtigkeitsklage zu enthalten (§ 536 ZPO.): a) „die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung“; b) des Anfechtungsgrunds. Nichtigkeitsgrund ist hier nur (§ 529 I ZPO.): α) Ausgeschlossenheit — nicht auch erfolgreiche Ablehnung — eines erkennenden Richters, die der Nichtigkeitskläger nicht bereits vor rechtskräftiger Entscheidung geltend machen konnte, § 529 III ZPO.; also nicht, wenn er die Geltendmachung unterließ oder damit keinen Erfolg hatte. β) Mangelnde Vertretung einer Partei ohne nachträgliche wirksame Genehmigung. § 529 II ZPO. versagt aber in beiden Fällen die Klage, wenn der Umstand vor rechtskräftiger Entscheidung bereits erfolglos geltend gemacht wurde, eine Bestimmung, die für den Fall der Ausgeschlossenheit des erkennenden Richters wegen § 529 III ZPO. überflüssig war. c) Die Angabe der Umstände, aus denen die Einhaltung der Klagefrist hervorgeht. Diese beträgt einen Monat (Notfrist!), gerechnet von der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung oder der späteren Kenntnis des Nichtigkeitsklägers vom Ausschließungsgrund, bzw. bei mangelnder Vertretung von der späteren wirksamen Zustellung der angefochtenen Entscheidung an die Partei (Vertreter). Wegen Ausgeschlossenheit des Richters (und nur deshalb) kann aber eine Entscheidung nach Ablauf von 10 Jahren nach ihrer Rechtskraft nicht mehr mit Nichtigkeitsklage angefochten werden (§ 534 ZPO.). d) Die Angabe der nötigen Beweismittel. e) Des Zuständigkeitsgrunds. Es handelt sich um eine individuelle Zustän-

digkeit, daher bedarf es keiner Wertangabe. f) Die Erklärung über den Umfang der begehrten „Beseitigung“ der angefochtenen Entscheidung. g) Die begehrte Abänderung derselben.

3. Der Streitwert ist bei nicht bloß teilweiser Anfechtung der gleiche wie im Hauptstreit.

4. Das Verfahren geht nach den für das erstinstanzliche Verfahren beim zuständigen Gericht geltenden Vorschriften vor sich, also gegebenenfalls auch im Bagatellverfahren. Ist aber ein Rechtsmittelgericht als solches zuständig, so kommen — auch bezüglich der Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Nichtigkeitsklage — die für das Rechtsmittelverfahren bei diesem Gericht geltenden Bestimmungen zur Anwendung (§ 535 ZPO.). Wird also ein Gerichtshofurteil angefochten, so geht das Verfahren nach den Vorschriften fürs erstinstanzliche oder fürs Berufungsverfahren vor sich, je nachdem, ob das angefochtene Gerichtshofurteil ein erstinstanzliches oder ein Berufungsurteil war. Letzterenfalls ist die Sachentscheidung über die Nichtigkeitsklage nur mit Revision anfechtbar. Erging der angefochtene Beschluß über Rekurs (z. B. gegen die Kostenentscheidung), so richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften fürs Rekursgericht. Doch hat auch in diesem Fall die Sachentscheidung über die Nichtigkeitsklage in Urteilsform zu ergehen (arg. „Urteiles“, § 535 ZPO.; vgl. auch § 541 ZPO.).

Besondere Abweichungen von dem Gesagten sind: a) Der besondere Ausschließungsgrund des § 537 ZPO.; b) Die Prüfung des Klageinhalts erfolgt bei Gerichtshöfen nicht durch den Vorsitzenden allein, der nur das Verbesserungsverfahren wegen formeller Mängel einleiten kann, sondern durch den Senat. Dieser hat insbesondere zu prüfen, ob in der Klage ein gesetzlicher Anfechtungsgrund angeführt und ob sie rechtzeitig erhoben ist. Und wenn eine dieser Fragen verneint wird, ist die Klage mit Beschluß „als zur Bestimmung einer Tagsatzung für die mündliche Verhandlung ungeeignet“ zurückzuweisen (also nicht abzuweisen). Dies auch dann, wenn die wirksame Genehmigung erst im Laufe des Nichtigkeitsverfahrens erfolgt. Die Fristeinhaltung hat der Kläger auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen (§ 538 ZPO.). c) Ergibt sich die Unzulässigkeit oder Verspätung erst bei der mündlichen Verhandlung, so wird die Klage mit Beschluß zurückgewiesen (§ 543 ZPO.). Diesbezüglich wäre ein Geständnis unbeachtlich, da diese Umstände von Amts wegen zu berücksichtigen sind; ebenso beim Säumnisurteil. d) Gegenstand des Verfahrens ist der Nichtigkeitsgrund; daher ist niemals Mandats-, Wechsel-, Bestandstrittig), Besitzstörungs- oder Eheverfahren anzuwenden, somit auch nie ein Ehebandsverteidiger beizuziehen (strittig).

Das stattgebende Urteil vernichtet die angefochtene Entscheidung und das Verfahren, soweit der Nichtigkeitsgrund reicht, samt ihren Rechtsfolgen. War daher durch die angefochtene Entscheidung eine Klage „für unstatthaft erklärt“ (§ 1497 abGB.), also zurückgewiesen worden und galt daher Verjährung und Ersitzung für ununterbrochen, so ist auch diese Rechtsfolge vernichtet, was Art. XLVI EGZPO. für die Wiederaufnahme ausdrücklich ausspricht.

d) Die Wiederaufnahmsklage.

Die Wiederaufnahmsklage (§ 530 ZPO.) ist ein Rechtsbehelf gegen Urteile aller Art, auch wenn sie nicht rechtskräftig sind; aber nicht gegen Beschlüsse oder Schiedssprüche (vgl. § 595 Z. 8 ZPO.). Daß die Rechtskraft kein Erfordernis ist, beruht darauf, daß die Wiederaufnahmsgründe Tatbestände sind, die gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren etwas Neues sind, daher im Rechtsmittelverfahren nicht geltend gemacht werden können.

Im allgemeinen gilt für das Verfahren das gleiche wie für die Nichtigkeitsklage; Unterschiede:

1. Die Wiederaufnahme gegen ein Urteil im Wechselprozeß ist beschränkt (§ 556 ZPO.).

2. Wiederaufnahmsgründe sind (§ 530 ZPO. und Ähnlichkeitsschluß) a) folgende Umstände, wenn das Urteil darauf gegründet ist: α) Gerichtlich strafbare (§ 539 ZPO.) Fälschung oder β) Verfälschung einer Urkunde, γ) wissentlich (arg. „schuldig gemacht“ und § 539 II ZPO., insbesondere „mangelnden Tatbestandes“, was auch bei mangelndem subjektivem Tatbestand zutrifft) falsche Aussage eines Zeugen, δ) eines Sachverständigen, ε) wissentlicher Falschheid des Gegners bei Parteivernehmung (unwissentlich falsche Aussagen könnten nur nach § 530 I, Z. 7, ZPO. in Betracht kommen), ζ) strafrechtlicher Betrug eines Parteivertreters (daher auch eines Nebenintervenienten) oder η) des Gegners, θ) Mißbrauch der Amtsgewalt oder ι) Geschenkkannahme in Amtssachen des Richters mit Bezug auf das Urteil oder eine zugrundeliegende frühere Entscheidung.

b) Die Aufhebung folgender Umstände, auf die das Urteil gegründet war; α) eines strafgerichtlichen, auch freisprechenden, Erkenntnisses durch eine andere rechtskräftige Entscheidung (vgl. § 534 II, Z. 3 ZPO.); β) der Zulässigkeit eines Prozesses dadurch, daß die Partei eine über den Verfahrensgegenstand früher ergangene formell und materiell rechtskräftige Entscheidung (auch Schiedsspruch, § 594 I ZPO.) auffindet oder zu benützen instand gesetzt wird; γ) der Urteilsgrundlagen dadurch, daß die Partei aa) neue Tatsachen, oder bb) Beweismittel findet oder zu benützen instand gesetzt wird. In den Fällen β) und γ) ist aber Voraussetzung, daß der neue Prozeßstoff im früheren Verfahren eine für den Wiederaufnahmskläger günstigere Entscheidung in der Hauptsache herbeiführen konnte, also nicht erst nach diesem Verfahren entstanden ist. Sonst könnte der Verurteilte, der nach dem Urteil gezahlt hat, auf Grund der Zahlung Wiederaufnahme verlangen. Voraussetzung ist ferner, daß die Partei den neuen Prozeßstoff ohne ihr Verschulden nicht vor Abschluß der Grundlagen für das angefochtene Urteil geltend machen konnte. Nur aus dem zuletzt angeführten Grund kann die Wiederaufnahme gegen den rechtskräftigen Ausspruch im strafgerichtlichen Anschlußverfahren vor dem Zivilrichter verlangt werden (§ 374 StPO.). Kein Wiederaufnahmsgrund ist die Änderung der Rechtsanschauung des OGH; ebensowenig neue wissenschaftliche Erkenntnisse (Erfahrungssätze).

c) Das Begehren um Ausführung von Beweisen, die nach § 279 II und daher auch nach §§ 309 I, 332, 335, 365 II und 368 III ZPO. (nicht aber in andern Fällen) ausgeschlossen wurden, deren Benützung aber im früheren Verfahren offenbar eine für den Wiederaufnahmskläger günstigere Entscheidung der Sache herbeigeführt hätte (§ 531 ZPO.), selbst dann, wenn der Beweisausschluß wegen schuldhafter Fristversäumnis erfolgte.

3. Die Wiederaufnahmsklage ist in allen Fällen 10 Jahre nach Rechtskraft des angefochtenen Urteils nicht mehr zulässig. Die einmonatige Frist wird gerechnet α) bei den unter 2. b) β) und γ) angeführten Gründen von dem Tag an, da die Partei den neuerworbenen Prozeßstoff benützen konnte; β) im Fall 2. c) vom Zeitpunkt der Parteiwirkung des erstinstanzlichen Urteils; γ) in allen andern Fällen vom Tag der Rechtskraft der strafgerichtlichen Entscheidung (Urteil oder Einstellungsbeschluß) ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Partei (§ 534 ZPO.).

4. Die Zuständigkeit (Wiederaufnahmsgericht) ist auch hier eine individuelle (§ 532 ZPO.).

5. Wird wegen Einbringung der Wiederaufnahmsklage nicht Unterbrechung eines anhängigen Rechtsmittelverfahrens angeordnet, so hemmt die Klage weder Rechtskraft noch Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils (§ 547 I ZPO.). Wird durch Rechtsmittelentscheidung oder auf Grund dieser von der untern Instanz das angefochtene Urteil zugunsten des Wiederaufnahmsklägers geändert, so ist insoweit das Rechtsschutzinteresse desselben weggefallen und die Klage zurückzuweisen (§ 538 I ZPO. analog).

6. Der Ausschließungsgrund nach § 537 ZPO. ist hier ein anderer.

7. Wird die Wiederaufnahme aus einem der unter 2. a) angeführten Gründen begehrt, so ist nach § 539 ZPO. vorzugehen. Nach Freispruch wegen mangelnden Tatbestands oder mangels an Beweisen, nicht aber z. B. wegen Verjährung, ist die Wiederaufnahmsklage als unzulässig ohne mündliche Verhandlung — im Senatsverfahren in nichtöffentlicher Sitzung — mit Beschluß zurückzuweisen. Daher hat das Strafgericht oder die staatsanwaltschaftliche Behörde bei Bekanntgabe ihres Beschlusses (Nichteinleitung oder Einstellung) stets den Grund ausdrücklich zu bezeichnen.

8. Wird die Wiederaufnahme zur Beweismachung (§ 531 ZPO.) begehrt oder in den andern Fällen der Wiederaufnahmsgrund durch der Klage in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigelegte Urkunden dargetan, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Wiederaufnahmsklage, vorbehaltlich der gerichtlichen Trennungsbefugnis, mit der Verhandlung der Hauptsache zu verbinden, wobei letztere nur soweit reicht, als der Anfechtungsgrund von Einfluß ist. In allen übrigen Fällen ist die Verbindung unzulässig. Ebenso wenn das Wiederaufnahmsgericht höherer Instanz die Hauptsache des durch die bewilligte Wiederaufnahme aufgehobenen Urteils nicht spruchreif machen kann, z. B. der OGH., wenn unmittelbare Beweisaufnahme nötig ist (vgl. § 509 III ZPO.). In diesem Fall entscheidet es nur über die Wiederaufnahmsklage und verweist nach

Rechtskraft des ihr stattgebenden Urteils den Prozeß an das Erstgericht, das die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache — also nicht erste Tagsatzung im technischen Sinn — von Amts wegen anzuberaumen hat (§§ 540f. ZPO.). Letzteres gilt auch, wenn die Wiederaufnahme erst in höherer Instanz bewilligt wird und die Verhandlung in erster Instanz auf die Wiederaufnahme beschränkt war. Hier erfolgt die Zurückverweisung schon vor Rechtskraft der Entscheidung; doch ist Rechtskraftvorbehalt möglich (kein abgesonderter Rekurs) (§ 499 IV mit § 479 ZPO.).

Die Bewilligung der Wiederaufnahme erfolgt ebenso wie die Abweisung (aus sachlichen Gründen) mit Urteil, weil der Wiederaufnahmsgrund für den Wiederaufnahmsprozeß Hauptsache ist (vgl. dagegen § 543 ZPO.). Über die Kosten des aufgehobenen Erstverfahrens ist im wiederaufgenommenen Verfahren zu entscheiden. Die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens bilden einen Teil der Gesamtkosten. Für ihre Tragung ist daher nur das Ergebnis des wiederaufgenommenen Verfahrens ohne Rücksicht auf den Erfolg der Wiederaufnahmsklage maßgebend (Ähnlichkeitsschluß aus § 50 ZPO.). Ist die Verhandlung zur Hauptsache beim Wiederaufnahmsgericht abzuführen, so kann das Gericht nach Verkündung der Bewilligung der Wiederaufnahme mit Beschluß anordnen (kein Rekurs), daß vor Ausfertigung dieser Entscheidung in der Hauptsache verhandelt werde; dann ist die Entscheidung in die Entscheidung über die letztere aufzunehmen (§ 542 ZPO.). Bei verbundener Verhandlung geschieht das ohne besonderen Beschluß. Wird die Hauptsache durch Beschluß entschieden (§ 530 I, Z. 6 mit § 261 ZPO.), so müßte das über die Wiederaufnahmsklage ergangene Urteil in den Beschluß aufgenommen werden.

Anhang. Schiedsrichterliches Verfahren.

I. Das schiedsrichterliche Verfahren bestimmt sich grundsätzlich a) nach dem Schiedsvertrag, b) nach einer nachträglichen schriftlichen Vereinbarung der Parteien, c) sonst durch das Ermessen der Schiedsrichter selbst (587 I ZPO.). Dazu bestimmt das Gesetz noch im besondern teils Zwingendes, teils Ergänzendes (soweit nämlich auf die erwähnte Weise nichts anderes bestimmt ist).

II. Zwingend sind folgende Bestimmungen (vgl. § 598 ZPO.): 1. Die Schiedsrichter sind zu eidlichen Vernehmungen, Zwangsmitteln oder Strafen nicht befugt. In diesen Fällen sowie wegen sonstiger gerichtlicher Handlungen müßten sie das zuständige Gericht ersuchen, im Zweifel das Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Prozeßhandlung vorzunehmen ist. Es besteht Rechtshilfepflicht und erweiterter Wirkungskreis des ersuchten Richters (§§ 588f. ZPO.).

2. Sind nur zwei Schiedsrichter berufen, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (§ 590 ZPO. e contr.; § 591 I ZPO.).

3. Die Urschrift des Schiedsspruchs (der also schriftlich abgefaßt sein muß), ist mit Zeitdatum zu versehen und bei sonstiger Unwirksamkeit des Spruchs von allen Schiedsrichtern zu unterschreiben.

4. Ebenso die Ausfertigungen, die den Parteien vor dem Schiedsgericht persönlich zu übergeben oder durch die Post oder durch einen Notar zuzustellen sind (§ 592 ZPO.).

5. Das Schiedsgericht hat die Fällung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn ein Klagezurückweisungsgrund vorliegt.

6. Der Schiedsspruch ist wirkungslos (§ 595 ZPO.), a) wenn ein Schiedsvertrag fehlt, b) ungültig, c) vor Fällung des Spruchs außer Kraft getreten oder d) für den einzelnen Fall unwirksam geworden ist; e) wenn der Partei, die die Unwirksamkeit des Schiedsspruchs behauptet, das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde oder sie f) nicht gehörig vertreten war, ohne daß „die Prozeßführung nachträglich ordnungsgemäß genehmigt wurde“; g) wegen gesetz- oder vertragswidriger Besetzung oder h) Beschlußfassung; i) wenn die Urschrift oder j) die Ausfertigung nicht von allen Schiedsrichtern unterschrieben wurde. Doch kann der Mangel bis zum Urteil (§ 406 ZPO.) nachgetragen werden. Andererseits schadet nachträgliche Vernichtung der Unterschrift nicht. Kann ein Schiedsrichter nicht schreiben, so muß er sein Handzeichen beisetzen, das aber öffentlich beglaubigt werden muß (arg. min. § 294 ZPO.) (strittig); k) wenn die Ablehnung des Schiedsrichters zu Unrecht zurückgewiesen wurde; l) wenn das Schiedsgericht seine Aufgabe überschritten hat; so insbesondere, wenn der Schiedsspruch den Schiedsrichtern ein Honorar zuspricht; m) wenn der Spruch gegen zwingendes Recht verstößt, insbesondere n) eine Partei zu einer gesetzlich unzulässigen oder o) unerlaubten Handlung verurteilt (Z. 7 war neben Z. 6 unnötig); p) aus einem Wiederaufnahmsgrund.

Die Klage ist bei sonstigem Ausschluß binnen drei Monaten zu erheben, gerechnet vom Tag der Zustellung des Spruchs oder der später erlangten Kenntnis vom Anfechtungsgrund; bei Klage wegen eines Wiederaufnahmsgrunds aber gelten die Fristen für die Wiederaufnahmsklage. Zuständig ist jedes Gericht, das ohne Schiedsvertrag für die Sache zuständig wäre (§ 596 I ZPO.).

Ein Schiedsspruch kann auch teilweise für wirkungslos erklärt werden. Nach Aufhebung des Schiedsspruchs ist wieder das ordentliche Gericht zuständig, weil der Schiedsvertrag durch den Schiedsspruch im Zweifel erfüllt ist. Daher ist auch im Zweifel ein Wiederaufnahmeverfahren vor den Schiedsrichtern nicht zulässig.

7. Die Urschrift des Schiedsspruchs und die Zustellungsbeurkundungen bezüglich der Ausfertigungen sind zu verwahren; sie sind gemeinschaftliche Urkunden der Parteien (§ 593 ZPO.).

III. Abänderbar durch den Schiedsvertrag oder einen Nachtrag, bzw. bei Schiedsrichtern auf Grund einseitiger Verfügung oder Statuts durch diese, sind folgende Bestimmungen, die also nur im Zweifel gelten: 1. Will eine Partei nicht verhandeln, so ist mit der andern allein zu verhandeln (§ 587 II ZPO.). 2. Der Schiedsspruch bedarf bei mehr als zwei Schiedsrichtern absoluter Stimmenmehrheit (§ 590 ZPO.). 3. Wird das erforderliche Stimmenverhältnis nicht erreicht, so haben die Schiedsrichter die Parteien zu verständigen. 4. In diesem Fall kann jede Partei bei jedem ohne den Schiedsvertrag sonst zuständigen Gericht den Ausspruch bean-

tragen, daß der Schiedsvertrag gänzlich oder für den einzelnen Fall wirkungslos sei (§ 591 ZPO.). 5. Die Art der Verwahrung der Urschrift des Schiedsspruchs und der Zustellungsurkunden bestimmen die Schiedsrichter; mangels einer solchen Bestimmung erfolgt Verwahrung bei einem Notar des Bezirks, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hatte (§ 593 I ZPO.). 6. Der Schiedsspruch wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil; das können die Parteien, aber nur durch die Bestimmung einer höheren schiedsrichterlichen Instanz, abdingen. 7. Die Schiedsrichter haben auf Verlangen einer Partei auf einer Spruchausfertigung Rechtskraft und Vollstreckbarkeit schriftlich zu bestätigen (§ 594 ZPO.). Sie können darauf geklagt werden.

B. Verfahren bei den Sondergerichten.

I. Bundesgerichtshof.

Das Verfahren ist in den §§ 23ff. B. G. G. geregelt; subsidiär gilt jedoch nicht die ZPO., sondern das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (§ 35 B. G. G.), bei Entscheidung über den Grund von Ersatzansprüchen nach § 91 B. G. G. aber die StPO. (§ 92 B. G. G.).

II. Abrechnungsgerichtshof.

Das Verfahren, bis auf die Kosten, für die die Vorschriften der ZPO. sinngemäß anzuwenden sind, dem Verordnungsweg überlassen (§ 57 IV, V. VorkrSchG.), ist in den §§ 14ff. Vdg. v. 20. VII. 1922, B. 562 mit Vdg. v. 6. XII. 1934, B. II 396 geregelt. Wesentliche Besonderheiten sind:

I. Allgemein. 1. Beilagen von Eingaben können stets Rechtsausführungen enthalten und auch in einer nichtdeutschen Sprache abgefaßt sein; doch kann der Vorsitzende eine vollständige oder auszugsweise, nötigenfalls beglaubigte, deutsche Übersetzung verlangen. 2. Der Berichterstatter ist vorgeschrieben. 3. Die Öffentlichkeit der Verhandlung ist auch auszuschließen: a) von Amts wegen, α) wenn Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse oder β) Tatsachen des Familienlebens zum Nachteil eines Beteiligten preisgegeben werden müssen. b) Auf Antrag beider Parteien. 4. Mittelbare Beweisaufnahme ist nach Ermessen zulässig. 5. Der Senat kann den Erlag der Kosten einer beantragten Beweisführung vom Beweisführer bei allen Beweismitteln anordnen. 6. Eine anberaumte Verhandlung kann aus erheblichen Gründen überhaupt vertagt werden. 7. Die Endentscheidung erfolgt mit Urteil und zwar endgültig; Parteiwirkung tritt immer erst mit der Zustellung ein.

II. Für das Verfahren über Anträge gelten grundsätzlich die Bestimmungen über das Gerichtshofverfahren. Abweichungen: 1. Nach Einlangen der „Gegenschrift“ kann der Vorsitzende noch eine Replik der anrufenden Partei und eine Duplik der Gegenpartei innerhalb einer jeweils regelmäßig vier Wochen nicht überschreitenden richterlichen Frist zulassen. 2. Weitere vorbereitende Schriftsätze sind unzulässig. 3. Bis zur Einreichung der Gegenschrift kann der Antrag ohne Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden; in diesem Falle wird ohne mündliche

Verhandlung entschieden. 4. Bleibt eine Partei aus, so kann der Senat die Verhandlung vertagen, aber auch unter Bedachtnahme des vom Ausgebliebenen schriftlich Vorgebrachten entscheiden. 5. Über die Kosten wird nach freiem Ermessen entschieden.

III. Besonderheiten für das Verfahren über Beschwerden: 1. Die Beschwerde kann jederzeit zurückgezogen werden. 2. Mit Zustimmung des BMFFi. können die Beteiligten einverständlich Ruhen des Verfahrens beantragen; bloße Anzeige (§ 168 ZPO.) genügt also nicht; das Verfahren ist über Antrag eines Beteiligten jederzeit wieder aufzunehmen. 3. Die Frist für die Gegenschrift ist immer vier Wochen (unverlängerbar). Replik und Duplik sind auch hier möglich. 4. Alle Beteiligten können auf die mündliche Verhandlung vor ihrer Anberaumung einverständlich verzichten. Der Verzicht ist unwiderruflich, bindet aber den Abrechnungsgerichtshof nicht. 5. Mit der Einladung zur Verhandlung ist den Senatsmitgliedern die vom Berichterstatter verfaßte Sachverhaltsdarstellung, die keine Stellungnahme enthalten darf, zu übergeben. 6. Das Urteil weist entweder die Beschwerde als unbegründet ab oder hebt die angefochtene Entscheidung auf; letzterenfalls ist in der Regel in der Sache selbst zu entscheiden. Geht das mangels genügender Sachverhaltsklärung nicht, so hat der Senat nach Möglichkeit seine Rechtsanschauung soweit auszusprechen, daß die Entscheidung nur mehr von tatsächlichen Feststellungen abhängt. Die Sache wird dann an das BMFFi. zurückverwiesen, das an die Rechtsanschauung des AbrGH. gebunden ist. Insoweit ist die Entscheidung auch unanfechtbar. 7. Das BMFFi. kann den Beschwerdeführer jederzeit klaglos stellen; er ist dann darüber einzuvernehmen. 8. Bezüglich der Kosten gelten hier die Vorschriften der ZPO. Nur darüber, ob neben dem Bund auch Mitbelangten und Mitbeteiligten Kosten aufzuerlegen sind, wird nach freiem Ermessen entschieden.

III. Patentgerichtshof.

Das Verfahren ist in den §§ 68 ff. PatG. und §§ 9 ff., Vdg. v. 15. V. 1936, B. 154 geregelt. Wesentliche Besonderheiten sind:

I. Das Verfahren wird mit der Berufung gegen die Endentscheidung (Sach- oder Verfahrensentscheidung, § 68 PatG.) der Nichtigkeitsabteilung des Patentamts eingeleitet. Die Berufung ist binnen einem Monat nach Zustellung der Entscheidung des Patentamts bei diesem schriftlich „anzumelden“ und zu begründen. Sie kann auch Entscheidungen und Beschlüsse des vorausgegangenen Verfahrens bekämpfen, sofern diese die Entscheidung beeinflußt haben. Verspätete, nicht in der gehörigen Zahl von Gleichschriften und Beilagen überreichte oder unzulässige Berufungen hat die Nichtigkeitsabteilung zurückzuweisen. Diese Zurückweisung kann beim Patentgerichtshof angefochten werden, der darüber in nichtöffentlicher Sitzung entscheidet.

II. Der Patentgerichtshof entscheidet auf Antrag des Referenten ohne Vorverfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluß: α) bei nicht fristgerechter Verbesserung der Berufung durch die Partei; β) bei materiellen Mängeln, γ) Unzulässigkeit und δ) Verspätung der Berufung; ϵ) wenn

diese gegen die Zurückweisung eines Antrags (einer Eingabe) beim Patentamt ohne mündliche Verhandlung oder ζ) gegen die Einstellung des Verfahrens wegen Verzichts auf das Markenrecht oder Verlust desselben mangels Erneuerung gerichtet ist, ohne daß in beiden Fällen der Antragsteller auf der Verfahrensdurchführung beharrt (§ 22 I. MSchG.); η) gegen eine die gesetzmäßige Entscheidung verhindernde Verletzung wesentlicher Verfahrensformen; θ) wenn eine solche, ohne geltend gemacht zu sein, bei Prüfung der Berufung hervorkommt; ι) bei Anfechtung der Zurückweisung der Berufung durch das Patentamt; κ) wenn nur die Eintragung der rechtskräftigen Entscheidung ins Patentregister, λ) der Kostenspruch oder μ) die Entscheidung über einen Wiedereinsetzungsantrag (§ 2 II G. v. 20. II. 1924 B. 56) angefochten wird.

III. In allen andern Fällen hat der Referent α) eine Ausfertigung der Berufungsschrift samt Beilageabschriften dem Gegner mit dem Bemerken zuzustellen, daß es ihm freistehe, innerhalb eines Monats (verlängerbar) eine Berufungsbeantwortung zu erstatten. Eine Ausfertigung derselben mit Beilageabschriften hat der Referent dem Berufungswerber zustellen zu lassen. β) Ist aber die Berufung gegen eine Entscheidung gerichtet, mit der nach Zurückziehung des Antrags und von Amts wegen fortgesetztem Verfahren ein Patent für zurückgenommen oder nichtig erklärt oder die Löschung einer Marke ausgesprochen wurde oder bei der auf das öffentliche Interesse Bedacht zu nehmen war, so erfolgt die Zustellung zu gleichem Zweck an das Patentamt. Erstattet dieses eine Gegenschrift, so ist eine Ausfertigung dem Berufungswerber zuzustellen.

IV. Nach Einlangen der Gegenschrift oder fruchtlosem Fristablauf wird regelmäßig die mündliche Verhandlung durch den Präsidenten ausgeschrieben, zu der die Parteien (Vertreter) zu laden, im Falle III β) auch das Patentamt zu verständigen ist, daß es einen Vertreter entsenden könne. Die Parteien können aber auch auf die mündliche Verhandlung verzichten. Eine diesbezügliche Erklärung einer Partei ist dem Gegner mit der Aufforderung, sich dazu zu äußern, und dem Bemerken mitzuteilen, daß sein Stillschweigen binnen einer ihm bestimmten Frist als Zustimmung angenommen werde. Der Verzicht ist unwiderruflich aber für den Vorsitzenden nicht bindend. Findet er jedoch auch die mündliche Verhandlung für unnötig, so erfolgt die Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung.

Die Berufung kann bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung zurückgezogen werden; dann wird das Berufungsverfahren eingestellt, vor Beginn der mündlichen Verhandlung durch den Referenten. Der Berufungsgegner erhält eine Frist zur Geltendmachung von Kostenersatzansprüchen. Über einen diesbezüglichen Antrag wird in nichtöffentlicher Sitzung entschieden.

Die mündliche Verhandlung wird nach den Vorschriften der ZPO., aber auch bei Ausbleiben der Beteiligten (Vertreter) durchgeführt. Die Öffentlichkeit kann auch auf Antrag für die ganze Verhandlung oder für einen Teil ausgeschlossen werden, wenn durch sie ein wichtiges Interesse des Bundes oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis einer Partei oder eines Zeugen gefährdet wäre. Mitglieder des Patentamts oder des Patent-

gerichtshofs, sowie Konzeptsbeamte des BMfHuVk. haben aber immer Zutritt. Der Kostenspruch erfolgt nach freiem Ermessen. Wegen mutwilliger Patentanfechtung kann Mutwillensstrafe verhängt werden.

Wiederaufnahme des Verfahrens kann über Gesuch mit Beschluß in nichtöffentlicher Sitzung bewilligt werden; er bestimmt, ob das aufgenommene Verfahren beim Patentamt oder beim Patentgerichtshof durchgeführt wird.

IV. Das Konsulargericht in Kairo.

Grundsätzlich gelten die Vorschriften für das bezirksgerichtliche Verfahren, bei Zutreffen der Voraussetzungen aber auch die Bestimmungen über das Mandatsverfahren, den Wechselprozeß, das Bestand- und Eheverfahren. Wesentliche Besonderheiten sind (§§ 7, 15, Vdg. v. 6. XII. 1929, B. 413): 1. Niemals Anwaltszwang. 2. Zustellungen erfolgen in der Regel durch die Post; ist die vorgeschriebene Eigenhandzustellung nicht möglich, so kann der Richter auf Antrag oder von Amts wegen einen Kurator bestellen, dessen Kosten vorläufig vom Antragsteller oder von der Partei, in deren Interesse die Bestellung geschieht, zu bestreiten sind. 3. Berufung, Berufungsmittel und Rekurs können mündlich zu Protokoll erklärt werden. „Wird das Rechtsmittel auf eine Verletzung von Verfahrensvorschriften gestützt, so ist ihm nur dann Folge zu geben, wenn ein Nichtigkeitsgrund vorliegt oder wenn wesentliche Grundsätze des Verfahrens verletzt wurden.“

V. Gewerbegerichte.

Das Verfahren ist in den §§ 17ff. GewGG. geregelt. Grundsätzlich gelten die Vorschriften für das Bagatellverfahren. Besonderheiten:

1. Die erste Tagsatzung ist in der Regel auf einen der nächsten drei Tage nach Klageanbringung anzuordnen. 2. Bei ihr kann über die Einrede der Unzulässigkeit des gewerbegerichtlichen Verfahrens (§ 21 GewGG. nennt das „Unzulässigkeit des Rechtsweges“), Unzuständigkeit, Streitanhängigkeit und rechtskräftig entschiedenen Streitsache, ferner mit Anerkenntnis-, Verzicht- oder Versäumnisurteil entschieden und ein Vergleich aufgenommen werden. Eine weitere Verhandlung, insbesondere in der Hauptsache, kann nur erfolgen, wenn beide Parteien zustimmen. Das hängt mit der Besetzung zusammen. 3. In Streitsachen über 150 S hat das Verhandlungsprotokoll den wesentlichen Inhalt der Beweisaufnahme zu enthalten; es ist im übrigen, wenn die Verhandlung nicht bei einer Tagsatzung beendet wird, nach den Vorschriften für das bezirksgerichtliche Verfahren zu führen. 4. Der Urteilsvermerk nach § 452 II ZPO. ist nur in Streitsachen bis 150 S zulässig.

Anhang I. Rechtsmittel. Anwaltsunterschrift ist arg. mai. §§ 25 f. GewGG. nicht erforderlich. 1. Berufung (§§ 25f. GewGG.). a) In Streitsachen bis 150 S ist sie nur wegen der Nichtigkeitsgründe des § 477 I, Z. 1 bis 8 ZPO. zulässig. Der Gerichtshof entscheidet über sie nach den gleichen Vorschriften wie über Berufungen gegen bezirksgerichtliche Urteile, aber ohne Anwaltszwang.

b) In allen andern Streitsachen ist die Berufung binnen 14 Tagen (auch in Bestandsachen; unverlängerbar) nach Parteiwirkung des Urteils beim Gewerbegericht schriftlich oder zu Protokoll einzubringen. Berufungsgründe müssen nicht angegeben sein. Das Gewerbegericht hat in allen Fällen die Berufung dem Gerichtshof vorzulegen, kann sie also nicht zurückweisen. Diese Berufung ist eine volle Berufung: Im Rahmen der Anträge wird über die Streitsache neu verhandelt, und zwar nach den Vorschriften für die erstinstanzliche Verhandlung, somit ohne Neuerungsverbot. Für das sonstige Verfahren gelten aber die Bestimmungen des Berufungsverfahrens. Doch können vorbereitende Schriftsätze nicht gewechselt werden und es besteht kein Anwaltszwang. Wenn keine Partei Einsprache erhebt, kann das Gericht statt unmittelbarer Beweiswiederholung die Protokolle erster Instanz verlesen lassen. Verhandelt wird auch bei Säumnis einer Partei. Bei Berufung gegen ein Säumnisurteil ist die säumige Partei auch im Berufungsverfahren von neuem tatsächlichen Vorbringen ausgeschlossen. Gegen die Entscheidung des Gerichtshofs gibt es keinen weiteren Rechtszug.

2. Rekurs. Er ist wie in Bagatellsachen zulässig, in Streitsachen über 50 S aber auch gegen den Kostenspruch im Urteil (§ 28 I GewGG.). Der Gerichtshof entscheidet nach den Vorschriften der ZPO., aber arg. mai §§ 25f. GewGG. ohne Anwaltszwang.

II. Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage sind zulässig (§ 28 I. c.).

VI. Das Fachgericht in Dornbirn.

Das Verfahren ist in den §§ 17ff. Ges. v. 18. XII. 1925, B. 456, in gleicher Weise wie das Verfahren in Gewerbegerichtssachen geregelt.

VII. Einigungsämter.

Auch für sie gelten die Vorschriften für das Gewerbegerichtsverfahren; gegen ihre Entscheidungen gibt es aber kein Rechtsmittel (§ 10 EAG.).

VIII. Staatliche Schiedsgerichte.

Das Verfahren ist in den einzelnen Gesetzen verschieden geregelt. Art. XVIIff. EGZPO. betreffen das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten. 1. Maßgebend ist das Börsenstatut, das aber enthalten muß: a) Bestimmungen, die verlässliche Zustellungen gewährleisten können; b) die Ablehnungsgründe; c) Vorschriften über die Aufnahme von Vergleichen. Letztere müssen von beiden Parteien unterschrieben sein.

2. Zwingendes Recht ist: a) Gehört eine Partei den landwirtschaftlichen Berufskreisen an, so ist die Klage auf Antrag oder von Amts wegen als zum schiedsgerichtlichen Verfahren nicht geeignet zurückzuweisen, wenn das Warengeschäft, das den Streitgegenstand bildet, in offenbarem Mißverhältnis zum landwirtschaftlichen Betrieb des Klägers steht (Art. XIV, Abs. 3 EGZPO.). b) Die Parteien können sich vertreten lassen. Die in Art. XX. EGZPO. Genannten sind zuzulassen. c) Die Verhandlungen sind in gleicher Weise öffentlich wie bei den öffentlichen Gerichten.

d) Der Obmann des Schiedsgerichts hat die Sitzungspolizei nach den §§ 197f., nicht aber §§ 199f. ZPO. e) Weigert sich jemand, sich vor dem Schiedsgericht vernehmen oder beedigen zu lassen, so ist das Bezirksgericht des Wohnsitzes oder Aufenthalts des Betroffenen um die Vernehmung (Beeidigung) zu ersuchen. Es kann ersucht werden, wenn die Beweisaufnahme außerhalb des Orts erfolgen soll, wo das Schiedsgericht seinen Sitz hat. f) Die Entscheidung erfolgt mit Erkenntnis; die Ausfertigung hat alle Schiedsrichter zu nennen und ist vom Obmann und vom Sekretär zu unterschreiben.

Anhang. Rechtsbehelfe: 1. Nichtigkeitsbeschwerde (Art. XXIII EGZPO.). a) Die Gründe sind Verfahrensmängel. α) Ungültigkeit des Schiedsvertrags; sie besteht insbesondere, wenn der Beschwerdeführer den Vertrag mit Rücksicht auf eine Kartellvereinbarung eingegangen ist, wonach für seine gewerbliche Produktion erforderliche Hilfsmittel im inländischen Verkehr nur unter der Bedingung der Unterwerfung des Käufers unter das Schiedsgericht („in Ansehung der aus dem Geschäfte entspringenden Streitigkeiten“) veräußert werden sollen. Vor Beginn der Schiedsgerichtsverhandlung kann auf diese Ungültigkeit nicht wirksam verzichtet werden. β) Eine unrichtige Entscheidung des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit. γ) Die Verletzung der Vorschrift des obenerwähnten Art. XIV, Abs. 3 EGZPO. δ) Fehlerhafte Zustellung der Klage. ϵ) Nichterteilung des rechtlichen Gehörs. ζ) Mangelnde Postulationsfähigkeit oder η) Vertretungsmacht einer verhandelnden Person. θ) Teilnahme eines rechtmäßig abgelehnten Richters an der Verhandlung. ι) Unrichtige Besetzung. κ) Ungerechtfertigter Aus-schluß der Öffentlichkeit.

b) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist beim Gerichtshof erster Instanz (Handelsgericht), in dessen Sprengel das Schiedsgericht seinen Sitz hat, binnen 14 Tagen nach Zustellung des Erkenntnisses einzubringen. Der Gerichtshof entscheidet nach Anhörung der Parteien und erforderlichenfalls des Obmanns und des Sekretärs des Schiedsgerichts durch Beschluß. Rekurs ist möglich. Die Einbringung der Nichtigkeitsbeschwerde hemmt die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs nicht, doch ist die Vollstreckung, soweit der betreibende Gläubiger sichergestellt ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde auf Antrag aufzuschieben.

2. Unwirksamkeitsklage. a) Die Gründe sind Entscheidungsmängel. α) Verstoß des Schiedsspruchs gegen zwingende Rechtsvorschriften; β) wenn das Schiedsgericht in Streitigkeiten, die nicht aus Börsengeschäften herrühren, über den Differenzeinwand nicht oder unrichtig entschieden hat. b) Die Klage ist binnen 30 Tagen nach Zustellung des Schiedsspruchs beim Gerichtshof erster Instanz (Handelsgericht), in dessen Sprengel das Schiedsgericht seinen Sitz hat, zu erheben. Bezüglich der aufschiebenden Wirkung gilt das gleiche wie für die Nichtigkeitsbeschwerde.

Sachverzeichnis.

(Von mehreren Seitenzahlen besonders in Betracht kommende sind fett gedruckt.)

- Abänderungsantrag 64f., 230, 275f., 330, **351**, 353.
Abhörung 302, **305f.**, 313.
Ablehnung 52ff., 57, 89f., 153, 256, 353.
Abrechnungsgerichtshof 41, **44**, 49, **54**, 55, **68f.**, 74f., 78, 79, 80, 125, 135, **362f.**
Abschriften 162, **179f.**, 223, 295.
Absetzung 47, 49f.
Abstimmung **63f.**, 66, **68f.**, 179.
Abstimmungsvermerk 63, 176.
Abtretung, s. Prozeßüberweisung.
Abweisung der Klage 189, 315.
Abwesender 117, 165f.
Akt 180.
Akteneinsicht 150, **261**.
Aktenkundig 197, 285.
Aktenwidrigkeit 347.
Aktiengesellschaften, s. Gesellschaften.
Aktivlegitimation 119, 123f., 193, 247f.
Alternativbegehren 10, 125, 192, 262, 266, 269.
Amtsgeheimnis 55, 302f.
Amtskleid 55, 156.
Amtsvermerk 180, 303, 308f.
Amts wegen von — zu Beachtendes 161, 186, 188, 196, 286, 298, 316.
Amtszeit 155, 210f.
Anberaumung 211f.
Anbringen, protokollarisches 25, 30, 120, **177f.** u. a.
Anerkenntnis 13, 28, 161, 185, **228**, 275, 328.
Anerkenntnisurteil 184, **185**, 194, 196, 274.
Anfechtung 154, 159, 210, s. a. Rechtsmittel.
Anfechtungsmittel 329.
Angehörige 51, 144, **302f.**
Angriffsmittel 172, **227**, 230, 234, 278, 280.
Anhängigkeit 9, 71, 84, 125, 266.
Anschlag 165f., **168ff.**
Anschlußverfahren 76.
Anspruch, bedingter 193.
Ansprüche Dritter 8.
—, präjudizielle, s. Präjudizielles.
—, prozessuale 2, 6f., 262ff.
Anspruchsverfügung, prozessuale 127, **139**, 150.
Anstellung der Richter 41ff., 58f.
Antrag **227f.**, 230f., 264f., 268, 280.
Anwaltrichter 67.
Anwaltszwang 27, **133ff.**, 147, 274.
Arbeitsverhältnisse 75f., 88, s. a. Dienstverhältnisse.
Armenanwalt 27ff.
Armenrecht **24ff.**, 134, 353.
—, Entziehung **30**, 353, 354.
—, Erlöschen **29f.**, 353, 354.
—, Erschleichung 30f.
Armenrechtszeugnis **25**, 223, 226.
„Auf Antrag oder von Amts wegen“ 159.
Aufenthalt 96.
—, unbekannter 117, 165f.
Aufforderungsklage 7.
Aufhebung 13f., 15, 113, **253f.**, 255, 341, 349f.
Aufkündigung, s. Bestandverhältnisse.
Aufnahme nach Unterbrechung 123, 127, **239ff.**
Aufrechnung 85, 181f., 255.
Aufschiebend, s. suspensiv.
Aufsichtsbeschwerde **38f.**, 150, 155, 184, 226 u. a.
Auftrag, unmaßgeblicher 128, 141, 158, 275, 276.

- Augenschein 232, 289, **311**, 314.
 Auktor 120f., 275.
 Ausfertigung 158, **179**, 195f., 207f.
 Ausfolgung 157, 162, 179f., 227.
 Ausgedinge 88.
 Ausgleich 86f.
 Auskunftssachen 232, **299**.
 Ausland 35, 72, 96f., 109, 110, 164.
 —, Amtshandlungen im 72.
 Ausländer 152.
 Auslegung 33f.
 Aussage **299**, 305f.
 Aussagepflicht 302f., 309f., 312.
 Ausschließung von Richtern 51ff.,
 153, 256, 356, 357.
 Auszüge 162, 180.
 Automobilhaftpflichtklagen 100, 105.

 Bagatellverfahren 5, 8, 9, 60, 134, 155,
 173, 194, 195, **245f.**, 265f., **320f.**,
 346, 351, 352, 357.
 Barauslagen 17, 142.
 Befangenheit 52ff.
 Befangenheitsgericht 60, 87, 98, 134,
 266.
 Befehl 128, 141, 158, 275.
 Befragung **302**, 313.
 —, informative 311.
 Befristung 155, **215ff.**, 287, 298, 301.
 Befund 310.
 Begleitprotokoll 174.
 Behauptung **228**, 280.
 Beilagen zum Protokoll 175.
 Beistand 130.
 Beklagter 116.
 Bekanntmachung 165f., 168.
 Beratung **62**, 66.
 Beratungsprotokoll 63, **64**, 111, 173.
 Berichterstatter 62, 66, 67, 68, 179,
 343, 363f.
 Berichtigung 154, 176, 181, 183, 194,
 196, **197f.**, 208.
 Berufung 336ff.
 —, volle **333**, 366.
 Berufsänderung 339.
 Berufungsantrag 337.
 Berufungserklärung 337.
 Berufungsgegenstand 347.
 Berufungsgründe 337.
 Berufungsmittelteilung 64, 134, **338**.
 Berufungsschrift 64, 134, **336f.**
 Berufungsverfahren 338ff.
 Berufungsverhandlung 343f.
 Berufungsvorverfahren 61, **339ff.**
 Bescheid 207.
 Bescheinigung s. Glaubhaftmachung.
 Beschluß 180f., **205ff.**, 335.
 —, prozeßleitender 154, 159, 205,
231ff., 258, 354.
 Besetzung **58ff.**, 126f., 256.
 Besitzstörungsverfahren 5, 60, 88, 100,
 134, 155, **246f.**, 286, **321f.**, 351,
 352, 357.
 Bestandverhältnis 10, 88, 102, 155,
 193, **249f.**, **323ff.**, 346, 357.
 Bestätigend 346, 352.
 Bestimmtheit 210, **262f.**, 276, 334.
 Beurkundung 157f., **171ff.**
 Beurteilung, rechtliche 254, 270, **347f.**,
 s. a. Rechtsansicht.
 Bevollmächtigte 60, 61, 86, 130, **132ff.**
 —, Gebühren 9f., 16f., 141f.
 Beweis 281ff.
 —, indirekter 282.
 —, unbeachtlicher 161, 292.
 —, unvollständiger 282, 293f.
 Beweisanbietung 282, 286f.
 Beweisantretung 282, **295**.
 Beweisaufnahme 282, 289ff.
 —, ausländische 35, 109, 288, 290, 291.
 —, mittelbare 109, 277f., 279, **288f.**,
 344, 349.
 Beweisbeschluß 282, **287f.**, 290, 311,
 312.
 Beweise, präkludierte 195.
 Beweiserörterung 282, **291**.
 Beweisersatz 161, 281f., **284ff.**
 Beweisführung 281, 286f.
 Beweisgrund 281.
 Beweislast 223, **282**, **283**.
 Beweismittel 263f., 281, 286, 292,
294ff.
 —, Beschränkung 161, **286**, 293.
 Beweisregeln 161, 282, **293f.**
 Beweissatz 281.
 —, untauglicher **283ff.**, 294.
 Beweissicherung 64, 232, **314f.**
 Beweiswürdigung 282, **292ff.**, 306, 345.
 Bewertung 10, 245, 264.
 Bewilligung des Armenrechts 26, 64.
 Bewilligungsgericht 86.
 Bezeichnung, falsche 20, 181, 230,
 247, 330f.
 Bezirksgericht 40, 59, 88.

- Bezirksgericht für Handelssachen 40, 87f.
 —, Verfahren beim 172f., 188f., 195, 317ff.
 Bezugsurkunden 222, 295.
 Bindung des Gerichts 33f., 37, 46, 72, 73, 76f., 80, 110, 112, 114, 123, 198, 203, 204, 284, s. a. Rechtsansicht; Rechtskraft.
 Blutprobe 307.
 BMfJ. 21, 25, 33f., 35f., 38, 42, 44, 47, 48, 59, 67, 72, 110, 136, 137, 146, 147, 148, 261, 268.
 Börsenschiedsgericht 39, 45, 76, 144f., 366f.
 Bund als Partei 6, 143f., 165.
 Bundesangestellte 96, 300, s. a. Amtsgeheimnis.
 Bundesgerichtshof 41, 43f., 49, 53f., 55, 68, 74, 82f., 135, 144, 236f., 362.
 Bundeskanzleramt 96, 108, 164, 166, 298.
 Burgenland 32, 35, 104.
 Delegation 66, 105.
 Devolutiv 329.
 Dienstaufsicht 38, s. a. Aufsichtsbeschwerde.
 Dienstverhältnisse 75, 88, 102, 155.
 Dispositionsprinzip 257.
 Distanzprozeß 29.
 Disziplinarverfahren 46f.
 —, Anwälte 137, 143.
 Dolmetsch 29, 58, 118f., 171.
 Dritte 8, 297f., 311, 334, 353.
 Ehebandsverteidiger 17, 115, 327, 337, 348, 353, 357.
 Echtheit der Urkunde 7, 161, 223, 298f.
 Ehedispens 73, 83.
 Ehelichkeitsverteidiger 17, 115, 119.
 Ehestreitigkeiten 22, 34, 60, 72f., 77, 90, 97, 103, 115, 134, 135, 161, 242, 250f., 286, 326ff., 357.
 Eid 156, 304f., 310, 313, 316.
 — statt Sicherstellung 23f.
 Eidesinformation 313, 315.
 Eidespflicht 304f., 310, 312.
 Eigenberechtigung, s. Handlungsfähigkeit.
 Eigenhandzustellung 169f.
 Eingabe 221.
 Einheit der Verhandlung 215, 235.
 Einigungsamt 41, 45, 50, 54, 69, 75f., 106, 144, 366.
 Einrede, s. Prozeßeinrede.
 Einsprache 176, 177, 329.
 Einstellung des Verfahrens 111, 119f., 122, 274f., 315f., 335.
 Einwendungen 116, 248, 249, 250, 257, 322, 323f., 330.
 Einzelrichter 11, 59f., 64f., 351.
 Eisenbahnen 22, 89, 100.
 Endbeschluß 321.
 Endurteil 181.
 Entbindung von der Klage 120f., 275.
 Entschädigungsbetrag 6, 129f., 206, 274, 334.
 Entscheidung 158, 172, 180f.
 Entscheidungsgründe 191, 195f., 198, 202, 207, 257.
 Entschlagsrecht 302f., 308, 312.
 Entwurf 179.
 Erbrechtliche Klagen 86, 98.
 Erfahrungssätze 161, 336, 358.
 Erfüllungsfrist 193f., 198, 206f., 323, 324.
 Ergänzung der Beweisaufnahme 290f., 304, 306, 344.
 Ergänzungsurteil 181, 183f., 186, 197, 344.
 Erhebungen 292.
 Erkenntnisverfahren 4.
 Erledigung 159.
 Ermächtigung 131, 256.
 Ermessen 36.
 Ersatzzustellung 167f.
 Erscheinen, persönliches 128, 210, 215, 232, 300, 309, 312, 326, 327.
 Erstreckung 135, 140, 141, 186, 212ff., 232, 276, 319.
 Ersuchen 109f., 179.
 Eventualbegehren 210, 262, 266.
 Eventualmaxime 257, 270.
 Exekution 4, 86, 139.
 Exekutionsgericht 86.
 Exszindierungsklage 86, 88, 139, 155.
 Exterritoriale 72, 93, 164, 166, 290, 293, 300f.
 Fachgericht für die Maschinenstickerindustrie 41, 45, 50, 54, 55, 62, 69, 75, 78, 106, 134, 144, 366.

- Fakturerichtsstand 101.
 Fakultätsgutachten 292, 308.
 Fallfrist, s. Befristung.
 Fälligkeit 193.
 Fällung der Entscheidung 190f., 206.
 Feiertage 154, 163, 164, 210f., 212, 216f., 246f.
 Ferialsachen 155, 216.
 Fernsprecher 156.
 Feststellungsanspruch 7, s. a. Zwischenfeststellungsantrag.
 Fideikommißklagen 90, 99, 115, 237, 240.
 Finanzprokuratur 14, 133, 135, 143f., 165.
 Firma 122, 225.
 Flickprotokoll 174f.
 Form der Prozeßhandlungen 156, 160, 221ff.
 Formblätter 171, 207, 222.
 Formfehler 160, 170f., 222, 229, s. a. Verbesserungsverfahren.
 Frage 158, 224, 227, 230, 290, 302f.
 Fragenbeantwortung 34.
 Frist 127, 149, 155, 211, 215ff.
 —, Abkürzung 217.
 —, Beginn 216.
 —, Berechnung 216f.
 —, verlängerbare 194, 215f.
 Früchte 9, 10.

 Gattin 96f., s. a. Ehestreitigkeiten.
 Gegenbeweis 281, 283, 285.
 Gegenforderung 181f., 194, 203, 255, 272, 274.
 Gegenseitigkeit 21, 25, 27, 30, 35, 104, 110, 117, 152, 161.
 Gehör, rechtliches 253, 256, 259, 349f.
 Geltendmachung 1ff.
 Geltung der Prozeßgesetze, örtliche 35f.
 — —, zeitliche 34.
 Gemeindevorsteher 58, 108, 163, 169, 170.
 Gemeinschuldner 25, 118, 148, 237, 240, 312, s. a. Konkurs.
 Gendarmerie 108, 164.
 Genehmigung 123, 131, 239, 242, 253, 256, 356.
 Generalvollmacht 138.
 Gericht 39.
 —, kirchliches 39, 72f., 82.
 Gerichte, ordentliche 40.
 Gerichtsbank 39.
 Gerichtsbarkeit, besondere 61f., 66, 87f., 88f., 112f., s. a. Urteilsbeisatz.
 —, inländische 71ff., 80f., 82.
 Gerichtsbeamter 41, 56f., 108, 163.
 Gerichtsferien 155, 211, 212, 216, 217.
 Gerichtsgewalt 39, 252.
 Gerichtshof 40, 59f., 262ff.
 —, Oberster 40, 46, 55, 66ff., 104, 107, 114, 137, 145f., 346ff.
 Gerichtsinspektor 38.
 Gerichtskanzlei, s. Geschäftsstelle.
 Gerichtsordnung, allgemeine 32.
 Gerichtspersonen 41ff.
 Gerichtssouveränität 157, 257.
 Gerichtsstand 94ff.
 —, allgemeiner 94, 95ff.
 — der belasteten Sache 85f., 98.
 — der Gegenseitigkeit 104.
 — der gelegenen Sache, s. Realinstanz.
 — der ständigen Vertretung 100.
 — der Streitgenossenschaft 86, 125f.
 — des Erfüllungsorts 101f., 112.
 — des früheren Wohnsitzes 104.
 — des Hauptprozesses 85, 86, 97, 98.
 — des Klagegegenstandes 100.
 — des Ortes der Beschäftigung 99.
 — des Vermögens 99f.
 — für Warenforderungen 102f.
 Gerichtstage 93, 154, 212, 318.
 Gerichtsvorsteher 52, 57, 59, 65, 66, 67, 134, 155, 164, 244, 314, 351.
 Geschäftsausweis 38.
 Geschäftsführer ohne Vollmacht 131f.
 Geschäftsstelle 56f., 134, 162f., 177f., 179f., 226f., 291, 306, 311.
 Geschäftsverteilung 59, 68f., 153.
 Gesellschaften 87f., 89, 117, 225, 300, 312.
 Geständnis 228, 284, 286.
 Gewalt, diskretionäre 157, 231f., 280, 292, 343.
 Gewerbebericht 41, 44f., 50, 54, 55, 62, 69, 75, 106, 134, 144, 365f.
 Glaubhaftmachung 294.
 Gleichschrift 222, 226f.
 Grenzstreit 88.
 Gutachten 309f.

- Handelsbücher** 288, **293f.**, 296, 297.
Handelsgericht 40, 88f., 107.
Handelsmäkler, Tagebuch 232, 288, 294, 295, 298.
Handelssachen 87, s. a. Kaufmann.
Handelssenat 40, **61**, 66, 89, 111.
Handlungsfähigkeit 117f., 153, 252.
Handzeichen 176, 285.
Hauptintervention 60, 61, 85, **127f.**, 238, 300.
Hauptsache 6.
Herausgabepflicht, s. Urkundenedition.
Hilfsrichter 42, 49, 52, 58, 65.
- Impugnationsklage** 86, 139, 155, 257.
Individualisierung 263.
Indizienbeweis 282, 294.
Instanz 40.
Interesse, rechtliches 148f., 151, 179f., 262, 264, s. a. Rechtsschutzinteresse.
Internationales Prozeßrecht 35f.
Iudicium duplicium 116.
- Judikatenbuch** 37, **67**.
Justizverwaltung 38, 62, 135.
- Kanzleibeamter, s. Gerichtsbeamter.**
Kaufmann 87, 101, 102f., 225.
Kausalsenat 61f., 66, 89f., 111, 112f., 114, 338, 342.
Kaution, s. Sicherheitsleistung.
Kind 90, 97, 103, **115**, 203f., 307, s. a. Unehelichkeit, Unterhalt.
Kirchenrecht 36, s. a. Gericht, kirchliches; Konkordat.
Klagbarkeit 77f.
Klage 116, 262ff.
Klageanbringung, s. Anhängigkeit.
Klageanspruch 6.
Klagebeantwortung 276f., 318, 322, 327.
—, Versäumnis 187f., 241.
Klageeinschränkung 9, 246, **269**, **274**, 275.
Klageerhebung, s. Anhängigkeit.
Klageerledigung 266ff.
Klageerweiterung 268.
Klagegegenstand 8, 100, 262f.
Klagegrund 192, **263**, 268.
Klagenhäufung 9, 181, **265f.**, 294.
- Klagenhäufung, subjektive** 125.
Kläger 115f.
Klagerücknahme 64, 197, 253, 256, 267, 272ff., 275, 316, 319, 323, 351.
Klagevoraussetzung 161, **252f.**
Klagezustellung 169f., s. a. Streitabhängigkeit.
Klagsänderung 9, 11, 13, 245f., **268ff.**, 275.
Kognition, beschränkte 5.
Kommerzialrat 43, 44.
Konkordat 36, 39, 72f.
Konkurs 78, 86f., 121, 143, **237**, 240, 317.
Konkursmasse 115.
Konnexität 85, 181, 203, 266, 272.
Konsularfunktionär 230, 289, 290, 301.
Konsulargericht 41, 44, 50, 54, 55f., 67, 69, 75, 84, **106**, 244, **365**.
Konventionalprozeß 36, s. a. Vereinbarung, prozessuale.
Konzentrationsmittel 257.
Kosten 9, **11ff.**, 360.
— des Rechtsmittels 15.
—, verschuldete 13f.
—, zweckentsprechende 16.
Kostenanspruch 6, 8.
—, Geltendmachung 18f., 274.
Kostenaufhebung 15.
Kostenbelastung 12f.
Kostenbestreitung 12f.
Kostenentscheidung 19f., 181, 195, 207.
Kostensatzpflicht 13ff.
— der Finanzprokuratur 14, 17.
— des Nebenintervenienten 18.
— des Richters 13f., 17, 352.
— des Sachverständigen 310f., 351.
— des Vertreters 14, 17, 353.
— des Zeugen 301, 304, 305, 353.
— mehrerer 18.
Kostengläubiger 18.
Kostenrekurs 20, 352, 353.
Kostenschuldner 17f.
Kostensonderung 15.
Kostenstrafe 14, 199, 257, s. a. Verzögerung des Prozesses.
Kostenteilung 15f.
Kostentragung 12f.
Kostenverzeichnis 18f., 192.
Kostenvorschuß 24, 300, 310.
Kreisgericht 40, 107, s. a. Gerichtshof.

- Kundmachung, s. Bekanntmachung.
 Kurator, s. Pfleger.
 Kurzschrift 58, **173f.**, 176, 178.
- Ladung** **214**, 300, 312f.
 Laienrichter 43, 49.
 Landesgericht 40, 107, s. a. Gerichtshof.
 — für Zivilrechtssachen in Wien 90, 104, 111.
 Legitimation, s. Sachlegitimation.
 — des Vertreters 131f., 140, 145, s. a. Pseudovertreter.
 Lehensstreitigkeiten 90, 99.
 Leibesfrucht 115.
 Leistungen, wiederkehrende 10.
 Leistungsanspruch 7.
 Liste der Anwälte 136.
 Löschungsklage 85f.
- Macht**, bewaffnete, s. Militär.
Mahnverfahren 265, 319f.
Mandatsverfahren 5, 22, 60, 242, **247f.**, **322f.**, 357.
Mängelrüge 58, 172, 246, **254**, 270 u. a.
Markenrecht 75, 88.
Masseverwalter 25, **115**, 240, 243, 300, 312.
Mietkommission 41, 237.
Militär 90, 93, **95**, 96, 99, 100, 108, 164, 232, 300.
Minderjähriger 97, **118**, 132, s. a. Handlungsfähigkeit.
Mitteilung 157, 162ff.
Mündlichkeit 32, 221, 258f.
Muster 89.
Mutwille 25, 26, 28, 30, **129**, 223.
Mutwillensstrafe 30f., **129**, 141, 223, 233, 298, 304, 310, 350, 353, 355.
- Nachlaßgericht** 86.
Nacht 163, 164, 211.
Nationalbank 89, 90.
Nebenintervenient 17, 18, 22, 24, 53, **148ff.**, 185, 217, 233, 236f., 238, 312, 324.
 —, Kostenanspruch 18.
 —, Kostenpflicht 17, 150.
 —, streitgenössischer 17, 22, **150**, 167, 185, 217, 236, 312.
Nebensache 6, 8, 9.
Neuerungsverbot 195, 197, **336**, 339, 347.
- Nichtentscheidung** 123, 160, 191, **251f.**, 356.
Nichthandlung, prozessuale 153, **160**, 229.
Nichtigkeit 13f., 15, 80, 253f., **255ff.**, 334, 340, 341, 347.
Nichtigkeitsbeschwerde 89, **367**.
Nichtigkeitsgründe 255ff.
Nichtigkeitsklage 51, 84, 138f., 155, 253, 329, **355ff.**
Nichtverfahren 119f., 122f., **251f.**
Niederlassung **96**, 99.
Niederschriften **175**, 177.
Notar 41, 133, 134f., **145ff.**, 165, 167f., 178, 232, 318, 337.
 —, Gebühren 16, 147.
Notarenrichter 66, 67.
Notariatskammer 146.
Notariatskandidat 145, 146, 147, 153.
Notariatskollegium 146.
Notariatsprüfung 146.
Notfrist 216, 242.
- Oberlandesgericht** 40, **66**, 107.
Offenbarungseid 262.
Offenkundig 196f., 281, **285**.
Öffentlichkeit 32, 257, **259ff.**
Offizialprinzip 257.
Oppositionsklage 74, 86, 139, 155, 257.
Ordnungsstrafe **128f.**, 141, 145, 147, 233, 301, 309, 353, 354.
Organ 131, 312.
Ort der Prozeßhandlung 154, 210, 212.
 — der Zustellung 165.
- Partitionsfrist**, s. Erfüllungsfrist.
Partei 115ff.
Parteiänderung, s. Rechtsnachfolge.
Parteibeitritt 122.
Parteienverkehr 155f., 210f.
Parteifähigkeit 35, **117**, **122f.**, 148, 210, 229, 252, 267, 274.
Parteiöffentlichkeit **260**, **261**, 290.
Parteivernehmung 178, 286, 294, 297, **311ff.**, 321, 328, 344, 346.
Parteivorbringen 223f., 229, 275, **311**, s. a. Verzögerung des Prozesses; Wahrheitspflicht.
Passivlegitimation **119**, 123f., 183, 247f.
Patentanwalt 133, **144**.

- Patentgerichtshof 41, 44, 50, 54, 55, 69, 75, 144, 363ff.
 Patentrecht 75, 89, 103, s. a. Patentgerichtshof.
 Pensionierung 47f., 49f.
 Person, juristische 51, 87, 89, 96, 115, 117, 131, 143, 148, 152, 165, 168, 300, 308.
 Personalsenat 42f.
 Pfandklage 85f.
 Pfleger 115, 117f., 123, 130f., 165f., 267, s. a. Ehelichkeitsverteidiger.
 Post 108, 163, 164, 168, 169.
 Postenlauf 217, 222, 246.
 Postulationsfähigkeit 118f., 123, 135, 149, 229, 253, 256.
 Präjudizielles 6, 85, 181, 183, 237, 238, s. a. Zwischenfeststellungsantrag.
 Präklusion 130, 161, 195, 223, 279, 281, 358f.
 „Präklusionsprorogation“ 92, 105.
 Prävention 1f., 129f.
 Procurator falsus, s. Pseudovertreter.
 Prokurist 145, 165, 169f.
 Prorogation, s. Zuständigkeitsvereinbarung.
 Protokoll 57, 171ff., 305f., 311, 313.
 Protokollanhang 175.
 Protokollersatz 175f.
 Prozeß, s. Zivilprozeß.
 Prozeßbetrieb 158f., 257.
 Prozeßeinreden 23, 26, 79f., 92, 110f., 187, 199, 234, 258, 275, 341.
 Prozeßentscheidung 180, 315, 354.
 Prozeßfähigkeit 35, 117f., 123, 149, 152, 210, 229, 252, 253, 256, 267, 274, 275.
 Prozeßgericht 56.
 Prozeßhandlungen 153ff., 209ff.
 Prozeßleitung 157, 231f., s. a. Gewalt, diskretionäre.
 Prozeßökonomie 257f.
 Prozeßstandschaft 115, 119.
 Prozeßstoff 160f.
 Prozeßüberweisung 11, 12, 28, 80, 110, 113, 158, 181, 267, 275.
 Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigte 60, 61, 86, 134.
 Prozeßvollmacht 122, 123, 138ff., 145, 165, 243.
 Prozeßvoraussetzung 160, 251f., 315f.
 Prüfung der Klage 10f., 78, 110, 266f., 357.
 — der Berufung 340.
 Prüfungsrecht des Richters 46.
 Pseudovertreter 131f., 150, 256.
 Rasonnement 225, 348.
 Ratengeschäft 22, 101, 105, 112.
 Realinstanz 85, 100, 103, 265.
 Recht, ausländisches 35f.
 —, billiges 36.
 —, dispositives 36, 361f.
 —, instruktionelles 37.
 —, nachgiebiges 36, 361f.
 —, strenges 36.
 —, zwingendes 36, 161, 360f., 366f.
 Rechtsansicht 202, 342, 345, 350.
 Rechtsanwalt 133, 136ff., 162, 165, 167f., 178, 226, 261, 293, 317, 336f.
 —, Gebühren 9, 16, 141f.
 —, Kostenpflicht 13f., 17, 353.
 Rechtsanwaltsanwärter 133, 135, 136, 139, 145, 153.
 Rechtsanwaltsgehilfe 133, 139f., 274.
 Rechtsanwaltskammer 27, 67, 136.
 —, Ausschuß 27, 136f., 145.
 Rechtsanwaltsprüfung 136, 146.
 Rechtssätze 34ff., 160f., 307f.
 Rechtsausführungen 225, 227, 228, 229f., 336, 348, 353.
 Rechtsbehelf 328ff.
 Rechtsbelehrung 23, 162, 195, 230, 317.
 Rechtsgestaltung 7, 201, 203, 328.
 Rechtshilfe 93, 107ff.
 Rechtskraft 80, 112, 198ff., 208f., 253, 285.
 —, erweiterte 124, 203f.
 Rechtskraftvorbehalt 342, 351.
 Rechtsmittel 106f., 199, 230f., 328ff.
 Rechtsmittelantrag 330f.
 Rechtsmittelerhebung 330, 337, 348, 353.
 Rechtsmittelerklärung 330, 333f.
 Rechtsmittelfrist 198, 333, 337, 353.
 Rechtsmittelgericht 106f.
 Rechtsmittelgründe 331.
 Rechtsmittelverzicht 331f.
 Rechtsnachfolge 120ff., 125, 142, 151, 204, 247f., 269.
 Rechtspflege 3.
 Rechtsschutz 2.

- Rechtsschutzanspruch 2f., 8, 149, 262, 268.
 —, abstrakter 2, 115, 334.
 —, formeller 2, 115, 334.
 —, konkreter 2.
 —, materieller 2.
 Rechtsschutzinteresse 252, 334f., 356.
 Rechtsverfolgung 1f.
 Rechtsweg 6, 40.
 —, Zulässigkeit 71ff., 253, 256, 267, s. a. Prozeßbeinreden.
 Rechtszug 107.
 Reformatio in peius 335.
 Reiseauslagen 16, 17, 318.
 Rekurs 64, 350ff.
 —, vorbehaltener 350f.
 —, bewilligter 351.
 Rekursgründe 353.
 Renten 10.
 Repression 2, 129, 130.
 Restforderung 9f., 202f.
 Resumeeprotokoll 174, 319.
 Revision 64, 346ff.
 —, außerordentliche 347.
 Revisionsbeantwortung 64, 349.
 Revisionsgründe 347f.
 Revisionsrekurs 352.
 Revisionsschrift 64, 348.
 Revisionsverfahren 173, 348ff.
 Richter 41ff.
 —, Klagen von und gegen, s. Befangenheitsgericht.
 —, beauftragter 52, 65f., 134, 244, 278, 351.
 —, Disziplinarverfahren 46f.
 —, einzelner 59.
 —, erkennender 56.
 —, ersucher 52, 107ff., 134.
 —, helfender 108.
 Richteramtsanwärter 42, 49, 52, 53, 57, 65, 135, 153.
 Richteramtsprüfung 42, 146.
 Rubrik 214, 226.
 Ruhen des Verfahrens 179, 241f.

 Sachbegehren 8, 230, 262f.
 Sachentscheidung 180, 315, 343, 345f., 349f., 355.
 Sachlegitimation 119, 123f., 247f.
 Sachverständiger 134, 230, 232, 281, 289, 307ff., 314, 353, 354.
 —, Ablehnung 308.

 Sachverständiger, Annahmepflicht 308.
 —, Gebühren 64, 65, 310f., 351, 353.
 Säumnis 215, 218, 279, 286, 343.
 Säumnisurteil 25f., 127, 171, 181, 185ff., 196, 217, 221, 274, 328, 340.
 Schadenersatzklagen 100f.
 Schadenersatzpflicht 9, 17.
 Scheck 22, 60, 88, 103, 126, 155, 248.
 Scheidebrief 7, 328.
 Scheinhandlungen 153, 229, 252.
 Scheinverfahren 5.
 Schiedsgerichte 38, 242ff., 360ff.
 —, staatliche 38, 41, 45, 50, 54, 69, 106, 366f.
 Schiedsmann 243.
 Schiedsrichter 2, 134, 243f.
 Schiedsvertrag 72, 91, 140, 242ff., 360.
 Schiffer, s. Seerecht.
 Schlichtungsurteil 184.
 Schriftenempfänger 165ff.
 Schriftführer 57f., 171, 176, 179.
 Schriftlichkeit 32, 221ff., 243, 258.
 Schriftsatz 221ff.
 —, bestimmender 224, 262, 336, 352.
 —, vorbereitender 224, 225, 262, 336.
 Schriftvergleiche 175, 298f.
 Seerecht 88, 89, 102, 155.
 Selbsthilfe 2.
 Senat 60ff., 66ff.
 —, bergrechtlicher 40, 61f., 66, 89f., 111.
 —, kombinierter 111.
 Separation, s. Kostensonderung.
 Sicherheitsleistung 20ff., 27, 193, 321.
 Sicherheitswache 108, 164.
 Sicherstellung 10, s. a. Sicherheitsleistung.
 Sicherungsverfahren 4, 139, s. a. Beweissicherung.
 Simultanprotokoll 173.
 Sitz 72, 96, 152.
 Sitzung, nichtöffentliche 206, 261, 340, 342, 349, 354f.
 Sitzungspolizei 129, 141, 145, 231, 233, 275.
 Sondergerichte 40, 41, 55f., 108.
 —, Besetzung 68f.
 —, Zuständigkeit 73ff., 81, 106.
 Sondervotum 111, 113.
 Sonntag, s. Feiertage.
 Sprache 156, 223.

- Sprengel 92ff., 109, 163.
 Spruch 191, 206, 330.
 Spruchrepertorium 37, 67.
 Sprungrevision 346.
 Staat, fremder 72, 93.
 Staatenloser 152.
 Staatsverträge 21, 25, 35, 71, 108, 110,
 164, 247, 289, 290, 298, 301.
 Stampiglie 171, 179, 195, 207f.
 Stattgebung 189, 315.
 Statusurteil 203f.
 Stenograph 58, s. a. Kurzschrift.
 Störung der Verhandlung, s. Sitzungs-
 polizei.
 Strafverfahren 3, 76f., 237, 241, 285,
 358, 359.
 Streitabhängigkeit 110, 120, 127, 150,
 255f., 267, 269, 270, 271, 340, s. a.
 Prozeßeinreden.
 Streitgegenstand 7.
 Streitgenosse 53, 122, 124ff., 148, 150,
 167, 217, 236, 269f., 273, 299f.,
 312, 322, 331.
 Streitsache, entschiedene 199ff., 256,
 267, 340, s. a. Prozeßeinreden.
 Streitverfangen 119, 121f.
 Streitverhandlung 211, 280f., s. a.
 Verhandlung.
 Streitverkündigung 152.
 Streitwert 8ff., 60, 61, 87, 88, 89, 90,
 125ff., 135, 144, 243, 245f., 256,
 264, 265f., 268, 271f., 317, 319,
 337, 345f., 347, 352, 355, 357.
 Substantiierung 263.
 Substitution 139, 143, 145.
 Substitutionsberechtigung des Rechts-
 anwaltsanwärters 139.
 — des Notariatskandidaten 146.
 Subsumtion 197, s. a. Beurteilung,
 rechtliche.
 Suspension des Richters 47, 50.
 — des Rechtsanwalts 137.
 — des Notars 147.
 Suspensiv 208, 329, 353f., 367.
 Syndikatshaftung 55f., 57, 90, 100,
 250, 325.
 Tagsatzung 211ff., s. a. Erstreckung.
 —, erste 79, 134, 267, 274ff., 318, 322,
 327.
 Tatbestandswirkung 204f., 208f.
 Tatsachen 161, 202, 263, 268, 269, 358.
 Teilerkenntnis 15, 181, 185.
 Teilnahmeanspruch 8.
 Teilprotokoll 173.
 Teilschuldverschreibungen 86, 103,
 115.
 Teilurteil 19, 181f., 184, 186, 188.
 Teilverzicht 181, 184.
 Teilzahlung 15.
 Telegraph 156, 222, 330.
 Tod 122, 143, 236, 239, 244.
 Todeserklärung 236, 240.
 Trennung, prozessuale 60, 129, 234f.
 Überschreitung der Klage 191f.
 Überweisung, s. Prozeßüberweisung.
 Überwertung 11, 78.
 Überzeugung, freie 293f.
 Umfang der Anfechtung 333f.
 Unabhängigkeit 40, 45ff.
 Unehelichkeit 60, 88, 155.
 Unerheblich 284, 287, 305.
 Universitätsprofessor 42, 135, 136,
 146, 147.
 Unmittelbarkeit 32, 65, 190f., 256,
 259, 341.
 Unparteilichkeit 51ff., 155, 174.
 Unterbrechung 46, 73, 83, 122, 123,
 128, 130, 142, 151, 220, 236ff., 258,
 315, 326, 359.
 Unterhaltsklagen 60, 88, 103, 155.
 Unterschrift 156, 171, 179, 222, 267,
 285.
 Untersuchungshaft, ungerechtfertigte
 90, 100, 110.
 Untersuchungsmaxime 160.
 Unwirksamkeitsklage 89, 367.
 Unzulässigkeit des Rechtsmittels
 331f., 338, 340, 346f., 354.
 Unzuständigkeit 11, 91f., 110ff., 253,
 256, 267, 319, 340, 341, 344, 349.
 Unzuständigkeitseinrede 79f., 92,
 110ff., 253, 274, s. a. Prozeßein-
 reden.
 Urkunde, gemeinschaftliche 296, 297.
 —, öffentliche 161, 247, 293, 298.
 Urkunden 64, 222f., 225, 264, 285f.,
 288, 294ff., 315.
 Urkundenedition 290, 295ff., 353.
 Urkundenersatzbeweis 299.
 Urkundenniederlegung 225.
 Urkundenprozeß 247f., 322f.
 Urkundenvorlegung 295.

- Urschrift 178f., 194, 207.
 Urteil 180, 181ff., 335.
 —, unrichtiges 201f.
 Urteilsanspruch 6f., 115, 149, 262, 268.
 Urteilsbeisatz 61f., 66, 112f., 264, 281.
 Urteilsfolgen 150, 198ff.
 Urteilsgrundlagen 196f., 335f.
 Urteilsinhalt 191ff.
 Urteilstatbestand 175f., 196.
 Urteilsverkündung 156, 172, 195, 198.
 Urteilsvermerk 175, 180, 194f., 321.
- Veräußerung, s. Streitverfangen.
 Verbandsverhältnis. s. Gesellschaften.
 Verbesserung der Berufung 344.
 Verbesserungsverfahren 134, 151,
 226f., 262, 266, 267, 338, 340, 349,
 357.
 Verbindung, prozessuale 60, 181, 233f.,
 300, 359.
 Vereinbarung, prozessuale 2, 20, 35,
 61, 217, 236, 241, 260, 278, 316,
 s. a. Schiedsgericht; Zuständig-
 keitsvereinbarung.
 Verfahren 1.
 —, Arten 3ff., 242ff.
 —, außerstreitiges 4, 77, 81, 250, 319.
 —, besonderes 4f., 126, 242ff., 265.
 —, ordentliches 4, 242.
 —, Streitiges 4.
 —, summarisches 5.
 —, vorbereitendes 172, 277ff., 318f.,
 327f.
 —, zivilgerichtliches 3, 4.
 Verfahrensgegenstand 6ff.
 Verfahrensmangel 251, 253, 254, 266,
 345, 347.
 Verfügung 28, 127, 139, 140, 150, 172,
 257, s. a. Streitverfangen.
 Vergleich 28, 172, 173, 265, 275, 316f.,
 336.
 —, Kosten 15.
 Vergleichsversuch 265, 316, 327.
 Vergütung für Bemühungen 16f., 313,
 318.
 Verhandlung 156, 211, 231ff., 230f.
 — vor dem Revisionsgericht 211,
 236, 349.
 Verhandlungsmaxime 160.
 Verhandlungsprotokoll 171ff., 305f.,
 319, 343.
- Verhandlungsschluß, vorzeitiger 190,
 235f.
 Verhandlungsunfähigkeit 135f.
 Verkündung 168, 195, 207, s. a. Ur-
 teilsverkündung.
 Verletzung von Zivilpersonen im Welt-
 krieg 90, 100, 110.
 Vermutung 161, 282f., 285.
 Vernehmung 302.
 Versäumnis, s. Säumnis.
 Verschulden 13.
 Verschwiegenheitspflicht 141, 296f.,
 303, s. a. Amtsheimnis.
 Versetzung 48f.
 Versicherung 99, 101, 102, 105, 243.
 Versöhnungsversuch 326f.
 Verspätung des Rechtsmittels 333,
 340, 349, 357.
 Vertagung, s. Erstreckung.
 Verteidigung 1, 116.
 Verteidigungsmittel 172, 227, 230, 234,
 278, 280.
 Vertreter 130ff.
 —, gesetzlicher 123, 130ff., 256, 300,
 312.
 —, Kostenanspruch 9, 16, 132, 138,
 141f., 147.
 Vertretungsmangel 256, 267, 274f.,
 315, 341, 350, 356.
 Verurteilung, ungerechtfertigte 73, 90,
 100, 110.
 Verwaltungsverfahren 3, 6, 73, 81.
 Verzicht 28, 161, 184f., 228, 272, 273f.,
 275, 328.
 — auf den Rechtsschutz 3.
 — auf ein Beweismittel 287, 306, 310.
 Verzichturteil 19, 175, 181, 184f., 186,
 194, 196, 217, 273f., 274.
 Verzögerung des Prozesses 14, 53, 130,
 141, 161, 195, 223, 291, 319, 350,
 356.
 Viehmängel 88.
 Vollmacht 131f., 188ff., 145, 223, 227.
 Vollstreckbarkeit 1, 205, 208f.
 Vollstreckungsverfahren, s. Exekution.
 Vorbringen, verspätetes, s. Verzöge-
 rung des Prozesses.
 Vorfrage 73, 83, 202, 242f., 285.
 Vorsitzender 59, 64f., 66, 67, 134, 155,
 162, 164, 166, 212, 231f., 264f.,
 351 u. a.
 Vorstellung 329, 354.

- Wahlgerichtsstand** 94, 98, 245.
Wahlschuld, s. Alternativbegehren.
Wahrheitspflicht 130, 141, 223.
Wechselverfahren 22, 88, 103, 126, 155, 193, 220, 242, 248, 257, 323.
Wechselzahlungsauftrag 60, 248.
Weisung 162f.
Weitläufigkeit 14, 224, 231.
Wert, s. Streitwert.
Wettbewerb, unlauterer 89, 100f., 126.
Widerklage 22, 85, 138, 181, 182, 255, 272.
Widerruf der Vollmacht 142f.
Widerruflichkeit einer Prozeßhandlung 64, 127, 140f., 150, 154, 158, 159, 228f., 287.
Widerspruch gegen das Protokoll 176f. 329, 335.
— gegen den bedingten Zahlungsbefehl 320.
Wiederaufnahme 51, 76, 84f., 138, 155, 200, 204, 238, 253, 323, 330, 358ff.
Wiedereinsetzung 64, 107, 140, 184, 204, 218ff., 237, 238, 323.
Wiedereröffnung der Verhandlung 235f.
Wiederholung der Beweisaufnahme, s. Ergänzung der Beweisaufnahme.
Willenserklärungen 117, 119, 158, 180ff., 210, 227f., 230f.
Willensmängel 154, 197, 210, 285f.
Winkeladvokat 132f.
Winkelschreiber 132f., 145, 178.
Wissen, privates, des Richters 161, 307.
Wissenserklärungen 117, 119, 157f., 162ff., 210, 227, 229f.
Wohnsitz 95f.
Wohnungsänderung 165, 167, 168, 180.

Zahlungsauftrag 60, 247f., 322f.
Zahlungsbefehl 326.
—, bedingter, s. Mahnverfahren.
Zeit der Prozeßhandlung 154f., 210ff.
— der Zustellung 164.
Zeuge 134, 232, 281, 289, 299ff., 314, 353, 354.
—, sachverständiger 307.
Zeugengebühr 300, 306f.
Zinsen 9, 10.

Zivilgerichtsbarkeit 38ff.
Zivilprozeß 4.
Zivilprozeßsache 6.
Zivilsenat 61f., 111, 112f., 114, 338, 342, 355.
Zurücknahme der Klage, s. Klagerücknahme.
— des Rechtsmittels 332.
Zurückverweisung 113, 341f., 344f., 350.
Zurückweisung der Klage 78, 199, 267, 274f., 315f., 323, 341, 349.
— des Rechtsmittels 334, 349.
Zusammenhangsbesetzung 60, 61.
Zusammenhangsgerichtsstand 95, 97f.
Zusammenhangszuständigkeit 74, 84ff.
Zuständigkeit 60, 62, 69ff., 84ff.
—, allgemeine 84.
—, besondere 84.
—, funktionelle 70, 106ff.
—, individuelle 70f., 265f., 356f.
—, örtliche 70, 92f.
—, sachliche 70, 84ff.
Zuständigkeitsstreit 74, 82f., 114f., 236f.
Zuständigkeitsvereinbarung 72, 91f., 105, 271.
Zuständigkeitsverfahren 78ff., 110ff.
Zusteller 163, 164.
Zustellstelle 163f.
Zustellung 162ff.
Zustellungsbevollmächtigter 60, 61, 86, 135, 150, 166f.
Zustellverfügung 162f., 168, 169.
Zwang 1.
Zwanggerichtsstand 94, 97f.
Zwangsmittel 128f., 290, 301, 303f., 305, 309, 310, 360, s. a. Ordnungsstrafe; Sitzungspolizei.
Zwangsvollstreckung, s. Exekution.
Zwangszuständigkeit 84f., 86.
Zweiparteienverhältnis 119f., 252, 267, 274.
Zwischenfeststellungsantrag 106, 183, 271f., 275, 281.
Zwischenfrist 212, 216, 274, 280, 318, 321.
Zwischenstreit 4, 8, s. a. Urkundenedition.
Zwischenurteil 181, 182f., 186, 189.

Verlag von Julius Springer in Wien

Juristische Blätter

vereinigt mit

Gerichts-Zeitung

Herausgeber

Hofrat Professor Dr. **Heinrich Klang** und Rechtsanwalt Dr. **Otto Zimmler**

24 Hefte jährlich. Bezugspreis halbjährlich für Österreich S 24.— zuzüglich Postgebühren, für Deutschland und für alle übrigen Länder RM 14.20

Preis jeder Nummer bei Voreinsendung des Betrages S 2.70 bezw. RM 1.60

Die „Juristischen Blätter vereinigt mit Gerichts-Zeitung“ berücksichtigen in gleicher Weise Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Der Leser findet Abhandlungen hervorragender Juristen aus allen Gebieten des Rechts, eine Fülle von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes auf dem Gebiete des Zivil-, des Handels-, des Prozeß-, des Exekutions-, des Strafrechts, die Judikatur des Bundesgerichtshofes usw.

Als Beiheft der „Juristischen Blätter vereinigt mit Gerichts-Zeitung“ erscheint vierteljährlich das

Jahrbuch höchstrichterlicher Entscheidungen

bearbeitet von Dr. **Heinrich Bartsch**, Rat des Obersten Gerichtshofes, Dr. **Rudolf Pollak**, Hofrat, ord. Professor, und Dr. **Karl Warhanek**, Senatspräsident des Obersten Gerichtshofes a. D., das sich schnell als unentbehrlich erwiesen hat. Dieses Beiheft wird den Beziehern der „Juristischen Blätter“ zu einem Vorzugspreise geliefert.

Grundzüge des neuen Wechsel- und des Scheckrechtes einschließlich der Gesetzestexte. Von Professor Dr. **Siegmond Grünberg**, Senatspräsident i. R. Vierte, vollständig umgearbeitete und erweiterte Auflage. IX, 176 Seiten. 1933. RM 8.—

Das Verwaltungsverfahren. Systematische Darstellung auf Grund der neuen österreichischen und ausländischen Gesetzgebung. Von Universitätsprofessor Dr. **Rudolf Herrnitt**, Senatspräsident des Österreichischen Verwaltungsverfahrenshofes a. D. XVI, 257 Seiten. 1932. RM 16.80

Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriß. Von Dr. **Adolf Merkl**, o. ö. Professor an der Universität Wien. V, 167 Seiten. 1935. RM 4.40
(Erweiterter Sonderabdruck aus „Juristische Blätter vereinigt mit Gerichtszeitung“, Heft 8, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18 des 63. Jahrganges 1934.)

Hypothekenrecht und Notverordnungen. Die Auswirkungen der österreichischen Notverordnungen auf das Recht der Hypothekarforderungen. Von Dr. **Karl Torggler**, Rechtsanwalt in Innsbruck. V, 58 Seiten. 1936. RM 3.40

Zu beziehen durch jede Buchhandlung

Verlag von Julius Springer in Berlin

Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft

Begründet von

F. von Liszt und W. Kaskel

Abteilung Rechtswissenschaft

Herausgeber E. Kohlrausch und H. Peters

Unter anderen sind erschienen:

Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil. Von Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas von Tuhr †, Zürich. Vierte, unveränderte Auflage. VI, 65 Seiten. 1932. RM 2.80

Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse. Von Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin. Vierte, erweiterte Auflage. VIII, 166 Seiten. 1932. RM 7.80

Bürgerliches Recht. Sachenrecht. Von Prof. Dr. Julius v. Gierke, Göttingen. Zweite, erweiterte Auflage. VIII, 191 Seiten. 1928. RM 10.—

Bürgerliches Recht. Familienrecht. Von Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Heidelberg. Dritte, neubearbeitete Auflage. VIII, 96 Seiten. 1931. RM 6.—

Bürgerliches Recht. Erbrecht. Von Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen. Zweite, erweiterte Auflage. Mit 5 Abbildungen. VII, 129 Seiten. 1930. RM 6.90

Handelsrecht mit Wechsel- und Scheckrecht. Von Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer †, Heidelberg. Herausgegeben von Rechtsanwalt Prof. Dr. Karl Geiler, Heidelberg. Dritte, erweiterte Auflage. X, 175 Seiten. 1930. RM 9.60

Internationales Privatrecht. Von Prof. Dr. Martin Wolff, Berlin. VII, 159 Seiten. 1933. RM 9.60

Zivilprozeßrecht. Von Prof. Dr. James Goldschmidt, Berlin. Zweite, umgearbeitete und erweiterte Auflage. X, 507 Seiten. 1932. RM 23.—

Zu beziehen durch jede Buchhandlung