

**ENZYKLOPÄDIE DER  
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT  
ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT**

**HERAUSGEBER E. KOHLRAUSCH UND W. KASKEL**

**XIX**

**FRIEDRICH LENT**

**FREIWILLIGE  
GERICHTSBARKEIT**

**Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1925**

# Einführung.

Die Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft ist in erster Linie der studierenden Jugend gewidmet. In knappster Form will sie den an den Universitäten vorgetragenen Lehrstoff vorführen, eine Übersicht bieten und zum Arbeiten anleiten. Aber sie will dem Studierenden auch zeigen, daß er eine Kunst und kein Handwerk erlernt; das „Lernen“ hier heißt: die ganze Person einsetzen, nachdenken und an Hand der überall angeführten Hilfsmittel weiterdenken, was andere gedacht haben. Vielleicht ist die Enzyklopädie aber auch dem Fertigen willkommen, der aus der Arbeit des Tages heraus einmal wieder das Ganze, wie es heute sich darstellt, überschauen möchte; vielleicht auch dem Nichtfachmann, den Neigung oder Beruf an Fragen der Rechts- oder Staatswissenschaften heranführen. Beides wenigstens ist unser Wunsch. Die Vorarbeiten zu dem Unternehmen, das zunächst als Fortführung von Birkmeyers Enzyklopädie geplant war, waren bereits im Sommer 1914 abgeschlossen. Der Krieg gebot einen Aufschub und seine Folgen stellten das Zustandekommen zeitweilig überhaupt in Frage. Dem Mut der Verlagsbuchhandlung ist es zu danken, daß der Abschluß gelungen ist. Freilich, vieles hat sich auch für uns geändert. So fehlt der Name dessen, der 1914 mit an die Spitze getreten war und bis zu seinem Tode das Unternehmen betreut hat: der Name von Franz von Liszt. Möge es den Herausgebern gelungen sein, das Werk in seinem Geiste fortzuführen!

Die Herausgeber.

(Bemerkung der Verlagsbuchhandlung.)

**Subskribenten auf sämtliche Beiträge erhalten das Gesamtwerk in der Reihenfolge des Erscheinens der einzelnen Lieferungen zu einem gegenüber dem Ladenpreis um 10% ermäßigten Preise**  
(Siehe beiliegende Bestellkarte.)

Von dem Gesamtwerk ist bereits erschienen:

1. Rechtsphilosophie . . . . . Prof. Dr. Max Ernst Mayer, Frankfurt a. M.
6. Rechtsentwicklung in Preußen . . . . . Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Breslau
7. Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil . . . Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas v. Tuhr, Zürich
8. Recht der Schuldverhältnisse . . . . . Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin
9. Sachenrecht . . . . . Prof. Dr. Julius v. Gierke, Halle a. S.
10. Familienrecht . . . . . Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Heidelberg
11. Erbrecht . . . . . Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen
12. Handels- und Wechselrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer, Heidelberg
13. Privatversicherungsrecht . . . . . Geh. Hofrat und Geh. Justizrat Prof. Dr. Victor Ehrenberg, Göttingen
14. Urheber- und Erfinderrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Erlangen
15. Internationales Privatrecht . . . . . Prof. Dr. Karl Neumeyer, München
18. Konkursrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Ernst Jaeger, Leipzig
19. Freiwillige Gerichtsbarkeit . . . . . Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen
21. Strafprozeßrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl v. Lilienthal, Heidelberg
23. Allgemeine Staatslehre . . . . . Prof. Dr. Hans Kelsen, Wien
26. Österreichisches Verfassungsrecht . . . . Ministerialrat Prof. Dr. Leo Wittmayer, Wien
27. Ausländisches Staatsrecht . . . . . Prof. Dr. Hans Gmelin, Gießen, und Prof. Dr. Otto Koellreutter, Jena
28. Steuerrecht . . . . . Prof. Dr. Albert Hensel, Bonn a. Rh.
31. Arbeitsrecht 2. Aufl. . . . . Prof. Dr. Walter Kaskel, Berlin
34. Geschichte der Volkswirtschaftslehre . . . Professor Dr. Edgar Salin, Heidelberg
35. Ordnung des Wirtschaftslebens . . . . . Geh. Reg.-Rat Prof. Dr. Werner Sombart, Berlin
51. Chemische Technologie . . . . . Prof. Dr. Arthur Binz, Berlin

Unter der Presse befindet sich:

2. Römische Rechtsgeschichte und System des Römischen Privatrechts . . . . . Prof. Dr. Paul Jörs, Wien
3. Römischer Zivilprozeß . . . . . Prof. Dr. Leopold Wenger, München
5. Grundzüge des deutschen Privatrechts . . . Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.
39. Gewerbepolitik . . . . . Geh. Legationsrat Prof. Dr. Wiedenfeld, Leipzig
48. Gesellschaftslehre . . . . . Prof. Dr. Karl Brinkmann, Heidelberg

Eine Übersicht sämtlicher Bände siehe 3. und 4. Umschlagseite



# FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

VON

**DR. FRIEDRICH LENT**

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
ERLANGEN



Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1925

ISBN 978-3-662-27239-8  
DOI 10.1007/978-3-662-28724-8

ISBN 978-3-662-28724-8 (eBook)

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.

# Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Der positiv-rechtliche Umfang der FG. . . . .	1
§ 2. Das Wesen der FG. . . . .	1
§ 3. Geschichte . . . . .	3
§ 4. Literatur . . . . .	3
§ 5. Die Behörden der FG. . . . .	4
§ 6. Die Beteiligten . . . . .	6
§ 7. Partei- und Prozeßfähigkeit . . . . .	8
§ 8. Vertretung durch Bevollmächtigte . . . . .	9
§ 9. Grundsätze des Verfahrens. . . . .	10
§ 10. Die Entscheidungen . . . . .	12
§ 11. Nichtigkeit der Entscheidungen . . . . .	15
§ 12. Die Beschwerde. . . . .	16
§ 13. Das Beschwerdeverfahren . . . . .	18
§ 14. Die weitere Beschwerde . . . . .	19
§ 15. Die Vollstreckung . . . . .	20
§ 16. Vormundschaftssachen . . . . .	20
§ 17. Nachlaßsachen . . . . .	21
§ 18. Registersachen . . . . .	22
§ 19. Beurkundung . . . . .	22
§ 20. Sonstige Vorschriften . . . . .	23
Sachverzeichnis. . . . .	24

## § 1. Der positiv-rechtliche Umfang der FG.

I. Den Kern der FG. bilden die im Reichsgesetz über die Angelegenheiten der FG. vom 17. 5. 1898 („FGG“) behandelten Verfahren. Die Zugehörigkeit bestimmter Angelegenheiten zur FG. ergibt sich aus diesem Gesetz in Verbindung mit Bestimmungen des materiellen Rechts, insbesondere des BGB. und HGB.

Daneben finden sich auch in andern Reichsgesetzen Vorschriften, durch die Angelegenheiten der FG. den Gerichten (z. B. StrGB. § 55) oder andern Behörden übertragen sind (z. B. den Standesämtern die Beurkundung des Personenstandes durch das PStG., den Grundbuchämtern die Grundbuchsachen durch die GBO., den Jugendämtern durch das Reichs-Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 22).

Am wichtigsten sind die den Gerichten durch Reichsgesetz übertragenen Angelegenheiten. Es sind dies in der Hauptsache 1. die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts (angeordnet im BGB., insbesondere bei Vormundschaft und Pflegschaft, im Falle der elterlichen Gewalt und in Ehesachen), 2. die Verrichtungen des Nachlaßgerichts (angeordnet ebenfalls im BGB., insbesondere die Fürsorge für den Nachlaß, Anordnung der Nachlaßverwaltung, Eröffnung der Testamente, Ausstellung des Erbscheins, Auseinandersetzung), 3. die Beurkundung von Rechtsgeschäften, 4. die Führung einer Reihe von Registern (besonders des Vereins-, Güterrechts- und Handelsregisters).

II. Auch Landesrecht kommt für die FG. in Betracht.

1. Es ist vorbehalten auf den Gebieten, die auch materiellrechtlich durch das EGBGB. dem Landesrecht vorbehalten sind — FGG. § 189, z. B. Familienfideikommisse, Zwangserziehung.

2. Der Landesgesetzgebung ist mehrfach vorbehalten, an Stelle reichsrechtlich bestimmter Behörden (besonders der Gerichte) andere Behörden mit bestimmten Aufgaben der FG. zu betrauen — FGG. §§ 191, 193, 199; EGBGB. §§ 141, 147;

3. Die Landesgesetze können Vorschriften zur Ergänzung und Ausführung des FGG. erlassen (auch auf den durch dieses Gesetz geregelten Gebieten), das FGG. ist also keine Kodifikation. (Beispiele: Kostenregelung, Vollstreckung, Amtsstellung des Notars, Einsicht der Register.)

Von den Befugnissen von 1—3 hat die Landesgesetzgebung auch Gebrauch gemacht, in AG. zum FGG. oder zum BGB. in Preußen durch ein besonderes FGG.

## § 2. Das Wesen der FG.

Die Bestimmung des Wesens der FG. bedeutet den Versuch, die im FGG. behandelten Rechtsgebiete unter zusammenfassende einheitliche Gesichtspunkte zu bringen und danach ihr auch andere Materien anzugliedern, die außerhalb des FGG. geregelt sind. Sie ist notwendig, weil die Zusammenstellung des Gesetzes nur eine mehr oder minder zufällige und willkürliche ist und eine Entwicklung und Ausgestaltung, wie sie jedes gedanklich geordnete Rechtsgebiet braucht, die FG. aber in besonders hohem Maße, nur möglich ist, wenn eine feste und klare Grundlage gelegt ist. Die FG. ist eine Verfahrensregelung, und deshalb ist eine Abgrenzung von anderen Verfahren notwendig. Während diese gegenüber Strafprozeß und Verwaltungsverfahren einfach durch den Gegenstand des Verfahrens erfolgen kann —

bei der FG. sind es Privatrechte —, ist sie dem Zivilprozeß gegenüber zunächst durch den Zweck möglich, den rechtspolitischen Erfolg, um dessentwillen das Verfahren eingerichtet ist.

Die FG. umfaßt aber so mannigfaltige Angelegenheiten, daß eine einheitliche alle erfassende Zweckbestimmung nicht möglich ist. Wenn die Gestaltung als Zweck der FG. dargestellt wird, so paßt das z. B. für die Vormundschaft nicht, die doch zunächst den Schutz von Person und Vermögen des Mündels bezweckt. Vielmehr sind die Angelegenheiten der FG. in zwei große Gruppen zu ordnen, die wesentlich verschieden sind. Bei der einen steht allerdings die Gestaltung im Vordergrund; zu ihr gehören hauptsächlich die Beurkundung, die den Privatpersonen die Rechtsgestaltung entsprechend den Formvorschriften der materiellen Gesetze ermöglicht, und die Registerführung, diese nicht nur in den Fällen, in denen eine Eintragung konstitutiver Natur ist, sondern auch da, wo sie nur deklaratorisch wirkt, weil doch immer gewisse neue Wirkungen (z. B. gegenüber Dritten) ausgelöst werden. Die andere Gruppe umfaßt besonders die Vormundschafts- und Nachlaßsachen; hier dient das Verfahren dem Schutz, der Sicherung von Person oder Vermögen, nur gelegentlich ermöglicht sie auch die Gestaltung (z. B. bei Genehmigung von Geschäften des Vormunds).

Zieht man demgegenüber den Zivilprozeß zum Vergleiche heran und stellt man fest, daß dieser zwar vorwiegend der Sicherung bestehender Rechte dient, ausnahmsweise (bei den Gestaltungsclagen) aber auch der Gestaltung, so ergibt sich, daß die FG. durch den Zweck sich nicht durchweg und nicht sicher vom Zivilprozeß abgrenzen läßt.

Der Gegensatz von streitiger und nicht streitiger Gerichtsbarkeit, der in den hergebrachten Bezeichnungen angedeutet ist, trifft nicht mehr zu. Denn ein Rechtsstreit ist, wie Anerkenntnis-, Mahn- und Versäumnisverfahren zeigen, im ZP. nicht mehr erforderlich, andererseits ist das Fehlen des Streites für die FG., wenn man von der Beurkundung absieht und überwiegend auch von der Registerführung, nicht mehr charakteristisch (man denke nur an Entziehung der elterlichen Gewalt, Ersetzung der Zustimmung usw.). Dagegen ist die Art des Streites in der FG. und im ZP. meist sehr verschieden: Hier dreht es sich um die Frage, ob ein Recht besteht, also um das, was ist, dort um die Maßnahmen, die das Gericht zu treffen hat, um das, was geschehen soll. Nur die Gestaltungsclagen des ZP. fallen aus diesem Schema heraus, da auch bei ihnen die künftige Gestaltung der Hauptgegenstand ist, nicht die gegenwärtige Rechtslage.

Aber die Art des Streites ist bei FG. und ZP. auch insofern verschieden, als im ZP. sich gleichberechtigte Parteien gegenüberstehen, deren Streit das Gericht zu entscheiden hat, in der FG. aber, wenn Streit ist, zumeist ein Beteiligter gegen Maßnahmen des Gerichts ankämpft, dem er nicht als gleichberechtigt gegenüber treten kann. Nur ausnahmsweise kennt auch die FG. einen Streit zwischen zwei Gegnern mit gleicher Stellung im Verfahren (vgl. BGB. §§ 1357/58, „echtes Streitverfahren, § 9 II); diese Angelegenheiten hätten an sich auch dem ZP. zugewiesen werden können.

Die letzte stets zutreffende Abgrenzung von FG. und ZP. kann nur der Gegensatz der Mittel liefern, mit denen der Streit, das Verfahren überhaupt beendet wird. Der ZP. schließt, wenn er überhaupt zu einer sachlichen Entscheidung, seinem Ziele, kommt, mit einer unangreifbaren bindenden Feststellung, die Urteile haben „materielle Rechtskraft“. Die FG. bietet mehr das Bild einer Verwaltung, die eingerichtet oder überwacht wird (Vormundschaft), und führt bei sachlicher Entscheidung zur Anordnung oder Ablehnung einer die Rechtslage umgestaltenden konstitutiven Entscheidung, die deshalb der materiellen Rechtskraft nicht fähig ist. Aber auch gegenüber den Konstitutivurteilen des ZP. besteht ein Unterschied. Während diesen ein privates Recht auf die Gestaltung (z. B. auf die

Scheidung) zugrunde liegt und festgestellt werden kann, fehlt ein solches bei den Entscheidungen der FG., es kann daher auch keine Feststellung erfolgen (z. B. gibt es kein privates Recht auf Entziehung der elterlichen Gewalt, auf Wiederherstellung der Schlüsselgewalt). Der ZP. stellt stets, die FG. nie ein Recht autoritativ und bindend fest.

Diese theoretische Abgrenzung wird durchbrochen, indem durch die positive Gesetzgebung einige Gegenstände aus der FG., zu der sie begrifflich gehören, herausgenommen und dem ZP. angegliedert sind, nämlich das Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren.

Ferner sind nicht alle Angelegenheiten der FG. im FGG. geregelt, sondern ein Teil auch in Spezialgesetzen behandelt, so das Grundbuchwesen, die Beurkundung des Personenstandes und die Jugendfürsorge. Auch enthält das materielle Recht, z. B. das BGB., einzelne Verfahrensvorschriften (z. B. Testamenterrichtung und Erbscheinausstellung).

### § 3. Geschichte.

Die FG. hat auf zwei Gebieten eine lange Entwicklung hinter sich, im Vormundschaftswesen und in der Beurkundung. An diese beiden haben sich die anderen Angelegenheiten allmählich angeschlossen, an jenes besonders die Nachlaßsachen, an diese das Registerwesen. Schon das römische Recht kennt eine obrigkeitliche Mitwirkung bei der Vormundschaft, so bei Bestellung und Entlassung der tutores und curatores, später auch bei der Verwaltung (Veräußerung von Mündelgrundstücken). Auch die Entmündigung wegen Verschwendung findet sich schon früh. Als Vorläufer der Beurkundung, weil denselben rechtspolitischen Zwecken dienend, ist die formelle Mitwirkung des Prätors beim Abschlusse bestimmter Rechtsgeschäfte, vor allem bei der in jure cessio, zu nennen.

Das deutsche Recht des Mittelalters bildete die Formalisierung der Rechtsgeschäfte reich aus. Aus ihm stammt die gerichtliche Auflassung der Grundstücke, aus der sich die Einrichtung der Grundbücher entwickelt hat, und die Schaffung besonderer Urkundsbehörden, der Notariate. Auch das Vormundschaftswesen wurde erweitert, die Fürsorge für den Nachlaß trat hinzu. Das Verfahren wurde nur z. T. gesetzlich geregelt; von Reichsgesetzen sind zu nennen die Reichsnotariatsordnung von 1512, die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577. Später blieb die Regelung der Gesetzgebung den Territorien überlassen, Preußen z. B. behandelte die FG. in der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1795. Bei der Entwicklung spielte aber auch der Gerichtsgebrauch eine große Rolle.

Eine umfassende Neuregelung wurde notwendig durch die große Gesetzgebung des neuen Deutschen Reiches über das materielle Recht, die Ausarbeitung des BGB. Daher wurde ein Entwurf für ein Gesetz über FG. 1881 fertiggestellt, 1888 erweitert, von der Kommission aber nicht mehr durchberaten, sondern 1897 gleich dem Bundesrat vorgelegt und von ihm dem Reichstag. Am 20. 5. 1898 wurde das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der FG. im Reichsgesetzblatt verkündet.

### § 4. Literatur.

Der geschichtliche Werdegang der FG. und die ziemlich willkürliche Zusammenstellung der nicht durchweg in einem inneren Zusammenhang stehenden Angelegenheiten hat es mit sich gebracht, daß in der wissenschaftlichen Behandlung die Form der Kommentare bei weitem überwiegt und systematische Darstellung selten ist. Der Rechtsprechung kommt in allen Einzelfragen besondere Bedeutung zu, während die im Gesetz nicht behandelten Grundfragen nur selten von ihr erörtert werden.

Der umfangreichste Kommentar ist der von SCHLEGELBERGER, 1914, der über alle Fragen und die Spezialliteratur reiche Nachweise enthält. An weiteren Kommentaren sind zu nennen: BIRKENBIHL 1900, CARLBACH 1913, DORNER 1899, EBERT-DUDEK 1908, FUCHS 1907, JOSEF 1906, KEIDEL 1907, RAUSNITZ 1900, WEISSLER 1900, WELLSTEIN 1906.

Systematische Darstellungen sind von NUSSBAUM 1900, JOSEF 1902, ferner von DORNER in Kohlers Enzyklopädie 1913, neuerdings von LENT 1922.

Von den Zeitschriften enthalten viele Aufsätze besonders das Zentralblatt für Freiw. Ger. und die Zeitschr. für Zivilprozeß. Die Rechtsprechung ist niedergelegt vor allem in den Sammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen und der Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

### § 5. Die Behörden der FG.

I. Durch das Ineinandergreifen von Reichs- und Landesgesetzen ist die Zuständigkeit in der FG. nach drei Gruppen zu ordnen:

1. Zuständigkeit für reichsrechtlich geordnete Angelegenheiten auf Grund Reichsrechts;
2. Zuständigkeit für reichsrechtlich geordnete Angelegenheiten auf Grund Landesrechts (Vorbehalte);
3. Zuständigkeit für landesrechtlich geordnete Angelegenheiten, stets auf Grund Landesrechts.

Zuständig in Gruppe 1 sind:

a) die Gerichte, meist durch Anordnung im materiellen Recht (BGB. und HGB.) in Form einer Zuweisung an die Gerichte schlechthin oder an Vormundschafts- oder Nachlaßgericht.

Da diese Angelegenheiten (Vormundschafts- und Nachlaßsachen, Registerführung, Beurkundung, Handelssachen) den weitaus größten Teil der FG. ausmachen, sind die ordentlichen Gerichte die hauptsächlichlichen Träger der FG.

b) andere Behörden und Beamte, insbesondere die Notare für Beurkundung von Rechtsgeschäften („notarielle Beurkundung“), die Jugendämter (JWG.);

c) nach der „Entlastungsnovelle“ vom 11. 3. 1921 die Gerichtsschreiber auf Grund Ermächtigung der Landesjustizverwaltung.

2. Vorbehalte zugunsten des Landesrechts, insofern dieses auch andere Beamten und Behörden statt der durch Reichsrecht berufenen, insbesondere auch statt der ordentlichen Gerichte, berufen kann, finden sich für Vormundschaftssachen in EGBGB. § 147 (benutzt in Württemberg), für Nachlaßsachen in EGBGB. § 147 (Württemberg, Baden), FGG. § 193 (Bayern), für Beurkundungen in EGBGB. § 142 und vor allem § 141, wonach das Landesrecht bestimmen kann, daß für Beurkundung von Rechtsgeschäften nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sein sollen.

3. Auch bei den landesrechtlichen Angelegenheiten überwiegt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte; daneben sind auch besondere Gerichte, Notare, Gemeindebeamte berufen.

II. Da das FGG. keine Bestimmungen über Gerichtsverfassung enthält, die Zuweisung aber an die ordentlichen Gerichte erfolgt ist ohne irgendwelche Zusätze, die auf Abweichungen hindeuten, müssen die ordentlichen Gerichte in der FG. dieselbe Verfassung haben als in der streitigen Gerichtsbarkeit, obwohl das GVG. unmittelbar nicht für die FG. gilt. Die Reichsgesetzgebung hat die Regelung der Gerichtsverfassung für die FG. nicht einfach dem Landesrecht überlassen.

Daher richtet sich die Fähigkeit zum Richteramt nach GVG. §§ 2ff., die Ausgestaltung des Richteramts nach GVG. §§ 1, 6—9 (die Gerichte der FG. sind daher unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen), auch die Bildung als Einzel- und Kollegialgerichte und die Besetzung nach GVG. und der Verordn. v. 4. 1. 24 (RGBl. S. 15) (die Amtsgerichte mit Einzelrichtern besetzt, alle übrigen Kollegialgerichte). Nur die Haftung der Richter auf Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht ist eine andere als im ZP., da BGB. § 839 I, III, nicht aber § 839 II gilt, eine günstige Sonderbestimmung nur für den Prozeßrichter („Urteile“ gibt es in der FG. nicht).

Die Notariatsverfassung ist dem Landesrecht überlassen (Preußen FGG. §§ 72f., Bayern Notariatsgesetz v. 1899). Es finden sich zwei Systeme: Nach dem einen

wird das Amt dem Notar persönlich übertragen, meist einem Rechtsanwalt, ohne Gehalt und Ruhegehalt, nach dem andern (in Bayern) ist das Notariat eine öffentliche Behörde, bei der der jeweilige Notar der Amtsnachfolger seines Vorgängers ist und das Amt als alleinigen Beruf ausübt.

III. Sachlich zuständig nach Reichsrecht ist:

in 1. Instanz das Amtsgericht (denn ein solches ist nach FGG. § 35 das Vormundschaftsgericht, nach FGG. § 42 das Nachlaßgericht, nach FGG. § 125, BGB. §§ 21, 1558 das Registergericht, nach FGG. § 167 das Beurkundungsgericht; vgl. ferner FGG. § 145), nur ausnahmsweise das Landgericht (FGG. §§ 143, 147, 159, 161, 164);

in 2. Instanz — als Beschwerdegericht — das Landgericht (FGG. § 19);

in 3. Instanz — auf weitere Beschwerde hin — das Oberlandesgericht (FGG. § 28), in Ausnahmefällen (FGG. § 28, vgl. unten § 14) das Reichsgericht.

Die örtliche Zuständigkeit ist nicht allgemein, sondern nur für bestimmte Angelegenheiten geregelt. Sie richtet sich überwiegend nach dem inländischen Wohnsitz des Hauptbeteiligten (FGG. §§ 36, 37, 38, 39, 43, 45, 67, 73, BGB. § 1558), z. B. des Mündels, oder nach der Handelsniederlassung oder dem Sitz (BGB. § 21, HGB. §§ 29, 195, 320), mehrfach auch nach dem Hervortreten des Bedürfnisses der Fürsorge (FGG. §§ 36, 38, 39, 41, 44, 74, JWG. § 68). Für Beurkundungen ist jedes Gericht bzw. jeder Notar zuständig, ohne Rücksicht auf Wohnsitz der Parteien, Erfüllungsort oder belegene Sache, im Interesse der Verkehrserleichterung und eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zu der Urkundsperson, aber mit Beschränkung des Gerichts und Notars auf seinen Amtsbezirk.

Bei Zuständigkeit mehrerer Gerichte gebührt demjenigen der Vorrang, das zuerst in der Sache tätig geworden ist (FGG. § 4). Bei Ungewißheit oder Streit über die örtliche Zuständigkeit sowie bei rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des zuständigen Gerichts bestimmt das höhere Gericht die Zuständigkeit (FGG. § 5).

Eine Vereinbarung unter den Beteiligten über die Zuständigkeit ist im Gesetz nicht erwähnt und nach der Stellung der Beteiligten im Verfahren (vgl. § 6) als unzulässig anzusehen. Die einmal begründete Zuständigkeit dauert fort, was bei den naturgemäß sich auf längere Zeit erstreckenden Verrichtungen (z. B. der Vormundschaft) wichtig ist; so bleibt das Vormundschaftsgericht auch nach Änderung des Wohnsitzes des Mündels zuständig. Doch ist die Abgabe einer Vormundschaft vom zuständigen Gericht an ein anderes Gericht möglich (FGG. § 46, JWG. §§ 39, 57, 65).

IV. Ausschluß des Richters.

Wie im Prozeß so ist auch in der FG. der Ausschluß eines Richters von der Ausübung des Richteramts vorgesehen, um die Objektivität der Rechtspflege und das Vertrauen auf sie zu wahren.

Nach FGG § 6 ist Grund für den Ausschluß die Beteiligung des Richters oder seines Ehegatten (Ges. über Zulassung der Frauen vom 11. 7. 22) oder naher Verwandter an der Angelegenheit, mit der er befaßt ist. Unter Beteiligung ist eine materielle Verbindung mit der Angelegenheit zu verstehen, nicht die tatsächliche Teilnahme an einem Verfahren (Anregung seiner Einleitung, Auskunft, Zeugnis), nicht das bloße Interesse, sondern das unmittelbare Betroffensein, die Möglichkeit einer Einwirkung des Verfahrens auf Rechte oder Personen. Welcher Art diese Einwirkung ist, richtet sich nach der Art der Angelegenheit. Beteiligter im Sinne von FGG. § 6 ist, wessen Rechte durch das Verfahren und die in ihm ergehenden Entscheidungen umgestaltet oder gesichert werden können (ob es zu der Wirkung kommt, ist unerheblich, bei Beginn des Verfahrens auch nicht mit Sicherheit vorauszusehen). In dieser Möglichkeit, von dem Verfahren betroffen zu werden, liegt der Ausschluß der Objektivität, um dessentwillen der Ausschluß vom Richteramt bestimmt ist.

Beteiligt an der Vormundschaft ist das Mündel, nicht der Vormund, dieser nur bei einzelnen Angelegenheiten, wenn seine Rechtsstellung berührt wird (Entlassung, Ablehnung, Ordnungsstrafen), bei Genehmigung von Rechtsgeschäften auch der Vertragsgegner. Daher kann Vormundschaftsrichter nicht sein, wer zu dem Mündel in nahen Beziehungen nach FGG. § 6, Nr. 2—4 steht, wer selber oder wessen naher Verwandter mit dem Mündel das zu genehmigende Geschäft abgeschlossen hat oder abschließen will, dagegen regelmäßig ein naher Verwandter des Vormunds (obwohl praktisch nicht unbedenklich!).

Ferner ist ausgeschlossen, wer als Vertreter eines Beteiligten bestellt oder gesetzlicher Vertreter eines solchen ist; daher kann Richter und Vormund nicht ein und dieselbe Person sein (was allerdings auch ohne ausdrückliche Bestimmung als ausgeschlossen gelten müßte).

Da die Ausschließungsgründe erschöpfend aufgezählt sind, kommen andere als die in FGG. § 6 genannten nicht in Frage, z. B. ist anders als im ZP. nicht ausgeschlossen, wer in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist oder in einer früheren Instanz bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat.

Im Gegensatz zum ZP. gibt es kein Ablehnungsrecht für die Beteiligten, sondern nur eine Selbstablehnung des Richters (FGG. § 6). Die Grundsätze von FGG § 6 gelten nicht für die Beurkundung (FGG. § 170, vgl. § 19 II), dagegen meist für die landesrechtlich geordneten Angelegenheiten durch Übernahme seitens des Landesrechts (z. B. Preußen, Bayern).

V. Amtshandlungen eines sachlich unzuständigen Gerichts sind nichtig, dagegen machen örtliche Unzuständigkeit und Ausschließung eines Richters die Amtshandlungen nicht unwirksam (FGG. § 7).

Dieser Grundsatz ist angemessen, weil im Rechtsverkehr diese Mängel nicht so leicht (oder gar nicht) erkennbar sind, wie die sachliche Unzuständigkeit; die Folgen der Nichtigkeit aber sind so schwerwiegend (der Vormund ist nicht gesetzlicher Vertreter, der für volljährig erklärte bleibt minderjährig, die Aktiengesellschaft entsteht nicht), daß ihre tunlichste Einschränkung begreiflich ist.

Die Amtshandlungen eines örtlich unzuständigen Gerichts oder eines ausgeschlossenen Richters sind aber mit Beschwerde anfechtbar; jedoch hat die Aufhebung keine rückwirkende Kraft, da sonst doch Nichtigkeit vorläge; der Vormund muß also entlassen werden, ist aber bis zu seiner Entlassung Vormund.

Erklärungen gegenüber einem örtlich unzuständigen Gericht (oder einem ausgeschlossenen Richter) fallen nicht unter FGG. § 7, weil keine Amtshandlung des Gerichts vorliegt, aber müssen als gültig gelten, wenn das Gericht die Erklärung entgegennimmt und wie ein zuständiges damit verfährt, ferner auch, wenn die Erklärung an das zuständige Gericht weitergegeben wird und diesem zugeht. Der Rechtsverkehr darf durch Fehler der Behörde nicht geschädigt werden und muß, wenn er nicht auf die Unrichtigkeit der Adresse aufmerksam gemacht wird, auf die Gültigkeit der Erklärung vertrauen können.

## § 6. Die Beteiligten.

I. Der Parteibegriff, wie er im Str.- und besonders im ZP. herausgebildet ist, ist der FG fremd. Während der Kläger den ZP. in Gang setzt, beginnt das Verfahren der FG. meist von Amts wegen; im Gegensatz zum ZP., in dem die Parteien Bestimmung des Streitgegenstandes und Disposition über ihn haben, vor allem aber mit der Verantwortung für das tatsächliche Vorbringen belastet, dafür mit dem Monopol desselben und mit weitgehenden Rechten im Verfahren ausgestattet sind, herrscht in der FG. die Officialmaxime und sind den Beteiligten in bezug auf das Verfahren so gut wie keine Lasten und Rechte gegeben (vgl. § 9 II).

Eine Art Parteibegriff muß nur deshalb für die FG. gefunden werden, weil in FGG. § 15 die Vorschriften der ZPO. über den Zeugen-

beweis (und in FGG. § 14 die über das Armenrecht) für entsprechend anwendbar erklärt sind, der Zeuge der ZPO. aber in begrifflichem Gegensatz zur Partei steht (und das Armenrecht nur für die Parteien gegeben ist). Die Annahme aber, es gebe in der FG. keine Partei und keinen Parteieid, folglich auch niemand, der nicht Zeuge sein könnte, und auch niemand, der wegen Verwandtschaft usw. mit einer Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht habe, ist nicht haltbar; denn damit würde für die FG. ein fast ausnahmsloser Aussagezwang eingeführt, während im ZP. die Partei und wegen Beziehungen zu ihr zahlreiche Zeugen von der Aussage befreit sind und selbst im StrP. der Angeklagte (und wiederum auch Zeugen) zu keiner Aussage gezwungen wird, obwohl es sich doch im StrP. sogar um öffentliche Interessen handelt. Es muß daher ein Parteibegriff für die FG. gefunden werden, lediglich um diese Personen ähnlich wie die Parteien des ZP. von dem Aussagezwang zu befreien und ihnen nahestehenden Personen das Zeugnisverweigerungsrecht (nach ZPO. § 383, 1—3) zu verschaffen. Man wird ihn auf diejenigen Personen beschränken müssen, gegen die ein Verfahren sich richtet, so daß es bestimmungsgemäß mit einer ihnen ungünstigen, ihre Rechte und Rechtsstellung beeinträchtigenden Entscheidung abschließen kann, z. B. die Eltern im Verfahren auf Entziehung der elterlichen Gewalt, der Vormund bei Entlassung oder Ordnungsstrafen, beide Teile im Verfahren nach BGB. §§ 1357/58, der von der Ordnungsstrafe Bedrohte in Registersachen. Diese Personen (oder ihnen nahestehende) zu zwingen, gegen ihre eigenen Interessen auszusagen, verstößt gegen Grundsätze einer vernünftigen Rechtspflege, die im Str.- und ZP. deutlich ausgebildet sind.

Zum Unterschied vom ZP. wird aber der gesetzliche Vertreter einer solchen Partei zeugnisfähig sein, weil es keinen Parteieid gibt und er, wenn er nicht Zeuge sein könnte, als Beweismittel ausgeschaltet wäre.

Für das Armenrecht ist der Parteibegriff aus seinem Inhalt herzuleiten, also daraus, daß es einstweilige Befreiung von den Gerichtskosten bedeutet. Wer solche zu tragen hat, richtet sich in der FG. nach Landesrecht, daher auch wer Partei in diesem Sinne, d. h. armenrechtsfähig ist. Aus dem Preußischen GKG. oder dem Bayrischen AGBGB. ergibt sich z. B., daß neben Antragsteller und Beschwerdeführer allgemein der, dessen Interesse durch ein Verfahren wahrgenommen wird oder in dessen Angelegenheit eine Verrichtung stattfindet, für das Armenrecht in Betracht kommt. Es muß beachtet werden, daß dies wieder ein ganz anderer Parteibegriff ist, als der im Gegensatz zum Zeugen oben gebildete; es fällt hierunter z. B. das Mündel in Vormundschaftssachen.

Über diese beiden einzelnen Punkte hinaus läßt sich der Parteibegriff nicht erweitern. Irgendwelche andere Bedeutung hat er in der FG. nicht, ist auch nicht im Gesetz erwähnt.

II. Das FGG. gebraucht dagegen häufig den Ausdruck „Beteiligte“, insbesondere in § 6, wo es sich um Ausschließung des Richters handelt, und in § 13, wo ihnen das Recht eingeräumt ist, sich eines Vertreters oder Beistandes zu bedienen und, wenn ein solcher auftritt, die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht zu verlangen. Gemäß der für FGG. § 6 oben (§ 5 IV) gegebenen Auffassung ist auch für FGG. § 13 als Beteiligter der anzusehen, der von der Entscheidung des Verfahrens möglicherweise in seinen Rechten unmittelbar betroffen wird.

In den Bestimmungen von FGG. §§ 6 und 13 erschöpft sich aber die positive-rechtliche Bedeutung des Begriffs der Beteiligung; denn andere Rechte sind ihnen im Gesetz nicht eingeräumt (vgl. § 9 II). Die für das Verfahren wichtigsten Rechte sind besonders geregelt und so, daß sich der Kreis der Berechtigten mit dem der Beteiligten nur teilweise deckt. Das Antragsrecht in dem Sinn, daß ein Verfahren nur auf Antrag hin eingeleitet werden darf, ist in zahlreichen Einzelvorschriften geregelt, insbesondere im BGB. (z. B. §§ 1357, 1358, 1821ff.). Das Beschwerderecht

ist durch FGG. §§ 20, 57 u. a. normiert (vgl. § 12). Die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen an bestimmte Personen ist durch FGG. § 16 vorgeschrieben. Jedesmal ist dem Kreise von Berechtigten nur das eine Recht verlichen, ohne ihm noch andere Befugnisse beizulegen.

III. Dagegen fragt sich, ob nicht ohne Vorschrift des Gesetzes dem Beteiligten wenigstens das Recht zugebilligt werden muß, im Verfahren gehört zu werden. Die zahlreichen Einzelvorschriften des BGB. geben kein einheitliches Prinzip. Den allgemeinen Grundsätzen einer gesunden Rechtspflege dürfte es aber nur entsprechen, wenn der Beteiligte, gegen den ein Verfahren sich richtet (im Sinne von I), wenigstens seine Anhörung verlangen kann. Was den Angeklagten des Strafprozesses, den Parteien des ZP., der Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit recht ist, muß diesen Beteiligten billig sein, zumal die Entscheidungen der FG. mit recht einschneidenden Wirkungen für ihn verbunden sein können; die Entziehung der elterlichen Gewalt bedeutet wahrlich mehr als der Verlust eines Prozesses oder eine Verurteilung wegen Übertretung! Diese Ergänzung des FGG. ist um so eher möglich, als das Gesetz selber lückenhaft ist und der Durcharbeitung entbehrt, die andere große Gesetze aufweisen (vgl. auch JWG. § 65 II).

Ebenso muß das Anhörungsrecht Antragsteller und Beschwerdeführer zugebilligt werden, bei ihnen aus der Erwägung, daß es nicht folgerichtig wäre, ihnen das Recht zu geben, ein Verfahren in Gang bzw. an die höhere Instanz zu bringen, ihnen aber das Recht auf Anhörung in dem Verfahren zu versagen.

Zweifeln läßt sich, ob auch den Beteiligten das Anhörungsrecht zu gewähren ist, in deren Interesse das Verfahren stattfindet. Aber die Unterlassung der Anhörung schmeckt doch zu stark nach Bevormundung durch das Gericht, als daß sie mit dem Geiste der modernen Rechtspflege zu vereinbaren wäre. Wenn die Anhörung durch positiv-rechtliche Zusätze „wenn tunlich“ u. dgl. eingeschränkt ist, so ist das begreiflich, um schleunige Entscheidungen fällen zu können bei Gefahr im Verzuge. Aber in solchen Fällen wird man die Entscheidung nur als eine vorläufige zu betrachten und die Anhörung danach zum Zweck der Nachprüfung (die ja nach FGG. § 18 möglich ist) zu gestatten haben.

Mangels positiver Vorschriften steht die Form der Anhörung (mündliche Vernehmung, schriftliche Äußerung) im Ermessen des Gerichts.

### § 7. Partei- und Prozeßfähigkeit.

I. Die Parteifähigkeit kann in der FG. nur eine untergeordnete Rolle spielen, da ja keine Parteien mit bestimmten Rechten und Pflichten im Verfahren vorhanden sind. Es fragt sich nur, wer denn überhaupt Gegenstand eines Verfahrens sein kann, also einer Sicherung oder Umgestaltung. Das läßt sich bei der großen Mannigfaltigkeit der Angelegenheiten der FG. nicht allgemein sagen, sondern nur nach der Natur der einzelnen Kategorie beantworten; so kommen für Vormundtschaftssachen und Güterrechtsregister nur physische, für Beurkundungen und Handelsregistersachen auch juristische Personen in Betracht. Da aber den Gegenstand des Verfahrens immer Maßnahmen bilden, die auf Rechte oder Rechtsstellung Bezug haben, so kommen auch nur Gebilde in Betracht, die Träger von Rechten sein können. In diesem Sinne deckt sich die Parteifähigkeit der FG. mit der Rechtsfähigkeit.

Das Antrags- und Beschwerderecht steht mithin auch juristischen Personen zu, soweit es nicht durch die Vorschriften des materiellen Rechts oder das FGG. oder nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist. Beteiligt können auch juristische Personen sein, was für FGG. §§ 13 und 16 praktisch in Betracht kommt.

II. Die persönlichen Voraussetzungen für das rechtswirksame Handeln im Verfahren sind im Gesetze nicht geregelt. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung muß die Prozeß-, nicht die Geschäftsfähigkeit zugrunde gelegt

werden. Denn das Handeln in der FG. steht dem im Prozeß, also der Prozeßhandlung, viel näher als dem Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts. Für diese ist bezeichnend, daß sie geeignet und bestimmt sind, materielle Rechtswirkungen hervorzubringen, und zwar in der Hauptsache, weil diese gewollt sind. Die Handlungen der Beteiligten in der FG. (Anträge, Beschwerden usw.) haben durchweg keine materielle Wirkung und ihre Wirkung auf das Verfahren tritt nicht deshalb ein, weil sie gewollt ist. Sie haben daher mit den Rechtsgeschäften nichts gemein. Bei der Verwandtschaft der FG. mit dem ZP. — beides sind gerichtliche Verfahren, die sich auf Grenzgebieten sehr eng berühren — liegt ja auch die Parallele zum Prozeß viel näher als zum materiellen Recht. Praktisch lassen sich obendrein die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit, grade soweit sie sich von denen über Prozeßfähigkeit unterscheiden, nämlich bei der beschränkten Geschäftsfähigkeit, im Verfahren nicht durchführen. Ein Schwebezustand für Antrag oder Beschwerde eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, die Unsicherheit über die Zustimmung sind in einem geordneten Verfahren unerträglich, die Durchführung von BGB. § 108 unmöglich. Das zeigt deutlich, daß nicht die Geschäfts-, sondern die Prozeßfähigkeit im Verfahren der FG. maßgebend ist. Insbesondere ist daher ein Handeln von beschränkt Geschäftsfähigen mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht als wirksames prozessuales Handeln anzusehen.

Allerdings muß man sich klarmachen, daß die Prozeßfähigkeit für die FG. bei weitem nicht die Bedeutung hat wie im ZP.; denn die Beteiligten haben fast keinen Einfluß auf die Gestaltung des Verfahrens, keine Rechte, handeln meist nicht verantwortlich und bedürfen daher auch keiner besonderen rechtlichen Fähigkeit. Denn solche hat nur da Sinn, wo Rechte auszuüben und an ein Verhalten bestimmte Folgen geknüpft sind, insbesondere bei Antrag, Beschwerde und Bevollmächtigung.

Eine praktisch bedeutsame Erweiterung erfährt die Prozeßfähigkeit durch FGG. § 59 für die Einlegung der Beschwerde (vgl. § 16).

Die gesetzliche Vertretung ist im Verfahren überall, aber auch nur dort notwendig, wo Prozeßfähigkeit erforderlich ist, also bei Antrag, Beschwerde, Bevollmächtigung usw. Diese Prozeßhandlungen müssen, wenn der Beteiligte prozeßunfähig ist, vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden.

### § 8. Vertretung durch Bevollmächtigte.

1. Die Vertretung durch Bevollmächtigte hat in der FG. praktische Bedeutung, wenn Ausübung von Rechten im Verfahren oder verantwortliches Handeln vorliegt, ist jedoch auch anzunehmen, wenn jemand im Namen eines Beteiligten verhandelt, Erklärungen abgibt, Gesuche stellt, auch wenn keine bestimmten Folgen damit verknüpft sind. Die Vertretung ist im FGG § 13 für den Beteiligten zugelassen, aber nicht vorgeschrieben, insbesondere besteht — mit einer Ausnahme, FGG. § 29 — kein Anwaltszwang. Von diesem konnte abgesehen werden, weil das Verfahren der FG. viel einfacher und weniger formell ist als der ZP. und weil die Beteiligten nicht die Verantwortung und das Risiko tragen wie die Parteien des ZP. Die Vertretung ist ausgeschlossen, wenn das Gericht das persönliche Erscheinen der Beteiligten angeordnet hat (FGG. § 13), und bei allen Handlungen, die nach andern Bestimmungen oder allgemeinen Grundsätzen nur persönlich vorgenommen werden können, wie bei Eidesleistung, Zeugenvernehmung, Verpflichtung des Vormunds.

Für die Vertreter ist Prozeßfähigkeit erforderlich (streitig); das Gesetz schweigt sich zwar hierüber aus, doch ist der Grundsatz von ZPO. § 79 analog anzuwenden, nicht BGB. § 165. Denn in einem gerichtlichen Verfahren kann die Auswahl der Vertreter nicht den Vertretenen völlig freigestellt werden, sondern die Sicherung der geordneten Prozeßführung erfordert, daß Personen, von denen eine

sachgemäße Vertretung nicht erwartet werden kann, wie dies bei nicht prozeßfähigen Personen der Fall ist, als Vertreter nicht in Betracht kommen. Die Folgen ungeeigneter Vertretung treffen hier nicht wie im bürgerlichen Recht nur den Vertretenen, sondern das ganze Verfahren leidet darunter.

Die Prüfung der Vollmacht erfolgt von Amts wegen — FGG. § 12. Die Vollmacht ist formlos gültig, doch kann die Beibringung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht vom Gericht angeordnet und von einem Beteiligten verlangt werden.

Die Vollmacht hat beliebigen Inhalt, eine Prozeßvollmacht mit gesetzlich festgelegtem Umfang kennt die FG. nicht.

### § 9. Grundsätze des Verfahrens.

I. Die Einleitung eines Verfahrens der FG. erfolgt im Gegensatz zum Z. und Str.P. häufig von Amts wegen; in diesem Falle haben auch Anträge, Gesuche usw. bei Gericht nur die praktische Bedeutung, das gerichtliche Handeln zu veranlassen, die Behörde auf einen Fall, in dem sie tätig werden kann oder muß, aufmerksam zu machen. Im Gegensatz hierzu stehen die Angelegenheiten, in denen das Verfahren nur auf Antrag eingeleitet werden darf, der Antrag also die rechtliche Voraussetzung für das Verfahren bildet. Zu welcher der beiden Gruppen eine Angelegenheit gehört, bestimmt sich in der Regel nach dem materiellen Recht. Beispiele für Verfahren von Amts wegen sind Anordnung der Vormundschaft, Überwachung der Tätigkeit des Vormunds, Einschreiten gegen Eltern wegen Mißbrauchs der elterlichen Gewalt, Nachlaßsicherung, Testamentseröffnung; für Antragsachen Genehmigung von Rechtsgeschäften, Ehesachen, Auseinandersetzung, Fürsorgeerziehung, ferner die Registersachen und die Beurkundungen.

II. Beherrscht wird das gesamte Verfahren — und zwar auch in Antragsachen — durch das Offizialprinzip, wie es FGG. § 12 durch die Worte formuliert: „Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.“ Im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime des ZP. ist daher das Gericht weder auf die Tatsachen noch die Beweismittel beschränkt, die die Beteiligten vorbringen, sondern kann auch Tatsachen und Beweismaterial verwerten, das es selber erst heranzieht. Die Ermittlung des wahren Sachverhalts ist die Aufgabe des Gerichts, damit verträgt sich nicht die formelle Wahrheit des ZP., das Gericht ist nicht gebunden an die von Beteiligten übereinstimmend vorgebrachten Behauptungen, das Geständnis unterliegt der freien Würdigung, ein Versäumnisverfahren ist ausgeschlossen.

Unter der Herrschaft dieser Grundsätze muß auch die Stellung der Beteiligten eine ganz andere sein als diejenige der Parteien im ZP. Sie haben weder die Verantwortung noch das Monopol der Tatsachen- und Beweismittelbeschaffung (Ausnahme in der ersten Richtung BGB. §§ 2354ff., HGB. § 12, wo dem Antragsteller die Beschaffung gewisser Unterlagen der Entscheidung vorgeschrieben ist); sie bestimmen nicht den Gegenstand des Verfahrens — außer im Antragsverfahren, wo der Antrag maßgebend ist —, das Gericht kann seine Ermittlung und Tätigkeit beliebig auf einen andern Gegenstand erstrecken (z. B. gegen den Vater nicht nur wegen schlechter Vermögensverwaltung, sondern im Laufe desselben Verfahrens auch wegen Vernachlässigung der Erziehung des Kindes vorgehen). Die Entscheidung ist unabhängig von den „Anträgen“ der Beteiligten, kann über sie hinausgehen. Nur im Antragsverfahren darf nicht weitergegangen werden als der Antrag des Antragsberechtigten.

Verzicht und Anerkenntnis im Sinne des ZP. als reine Verfahrenshandlungen sind in der FG. nicht möglich, nur eine Zurücknahme des Antrags. Der Vergleich ist als Regelung der materiellen Rechtslage denkbar, soweit diese den Privaten überhaupt überlassen ist (was grade im Familienrecht nicht immer der Fall ist), als Ver-

fahrensbeendigung wieder nur im Antragsverfahren. Da ihm die Vollstreckbarkeit fehlt, hat er selbst da, wo er denkbar ist, keine praktische Bedeutung erlangt.

Diese Grundsätze erleiden auch keine Ausnahmen in den Fällen des „echten Streitverfahrens“ (Hauptbeispiele: BGB. §§ 1357/58, 1612). Es stehen sich hier ausnahmsweise zwei Beteiligte mit gegensätzlichen Interessen gegenüber, die gleichmäßig vom Gericht zu werten und zu beurteilen sind. Der ZP. wäre als Form der Streiterledigung hier sehr wohl möglich gewesen, aber das positive Recht hat die FG. dafür bestimmt, damit also zum Ausdruck gebracht, daß kein Recht auf die Rechtsgestaltung in diesen Fällen besteht, das den Gegenstand einer rechtskräftigen Feststellung im Urteil bilden könnte. Mangels jeder Vorschrift sind bei diesem tiefgreifenden Unterschied die Bestimmungen der ZPO. unanwendbar. Nur ist zu beachten, daß es sich um Antragsachen im technischen Sinn handelt, so daß durch die Anträge der Beteiligten der Streitgegenstand bestimmt und die Entscheidung begrenzt wird; auch wird hier das Anhörungsrecht wichtig.

Die Grenzen der Ermittlung richten sich in erster Linie nach dem Zweck des Verfahrens. Die Ermittlungspflicht tritt in vollem Umfang hauptsächlich bei Vormundschafts- und Pflegschaftssachen, Ehesachen und Nachlaßsicherung ein. Bei Registersachen wird die Anmeldung nur dann nachgeprüft, wenn sich Zweifel an ihrer Richtigkeit ergeben (vgl. § 18). Bei der Beurkundung ist nur die Identität der Beteiligten zu prüfen, nicht aber ob die beurkundete Erklärung wirksam ist; nur bei offenbar nichtigen Geschäften mitzuwirken besteht keine Pflicht, aber ohne daß die Urkundsperson verpflichtet wäre Nichtigkeitsgründe zu ermitteln. FGG. § 12 kommt daher bei der Beurkundung praktisch nur in sehr engen Grenzen zur Anwendung.

Innerhalb dieser Grenzen erstreckt sich die Ermittlung aber auch auf alle präjudiziellen Fragen, die nicht selbst Gegenstand der Entscheidung sind, von denen aber diese abhängt. Der Regel nach besteht auch kein Recht auf Aussetzung bis zur Entscheidung anderer Behörden über diese Fragen.

Streitig ist, ob das Gericht der FG. an Urteile des ZP.-Gerichts gebunden ist; das ist insbesondere wichtig, wenn es sich um Erteilung des Erbscheins handelt und ein Erbrechtsprozeß entschieden ist. Mit Beschränkung auf rechtskräftige Urteile und den Gegenstand der Rechtskraft, sowie in dem subjektiven Rahmen, in dem die Rechtskraft wirkt (ZPO. §§ 325f.), ist anzunehmen, daß das Nachlaßgericht dem im ZP. Unterlegenen, dessen Erbrecht verneint ist, den Erbschein nicht erteilen darf und dem Sieger, dessen Recht festgestellt ist, erteilen muß, wenn andere Personen als die Prozeßparteien als Erben nicht in Betracht kommen. Das folgt aus der Verteilung der Aufgaben, die die Gesetzgebung nun einmal zwischen FG. und ZP. vorgenommen hat. Dem Nachlaßgericht kommt eine Entscheidung über das Erbrecht nicht zu, sondern liegt es ob, dem Erben den Rechtsverkehr zu erleichtern. Dieser Aufgabe würde es nicht gerecht, wenn es den Erbschein jemand erteilte, der Erbe zu sein nicht mehr behaupten kann. Ein Hin und Her der Gerichte, daß das eine jemand das Erbrecht aberkennt, das andere ihn mit dem Erbschein ausstattet, wäre Anarchie.

III. In der FGG. herrscht grundsätzlich weder Mündlichkeit noch Schriftlichkeit, die Ausgestaltung des Verfahrens ist ins Ermessen des Gerichts gelegt.

So ist eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben, sie stellt bei der ganz andern Stellung der Beteiligten im Verfahren nur eine Vernehmung dar, die auch als Zeugenvernehmung denkbar ist. Das persönliche Erscheinen eines Beteiligten kann angeordnet werden und wird sich oft empfehlen; Zwangsmittel besitzt das Gericht jedoch reichsrechtlich nur nach Maßgabe seines Aufsichtsrechts, insbesondere gegenüber dem Vormund (BGB. § 1837); landesrechtliche Ergänzungen sind zulässig (FGG. § 200) und erfolgt (Preußen FGG. §§ 15, 17. Bayern AGBGB.

§ 133), vgl. § 15. Außerdem kann der Beteiligte meist auch als Zeuge geladen werden und unterliegt dann der Zwangsgewalt von ZPO. § 380.

Die Schriftform für Prozeßhandlungen ist meist nicht vorgeschrieben, vielmehr gestattet FGG. § 11 für Anträge und Erklärungen, für die Beschwerde FGG. § 21, Abgabe zu Protokoll des Gerichtsschreibers, was praktisch eine große Erleichterung und Unterstützung für die Beteiligten darstellt. Auch genügt einfache mündliche Anbringung (ein Aktenvermerk ist zwar ratsam für den Richter, aber nicht zur Gültigkeit erforderlich). Das gesamte Verfahren ist eben viel biegsamer und weniger formell gestaltet wie der ZP.

IV. Das Verfahren ist nicht öffentlich, was bei der oft höchst persönlichen Natur der Angelegenheiten (Ehesachen, Vormundschaften) auch angemessen ist. Bei Beurkundung vollends wäre die Öffentlichkeit ein Unding.

Die Gerichtssprache ist die deutsche — FGG. § 8, GVG. § 186 — was für alle Verfügungen, Entscheidungen und Verhandlungen gilt.

Für den äußeren Fortgang des Verfahrens — Terminsbestimmungen, Ladungen, Zustellungen — sorgt der Amtsbetrieb, und zwar auch im Antragsverfahren.

V. Die Beweiserhebung erfolgt von Amts wegen. Das Gericht ist unter der Herrschaft des Officialprinzips nicht auf die von den Beteiligten vorgebrachten Beweismittel beschränkt, auch nicht verpflichtet, alle von ihnen vorgeschlagenen zu benützen. Eine Beweislast ist der FG. unbekannt. Immerhin wird praktisch das Gericht die Antragsteller und Beteiligten anhalten, Beweismittel zu nennen und bei völligem Versagen eines Beteiligten seinen Behauptungen keinen Glauben schenken. Zu einem formellen Beweisverfahren kommt es überhaupt nur ausnahmsweise, etwa bei Entziehung der elterlichen Gewalt, Ehesachen, Ordnungsstrafverfahren, meist begnügt sich das Gericht mit formlosen Ermittlungen bei Auskunftspersonen, Behörden usw.

Als Beweismittel sind durch Verweisung auf die ZPO. (FGG. § 15) anerkannt Zeugen und Sachverständige; auch ohne ausdrückliche Anführung kommen in Betracht noch Augenschein und Urkunden, jedoch nur solche, die ein Beteiligter in Händen hat. Dagegen ist der Parteieid ausgeschlossen. Jede gesetzliche Regelung desselben fehlt und die in der ZPO. erfolgte ist gerade in den wichtigsten Teilen (Zuschreibung, bedingtes Endurteil, feste Beweiskraft) unübertragbar. Ein praktisches Bedürfnis besteht nicht, da die meisten Beteiligten als Zeugen vernommen werden können, daher für den Parteieid nicht in Betracht kommen. Vor allem widerspricht die völlig andere Stellung der Beteiligten im Verfahren der Anwendung von Vorschriften, die für die Parteien im ZP. gelten und auf deren Stellung beruhen.

## § 10. Die Entscheidungen.

I. Die gerichtlichen Handlungen werden im FGG. nicht einheitlich bezeichnet; es finden sich die Ausdrücke „Verfügung“, „Entscheidung“, „Beschuß“, „Anordnung“, ohne daß sachliche Unterschiede beständen. Naturgemäß sind zu trennen die nur auf das Verfahren bezüglichen Anordnungen (Ladungen, Terminsfestsetzungen usw.) und die sachlichen Entscheidungen, die sich auf den Gegenstand des Verfahrens beziehen, und wenn sie positiven Inhalt haben, auch die Einwirkung auf die materiellen Rechtsverhältnisse der Beteiligten haben sollen. Eine formell und inhaltlich gesetzlich besonders geordnete Art, entsprechend den Urteilen des ZP., gibt es in der FG. nicht.

II. Formvorschriften sind im Gesetz nicht enthalten; schriftliche Abfassung ist praktisch die Regel, wird auch in FGG. § 16 vorausgesetzt, ist aber kein Gültigkeitserfordernis.

Dagegen bedürfen die gerichtlichen Verfügungen, um die gesetzlich bestimmten Folgen bewirken zu können, zu ihrer „Wirksamkeit“ der Bekanntmachung

(FGG. § 16). Sie erfolgt an Anwesende zu Protokoll, an Abwesende, wenn der Lauf einer Frist mit ihr beginnt, durch Zustellung nach ZPO. (Z. von Amts wegen), andernfalls nur mit Aktenvermerk über Art, Ort und Tag der Bekanntmachung (nähere Regelung ist den Landesjustizverwaltungen überlassen, doch ist die Gültigkeit hiervon unabhängig). An wen die Bekanntmachung zu erfolgen hat, ist nicht genau bestimmt, FGG. § 16 sagt nur allgemein „an den, für welchen die Verfügung ihrem Inhalte nach bestimmt ist“; das ist nicht jeder Beteiligte, sondern nur der, der sich nach der Verfügung richten und deshalb Gelegenheit zur Kenntnisnahme haben muß (z. B. bei Entziehung der elterlichen Gewalt der betr. Elternteil, nicht das Kind, bei Genehmigung von Rechtsgeschäften der Vormund oder Vater, nicht immer das Mündel, nie der Dritte).

III. Formelle Rechtskraft im Sinne der Unangreifbarkeit durch Rechtsmittel kommt auch den Entscheidungen in der FG. zu. Sie tritt wie im Prozeß ein, wenn es kein Rechtsmittel gibt oder die Frist für dasselbe abgelaufen oder auf dasselbe verzichtet ist. Jedoch bildet sie in der FG. praktisch deshalb eine Ausnahme, weil die Rechtsmittel meist nicht befristet sind. Außerdem verliert sie an Bedeutung, weil aus demselben Grunde die Wirkungen der Entscheidungen der Regel nach nicht an die formelle Rechtskraft gebunden sind, was ja einen Aufschub auf unbestimmte Zeit bedeuten würde.

IV. Im Gegensatz zu den Urteilen des ZP. sind die Entscheidungen der FG. durch das Gericht, das sie erlassen hat, abänderbar (FGG. § 18). Die Rechtsgewißheit ist in diesem Verfahren, das nicht auf autoritative Feststellung abzielt, sondern auf Gestaltung oder Sicherung, nicht so wichtig als die Richtigkeit der Entscheidung, auf die hier besonders viel ankommt. Die Abänderung soll den Schaden, den von vornherein unrichtige Entscheidungen anrichten, abwenden oder wiedergutmachen. Sie wird auch (streitig) durch formelle Rechtskraft nicht gehindert, denn sie ist der Ausdruck der Ermittlung von Amts wegen, der fürsorglichen Verwaltungstätigkeit, die den Behörden der FG. obliegt, und wird durch die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Anfechtung der Entscheidung seitens eines Beteiligten nicht berührt. Sie ist ausgeschlossen, wenn die Verfügung der sofortigen Beschwerde unterliegt (FGG. § 18 II, weil sonst der besondere Zweck der Befristung des Rechtsmittels, die Endgültigkeit der Entscheidung, vereitelt wäre; anders JWG. § 67), ferner nach FGG. § 55, weil durch die Möglichkeit der Aufhebung die Rechtsstellung Dritter berührt und eine in letzter Linie das Mündel selber benachteiligende Rechtsunsicherheit herbeigeführt würde.

Neben dieser Aufhebung steht selbständig die Abänderung wegen veränderter Umstände. Sie ist notwendig, weil die Verfügungen der FG. oft eine dauernde Regelung treffen, das Interesse der Beteiligten aber, das vom Gericht gewahrt werden soll, eine Änderung erfahren kann. Die FG. zielt nicht auf eine einmalige bindende Feststellung für einen bestimmten Zeitpunkt ab, sondern ist oft eine dauernde Verwaltungstätigkeit (Obervormundschaft z. B.), die den jeweiligen Verhältnissen Rechnung tragen muß. Es ist undenkbar, daß eine Vormundschaftsbestellung oder eine Entziehung der elterlichen Gewalt bei Eintritt anderer Verhältnisse nicht rückgängig gemacht werden könnte.

V. Die Aufhebung wegen veränderter Umstände hat keine Rückwirkung, besagt sie doch nur, daß eine Verfügung jetzt nicht mehr sachgemäß ist. Die Aufhebung nach FGG. § 18 kann rückwirkende Kraft nur haben, wenn die Verfügung bereits Wirkungen gezeitigt hat, also nicht bloß eine Einwirkung abgelehnt ist. Ferner handelt es sich nicht um Rückwirkung, wenn eine nichtige Verfügung aufgehoben wird, denn in diesem Falle wird ja nur deklaratorisch kundgegeben — was rechtlich ohnehin schon bestand —, daß die Verfügung keine Wirkung hatte. Rückwirkung bis zum Zeitpunkt der Erlassung der abgeänderten Verfügung kommt nun aber auf Nichtigkeit heraus, nur besteht diese dann nicht ipso iure,

sondern erst auf die aufhebende Verfügung hin, ähnlich wie bei Anfechtung des bürgerlichen Rechts. Aber für Verletzung bloßer Sollvorschriften ist auch diese Art Nichtigkeit noch eine zu starke Reaktion. Daher kommt die Rückwirkung nur in Frage auf dem Gebiet zwischen den ipso iure nichtigen Verfügungen und der Verletzung bloßer Sollvorschriften.

Hier spricht theoretisch eine Vermutung für die Rückwirkung, da ja die Aufhebung der alten Verfügung aus dem Gesichtspunkt erfolgt, daß sie von vornherein unrichtig ist. Aber die Durchführung erweist sich als praktisch unmöglich, wenn Dritte im Vertrauen auf die Gültigkeit der Verfügung Rechtsgeschäfte vorgenommen haben. Demgemäß schließt FGG. § 32 die Rückwirkung aus, wenn eine Verfügung aufgehoben wird, durch die jemand die Fähigkeit oder Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt (indem er bestimmt, daß die Wirksamkeit der inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Aufhebung nicht berührt wird). Hat dagegen eine Verfügung (was oft gleichzeitig der Fall sein wird) eine Person von jener Fähigkeit oder Befugnis ausgeschlossen und wird nun aufgehoben, so tritt Rückwirkung ein, indem die Rechtsgeschäfte der ausgeschlossenen Personen als wirksam gelten (Beispiele nach BGB. §§ 3, 112, 113, 1687, 1960, 1981). Rückwirkung tritt ferner ein bei Aufhebung einer Strafverfügung.

VI. Die materielle Rechtskraft fehlt den Entscheidungen der FG. (streitig). Zunächst ist sie von der Gestaltungswirkung scharf zu unterscheiden, Feststellung und Gestaltung sind Gegensätze. Daher fehlt die materielle Rechtskraft schon all den zahlreichen konstitutiven Entscheidungen der FG. Ferner ist sie nur möglich auf der Grundlage der formellen Rechtskraft, denn solange eine Entscheidung noch anfechtbar ist durch ein Rechtsmittel, kann von endgültiger bindender Feststellung nicht die Rede sein. Aus demselben Gesichtspunkt ist die materielle Rechtskraft auch unvereinbar mit der Abänderbarkeit durch das Gericht (FGG. § 18); das Gesetz will eben in diesen Fällen keine endgültige Feststellung. Danach bleibt für die materielle Rechtskraft nur der ganz kleine Kreis der nicht konstitutiven, formell rechtskräftigen und unabänderlichen Entscheidungen übrig, der dadurch praktisch noch weiter eingengt wird, daß letztere beiden Erfordernisse überwiegend nur bei konstitutiven Entscheidungen zutreffen.

Angesichts dieser Lage besteht kein Bedürfnis, die materielle Rechtskraft trotz des völligen Schweigens des Gesetzes in die FG. einzuführen. Das Wesen der FG. ist eben anders als das des ZP. nicht auf Feststellung einer streitigen Rechtslage eingestellt; demgemäß muß auch die Krönung des Verfahrens, die für den ZP. charakteristisch ist, hier fehlen.

Vollends steht einer Wiederholung eines abgewiesenen Antrags auf Grund neuen Materials die Rechtskraft nicht entgegen.

VII. Alle Gerichte und Behörden sind an die Entscheidungen der FG. gebunden, soweit diese konstitutive Wirkung haben, denn deren Wesen ist es, daß sie allgemein und grundsätzlich gilt. So ist der vom Vormundschaftsgericht ernannte Vormund gesetzlicher Vertreter des Mündels, der Vater, dem die elterliche Gewalt entzogen ist, ist nicht mehr gesetzlicher Vertreter seines Kindes.

Vorausgesetzt ist hierbei allerdings die Gültigkeit der Entscheidung. Deshalb unterliegen die Entscheidungen der FG. der Nachprüfung auf Nichtigkeit, denn wenn solche besteht, tritt ja auch die Gestaltungswirkung nicht ein. Weiter kann aber die Nachprüfung bei den konstitutiven Entscheidungen nicht gehen, denn Anfechtbarkeit (durch Rechtsmittel) oder gar unrichtige Begründung haben keinen Einfluß auf die konstitutive Wirkung, hindern sie nicht, und deshalb hat die Feststellung solcher Mängel außerhalb der FG. keinen Sinn, die Gestaltung muß doch anerkannt werden. Nur bei den deklaratorischen Ent-

scheidungen ist eine weitere Nachprüfung denkbar. Aber auch hier muß eine Schranke beachtet werden: Das Ermessen des Gerichts der FG. unterliegt keiner Nachprüfung. Denn die Kompetenzverteilung hat den Sinn, daß die Behörde, der die Entscheidung nach ihrem Ermessen zugewiesen ist, darüber auch am besten befinden kann. Es würde nur zur Verwirrung führen, wenn jede Behörde das Ermessen der andern nachprüfen und daraufhin zu einer andern Auffassung gelangen dürfte.

Die Geltung jeder Entscheidung der FG. beschränkt sich — ähnlich wie bei der materiellen Rechtskraft der Urteile — auf ihren unmittelbaren Inhalt, erstreckt sich aber nicht auf die Gründe, insbesondere auf die Auffassung über präjudizielle Punkte. An diese sind andere Gerichte und Behörden nicht gebunden. So muß nur die Eintragung ins Register, die Genehmigung des Rechtsgeschäfts, die Ausstellung des Erbscheins allgemein anerkannt werden, nicht die Auffassung des Gerichts der FG. von der Rechtslage, von der Gültigkeit des genehmigten Geschäfts, der Erbstellung des Erbscheinsempfängers.

### § 11. Nichtigkeit der Entscheidungen.

I. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über Nichtigkeitsgründe. Darum ist aber nicht anzunehmen, daß es solche nicht gibt. Sie werden aber tunlichst einzuschränken sein, denn die Nichtigkeit gerichtlicher Verfügungen ist eine arge Belastung und Gefährdung des Rechtsverkehrs, der sich auf die Gültigkeit verläßt. Man denke nur an die Folgen, die sich aus der Nichtigkeit einer Vormunds- oder Nachlaßverwalterernennung ergeben. Würden solche Fälle häufiger eintreten, so würde der Verkehr ungern sich mit diesen Vertretern einlassen, die Tätigkeit derselben sehr erschwert und ein Mündel schwer geschädigt werden. Bedenklich ist auch, wenn Nichtigkeit an Tatsachen geknüpft wird, die nicht auf der Hand liegen und nicht von jedem Beteiligten unschwer zu erkennen sind. Das praktische Bedürfnis für Nichtigkeit als Folge von Fehlern ist um deswillen nicht so groß, weil die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel bei allen Verfahren, so auch bei der FG. sorgfältig geregelt, also reichlich Gelegenheit gegeben ist gegen Fehler anzukämpfen. Bei der FG. besteht vollends noch die Möglichkeit unrichtige Entscheidungen abzuändern (FGG. § 18), womit ein neuer Weg eröffnet ist, Fehler zu beseitigen. Aus all diesen Gründen wird die Nichtigkeit auf die schwersten Verstöße zu beschränken sein (wobei das Fehlen der außerordentlichen Rechtsmittel des ZP. zu beachten ist).

II. Man hat zwischen materiellen und formellen (Verfahrens-) Mängeln zu unterscheiden.

Bei jenen entscheidet die Art der materiellen Rechtsnorm, gegen die der Inhalt der Entscheidung verstößt. Verstößt die Entscheidung gegen eine Mußvorschrift, so ist sie nichtig, z. B. Ernennung eines nach BGB. § 1780 unfähigen Vormunds; verstößt sie gegen eine Sollvorschrift, so ist sie gültig und nur mit Rechtsmitteln angreifbar sowie aufhebbar nach FGG. § 18, z. B. Ernennung eines Vormunds entgegen BGB. § 1781. Dasselbe muß in den zahlreichen Fällen gelten, wo die Entscheidung ins Ermessen des Gerichts gestellt und dies fehlgegangen ist. Bei der Unsicherheit, die in jeder Wertung liegt, würde die Rechtssicherheit schwer leiden, wenn jedes unrichtige Ermessen den behördlichen Akt nichtig machte und damit zugleich die Nachprüfung des Ermessens Recht und Pflicht jeder andern Behörde wäre (vgl. § 8 VII).

Schwieriger sind die Fälle zu entscheiden, bei denen das materielle Recht zwar die Voraussetzungen für eine Rechtswirkung regelt, aber nicht durch die Form einer Muß- oder Sollvorschrift zum Ausdruck bringt, welche Folgen das Fehlen der Voraussetzung hat. Es handelt sich dabei oft um grundlegende Tatsachen, z. B. die Minderjährigkeit und Elternlosigkeit bei Bevormundung, die Vernachlässigung des Kindes

bei Entziehung der elterlichen Gewalt, der nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Zweck des Vereins bei dessen Eintragung. Hier müssen die oben angeführten Gesichtspunkte den Ausschlag für die Gültigkeit geben. Die sonst eintretenden Folgen, z. B. Ungültigkeit aller Handlungen des Vormundes, Mangel der Rechtsfähigkeit des eingetragenen Vereins, wären für den Rechtsverkehr um so weniger erträglich, als diese Nichtigkeitsgründe für Dritte kaum erkennbar oder nachprüfbar sind.

Wenn eine Vermittlungstheorie zwischen den Fällen scheidet, in denen das Gericht bewußt von den gesetzlichen Voraussetzungen abgesehen, und denen, in welchen es irrtümlich sie als gegeben angesehen hat, und nur bei der ersten Gruppe Nichtigkeit, bei der zweiten Gültigkeit annimmt, so benutzt sie die Schwere des Fehlers, den das Gericht begeht, als Maßstab für die Folgen; das ist aber verfehlt, denn nur der objektive Verstoß, nicht das subjektive Verschulden des Gerichts darf die Folgen beeinflussen, und jener ist bei beiden Kategorien der gleiche. Wenn man die Bevormundung von Personen, die unter elterlicher Gewalt stehen, für ausgeschlossen hält, so muß das gelten unabhängig davon, ob das Gericht die elterliche Gewalt gekannt hat oder nicht. Ein formeller Grund kommt dazu: Da die Entscheidungen der FG. meist nicht mit Gründen versehen sind, so ist es auch nicht möglich, die Zugehörigkeit zu einer der Kategorien ohne weiteres festzustellen.

Bei Fehlen gesetzlicher materieller Voraussetzungen tritt daher in der Regel keine Nichtigkeit ein, vielmehr muß die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel und die Anfechtbarkeit nach FGG. § 18 genügen.

III. Von den Verfahrensmängeln hat nur die sachliche Unzuständigkeit nach FGG. § 7 die Folge der Nichtigkeit (aber eingeschränkt durch FGG. § 32), nicht aber die örtliche Unzuständigkeit und die Mitwirkung eines gesetzlich ausgeschlossenen Richters (vgl. § 5 V). Die unrichtige Besetzung des Gerichts ist nicht geregelt; nicht ist der Fall darunter zu bringen, daß jemand als Einzelrichter fungiert, dem das Richteramt vom Staat nicht übertragen ist, denn es liegt dann keine gerichtliche Tätigkeit vor, wohl aber die Fälle, daß einem ernannten Richter die Fähigkeit zum Richteramt fehlt oder daß die Zahl der Richter im Spruchkörper nicht dem Gesetze entspricht. Da die ZPO. diesen Mangel als schwerer behandelt denn die sachliche Unzuständigkeit, sie auch rechtspolitisch schwerer wiegt, so wird man Nichtigkeit annehmen müssen. Zum Unterschied von der ZPO. wird die mangelnde Vertretung der Beteiligten nicht als schwerer Verstoß anzusehen sein, da die Stellung der Beteiligten eine zu untergeordnete ist, es genügt daher die Möglichkeit der Anfechtung und Aufhebung. Auch das Fehlen des Antrags in Antragsachen ist kein Nichtigkeitsgrund, schon weil nur die Interessen bestimmter Personen dadurch verletzt werden können, sachliche Nachteile aber bei der herrschenden Officialmaxime nicht zu erwarten sind. Die Anhörung der Beteiligten, auch wo sie aus allgemeinen Erwägungen notwendig ist (vgl. § 6), wird ebenfalls nur die Bedeutung haben, daß ihr Unterlassen die Rechtsmittel auslöst und die Aufhebung ermöglicht. Als Nichtigkeitsgrund wäre dagegen zu nennen die Abänderung der im Interesse der Rechtssicherheit für unabänderlich erklärten Verfügungen (FGG. § 55.)

## § 12. Die Beschwerde.

I. An Rechtsmitteln weist die FG. zwei auf, die Beschwerde gegen Verfügungen der ersten Instanz, die weitere Beschwerde gegen die der 2. Instanz. Ein Unterschied zwischen den das Verfahren für die Instanz abschließenden Entscheidungen und den vorhergehenden, nur das Verfahren oder Vorfragen betreffenden Verfügungen ist im Gesetz nicht gemacht. Erwähnt ist auch nicht die Aufsichtsbeschwerde, die sich nicht gegen den Inhalt einer Verfügung wendet, sondern gegen ein Verhalten des Gerichts, das mit der äußeren Ordnung

und der Regelung des äußeren Gerichtsbetriebes nicht im Einklang steht; sie gehört dem Bereich der Dienstaufsicht, also der Justizverwaltung an.

II. Die Legitimation zur Beschwerde ist in der FG. deshalb schwierig festzustellen, weil der feste Parteibegriff des Zivilprozesses fehlt. Nur für das Antragsverfahren gibt FGG. § 20 II die klare Regelung, daß die Beschwerde gegen Zurückweisung des Antrags nur dem Antragsteller zusteht. Für den entgegengesetzten Fall und für das Verfahren von Amts wegen bestimmt FGG. § 20 I: „Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.“ Daß damit die Legitimation und nicht die Begründung der Beschwerde gemeint ist, ergibt der Vergleich mit den anderen Bestimmungen, in denen derselbe Ausdruck „die Beschwerde steht zu“ gebraucht ist (§§ 2, 57, 68, 76, 82); auch muß die Legitimation fest geregelt werden, während die Begründung wegen der allzu vielen denkbaren Möglichkeiten einer gesetzlichen Festlegung entzogen ist.

Es ist natürlich, daß demjenigen ein Rechtsmittel zugebilligt wird, der ein rechtliches Interesse an der Abänderung hat, weil die Verfügung auf seine Rechte oder Rechtsstellung einwirkt oder (bei ablehnenden Verfügungen) eine verlangte Einwirkung nicht vornimmt. Daher liegt Beeinträchtigung nur vor, wenn eine Einwirkung (je nach der Art des Verfahrens Umgestaltung oder Sicherung) vorgenommen oder entgegen dem Verlangen nicht vorgenommen ist; hieraus leitet sich die Legitimation zur Beschwerde ab. Ob dieser Eingriff oder seine Ablehnung erlaubt oder sachgemäß war, ist dagegen eine Frage der Beschwerdebegründung. Man darf sich durch den unglücklich gewählten Ausdruck „Beeinträchtigung“ nicht täuschen lassen. Legt jemand Beschwerde ein, ohne einen Eingriff in seine Rechte zu behaupten, so ist das Rechtsmittel unzulässig; stellt sich heraus, daß der Eingriff erlaubt und sachgemäß war, so ist das Rechtsmittel unbegründet.

III. Schwieriger ist noch die Frage, was für ein Recht beeinträchtigt sein, in welches Recht eingegriffen werden muß (bzw. auf welches sich die Ablehnung des Eingriffs beziehen muß). Die oft verwandte Aufstellung eines Rechtes auf ordnungsmäßige Behandlung der Angelegenheit gibt keine Lösung, denn wer dieses Recht hat, ist genau so schwer zu beantworten, wie die Frage, welches Recht beeinträchtigt sein muß. Sie ist aber auch unrichtig, denn dieses Recht müßte ein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat sein; aber die Befugnis auf sachgemäße Behandlung seiner Angelegenheit steht allgemein jedem zu, der mit dem Gericht zu tun hat, in der FG. wie in jedem andern Verfahren, ist also gar kein subjektives Recht. Ein solches könnte sich nur entsprechend dem Rechtsschutzansprüche des ZP. auf eine Entscheidung bestimmten Inhaltes richten, aber auch nur bestimmten Personen zustehen, und welche dies sind, steht eben in Frage. Die Zulässigkeit der Beschwerde auf die unsachgemäße Behandlung einer Angelegenheit zu stützen ist auch insofern verfehlt, als damit nicht wie sonst stets bei Rechtsmitteln der unrichtige Inhalt einer Entscheidung, das Ergebnis der Behandlung zum Angriffspunkt gemacht würde, sondern die unrichtige Art des Zustandekommens ohne Rücksicht auf das Ergebnis. Folgerichtig müßte dann eine Beschwerde auch zulässig sein, ohne daß eine Abänderung der Entscheidung verlangt würde, lediglich weil die Angelegenheit nicht sachgemäß behandelt sei. Verneint man in solchem Falle die Zulässigkeit der Beschwerde, dann muß man zugeben, daß die unsachgemäße Behandlung nicht den Zulässigkeitsgrund darstellt. Dazu kommt die Erwägung, daß die Rechtsmittel nicht gegeben sind, damit die Parteien die Wahrung des objektiven Rechtes (sachgemäße Behandlung) erzwingen können, sondern um ihre subjektiven Rechte gegen Beeinträchtigung (unrichtige Entscheidung) zu schützen. Auf den Eingriff in die subjektiven Rechte kommt es an, nicht auf den Verstoß gegen das objektive Recht; dieser gibt die Begründung der

Beschwerde, nicht die Legitimation. Daher genügt die Behauptung unsachgemäßer Behandlung, also der Verletzung objektiver Normen, für die Zulässigkeit der Beschwerde nicht, sondern die Behauptung einer Verletzung subjektiver Rechte ist erforderlich.

Aus all diesen Gründen kann ein angebliches Recht auf sachgemäße Behandlung einer Angelegenheit nicht die Zulässigkeit der Beschwerde begründen. Vielmehr muß dies ein materielles Recht tun, in das durch das Verfahren eingegriffen ist oder bei Ablehnung eines Einschreitens eingegriffen werden mußte, das also den Gegenstand des Verfahrens bildet (z. B. die elterliche Gewalt im Verfahren auf Entziehung derselben, das Vermögen des Kindes bei Genehmigung eines Rechtsgeschäfts für das Kind, das Erbrecht im Erbscheinsverfahren).

Im Gegensatz zum Zivilprozeß ist die formelle Beschwerung des Rechtsmitteleinlegers nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Denn die Anträge der Beteiligten bestimmen nicht den Gegenstand des Verfahrens und die Grenzen der richterlichen Entscheidungen, eine Abweichung der Entscheidung vom gestellten Antrag ist daher bedeutungslos, und nicht erforderlich.

### § 13. Das Beschwerdeverfahren.

I. Die Einlegung der Beschwerde erfolgt nach Wahl entweder bei dem Gerichte, gegen dessen Verfügung sie sich wendet, oder bei dem Gericht, das über die Beschwerde zu entscheiden hat (FGG. § 21 I), dem Landgericht (§ 19). Die erste Möglichkeit ist mit Rücksicht auf die Abänderungsbefugnis nach FGG. § 8 gegeben. Die Form der Beschwerde ist Einreichung einer Beschwerdeschrift oder Erklärung zu Protokoll des Gerichtschreibers eines der beiden Gerichte, bei denen die Einlegung erfolgen kann.

Ein Inhalt der Beschwerde ist nicht vorgeschrieben, doch ist die Bezeichnung des Beschwerdeführers, der angefochtenen Entscheidung und der Ausdruck des Willens, sie anzufechten, praktisch unentbehrlich.

Zurücknahme der eingelegten Beschwerde — damit wird sie wirkungslos, aber erneute Einlegung ist möglich — und Verzicht auf das Rechtsmittel — womit es verloren geht, also auch spätere Einlegung unzulässig wird — sind als zulässig anzusehen, obwohl im Gesetz nicht erwähnt.

Eine besondere Art der Beschwerde ist die sofortige. Sie ist an eine Frist gebunden (von zwei Wochen seit der Bekanntmachung an den Beschwerdeführer, FGG. § 22), hat also die Bedeutung, daß die formelle Rechtskraft rasch eintreten kann. Sie ist daher dort am Platze, wo das Interesse der Beteiligten eine baldige endgültige Entscheidung erfordert. Aus demselben Gesichtspunkte ist hier auch die Abänderungsbefugnis des unteren Gerichtes ausgeschlossen (FGG. § 18 II). Andererseits wird die Entscheidung des Beschwerdegerichts erst mit Rechtskraft wirksam (FGG. § 26). Gegen die Versäumung der Beschwerdefrist gibt es Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (FGG. § 22).

II. Die Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, daher bleibt eine Verfügung trotz ihrer Anfechtung wirksam und ist auszuführen, doch kann Aufschub der Vollziehung durch das untere Gericht angeordnet werden (FGG. § 24). Aufschub kraft Gesetzes tritt nur bei den Verfügungen ein, die eine Strafe festsetzen, und nach JWG. § 65 IV.

III. Das Beschwerdegericht hat zunächst zu prüfen, ob die Beschwerde zulässig und form- und fristgerecht eingelegt ist. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Zur Begründung der Beschwerde können die Beteiligten und nach der Officialmaxime auch das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel verwenden. Die Sache wird nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite hin erneut vollständig

geprüft, das Beschwerdegericht ist nicht darauf beschränkt, die Gründe der angefochtenen Verfügung oder die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Dinge nachzuprüfen. Das Beschwerdegericht darf auch mit Ausnahme der Antragsachen über den Antrag des Beschwerdeführers hinausgehen, weil er keine Grenze für die Entscheidung darstellt (sogar überhaupt fehlen kann). Dagegen ist die Abweichung von der angefochtenen Entscheidung zuungunsten des Beschwerdeführers als ausgeschlossen anzusehen, denn die Beschwerde ist eingeführt, um dem Beteiligten die Möglichkeit zu geben, gegen eine Entscheidung anzukämpfen, sie darf nicht dahin führen, daß der Beschwerdeführer noch ungünstiger gestellt wird (beides streitig).

IV. Das Beschwerdegericht hat selbst in der Sache zu entscheiden. Ausnahmsweise ist Zurückweisung an die erste Instanz möglich unter bloßer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, wenn in der unteren Instanz eine sachliche Prüfung nicht vorgenommen war oder schwere Verfahrensmängel eine Wiederholung des Verfahrens notwendig machen.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts muß mit Gründen versehen sein (mit Rücksicht auf die weitere Beschwerde, FGG. § 25). Wenn auch keine Form vorgeschrieben ist, so ist doch die schriftliche Abfassung der Entscheidung praktisch notwendig.

#### § 14. Die weitere Beschwerde.

I. Das FGG. kennt auch eine dritte Instanz, in dem es gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde gibt. Sie hat die besondere Voraussetzung, ähnlich wie die Revision des ZP., daß die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (FGG. § 27). Unter „Gesetz“ ist jede Norm des objektiven Rechtes zu verstehen, ob Reichs- oder Landesrecht, Muß- oder Sollvorschrift, materielle oder prozessuale Bestimmung. Nur die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit einer Entscheidung und des richterlichen Ermessens ist ausgeschlossen. Die Gesetzesverletzung liegt in der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung der Norm. Grund für die weitere Beschwerde ist die Verletzung aber nur, wenn die Entscheidung auf ihr beruht, also ein Zusammenhang zwischen ihr und dem Inhalt der Entscheidung besteht. Wie im ZP., so werden auch in der FG. einige Verfahrensmängel als absolute Beschwerdegründe behandelt (FGG. § 24 durch Verweis auf ZPO. § 551).

Das Gericht hat nur die Rechtsfrage zu prüfen, nach der tatsächlichen Seite dagegen die Feststellungen des Beschwerdegerichts zugrunde zu legen; neue Tatsachen und Beweismittel sind ausgeschlossen (FGG. § 27, ZPO. § 561).

II. Die Einlegung der weiteren Beschwerde kann nach Wahi des Beschwerdeführers bei dem Gericht erster Instanz, bei dem Beschwerdegericht oder bei dem Oberlandesgericht als Gericht der weiteren Beschwerde erfolgen. Der Form nach sind möglich Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder Einreichung einer Beschwerdeschrift, die von einem Anwalt unterzeichnet sein muß (der einzige Fall von Anwaltszwang in der FG). Eine Frist ist für die weitere Beschwerde als solche nicht vorgeschrieben, nur bei Verfügungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, ist auch die weitere Beschwerde eine sofortige.

III. Die Entscheidung über die weitere Beschwerde liegt beim Oberlandesgericht. Preußen und Bayern haben aber von der Ermächtigung des FGG. § 199 Gebrauch gemacht und die Entscheidung dem Kammergericht bzw. dem Obersten Landesgericht überwiesen (Preuß. FGG. §§ 7, 8, Bay. AGBGB. § 167; beide übrigens auch in landesrechtlichen Angelegenheiten). Zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung sieht FGG. § 199 II die Zuständigkeit des Reichsgerichts vor; will nämlich ein Oberlandesgericht bei Auslegung einer reichsrechtlichen Vorschrift, die sich auf die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten bezieht, von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung eines

anderen Oberlandesgerichts oder von einer beliebigen (nicht nur in der FG. ergangenen) Entscheidung des Reichsgerichts abweichen, so hat es die weitere Beschwerde dem Reichsgericht vorzulegen, das dann vollständig entscheidet. Aus ähnlichen Gesichtspunkten verbietet FGG. § 29 III dem Gericht erster Instanz und dem Beschwerdegericht der weiteren Beschwerde abzuweichen.

### § 15. Die Vollstreckung.

I. Zur Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen kommt es in der FG. nur selten, denn die rechtsgestaltenden Entscheidungen, die wichtigsten in der FG., bedürfen keiner Vollstreckung, da ihre Wirkung ihrer Natur entsprechend ipso jure eintritt (z. B. Vormundernennung und Entlassung, Genehmigung von Rechtsgeschäften), ebensowenig die Anordnungen, die sich an Behörden oder dem Gericht untergebene Organe richten (z. B. Verfügung einer Registereintragung). Auch gibt es wichtige Gebiete, auf dem das Gericht nur auf Anrufen der Beteiligten und ihrem Wunsch entsprechend verfährt, eine Vollstreckung gegen sie also praktisch nicht in Frage kommt (z. B. die Beurkundung). Es bleiben also nur die an Privatpersonen gerichteten Anordnungen übrig, bei denen der Erfolg der Verfügung erst durch ein Tun oder Unterlassen eines Beteiligten erreicht wird und dieses erst erzwungen werden muß. Besonders wichtig ist dies bei der Führung der Obervormundschaft, da bei ihr die gerichtliche Tätigkeit besonders auch eine ständige Aufsicht erfordert, zu der auch Anordnung von Berichterstattung und Rechnungslegung gehört. Aber durch die Gesetzgebung ist den Gerichten der FG. nicht allgemein die Erzwingung ihrer Anordnungen übertragen, vielmehr öfters auch den Beteiligten die Durchsetzung im Wege des Zivilprozesses überlassen. Zumeist entscheidet das materielle Recht, ob die Erzwingung im Wege der FG. möglich ist. So kann das Vormundschaftsgericht den Vormund nicht zwingen, dem Mündel dessen Vermögen herauszugeben.

II. Die Vollstreckung in der FG. hat einen ganz andern Charakter wie im Zivilprozeß, denn es handelt sich nicht unmittelbar um Verwirklichung privater Rechte, sondern um zwangsweise Durchführung gerichtlicher Anordnungen, daher ist die Vollstreckung nicht den Parteien überlassen, sondern erfolgt von Amts wegen durch das Gericht selbst.

III. Reichsrechtlich ist das einzige Vollstreckungsmittel die Ordnungsstrafe, nach FGG. § 33 nur in Form der Geldstrafe ohne Umwandlung in Haft, vgl. Verordn. v. 6. 2. 24 Art. II. Sie ist nicht eigentliche Strafe für begangenes Unrecht, sondern Zwangsanwendung zur Beugung des Ungehorsams. Durch das Landesrecht ist ihr Anwendungsgebiet erweitert, indem sie nicht nur in bestimmten Einzelfällen vorgeschrieben ist wie vom Reichsrecht, sondern allgemein, wenn einem Beteiligten eine Verpflichtung zu einer nur von seinem Willen abhängigen Handlung oder zur Unterlassung oder zur Duldung auferlegt ist (z. B. nach BGB. §§ 1636f; 1665f., 2361).

Das Landesrecht hat ferner noch zwei andere Vollstreckungsmittel ausgebildet, die Gewaltanwendung (wenn eine Person oder Sache herausgegeben werden soll oder wenn eine Anordnung ohne Gewalt nicht durchzuführen ist) und den Offenbarungseid (wenn die herauszugebende Person oder Sache nicht vorgefunden wird).

### § 16. Vormundschaftssachen.

Das FG. gibt in diesem Abschnitt nur Ausführungsvorschriften zu den im allgemeinen Teil bereits grundsätzlich behandelten Fragen. So regelt es in §§ 35—45 die Zuständigkeit, in § 46 die Abgabe einer Sache an ein anderes Gericht (vgl. Jugendgerichtsgesetz v. 16. 2. 23 § 49), in §§ 51—53 die Wirksamkeit von Entscheidungen, in § 61 deren Rückwirkung. Um die Einleitung des Verfahrens von Amts wegen

zu sichern, wird eine praktisch bedeutsame Anzeigepflicht für Behörden gegenüber dem Vormundschaftsgericht bestimmt (§§ 48—50, JWG. § 36). Unter den Vorschriften über die Entscheidungen verdient § 55 eine Hervorhebung, wonach die Verfügungen, durch die das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert, insoweit unabänderlich sind, als Genehmigung oder Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Diese Bestimmung ist im Interesse der Rechtssicherheit erfolgt, weil es unerträglich wäre, daß ein durch Genehmigung wirksam gewordenes Geschäft, auf dessen Gültigkeit sich ein Dritter verläßt, nachträglich durch Aufhebung der Genehmigung seiner Wirksamkeit wieder beraubt werden könnte.

Hinsichtlich der Rechtsmittel wird das Beschwerderecht durch FGG. § 57 bedeutend erweitert, um auch unbeteiligten, aber den Beteiligten nahestehenden oder menschlich oder beruflich für die Sache interessierten Personen eine Möglichkeit zum Eingreifen zu geben. FGG. § 59 erweitert die Prozeßfähigkeit; ein unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehendes Kind oder Mündel kann in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten oder in allen Sachen, in denen es vor der Entscheidung gehört werden soll, sein Beschwerderecht ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters ausüben, ausgenommen Geschäftsunfähige und Personen unter 14 Jahren.

Ein wichtiger Teil des Vormundschaftswesens ist durch das JWG. vom 9. 7. 22 neu geregelt.

### § 17. Nachlaßsachen.

Auch hier handelt es sich meist um Ausführung allgemeiner Vorschriften. Eine Regelung findet die Zuständigkeit (§§ 72—74), das Beschwerderecht (§§ 76—84), die Vollstreckung wird in einem Sonderfall behandelt (Ablieferung von Testamenten § 83). Selbständige Bedeutung hat nur das Nachlaßteilungsverfahren (§§ 86 bis 89). Es soll einerseits Prozesse unter den Erben verhindern, andererseits private Versuche, zu einer gütlichen Auseinandersetzung zu kommen, durch die Autorität und Objektivität des Nachlaßgerichtes wirksam unterstützen. Aber dessen Tätigkeit ist keine autoritativ feststellende wie die des Prozeßgerichtes, sondern eine rein vermittelnde, auch ein Zwang, seine Vorschläge widersprechenden Beteiligten gegenüber durchzusetzen, steht ihm nicht zu.

Das Verfahren beginnt nur auf Antrag und in Ermangelung eines zur Auseinandersetzung berufenen Testamentvollstreckers. Das Hauptstück ist die Anfertigung des Auseinandersetzungsplanes. Sind alle Beteiligten erschienen und einverstanden, wird die Auseinandersetzung beurkundet und bestätigt, sind nicht alle erschienen, aber die Erschienenen einig, wenigstens beurkundet. Gegen die Nichterschiedenen tritt eine Versäumniswirkung ein, ihr Einverständnis wird angenommen (Fiktion), wenn sie nicht nach Mitteilung des Gerichts von der Auseinandersetzung und Hinweis auf die Versäumnisfolge neuen Termin beantragen oder wenn sie in dem neuen Termin nicht erscheinen. Einigen sich die Erschienenen nicht, ergeben sich vielmehr Streitpunkte, (z. B. über das Erbrecht eines Beteiligten oder die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlaß), so muß bis zu deren Erledigung das Verfahren ausgesetzt werden.

Die Bestätigung, die das Verfahren abschließt, macht mit Rechtskraft die Auseinandersetzung für alle Beteiligten verbindlich wie eine vertragsmäßige und zugleich zum Vollstreckungstitel, wenn zur Verwirklichung der in der Auseinandersetzung festgestellten Ansprüche noch ein Handeln der Beteiligten erforderlich ist (Auflassung, Übergabe). Die materielle Wirksamkeit der Auseinandersetzung wird aber durch die Bestätigung nicht geschaffen, sondern hängt davon ab, daß der Vertrag der Beteiligten, der durch das Gericht zwar vermittelt ist, aber doch Vertrag bleibt, keine materiellen Mängel aufweist, die ihn nichtig oder anfechtbar machen.

### § 18. Registersachen.

Das FGG. regelt das Verfahren für das Handels-, Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister, überläßt dagegen die Grundbuchsachen einem besonderen Gesetze, der Grundbuchordnung. Einsicht und Führung der Register nach der formellen Seite hin ist durch die Landesjustizverwaltungen geordnet. Über die wichtige Frage, wieweit die Prüfungspflicht des Richters einer Anmeldung gegenüber geht, sagt das Gesetz nichts. Sicher hat er festzustellen, ob die Anmeldung eine eintragungsfähige Tatsache betrifft und den gesetzlichen formellen Erfordernissen entspricht. Dagegen kann er den Inhalt der Anmeldung zunächst als richtig behandeln und ist zur Aufklärung der Sachlage nur dann verpflichtet und berechtigt, wenn ihm Zweifel an der Richtigkeit kommen; er kann dann von dem Anmelder den Nachweis der Richtigkeit seiner Angaben verlangen. Ist ein für die Eintragung präjudizieller Punkt streitig, so kann die Verfügung bis zur Entscheidung über das streitige Rechtsverhältnis im Wege des Zivilprozesses ausgesetzt werden, denn der Registerrichter ist nicht dazu berufen, bindende Feststellungen zu treffen, ohne solche würde aber die Eintragung keine sichere Grundlage haben.

Bedeutung hat auch das Ordnungsstrafverfahren; es soll die vom materiellen Recht gewissen Personen auferlegte Pflicht zur Anmeldung oder Zeichnung erzwingen, in andern Fällen ein Einschreiten gegen Mißbrauch einer Firma ermöglichen. Es beginnt von Amts wegen und mit der Auflage, innerhalb bestimmter Frist der gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen, zugleich wird die Ordnungsstrafe angedroht. Geschieht innerhalb der Frist keines von beiden, so wird die angedrohte Strafe festgesetzt, zugleich aber die erste Verfügung wiederholt, so daß immer erneute Festsetzung einer Strafe möglich ist bis zur Erzwingung der Maßnahme. Auf den Einspruch hin wird nach Verhandlung die Verfügung entweder aufgehoben oder die Ordnungsstrafe festgesetzt und die erste Verfügung wiederholt.

Das Verfahren in den andern Registersachen ist dem für das Handelsregister vorgeschriebenen so nachgebildet, daß das Gesetz sich in der Hauptsache mit Verweisungen begnügt. Für das Vereinsregister enthält das BGB. selber die Regelung.

### § 19. Beurkundung.

I. Das FGG. regelt die Beurkundung der Rechtsgeschäfte und die Beglaubigung von Unterschriften, jene nur soweit sie durch Gericht oder Notar erfolgt, während die Beurkundung durch andere Beamte oder Behörden anderweitig geordnet ist (z. B. für die Grundbuchämter in der Grundbuchordnung, für die Standesbeamten im BGB. und Personenstandsgesetz). Da zahlreiche wichtige Rechtsgeschäfte durch das BGB. und HGB. der Beurkundung unterworfen sind, so hat das Verfahren große praktische Bedeutung. Die Bestimmungen finden Anwendung nicht nur, wenn das Verfahren nur die Beurkundung zum Gegenstande hat, sondern auch, wenn eine solche im Rahmen eines andern Verfahrens, z. B. einer Vormundschaft, stattfindet. Dagegen ist der Prozeßvergleich durch die ZPO. geregelt.

Reichsrechtlich sind Gerichte und Notare gleichermaßen zur Beurkundung berufen, da die materiellen Gesetze, insbesondere das BGB., stets von „gerichtlicher oder notarieller“ Beurkundung sprechen. EGBGB. § 141 gibt aber den Landesgesetzen die Ermächtigung, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare für zuständig zu erklären. Hiervon haben u. a. Bayern, Württemberg und Baden zugunsten der Notare Gebrauch gemacht, während es Preußen, Sachsen, Hessen bei der reichsrechtlichen Regelung belassen haben. Sachlich zuständig ist bei den Gerichten nach FGG. § 167 das Amtsgericht. Die örtliche Zuständigkeit ist nicht geregelt, so daß jedes Amtsgericht und jeder Notar zuständig ist, allerdings nur in seinem Amtsbezirk.

Bei dem Verfahren ist zu scheiden zwischen Beteiligten und den mitwirkenden Personen; Beteiligter ist nach FGG. § 168 in Abweichung von dem allgemeinen Begriff der FG., wessen Erklärung beurkundet werden soll; zu der zweiten Kategorie gehört die Urkundsperson (Richter oder Notar) und die in gewissen Fällen vorgeschriebenen Kontrollpersonen (FGG. §§ 169, 177 Z. 2, 178, 179). Der Ausschluß von der Mitwirkung ist auch abweichend von der allgemeinen Bestimmung (FGG. § 6) geregelt in §§ 170—173. Danach ist ausgeschlossen der Beteiligte selbst (so daß niemand seine eigene Erklärung beurkunden kann), der von einem Beteiligten Vertretene, der Ehegatte, Verwandte oder Verschwägerte des Beteiligten oder des von ihm Vertretenen. Die Folge der Mitwirkung dieser ausgeschlossenen Personen ist die Nichtigkeit der Beurkundung. Dagegen macht die Mitwirkung eines nach FGG. § 171 Ausgeschlossenen nur die betreffende Verfügung, nicht die ganze Beurkundung nichtig. Die mitwirkenden Personen müssen bei Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde zugegen sein, sonst ist die Beurkundung nichtig; dagegen hat ihr Fehlen bei Entgegennahme der Erklärung und Aufnahme des Protokolls keine Folgen.

Die Beurkundung erfolgt durch Aufnahme eines Protokolls (in deutscher Sprache, § 175), ohne solches ist die Beurkundung nichtig. Als notwendigen Inhalt, dessen Fehlen Nichtigkeit bewirkt, schreibt § 176 vor Ort und Tag der Verhandlung, Bezeichnung der Beteiligten, deren Erklärung. Diese ist in zwei Formen möglich, mündlich, so daß der ganze Inhalt vorgetragen und nun aufgenommen wird, oder unter Bezugnahme auf eine Schrift, die überreicht und dem Protokoll als Anlage beigelegt wird. Auf die Aufnahme des Protokolls folgt seine Vorlesung, seine Genehmigung durch die Beteiligten und die eigenhändige Unterschrift derselben; alles dies ist wesentlich, so daß das Fehlen Nichtigkeit bewirkt. Vorlesung, Genehmigung und Unterschreibung muß dann im Protokoll durch die Urkundsperson festgestellt und außerdem das Protokoll von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden (auch diese beiden Punkte sind wesentlich).

III. Die Beglaubigung der Unterschrift erfolgt durch einen Vermerk unter der Unterschrift, die in Gegenwart der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt werden soll, hierauf ist der Vermerk von der Urkundsperson zu unterzeichnen. Die Frage, ob die Urkundsperson von dem Inhalt der zu beglaubigenden Erklärung Kenntnis nehmen darf oder muß, ist landesrechtlich verschieden geregelt.

## § 20. Sonstige Vorschriften.

Das FGG. enthält außerdem noch eine Anzahl Vorschriften über das Verfahren in einzelnen den Gerichten der FG. überwiesenen Angelegenheiten, die hier nur erwähnt werden können. So behandelt der 3. Abschnitt (§§ 65—68) die Bestätigung der Annahme an Kindesstatt, der 4. (§§ 69—71) die gerichtlichen Verrichtungen in Personenstandssachen, der 6. (§§ 100—124) das Schiffspfandrecht, der 9. (§§ 163—166) den Offenbarungseid (in den Fällen des bürgerlichen Rechts), die Untersuchung und Verwahrung von Sachen und den Pfandverkauf. Im Abschnitt Handelssachen finden sich neben den Handelsregistersachen zahlreiche durch das HGB. den Gerichten übertragene Verrichtungen (§ 145) sowie die Regelung der gerichtlichen Tätigkeit bei der Dispache (§§ 149—158, HGB. § 706, BinnenSchG. § 84).

## Sachverzeichnis.

- Abänderung gerichtl. Entscheidungen 13, 18, 21  
Abgrenzung gegen den Zivilprozeß 2  
Ablehnung eines Richters 6  
Amtsgericht 5  
Angelegenheiten der FG. 1  
Anhörung der Beteiligten 8, 16  
Antrag 10, 12  
Anwaltszwang 9, 19  
Ausschluß des Richters 5, 23
- B**eglaubigung der Unterschrift 23  
Behörden der FG. (s. auch Zuständigkeit) 4f.  
Bekanntmachung der Entscheidungen 12f.  
Beschwerde 16f., 21  
— sofortige 18  
— weitere 19f.  
Beteiligung, Beteiligte (s. auch Partei) 5, 6f., 10f.  
Beurkundung 2, 22f.  
Beweiserhebung 12
- Bindung anderer Behörden an die Entscheidungen der FG. 14f.  
— der FG. an Urteile des Zivilprozesses 11
- E**ntscheidungen (s. auch Bekanntmachung, Bindung, Nichtigkeit, Rechtskraft) 12f.
- G**erichtsverfassung 4
- L**andesrecht 1  
Landgericht 5, 19  
Literatur 3
- M**ängel des Verfahrens 15  
Mittelalterliches Recht 3
- N**achlaßsachen 1, 21  
Nichtigkeit der Entscheidungen 6, 15f.  
Notare 1, 3, 4, 22f.
- O**berlandesgericht 5, 19  
Offizialprinzip 10  
Ordnungsstrafen 20, 22
- P**artei 6f.  
— fähigkeit 8  
— eid 12  
Prozeßfähigkeit 9, 10, 21
- R**echtskraft der Entscheidungen 13f.  
Registersachen 2, 22  
Reichsgericht 5, 19  
Römisches Recht 3  
Rückwirkung der Entscheidungen 13
- S**achverständige 12  
Streitverfahren, echtes 11
- V**erhandlung, mündliche 11  
Vertretung, bevollmächtigte 9f., 16  
— gesetzliche 9, 16  
Vollstreckung 20  
Vormundschaftssachen 1, 20f.
- Z**eugen 7, 12  
Zuständigkeit, allgemein 4  
— örtliche 5, 6, 16  
— sachliche 5, 6, 16

# Konkursrecht

Von

Dr. jur. Ernst Jaeger

Geheimer Hofrat,

Professor an der Universität Leipzig

(Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Band XVIII.)

(170 S.) 1924. 6.90 Goldmark

Die systematische Darstellung des Konkursrechts, die der hochverdiente Verfasser des klassischen Kommentars zur KO. bietet, ist eine Bereicherung unserer Wissenschaft, für die wir ihm zum aufrichtigen Dank verpflichtet sind. Was dem Jaegerschen Kommentar unter den besten Auslegungswerken den ersten Rang sichert, ist die unvergleichliche Vereinigung einer schönen Form mit sachlicher Gedicgenheit. Die gleichen Vorzüge kennzeichnen die vorliegende systematische Darstellung. Jaeger ist einer der seltenen juristischen Schriftsteller, die den Beweis liefern, daß die deutsche Sprache imstande ist, die feinsten rechtswissenschaftlichen Gedanken in einfacher und klarer Weise auszudrücken. Dadurch wird die angezeigte Schrift der ersten Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt hat, Anfänger in den Gedankenkreis des Konkursrechts einzuführen, in vorbildlicher Weise gerecht werden. Der Verfasser will aber zugleich gereiften Juristen förderliche Anregung bieten, und auch das ist ihm meisterhaft gelungen, weil er bei jeder Stellungnahme zu den Lehrmeinungen die Fühlung mit der Praxis herzustellen bestrebt ist...

*(Juristische Wochenschrift.)*

---

**Zivilprozeßrecht.** Von Dr. jur. Ernst Jaeger, Geheimer Hofrat, Professor an der Universität Leipzig. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Band XVII.) In Vorbereitung.

---

**Die neue Zivilprozeßordnung vom 13. Mai 1924** mit systematischer Einleitung und Erläuterung der neuen Bestimmungen nebst einem Anhang, enthaltend das Gerichtsverfassungsgesetz, die Einführungsgesetze zur Zivilprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, die Gesetze und Verordnungen betreffend die Entlastung der Gerichte, das Mindestgebot und die Pfändungsbeschränkungen sowie sämtliche Kostengesetze. Von Dr. James Goldschmidt, ord. Professor der Rechte an der Universität Berlin. (406 S.) 1924. Gebunden 6.60 Goldmark

**Die Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923** nebst den Ausführungsverordnungen vom 10. und 29. Dezember 1923 und einer Übersicht über die Schlichter- und Schlichtungsausschußbezirke, erläutert von Dr. **Georg Flatow**, Ministerialrat im Preußischen Ministerium für Handel und Gewerbe und **Richard Joachim**, Regierungsrat im Reichsarbeitsministerium. (189 S.) 1924. 3.90 Goldmark

---

**Der preußische Personalabbau bei Staat und Gemeinden.** Erläuterungen der preußischen Personalabbau-Verordnung vom 8. Februar 1924 von Dr. jur. **Ernst Graeffner**, Stadtrat in Berlin. (218 S.) 1924. 5.70 Goldmark

---

**Einführung in die Rechtswissenschaft.** Eine juristische Enzyklopädie und Methodologie mit Einschluß der Grundzüge des bürgerlichen Rechts. Von Prof. Dr. jur. **B. Erwin Grueber**, München. Sechste, neubearbeitete Auflage. (234 S.) 1922. 2 Goldmark

---

**Deutsches Strafrecht.** Von Dr. **Robert v. Hippel**, Geh. Justizrat, ord. Professor der Rechte in Göttingen.

Erster Band: **Allgemeine Grundlagen.** Mit 2 Bildnissen im Text, 23 Abbildungen im Anhang und 4 Kurven. (627 S.) 1925. 30 Goldmark; gebunden 36 Goldmark

In Vorbereitung befinden sich:

Zweiter Band: Teil I: **Allgemeine Lehren vom Verbrechen.**

Teil II: **Lehre von der Strafe.**

Dritter Band: **Besonderer Teil.**

---

## **Sammlung von Rechtsfällen zum Gebrauch bei Übungen.**

Bisher erschien:

**Rechtsfälle aus dem Steuerrecht.** Von Dr. **Albert Hensel**, a. o. ö. Professor an der Universität Bonn. (81 S.) 1924. 2.40 Goldmark

**Rechtsfälle aus dem Strafrecht.** Mit einer kurzen Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen. Von Dr. **James Goldschmidt**, ord. Professor an der Universität Berlin. (77 S.) 1925. 2.40 Goldmark

---

**Rechtsfälle aus dem Arbeitsrecht** zum Gebrauch bei Übungen zusammengestellt von Dr. **Walter Kaskel**, Professor an der Universität Berlin. (56 S.) 1922. 1 Goldmark

---

**Arbeitsrecht.** Von Dr. **Walter Kaskel**, Professor an der Universität Berlin. (372 S.) 1925. 15 Goldmark  
(Band 31a der „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“.)

---

**Koalitionen und Koalitionskampfmittel.** Arbeitsrechtliche Seminarvorträge. Herausgegeben von Dr. **Walter Kaskel**, Professor an der Universität Berlin. (246 S.) 1925. 12 Goldmark

---

**Rechtskraft und Rechtsgeltung.** Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Von Dr. jur. **Gerhart Husserl**, Gerichtsassessor, Privatdozent an der Universität Bonn. Erster Band: **Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung.** (212 S.) 1925. 12 Goldmark

# VERZEICHNIS DER IN DER ENZYKLOPÄDIE ERSCHEINENDEN BEITRÄGE

## I. Rechtsphilosophie

1. Rechtsphilosophie . . . . . Prof. Dr. Max Ernst Mayer†, Frankfurt a. M.

## II. Rechtsgeschichte

2. Römische Rechtsgeschichte und System des  
Römischen Privatrechts . . . . . Prof. Dr. Paul Jörs, Wien
3. Römischer Zivilprozeß . . . . . Prof. Dr. Leopold Wenger, München
4. Deutsche Rechtsgeschichte . . . . . Prof. Dr. A. Zycha, Bonn
5. Grundzüge des deutschen Privatrechts . . Prof. Dr. Hans Planitz, Köln a. Rh.
6. Rechtsentwicklung in Preußen . . . . . Prof. Dr. Eberhard Schmidt, Breslau

## III. Zivilrecht und Zivilprozeß

7. Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil . . Geh. Justizrat Prof. Dr. Andreas v. Tuhr,  
Zürich
8. Recht der Schuldverhältnisse . . . . . Prof. Dr. Heinrich Titze, Berlin
9. Sachenrecht . . . . . Prof. Dr. Julius v. Gierke, Halle a. S.
10. Familienrecht . . . . . Prof. Dr. Heinrich Mitteis, Heidelberg
11. Erbrecht . . . . . Prof. Dr. Julius Binder, Göttingen
12. Handels- und Wechselrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl Heinsheimer,  
Heidelberg
13. Privatversicherungsrecht . . . . . Geh. Hofrat und Geh. Justizrat Prof. Dr. Victor  
Ehrenberg, Göttingen
14. Urheber- und Erfinderrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Philipp Allfeld, Er-  
langen
15. Internationales Privatrecht . . . . . Prof. Dr. Karl Neumeyer, München
16. Einwirkungen des Friedensvertrages auf die  
Privatrechtsverhältnisse . . . . . Prof. Dr. Josef Partsch, Berlin
17. Zivilprozeßrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Ernst Jaeger, Leipzig
18. Konkursrecht . . . . . " " " "
19. Freiwillige Gerichtsbarkeit . . . . . Prof. Dr. Friedrich Lent, Erlangen "

## IV. Strafrecht und Strafprozeß

20. Strafrecht . . . . . Prof. Dr. Eduard Kohlrausch, Berlin
21. Strafprozeßrecht . . . . . Geh. Hofrat Prof. Dr. Karl v. Lilienthal,  
Heidelberg
22. Kriminalpolitik . . . . . Prof. Dr. Ernst Rosenfeld, Münster i. Westf.