

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

X

Herausgegeben von
DIETER SIMON und WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1983

KNUT WOLFGANG NÖRR

Wissenschaft und Schrifttum zum deutschen Zivilprozeß im 19. Jahrhundert

- I. Der Stand der Prozeßrechtswissenschaft zu Anfang des 19. Jahrhunderts
- II. Die historische Schule im Prozeßrecht
- III. Literatur im Grenzbereich von Zivilrecht und Prozeß
- IV. Gemeinrechtliche Lehr- und Handbücher
- V. Summarische Prozeßarten. Verfahren vor Handelsgerichten. Konkurs
- VI. Partikularrechtliche Prozeßliteratur
 - A. Im gemeinrechtlichen Rechtskreis
 - B. Zur preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung
 - C. In den linksrheinischen Gebieten
- VII. Prozeßrechtsvergleichung und Prozeßreform
- VIII. Die Anfänge der konstruktiven Periode der Prozeßrechtswissenschaft
- IX. Zwangsversteigerung
- X. Freiwillige Gerichtsbarkeit
- XI. Schiedsgerichtliches Verfahren

I. Der Stand der Prozeßrechtswissenschaft zu Anfang des 19. Jahrhunderts¹

Im Bewußtsein des gemeinrechtlichen 19. Jahrhunderts bedeutet das Jahr 1800 eine Wende in der Entwicklung der Zivilprozeßrechtswissenschaft. In diesem Jahr erscheinen die ersten Auflagen der Lehrbücher von GROLMAN und MARTIN². GROLMAN bildet zusammen mit GÖNNER, ALMENDINGEN, GAISBERG und anderen eine Gruppe von Prozessualisten, die den abschließenden

¹ Zu diesem Abschnitt NÖRR, Naturrecht und Zivilprozeß, 1976.

² KARL GROLMAN, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen, Gießen 1800, ⁵1826. — CHRISTOPH MARTIN, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Göttingen 1800, ¹²Heidelberg 1838, ¹³hg. v. Theodor Martin 1862.

Höhepunkt der Natur- oder Vernunftrechtsperiode bedeutet. Bei GROLMAN laufen viele Linien des Naturrechts in gedrängter Weise zusammen. So erweitert und vertieft er die systematischen Bestrebungen, das Fortschreiten vom Allgemeinen zum Besonderen, wobei auch ein allgemeiner Teil erscheint. Ferner werden prozessuale Grundregeln aufgestellt, die GÖNNER ausgebaut und in aller Breite abgehandelt hat. Nach dem Vorgang NETTELBLADTS zieht GROLMAN die Prozeßhandlungen voran. Im ganzen Buch durchdringt naturrechtliches Denken ohne tiefe Brüche und in abgewogenem Verhältnis den Stoff des gemeinen Prozesses. GROLMANS Lehrbuch vermittelt den Eindruck eines durchkomponierten und abgerundeten Werkes, wie es vorher der Zivilprozeß kaum gekannt hat. Freilich hat auch dies seinen Preis, im Verzicht nämlich auf die praxiswichtigen Details und weithin auf die Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur. GROLMAN wird von seiner Zeit bescheinigt, daß mit seinem Lehrbuch eine neue Epoche der Wissenschaft vom Zivilprozeß beginnt. Dem ist zuzustimmen, es sei denn, man beschlagnahme wie viele Prozessualisten seit BÜLOW den Wissenschaftsbegriff für sich.

Die neben GROLMAN zweite Hauptgestalt dieser naturrechtlichen Gruppe ist GÖNNER mit seinem hierher gehörenden Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, das dessen wichtigste Gegenstände in Form von Abhandlungen erörtert³. Wohlbekannt ist GÖNNER als Schöpfer der Prozeßmaximen⁴ (wobei die das Maximendenken auslösende Verhandlungsmaxime letztlich in der Rechtslehre KANTS wurzelt)⁵.

Die wissenschaftliche Richtung GROLMANS, GÖNNERS und anderer ihrer Gruppe ist notwendig gewesen, um eine größere Beweglichkeit gegenüber dem gemeinrechtlichen Lehrbestand zu gewinnen und die inneren Wirkungszusammenhänge der Prozeßeinrichtungen besser zu verstehen. Freilich sind diese Vorteile bisweilen in eine willkürliche Berufung auf die Natur der Sache oder ähnlichem umgeschlagen. Aber auch ohne solche negativen Seiten hätte die naturrechtlich geprägte Wissenschaft nicht die Wissenschaft vom positiven Recht in seinem überkommenen Bestande entbehrlich gemacht,

³ NICOLAUS THADDÄUS GÖNNER, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände I-IV, Erlangen 1801-03, ²1804-05.

⁴ Hierzu vor allem FALK BOMSDORF, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß, vom gemeinen Recht bis zur ZPO, Berlin 1971. — PETER BÖHM, Der Streit um die Verhandlungsmaxime: zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis, in: *Ius Commune* 7 (1978) 136 ss.

⁵ NÖRR loc. cit. p. 43 ss., 47 ss.

worauf angewiesen ist, wer für die Praxis lernen will. Das Verdienst, hier einen richtigen Weg zu finden, kommt als erstem MARTIN zu. Auf der einen Seite steht er in der Tradition der gemeinrechtlichen Fachliteratur, ja er wendet sich von neuem und intensiv dem Quellenmaterial zu, allerdings noch nicht in entwicklungsgeschichtlich-diachronischer, sondern in horizontal-synchronischer Sicht. Andererseits übernimmt er bereitwillig die für nützlich erkannten Ergebnisse des naturrechtlichen Denkens, so das systematische Fortschreiten vom Allgemeinen zum Besonderen mit Divisionen und Subdivisionen, die allgemeinen Lehren, die Fundamentalsätze und Maximen, den Begriff der Prozeßhandlungen, die Bestimmung des Zwecks des Prozesses und einzelner Prozeßeinrichtungen.

In der Nähe MARTINS steht auch THIBAUT mit dem dritten Band seines Systems des Pandektenrechts, wo er seit der 2. Aufl. den Zivilprozeß gesondert darstellt (nach der 6. Aufl. fallengelassen)⁶. Von MARTIN unterscheidet sich THIBAUT beispielsweise darin, daß er nicht die Prozeßhandlungen als Ordnungsgröße seiner Darstellung heranzieht, sondern mit „Pflichten und Rechten“ gliedert.

Ein gemeinsames Kennzeichen aller eben genannten Richtungen ist die dem Zivilprozeß neu gestellte Aufgabe. Sie führt den Zivilprozeß aus seiner primären Zuordnung zum Staat, wie sie auf GROTIUS und PUFENDORF zurückgeht, heraus und stellt ihn im Kielwasser der Rechtslehre KANTS dem Privatrecht zur Seite. Aus den vorhergehenden Jahrhunderten bleibt zwar eine Einordnung des Zivilprozesses als Ganzen in das öffentliche Recht (weil es keinen eigentlichen Conventionalprozeß vor dem staatlichen Richter gibt). Aber in den Vordergrund rückt jetzt der Gegenstand des Rechtsstreits, der Schutz des „Mein und Dein“. So strebt, um nur ein Zeugnis zu bringen, GÖNNER danach, daß „in vollendeter Harmonie ein Geist Civilrecht und Civilprozeß beherrscht“, wie er 1815 in der Einleitung zu den Motiven seines Entwurfs schreibt⁷. In die Augen springt diese Nähe dann mit der von der historischen Schule eingeleiteten Renaissance des materiellen Aktionsrechts. Das neue Selbstverständnis des Zivilprozesses läßt es natürlich zu, daß auch Gegenstände des öffentlichen Rechts mit berührt werden, so in einigen Abschnitten des allgemeinen Teils der Zivilprozeßtheorie; hierher gehören außer der Gerichtsbarkeit und Gerichtsverfassung die regelmäßig hervorge-

⁶ ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, System des Pandekten-Rechts III, Jena 1805, 1823.

⁷ N. TH. v. GÖNNER, Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen I, II 1-3, Erlangen 1815-17.

hobene Abwehr der Kabinettsjustiz oder (unter dem Titel vom Gegenstand des Zivilprozesses) die auch politisch erhebliche Abgrenzung von Civiljustiz- und Verwaltungssachen.

Nachzutragen ist noch, daß von den Monographien der naturrechtlichen Periode die Schriften ADOLPH DIETERICH WEBERS⁸ ihren bleibenden wohl-tätigen Einfluß behalten⁹.

II. Die historische Schule im Prozeßrecht¹

Eine geschichtliche Behandlung des Zivilprozesses ist natürlich älter als die historische Rechtsschule. Sie hatte während des 18. Jahrhunderts vor allem bei JUSTUS HENNING BOEHMER im *Jus ecclesiasticum protestantium* Eingang gefunden². In demselben Jahrhundert treten auch schon die verschiedenen Ansichten auf über die römisch-rechtlichen oder die germanischen Elemente des mittelalterlichen kanonischen Prozesses³. Als ein unmittelbarer Vorläufer der historischen Schule kann CARL LEOPOLD GOLDSCHMIDT gelten; er prüft regelmäßig hintereinander römisches Recht; kanonisches Recht; Reichsgesetzgebung; gemeines deutsches Recht bzw. sächsisches Recht (seltener beide); gemeine deutsche Praxis⁴. Ein Programm jedoch und hiermit

⁸ ADOLPH DIETERICH WEBER, Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, Schwerin 1788, ⁵Hannover 1811. — A. D. WEBER, Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden I-III, Schwerin 1789, I ⁴Leipzig 1820, II-III ²1823. — A. D. WEBER, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Halle 1805, ³hg. v. August Wilhelm Heffter, 1845.

⁹ Die naturrechtliche Prozeßgesetzgebungswissenschaft wird im Zusammenhang mit Prozeßrechtsvergleichung und Prozeßpolitik zu erwähnen sein (unten VII).

¹ NÖRR, Zur historischen Schule im Zivilprozeß- und Aktionenrecht, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, 1977, p. 75 ss.

² Entsprechend der Titelreihenfolge des Liber Extra im ersten und vor allem im zweiten Buch.

³ JOHANN GEORG ESTOR, Abhandlung, daß der heutige zirliche oder ordentliche proceß aus dem Römischen rechte und den lehren der glossatoren entsprungen und ins geistliche recht, als dessen heutige quelle, geflossen sey. In: Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, 2. Aufl., Vierter Theil, Frankfurt am Main 1756, p. 3-19. — CAROL FERD. HOMMEL, De jure canonico ex Germanicis legibus explicando; und: Processus forma hodierni non ex jure Canonico, sed ex Germaniae legibus in canones translatis repetenda. In: Rhapsodia quaestionum, 3. Aufl. Bd. V, Baruthi 1779, Observatio 649 resp. 650.

⁴ CARL LEOPOLD GOLDSCHMIDT, Ueber Litiscontestation und Einreden, vorzüglich in Hinsicht auf die Frage, in wie fern peremptorische Einreden ein Geständniß der Klage enthalten? Nach römischen, kanonischen und den Reichsgesetzen. Eine civilistische Abhand-

bewußt eine neue Forschungsrichtung trägt SAVIGNYS Schüler AUGUST BETHMANN-HOLLWEG vor. In seiner beeindruckenden Vorrede über die wissenschaftliche Behandlungsart des gemeinen Zivilprozesses von 1821⁵ schildert er die vom Zivilrecht unterschiedliche und mehrschichtige Quellenlage; in der Tat konnte das Zivilrecht weithin am römischen Recht abgelesen werden, das Zivilprozeßrecht keinesfalls. Unstreitig sind Reichsgesetze, römisches und kanonisches Recht Quellen des gemeinen Prozesses, nach BETHMANN-HOLLWEG und anderen aber auch und ganz besonders das Gewohnheitsrecht in der doppelten Gestalt des Gerichtsgebrauchs und der Rechtswissenschaft, was beispielsweise MARTIN bestreitet⁶. Allen diesen Quellen hat sich die historische Forschung zuzuwenden. Freilich darf sie, und dies betont BETHMANN-HOLLWEG wiederholt, nie vergessen, der Praxis zu dienen; das letzte Ziel bleibt, das Verständnis und die Fortbildung des geltenden Rechts zu fördern⁷. Ob neben der historischen Untersuchung eine systematische Ausbildung des Prozesses einhergehen soll, will BETHMANN-HOLLWEG verschieden beantworten. Es ist zu verneinen für das eigentliche Verfahren, den Prozeß im engeren Sinn; ihn „nach Begriffsunterschieden und einer allgemeinen Theorie einzurichten ist eigentlich ganz verkehrt“ (p. XXIX). Hier äußert sich BETHMANN-HOLLWEGS schärfste Kritik gegen die entsprechenden Ergebnisse der Naturrechtsperiode, ohne daß diese Kritik Erfolg gehabt hätte; er zielt aber auch gegen die gemeinrechtliche Zweiteilung des Verfahrens. Hingegen bejaht er das systematische Bemühen für das Aktionen- und Beweisrecht. Die historische Forschung läßt die Mängel des gemeinen Prozesses gewahr werden, womit sie aber nur das erste Stück der richtigen Methode ausmacht. Das zweite Geschäft ist, diesen Mängeln abzuhelfen. Es wird nicht nur der Gesetzgebung, sondern auch, getreu dem historischen Entwurfe, der wissenschaftlichen Jurisprudenz übertragen⁸. Die Aufgabe lautet, mit dem theoretisch-praktischen Sinn der römischen Juristen eine fehlende Theorie aus dem Wesen der Institute heraus zu erfinden, wobei BETH-

lung, Frankfurt am Main 1812. — C. L. GOLDSCHMIDT, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilproceße, Frankfurt am Main 1818.

⁵ Vor dem Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilproceß, Berlin 1821, ²1825 (in der 3. Aufl. Bonn 1832 durch die in der übernächsten Anm. erwähnte Vorrede ersetzt).

⁶ Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes § 4.

⁷ Cf. auch die Vorrede „zur Einleitung in die Civilpraxis“ in der 3. Aufl. des erwähnten Grundrisses. Zu ihr WACH, ADB 12 (1880) p. 766.

⁸ BETHMANN-HOLLWEG stellt die Frage: (n. 37) „Sind nun nicht auch heutzutage responsa prudentium eine wichtige Quelle des Privatrechts und selbst des Processes, unserer monarchischen Verfassungen ungeachtet und ohne Erlaubniß des Landesherrn zu respondiren?“

MANN-HOLLWEG die Nähe dieses Weges zum Vorgehen „der Neueren“ nach der Natur der Sache feststellt⁹.

Die Großzügigkeit und Einheit des Programms mußten jedoch der Arbeitsteilung weichen, sobald es an die Durchführung ging. Dies ist am wissenschaftlichen Lebenswerk BETHMANN-HOLLWEGS selbst gut zu beobachten. So äußert er sich über seine monographischen „Versuche“ von 1827¹⁰, daß sie „weniger der Geschichte als dem Systeme angehören, das heißt dem Theil unserer Wissenschaft, welcher den inneren Zusammenhang gleichzeitig neben einander bestehender Rechtssätze nachweist“. Als er 1834 den ersten Band eines Handbuchs des Zivilprozesses vorlegt¹¹, entschließt er sich, Geschichte und System voneinander geschieden anzuordnen, ein Plan, den vor allem WETZELL rügen wird¹². Dreißig Jahre später, in der Vorrede¹³ zu seinem monumental angelegten, aber unvollendet gebliebenen „Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung“¹⁴, der das nicht fortgeführte Handbuch ersetzen sollte, verzichtete BETHMANN-HOLLWEG endgültig auf das System¹⁵, womit er in die rein historische, vom geltenden Recht absehbende Richtung einschwenkt, wie sie vorher vor allem durch KELLERS römischen Zivilprozeß von 1852¹⁶ vertreten worden ist, und die fugenlos in die moderne Romanistik einmündet.

Nur am Rande ist bei BETHMANN-HOLLWEG die Verlegenheit zu spüren, in welche die historische Rechtsquellenlehre gerade den Prozessualisten führt¹⁷. Denn Rechtsquellen sind beide: das auf einer besseren Erkenntnis

⁹ Cf. später etwa SAVIGNY, System I § 15.

¹⁰ AUGUST BETHMANN-HOLLWEG, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, Berlin u. Stettin 1827.

¹¹ A. BETHMANN-HOLLWEG, Handbuch des Civilprozesses. 1. Abth.: Geschichte. 1. Band: Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Römischen Reichs, ein Beitrag zur Geschichte des Römischen Rechts bis auf Iustinian, Bonn 1834.

¹² In der Vorrede 1854 zur 1. Aufl. des Systems des ordentlichen Civilprocesses.

¹³ Zu ihr auch HANS FRIEDHELM GAUL, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 29 s.

¹⁴ M. A. v. BETHMANN-HOLLWEG, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung I-VI 1, Bonn 1864-74. I-III: Der römische Civilprozeß. IV-VI 1: Der germanisch-romanische Civilprozeß im Mittelalter I-III 1.

¹⁵ Wobei er, vielleicht unter dem Eindruck WINDSCHEIDS, seine frühere Auffassung revidiert und auch das Aktionenrecht in die Geschichte des Zivilprozesses überweist. Weiteres zur „geschichtlichen Gestaltung des Civilprozesses“ in § 14.

¹⁶ FRIEDRICH LUDWIG KELLER, Der römische Civilprozeß und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen, Leipzig 1852, ⁹bearb. v. ADOLF WACH 1883.

¹⁷ Cf. Anm. 29 a. E. der Vorrede über die wissenschaftliche Behandlungsart des gemeinen Zivilprozesses.

der Texte beruhende neue Forschungsergebnis und das überkommene Mißverständnis der Texte, soweit es vom Gerichtsgebrauch gedeckt wird. Welche Wirkung, so wäre zu fragen, soll dann das historisch richtige Quellenverständnis auf den aus einem Quellenfehlverständnis entwickelten Gerichtsgebrauch haben, an den sich ja auch die prozeßhistorische Forschung gebunden weiß? Deutlich wird der Zwiespalt beispielsweise bei JULIUS WILHELM PLANCK in seiner Monographie über die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten von 1844¹⁸, wo er im ersten Abschnitt das römische Recht und im zweiten die dogmengeschichtliche Entwicklung seit dem Mittelalter darstellt und in der Dogmengeschichte den Schlüssel zu den geltenden Rechtsinstituten sucht (p. 264):

„Der praktische Nutzen der folgenden dogmengeschichtlichen Darstellung muß für uns also der sein: erstens: wir sind berechtigt, die für unrichtig erkannte theoretische Ansicht zu verwerfen, selbst wenn sie das Ansehn von Jahrhunderten für sich haben sollte, und zu der reinen Auffassung des römischen Rechts, so weit diese auf neuere Verhältnisse anwendbar ist, zurückzukehren. Die in Gesetzgebung und Gerichtsgebrauch festgesetzten einzelnen Folgen derselben können wir nicht umstoßen, wir weisen ihnen aber im organischen Zusammenhang der Rechtsansichten den ihnen gebührenden Platz an, wodurch ihr Verständnis normiert werden muß. Zweitens: wir lernen sowohl die Vermittlung der römischen Ansichten mit der heutigen Gerichtsverfassung und Prozeßform, als auch die aus Gesetzgebung und Gerichtsgebrauch hervorgegangenen neugeschaffenen Institute begreifen.“

Mit diesem Dilemma wird sich auch noch BÜLOW 1868 eingehend auseinandersetzen müssen¹⁹.

Kehren wir zum Jahr 1821 zurück. Um dieselbe Zeit wird von einer zweiten und unterschiedlichen Richtung aus ein Anstoß zur prozeßgeschichtlichen Forschung gegeben. 1819 und wiederholt 1821 stellt die Bayerische Akademie der Wissenschaften eine Preisaufgabe über das öffentliche Gerichtsverfahren nach altdeutscher und altbayerischer Zivil- und Strafrechtspflege, über dessen Vor- und Nachteile und über seinen Untergang. Die Ursache dieser Preisfrage bilden die Bestrebungen um eine legislative Prozeßreform wie im ganzen deutschen Raum so besonders auch in Bayern; mit Öffentlichkeit und Mündlichkeit wird zugleich das linksrheinisch-französische Verfahren angesprochen. Nicht zufällig unternimmt FEUERBACH zur selben Zeit seine

¹⁸ JULIUS WILHELM PLANCK, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. Entwicklung der prozessualischen Erscheinungen, die durch den Einfluß mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden, Göttingen 1844.

¹⁹ Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen p. 297 ss.

Beobachtungsreise in den französischen Rechtskreis. Die Preisaufgabe der Bayerischen Akademie wird von vier Autoren bearbeitet, aus denen GEORG LUDWIG MAURER hervorragt²⁰. Wichtiger als dieses unmittelbare Ergebnis scheint uns die Wirkung auf die germanistische prozeßhistorische Forschung überhaupt. Denn ihr Ansatz wird, soweit sie nicht rein „antiquarisch“ arbeitet, während des gemeinrechtlichen Jahrhunderts ein vorwiegend prozeßpolitischer bleiben. In diesem Ansatz unterscheidet sie sich vom romanistischen Ausgangspunkt, der hauptsächlich auf dogmatische und systematische Fortbildung gerichtet ist²¹. Deutlich ist diese Erscheinung sogar in der wissenschaftlichen Entwicklung ein und desselben Autors, nämlich PLANCKS geworden. In seiner Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 1844 ist er noch der Romanist, der Dogmatiker und Systematiker; vier Jahre später, in seiner Lehre vom Beweisurteil²², ist er, nicht nur vom Thema her, Germanist und Prozeßpolitiker geworden²³. Als solcher wird er einen bedeutsamen Einfluß auf ADOLPH LEONHARDT und so auf die legislative Entwicklung des Zivilprozesses ausüben.

Vielleicht ist die Gegensätzlichkeit zwischen Romanistik und Germanistik (im Prozeßrecht genauso unnötig wie anderswo) auch durch diese unterschiedliche, hier eher prozeßdogmatische, dort eher prozeßpolitische Neigung mitverursacht worden. Jedenfalls übertragen sie die eigenen Gefühle in die Vergangenheit und sprechen mit Vorliebe von dem „Kampf“ der beiden Rechte. Sozusagen ausgegraben wird das Kriegsbeil, als HEFFTER in seinen Institutionen 1825²⁴ dem römischen Anteil zu viel Raum gibt und der Rezensent in der Allgemeinen Literaturzeitung, F. A. NIETZSCHE²⁵, seiner-

²⁰ GEORG LUDWIG MAURER, Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, dessen Vortheile, Nachtheile und Untergang in Deutschland ueberhaupt und in Baiern insbesondere, Heidelberg 1824. — Die anderen: ANDREAS BUCHNER, MAX FREIHERR VON FREYBERG, JOHANN WILHELM CRISTIAN STEINER. Cf. (Stintzing-)Landsberg III 2 p. 308, Noten p. 138.

²¹ Ein Gegenbeispiel ist KARL WIEDING, Der Justinianische Libellproceß. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des ordentlichen Civil-Processes wie zur Beurtheilung der gegenwärtigen Reformbestrebungen, Wien 1865.

²² J. W. PLANCK, Die Lehre von dem Beweisurtheil. Mit Vorschlägen für die Gesetzgebung, Göttingen 1848.

²³ Zu PLANCK, Beweisurteil, ergänzend L. v. BAR, Das Beweisurtheil des germanischen Processes. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des deutschen Processes und des deutschen Rechts, Hannover 1866 (mit treffenden Bemerkungen zur Rezeption).

²⁴ AUGUST WILHELM HEFFTER, Institutionen des römischen und teutschen Civil-Processes, Bonn 1825.

²⁵ FRIEDR. AUG. NIETZSCHE, Rezension AUG. WILH. HEFFTER, Institutionen (etc.), in: Allg. Literatur-Zeitung, Halle 1827 I col. 9-16 (= Jan. 1827 Nr. 2), IV col. 41-46, 49-53 (= Jan. 1827, Ergänzungsblätter Nr. 6 resp. 7).

seits den germanistisch-altdeutschen Beitrag überbetont²⁶. Diese und andere nicht immer nützlichen Auseinandersetzungen sind hier ebensowenig weiterzuverfolgen wie die häufige römisch-rechtliche Kopflastigkeit mancher prozessualer Arbeiten; hierzu haben bereits PLANCK selbst und vor allem GIUSEPPE CHIOVENDA das Notwendige gesagt²⁷. Als Kuriosität sei noch vermerkt, daß beide, Romanisten wie Germanisten, im französischen Prozeß den „ihren“ in reinerer Form wiedererkennen wollen, als er im gemeinen Prozeß erhalten sei, Auffassungen, die teilweise ebenfalls unter rechtspolitischen Vorzeichen stehen. In solchen Unstimmigkeiten macht sich auch der mangelnde Forschungsstand, die fehlende monographische Vorarbeit bemerkbar oder, anders ausgedrückt, die Bereitwilligkeit zu verfrühten Urteilen.

Aus dem prozeßgeschichtlichen Schrifttum heben wir zwei kennzeichnende Forschungsbereiche hervor (ohne uns deshalb mit deren Gesamteinschätzung zu identifizieren), wobei beidemal das Ende der gemeinrechtlichen Periode hier keine Zäsur bedeutet²⁸. Der erste hängt mit den beginnenden Versuchen zusammen, ein germanisch-altdeutsches Recht „rückzuzüchten“. Denn auf dieser Suche nach dem germanischen Prozeß entdecken sie in eindrucksvoller Weise den mittelalterlichen italienischen Territorialprozeß in seiner „prototypischen Natur“ (Wach). Pionier ist hierin BRIEGLEB mit seiner Monographie über den Executivprozeß gewesen. Es folgen neben vielen anderen die Arbeiten von WACH, RICHARD SCHMIDT und ihren Schulen²⁹. Diese For-

²⁶ Zu HEFFTER näheres unten IV. — Der Kern der Ausführungen NIETZSCHES lautet: „... so dürfte gerade eine genauere Durchmusterung der praktischen Werke damaliger Zeit die Ueberzeugung begründen, daß die Romanisten und Decretisten des Mittelalters, selbst die der italienischen Schule, nur germanisches Recht lehrten, wo sie abwichen von den römischen Grundsätzen, und daß das Verfahren unserer heutigen Gerichte zwar nicht mehr altgermanisch, noch weit weniger aber römisch ist, sondern sich vielmehr aus den altdeutschen Bräuchen und Formen, wenn auch unter dem Einflusse des römischen Rechts, doch der Hauptsache nach selbständig entwickelt hat“.

²⁷ J. W. v. PLANCK, Über die historische Methode auf dem Gebiet des deutschen Civilprozessrechts (Festrede Bayer. Akad. d. Wiss. 1888), München 1889. — CHIOVENDA, Romanesimo e germanesimo nel processo civile, in: Riv. ital. per le scienze giuridiche 33, 1902, 305-344 = Saggi di dir. proc. civ., 1904, S. 129-188.

²⁸ Manche der in den nächsten beiden Anmerkungen aufgeführten Schriften beachten beide Quellenkreise. (Außer Betracht bleiben Schriften, die nur im Vorbeigehen aus den beiden Quellenbereichen zitieren.)

²⁹ Die folgenden Schriften beziehen den italienischen Territorialprozeß ein: HANS KARL BRIEGLEB, Ueber exekutorische Urkunden und Executiv-Prozeß I: Geschichte des Executiv-Prozesses. II: Chrestomathie von Belegstellen, Nürnberg 1839, ²Stuttgart 1845. — FERDINAND OESTERLEY, Das deutsche Notariat I: Geschichte des Notariats, Hannover 1842. — C. F. ROSSHIRT, Dogmen-Geschichte des Civilrechts, Heidelberg 1853 (hierin

sungsrichtung hat eine Bahn für die Geschichte des italienischen Rechtes gebrochen; für uns hat sie das Verständnis des rezipierten Prozeßrechts entscheidend gefördert. Als zweites ist die historisch-vergleichende Einbeziehung der deutschen Partikulargesetzgebungen der Neuzeit über die sächsischen hinaus zu erwähnen, die in stärkerem Maße erst seit der Jahrhundert-

Prozeßrecht p. 42-130). — W. ENDEMANN, Beiträge zur Kenntniß des Handelsrechts im Mittelalter, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 5 (1862) 331-414. — CARL FUCHS, Beiträge zum Civilproceß II: Das Concursverfahren, Marburg 1863. — ERNST ZIMMERMANN, Der Glaubenseid. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, Marburg 1863. — JULIUS FICKER, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens I-IV, Innsbruck 1868-74. — ADOLPH WACH, Der Arrestprocess in seiner geschichtlichen Entwicklung I: Der italienische Arrestprocess, Leipzig 1868. — A. WACH, Der Manifestationseid in Italien, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 (1868) 439-474. — PHILIPP ZORN, Das Beweisverfahren nach Langobardischem Rechte, München 1872. — M. A. v. BETHMANN-HOLLWEG, Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung V (2. Hälfte: Italien nach Auflösung des carolingischen Reiches), VI 1 (Der römisch-canonical Civilproceß), Bonn 1873, 1874. — E. KANNENGIESSER, Die prozeßhindernde Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Nominatio auctoris, Leipzig 1878. — JACOB WEISMANN, Die Feststellungsklage, Bonn 1879. — J. WEISMANN, Die Entwicklung der Principalintervention in Italien, SZGerm 1 (1880) 191-244. — ARTHUR SKEDL, Die Nichtigkeitbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Eine civilprocessuale Abhandlung, Leipzig 1886. — A. SKEDL, Das Mahnverfahren, Leipzig 1891. — RICHARD SCHMIDT, Die Klagänderung, Leipzig 1888. — R. SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906, §§ 9 und 10. — EMIL v. SCHRUTKA-RECHTENSTAMM, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren I: Dogmengeschichtlicher Theil, Berlin 1889; — GEORG FROMMHOLD, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung in ihrer geschichtlichen Entwicklung I: Die Entwicklung in Italien, Breslau 1890 (zu den beiden letzteren RICHARD SCHMIDT, ZZP 14 (1890) 161-185 und ZZP 17 (1892) 401-419. — ARTHUR ENGELMANN, Der Civilproceß. Geschichte und System II: Geschichte des Civilprozesses 3: Der romanisch-kanonische Proceß und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland bis zum Erlaß der deutschen Civilproceßordnung, Breslau 1895. Übersetzt und bearb. in: A History of Continental Civil Procedure by Arthur Engelmann and Others, translated and edited by Robert Wyness Millar (The Continental Legal History Series VII), Boston 1927, p. 415-602. — JOSEF KOHLER, Zivilprozeß- und Konkursrecht, in: Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, begründet v. Franz von Holtzendorff, hg. v. J. Kohler, 6. Aufl. = der Neubearbeitung 1. Aufl., Leipzig 1904, II p. 47-205; ⁷=²München 1913, III p. 251-403 (passim). — FRIEDRICH HELLMANN, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907, § 3. — LEO ROSENBERG, Stellvertretung im Proceß. Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung, Berlin 1908. — HEINRICH HIMSTEDT, Die neuen Rechtsgedanken im Zeugenbeweis des oberitalienischen Stadtrechtprozesses des 13. und 14. Jahrhunderts (Zivilprozeßrechtliche Forschungen, hg. v. RICHARD SCHMIDT, 5), Berlin 1909. — RICHARD BAUMGART, Die Entwicklung der Schuldhaft im italienischen Recht des Mittelalters (Zivilprozeßrechtl. Forschungen 9), Berlin 1914. — RUDOLF SOHM (jr.), Die litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses, München 1914.

mitte einsetzt³⁰. Ihren Höhepunkt erlebt diese Forschungsrichtung in J. CH. SCHWARTZ 1898, dessen Buch heute noch unentbehrlich ist als Materialsammlung, wenn auch überholt in der Analyse.

III. *Literatur im Grenzbereich von Zivilrecht und Prozeß*¹

Zwischen Zivilprozeßrecht und materiellem Zivilrecht ist die Grenze im gemeinrechtlichen 19. Jahrhundert anders verlaufen als heute. Daran ist zu erinnern, um nicht, wie es oft geschieht, im Prozeßrecht zu suchen, was im Zivilrecht zu finden ist. Eine Ursache für die Verschiedenheit liegt in dem Nachklang des Unterrichtsbetriebs früherer Jahrhunderte. So wurde beispielsweise in der Digestenvorlesung unter den einschlägigen Titelrubriken das Prozeßrecht mitbehandelt. Erst im Laufe des späten 18. Jahrhunderts wird das Zivilprozeßrecht in den stofflich übergreifenden Lehrdarstellungen weithin beschnitten. Doch noch im 19. Jahrhundert gehören zu den Stücken, die das Zivilrecht mitpflegt, das materielle Beweisrecht und vor allem auch das Aktionenrecht.

Hier greift die zweite und gewichtigere Ursache ein. In der historischen Rechtsschule erlebt das Aktionenrecht einen neuen (und letzten) Höhepunkt. Das Aktionenrecht ist die Lehre von den nach römischem Muster typisierten Klagerechten (wobei das Verhältnis zum subjektiven Recht verschieden bestimmt wird); es behandelt auf dieser Grundlage die Wechselbeziehungen zwischen dem materiellen Recht und dem Zivilprozeß. Seine Renaissance hat zwei hauptsächliche Gründe. Der eine liegt in der Wiederaufnahme einer

³⁰ Die Partikulargesetze der Neuzeit berücksichtigen: J. W. PLANCK, Die Lehre von dem Beweisurtheil. Mit Vorschlägen für die Gesetzgebung, Göttingen 1848. — THEODOR MUTHER, Die Gewissensvertretung im gemeinen Deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Partikulargesetzgebungen, besonders der Sächsischen und Preußischen, Erlangen 1860. — ADOLF NISSEN, Die Gewissensvertretung nach gemeinem deutschen Processrecht, Leipzig 1861. — OTTO STOBBE, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, Braunschweig 1864. — GEORG KLEINFELLER, Deutsche Partikulargesetzgebung über Civilprozess seit Rezeption der fremden Rechte und bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, in: Festgabe zum Doctor-Jubiläum Johann Julius Wilhelm v. Planck, München 1887, p. 275-305. — G. KLEINFELLER, Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Civilprozeßrechts und zur Erläuterung des § 410 der deutschen CPO, Berlin 1891. — JOHANN CHRISTOPH SCHWARTZ, Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung. Darstellungen und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1898. — GUIDO KISCH, Der deutsche Arrestproceß in seiner geschichtlichen Entwicklung dargestellt, Wien 1914.

¹ NÖRR loc. cit. (oben II n. 1) p. 80 ss.

auf DONELLUS zurückgehenden Überlieferung; DONELLUS hatte die *actio* so dem subjektiven Rechte zugeordnet, daß sie in dem Teil, der die Durchsetzung des subjektiven Rechts behandelt, einen Platz für ihre geschlossene Darstellung finden konnte². Den anderen Grund bildet die Entdeckung der Institutionen des Gaius mit ihrer Wiedergabe des klassischen Aktionenrechts.

In der Sicht des 19. Jahrhunderts bildet das Aktionenrecht zunächst eine Einheit; mit seiner durch WINDSCHEID eingeleiteten Auflösung werden seine Gegenstände nach und nach in der uns heute geläufigen Weise auf das Zivil- und das Prozeßrecht verteilt. Das materielle Aktionenrecht (und entsprechende Exzeptionenrecht) umfaßt also Bereiche, die heute teils dem bürgerlichen (beispielsweise die Verjährung), teils dem Prozeßrecht zugeordnet werden. Nur die letzteren gehen uns hier näher an. Zu ihnen gehören insbesondere solche Prozeßeinrichtungen, die heute um den von den Prozessualisten gepflegten *Streitgegenstand* gruppiert sind; sie werden damals der Hauptsache nach dem Aktionenrecht zugezählt. Das gilt etwa für die Rechtskraft³, die Rechtshängigkeit und auch für die prozessuale Klagenhäufung, die manche Bezüge zur Aktionenkonkurrenz aufweist. Natürlich sind sich die Autoren hüben wie drüben der besonderen Verwandtschaft dieser Bereiche des Aktionenrechts mit dem Zivilprozeß bewußt. Sie sind sich aber auch mehrheitlich darüber einig, daß diese Materien *ex instituto* vorwiegend im Zivilrecht beheimatet sind. Die Zuordnung hat in kollisionsrechtlichem Zusammenhang auch praktische Bedeutung gewonnen⁴.

Dies ist die Lage, wie sie etwa um 1840 vorzufinden ist, als das materielle Aktionenrecht mit seinen eben erwähnten Teilen in voller Entwicklung steht. Vorher scheint es (trotz HEISES, hier von SAVIGNY beeinflusstem System)⁵ Unsicherheiten gegeben zu haben. So kann etwa GEORG FRIEDRICH PUCHTA noch 1828 die vernachlässigte Theorie der *exceptio rei indicatae* als eine von mehreren Materien vermuten, welche durch die Grenzscheidung unter Zivilrecht und Prozeß zwischen die zwei Lehrstühle zu sitzen kamen⁶. Doch

² Näheres: NÖRR, Das Aktionenrecht bei Savigny, *Ius Commune* 8 (1979) p. 110 s.

³ Hierzu jetzt ausführlich HANS FRIEDHELM GAUL, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, Festschrift für Werner Flume I, Köln 1978, 443-525.

⁴ Cf. CHRISTOPH MARTIN, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, hg. v. Theodor Martin, I, 1855, § 2 I.

⁵ ARNOLD HEISE, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, Vorrede zur 3. Aufl. 1819, p. VII. Vgl. ANDREAS B. SCHWARZ, *SZRom* 42 (1921) p. 582, 599.

⁶ PUCHTA, Ueber die *expressa causa* bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die *Exceptio rei iudicatae*, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 2 (1828) p. 251.

um eben dieselbe Zeit öffnet die Entdeckung des Gaius der Zivilistik einen neuen Zugang zu den um den Streitgegenstand gruppierten Prozeßeinrichtungen.

Am Anfang steht das bahnbrechende Werk des Zürchers FRIEDRICH LUDWIG KELLER⁷ „Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht“ von 1827. Das Buch⁸ erörtert Litiskontestation und Urteil in ihren materiellen Wirkungen, in ihrem Einfluß auf das im Streit stehende materielle Rechtsverhältnis (wobei methodisch die Exegese vorherrscht); die prozessualen Seiten werden nur dargestellt, so weit sie zum materiellrechtlichen Verständnis beitragen. Im Mittelpunkt stehen die Begriffe der *novatio necessaria* und insbesondere der bei Gaius neu gefundenen „processualischen Consumtion“ der *actio* im Formularverfahren. Die Rechtsfigur der Konsumtion wird quellengemäß⁹ mit der *exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* verknüpft. Bei Gaius ist zu finden, daß zivile *actiones in personam*, soweit *iudicio legitimo* verfolgt, durch die Litiskontestation verbraucht werden, was die *veteres* in folgenden Satz gekleidet hatten: *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere* (Gai 3.180); in allen anderen Fällen bedarf es der Einfügung der erwähnten *exceptio* in die Formel. Neben die Konsumtionswirkungen von Litiskontestation und Urteil stellt KELLER unter anderem die positive Funktion der *exceptio rei indicatae*, das heißt die Geltendmachung nicht nur der bloßen Existenz, sondern des materiellen (positiven) Inhalts eines früheren Urteils¹⁰ (hierauf wird vor allem SAVIGNY weiterbauen). Für das Detail kann nach KELLER die anstehende Aufgabe auf die Frage nach der objektiven und subjektiven Beziehung der *exceptio rei indicatae* reduziert werden. Von diesen Ansätzen aus wird die Lehre von der Rechtskraft neu durchdacht. Ferner wendet KELLER die zur Konsumtion gefundenen Sätze noch gesondert auf einzelne Fallgruppen an; hierbei sei er, wie er sagt, „unvermerkt mitten in das verrufene Gebieth der Concurrenz der Klagen geraten“ (p. 479); auch diese, zuletzt von THI-

⁷ Zu KELLER als Prozessualisten vgl. SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz II 1, 1931, p. 126 ss.; ANDREAS B. SCHWARZ, Das römische Recht an der Universität Zürich im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, Zürich 1938, p. 16 ss.

⁸ Besprochen von BETHMANN-HOLLWEG in der Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft, redigirt in Tübingen von R. MOHL u. a., 5 (Stuttgart 1829) p. 65-97. Cf. hierzu auch BETHMANN-HOLLWEGS Abhandlung „Ueber Repräsentation im Prozeß“ in seinen „Versuchen“ (oben II n. 10), p. 138 ss.

⁹ GAIUS 3. 180-181, 4. 106-108.

¹⁰ Beispielsweise *rei vindicatio* mit jetzt vertauschten Rollen.

BAUT¹¹ bearbeitete Lehre erscheint durch den Gaiusfund in neuem Licht (beispielsweise hinsichts der adjektivischen Klagen)¹².

Ähnliche Querverbindungen versucht als nächster BRACKENHOEFT zu ziehen¹³. Als methodischer Ausgangspunkt dient eine Lehre der „Rechtsverhältnisse überhaupt in ihren Grundsätzen“ (so das Vorwort), die sich jedoch in einer schwerfällig-spekulativen Begrifflichkeit verfängt. Dies und die vielfach undurchsichtigen Gedankengänge hinterlassen den Eindruck, daß der Verfasser seiner selbstgestellten Aufgabe nicht gewachsen war; er wird von Späteren auch nur in Einzelfragen herangezogen. BRACKENHOEFT gehört offenbar zu jenen Autoren, bei denen die an sich überlebte naturrechtliche Begrifflichkeit¹⁴ durch die HEGELSche Philosophie zu neuer und nicht immer wohlklingender Resonanz angeregt worden ist.

Einige Jahre nach BRACKENHOEFT erscheinen fast gleichzeitig drei Werke, die unsere Thematik entweder monographisch oder als Teil des ganzen Aktionenrechts mitbehandeln, aus den Federn von BUCHKA, WÄCHTER und SAVIGNY. Die Schrift BUCHKAS erscheint 1846/47 in drei Büchern¹⁵, die nacheinander das klassische römische, das justinianische und das gemeine Recht erörtern. BUCHKA bearbeitet weithin dieselben Gegenstände wie KELLER, mit dem er sich zu einzelnen Ergebnissen kritisch auseinandersetzt wie auch mit SAVIGNYS Lehre von der Konkurrenz der Klagen im 5. Band seines Systems oder mit PLANCKS Monographie über die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht (auf die weiter unten einzugehen ist). In unserem Zusammenhang ist ein Ergebnis hervorzuheben, zu dem BUCHKA in der Darstellung des justinianischen Rechts kommt. Die Litiskontestation habe nicht mehr die Wirkung der prozessualischen Konsumption, sondern sie rufe eine passive Prozeßobligation des Klägers hervor, von der sein Klage-

¹¹ Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civil-Klagen, in seinen Civilistischen Abhandlungen 1814, p. 146 ss.

¹² Strittig ist in der Folgezeit die Verbindung zwischen Klagenkonkurrenz und *exceptio rei iudicatae* geworden, vgl. einerseits THIBAUT op. cit. und betont J. F. KIERULFF, Theorie des gemeinen Civilrechts I, Altona 1839, p. 245 Fußn., andererseits SAVIGNY, System V p. 214, VI p. 416, und CARL GEORG WÄCHTER, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts II, 1842 (1846), p. 455 ss. n. 2. — Hierzu GAUL (oben n. 3) p. 467 ss.

¹³ THEODOR BRACKENHOEFT, Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse, oder: der Umfang der Wirkung der Res iudicata, die Concurrenz der Klagen, und das Präjudicium, Göttingen 1839.

¹⁴ So gehört zu seinen Vorbildern sichtlich L. C. FREIHERR v. GAISBERG, Allgemeine Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerlichen Processes, Stuttgart 1820.

¹⁵ HERMANN BUCHKA, Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß: Historisch und dogmatisch dargestellt I-II, Rostock u. Schwerin 1846-47.

recht abhängig. Diese Prozeßobligation des Klägers hat Konsequenzen sowohl für die *mutatio libelli* als auch für die *exceptio litis pendentis*, beides in der Entwicklung des gemeinen Rechts. Durch BUCHKA kommt die Klageänderung (ein weiterer „Bewährungspunkt“ des heutigen Streitgegenstands) in eine breitere Berührung mit dem materiellen Aktionenrecht, ohne allerdings von letzterem beansprucht zu werden.

Die Klageänderung wird (wenn wir einige Jahrzehnte vorausseilen dürfen) in den 70er Jahren eingehend diskutiert werden, so auch auf zwei Juristentagen¹⁶. Die Lehre von der Prozeßobligation ist später zum Ausgangspunkt der weit ausgreifenden Monographie RICHARD SCHMIDTS über die Klageänderung (1888) geworden, eines Glanzstückes der germanistisch-italienischen Richtung¹⁷.

Mit BUCHKA ist ferner WÄCHTER zu erwähnen, dessen Erörterungen aus dem Privatrecht von 1845/46¹⁸ im 2. Heft die Lehre von den Klagen und im 3. Heft die Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht behandeln. Die Erörterungen sollen sein Handbuch des württembergischen Privatrechts entlasten, aber auch die durch die historische Forschungsrichtung von neuem herausgeforderte Frage nach dem Praktischen und Unpraktischen im römischen Recht aufwerfen. WÄCHTER zieht in der Vorrede zum 1. Heft als Beleg gerade die Konsumption heran:

„So ist, um nur ein Beispiel anzuführen, für das Verständniß des Römischen Rechts, selbst des neuesten, sehr von Wichtigkeit die Lehre von der Prozeßconsumtion, die wir erst seit ein paar Jahrzehnten aus Gaius näher kennen; aber gerade diesem Institute wird von manchen Civilisten auch für das neueste, für das bei uns anwendbare Römische Recht noch eine praktische Bedeutung gegeben, die es in der That nicht mehr hat, während eine genaue Kenntniß des unpraktischen Instituts und seiner Konsequenzen es allein möglich macht, bei manchen Lehren scheinbar praktische Stellen unserer Quellen als unpraktische zu erkennen und nachzuweisen.“

WÄCHTER selbst legt in diesen Erörterungen den Schwerpunkt auf das justinianische und das geltende Recht¹⁹.

¹⁶ Verhandlungen des Zwölften deutschen Juristentages 1875 III 266 ss., 332 ss. — Verhandlungen des Dreizehnten deutschen Juristentages 1876 I 216 ss., II 301 ss., 430 ss. — CARL BOLGIANO, Zur Lehre von der Klageänderung nach gemeinem Prozeßrecht, AcP 60 (1877) 252-272. — E. KLEINSCHROD, Ueber die Klageänderung nach gemeinem Prozess, neusten Prozessordnungen und dem Code de procédure civile, Erlangen 1879.

¹⁷ Oben II n. 29.

¹⁸ C. G. WÄCHTER, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte I-III, Stuttgart 1845-46.

¹⁹ Die Titel der drei Erörterungen des 3. Hefts lauten: Die Consumtion und Novation eines Rechtsverhältnisses durch die Litis Contestation und das richterliche Urtheil. — Ein-

Den Höhepunkt des materiellen Aktionenrechts bildet SAVIGNYS Darstellung im 5. und 6. Band des Systems des heutigen römischen Rechts, 1841 bzw. 1847. Der 5. Band behandelt die Arten der Klagen (*actiones*) und Exzeptionen, die Konkurrenz der Klagen und die Klageverjährung. Themen des 6. Bands sind die Litiskontestation und die Rechtskraft des Urteils; hier geht es darum, diejenigen Veränderungen im subjektiven Recht festzustellen, welche durch die Litiskontestation und das rechtskräftige Urteil hervorgerufen werden. SAVIGNYS Lehren zum Aktionenrecht haben wir andernorts ausführlicher geschildert, worauf wir verweisen dürfen²⁰.

SAVIGNYS Darstellung bedeutet die Krönung, aber in mancher Hinsicht auch einen Abschluß des Aktionenrechts in der ihm vom 19. Jahrhundert gegebenen Gestalt. Zwar gibt es auch nach SAVIGNY zahlreiche Monographien zum Aktionenrecht; vor allem wird es erst mit den Pandektenlehrbüchern selbst absterben, in denen es zusammen mit Teilen des Beweisrechts seit HEISE das ganze Jahrhundert hindurch einen Platz gefunden hat, gewöhnlich unter dem Kapitel „Schutz der Rechte“ oder „Verfolgung und Verteidigung der Rechte“ oder ähnlichem zum Ende des Allgemeinen Teiles zu²¹. Aber wenige Jahre nach SAVIGNYS System beginnt auch der Zerfall des Aktionenrechts mit WINDSCHEIDS bekannter Schrift über die Actio von 1856²²; und auch die Lehrbücher und Monographien, die der neuen Ansicht nicht folgen (wie DERNBURG)²³, verlieren die frühere Unbefangenheit gegenüber dem Aktionenrecht. Den langwierigen Auflösungsprozess, der auch die konstruktive Periode des Zivilprozeßrechts mitverursacht und zugleich begleitet, in der Literatur zu verfolgen, ist hier nicht der Ort, zumal dazu

fluß der Einleitung des Prozesses, insbesondere der Litis Contestation, auf das Rechtsverhältnis nach dem Justinianischen und dem heutigen Recht. — Zur Lehre von der Rechtskraft des richterlichen Urteils. Ueber die Wirkungen eines ungerecht freisprechenden Urteils.

²⁰ NÖRR, Das Aktionenrecht bei Savigny, *Ius Commune* 8 (1979) p. 110 ss. Zu SAVIGNYS Lehre der Rechtskraft ausführlich H. F. GAUL Festschrift für Werner Flume, Köln 1978, p. 443 ss., ferner NÖRR, *Ius Commune* loc. cit. p. 116 ss.; zu seiner Lehre der Litiskontestation NÖRR, Festschrift für Werner Flume I p. 195 ss. (unter II).

²¹ Also ein Bestandteil des Pandektensystems, dessen Anfänge ANDREAS B. SCHWARZ geschildert hat, *SZRom* 42 (1921) 578 ss. Vgl. oben Anm. 5.

²² BERNHARD WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856. — THEODOR MUTHER, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht (usw.): Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs „Die Actio des Römischen Civilrechts“*, Erlangen 1857. — B. WINDSCHEID, *Die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf 1857 (Nachdruck der drei Schriften in einem Band: Aalen 1969).

²³ HEINRICH DERNBURG, *Pandekten I*, Berlin 1884.

neuere Darstellungen vorliegen²⁴. Wir führen noch einige Namen der Übergangszeit zu unserer Thematik auf.

Eine Auseinandersetzung vor allem mit KELLERS Gedanken beabsichtigt die Monographie BEKKERS über die prozessualische Konsumtion von 1853²⁵. Die Diskussion zu Konsumtion und Rechtskraft wird fortgeführt unter anderen von KRÜGER 1864 und KLEINSCHROD 1875 (letztere bereits unter prozessual-publizistischem Einschlag) sowie von RÜMELIN 1875²⁶. WINDSCHEID behandelt in der erwähnten Schrift von seinem Standpunkt aus die Konkurrenz und die Wirkungen von Litiskontestation und Urteil. Von den Autoren der Lehrbücher des Zivilrechts heben wir UNGER und DERNBURG hervor. JOSEPH UNGERS System enthält im 2. Band 1859²⁷ ein umfangreiches Kapitel über den gerichtlichen Rechtsschutz mit einem eigenen Abschnitt über den „prozessualischen Klagegrund“²⁸ (ein vorzüglicher Einstieg in die Lehre des 19. Jahrhunderts hiervon). HEINRICH DERNBURGS Pandekten erwähnen wir als Beispiel für die Miteinbeziehung von Teilen der modernen Prozeßlehre. — Nur noch begrenzt hierher gehört BEKKERS Werk über die Aktionen²⁹, dessen Programm auf ein „Auseinanderdenken des römischen und des heutigen Denkens“ zielt und sich bewußt und ausgesprochen vom „heutigen römischen Recht“ absetzen will³⁰.

Am Rande sei vermerkt, daß das Aktionenrecht auch die Germanistik beeindruckt hat und aus ihr dann erst wieder verbannt werden muß. Dieses Ziel setzt sich LABAND in seinem Werk über die vermögensrechtlichen Klagen

²⁴ Statt aller WILHELM SIMSHÄUSER, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Bielefeld 1965.

²⁵ ERNST IMMANUEL BEKKER, Die processualische Consumption im classischen römischen Recht, Berlin 1853.

²⁶ PAUL KRÜGER, Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses, Leipzig 1864. — E. KLEINSCHROD, Über die processualische Consumption und die Rechtskraft des Civilurtheils, Leipzig 1875. — GUSTAV RÜMELIN, Zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübingen 1875.

²⁷ JOSEPH UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, Leipzig 1859.

²⁸ 23. Kap. (p. 346-691) bzw. § 123 (p. 447-471). Nach UNGER ist die Lehre von der prozessualen Begründung des Klageanspruchs überwiegend zivilrechtlicher Natur. Der prozessuale Klagegrund selbst (*fundamentum agendi*) ist abzugrenzen einerseits vom materiellen (zivilrechtlichen) Klagegrund (*causa agendi*) und andererseits von der rein prozeßrechtlichen Frage nach der erforderlichen Einrichtung der Klageschrift.

²⁹ E. I. BEKKER, Die Aktionen des römischen Privatrechts I-II, Berlin 1871-73.

³⁰ Nicht mehr berühren uns WLASSAKS neue Theorie von der Litiskontestation (zur Kontroverse MAX KASER, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966, p. 219 ss.) noch AUG. SIG. SCHULTZES nur in Teilen verwendbares „Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung“ von 1883.

nach den sächsischen Rechtsquellen (Königsberg 1869); sein Ausgangspunkt ist, die romanistischen aktionenrechtlichen Kategorien für seinen Gegenstand abzuwehren. Ein weiteres Beispiel für solche Romanismen wäre die von RICHARD SCHMIDT vorgenommene Verpflanzung der Konsumption in den mittelalterlichen italienisch-kanonischen Prozeß. Im Gegenzuge ist von Germanismen die Vorstellung zu erwähnen, wonach das Verfahren *in jure* in ein bedingtes Endurteil des Prätors münde³¹.

WINDSCHEID hat in seinem Buch über die Actio gefordert, das oben erwähnte Pandektenkapitel über den Schutz der Rechte umzugestalten. Von den dort üblicherweise behandelten Materien soll erstens die Lehre vom Urteil beibehalten werden, somit auch die Lehre von der Rechtskraft. Die Lehre vom Beweis, dies der zweite Gegenstand, stehe einerseits mit der Lehre vom Urteil in Zusammenhang — Windscheid folgt auch hier einer traditionellen, am gemeinrechtlichen Beweisurteil ausgerichteten Sicht —, andererseits sei sie rein prozessual; immerhin müsse zumindest die Lehre von der Beweislast im System des materiellen Rechts miterörtert werden. Diese Stellungnahmen werden bis in den ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs weiterwirken, der bekanntlich am Ende seines Allgemeinen Teils zwei Abschnitte über die Rechtskraft des Urteils und über die Beweislast enthält³². In der Zeit zwischen RCPO und BGB sind die Zuordnungen³³ auch von der Spannung zwischen prozessualen Reichsrecht hier und materiellen Landesrechten dort beeinflußt. Noch nach der Jahrhundertwende ertönt die Klage, die beiden Gegenstände würden immer noch darunter leiden, daß sie, obwohl rein prozessual, bis vor kurzem nur von den Zivilisten behandelt worden seien³⁴.

Wir nehmen unsere Bemerkung zu Anfang wieder auf, daß den Zivilisten und Prozessualisten die nahe Verwandtschaft des Aktionen- mit dem Prozeßrecht stets vor Augen steht. Das materielle Aktionenrecht wird zwar im Zivilrecht, aber an seiner Grenze angesiedelt, so daß das gemeine und partikulare Prozeßrecht mit ihm in engste Berührung kommt. Hierbei sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Zum einen können die Prozessualisten die

³¹ Etwa bei KELLER, § 7.

³² Beide Abschnitte werden dann durch die Zweite Kommission aufgelöst, wobei die einzelnen Bestimmungen entweder gestrichen oder in die RCPO gewiesen werden.

³³ Cf. etwa ADOLF WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I, Leipzig 1885, § 9.

³⁴ RICHARD SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906, p. 744. — Von der Beweislast sagt FRANZ LEONHARD 1904, sie sei im 19. Jahrhundert ein „Zwischengebiet“ gewesen und lange Zeit stiefmütterlich behandelt worden (p. 42).

Gegenstände des Aktionenrechts mitbehandeln, etwa in ihren Lehrbüchern, und es unbesehen übernehmen oder kritisch verarbeiten. In den Prozeßlehrbüchern verliert das Aktionenrecht dann allerdings seine Gestalt, seine Teile werden ohne Zusammenhang an die diversen Orte des Lehrbuchs gestellt und erhalten je nach Ermessen des Autors verschiedene Gewichte. Daneben gibt es umfangreichere und weiterführende Beiträge in den lehrbuchbegleitenden Abhandlungen, allen voran in den Erläuterungen von Sintenis 1839/40³⁵.

Der zweite und bedeutsamere Weg geht dahin, die Gegenstände des Aktionenrechts von ihrer prozessualen Seite her aufzufassen. Die Autoren von KELLER bis SAVIGNY und darüber hinaus behandeln die erwähnten Themen der Rechtskraft usw. ausschließlich oder überwiegend aktionen-, also zivilrechtlich. Die andere Möglichkeit, das Ganze unter vorzugsweise prozessualen Gesichtspunkten zu betrachten, wird in einem großen Bogen von JULIUS WILHELM PLANCK (dem Vater des großen Physikers) aufgegriffen. In seiner (so LANDSBERG)³⁶ klassischen Monographie über die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht von 1844³⁷ stellt er sich laut Untertitel die Aufgabe, die prozessualischen Erscheinungen zu entwickeln, die durch den Einfluß mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden. Dieser umschreibende Titel, so sagt PLANCK in der Vorrede, muß gewählt werden, weil es an einem technischen Ausdruck für die bisher übliche Zusammenstellung der zu behandelnden einzelnen prozessualen Erscheinungen fehlt. Diese allerdings haben ihre Kunstnamen, es sind die Rechtskraft und Rechtshängigkeit, objektive und subjektive Klagenhäufung, die Widerklage, das Litisconsortium, die Intervention, die Lehre von den präparatorischen und präjudiziellen Sachen. Diese Materien werden, wie der Autor am Ende des Buches hervorhebt, gewöhnlich zerstreut an verschiedenen Orten des Systems des Prozeßrechts abgehandelt; „ich sehe darin einen Grund, daß manche Lehren in ihren Grundprinzipien schief und einseitig aufgefaßt werden“ (p. 529)³⁸. Die prozeßrechtliche Ausrichtung wird noch

³⁵ Die Themen der einzelnen Erläuterungen sind unten IV n. 12 wiedergegeben.

³⁶ (STINTZING-)LANDSBERG III 2 p. 565.

³⁷ JULIUS WILHELM PLANCK, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht: Entwicklung der prozessualischen Erscheinungen, die durch den Einfluß mehrerer Rechtsstreitigkeiten auf einander hervorgerufen werden, Göttingen 1844.

³⁸ Später fährt er fort (p. 530): „Es scheint mir, daß einerseits zusammengehörende Dinge auseinandergeworfen sind, und dadurch die Auffindung des gemeinsamen Grundgedankens erschwert oder fast unmöglich gemacht ist. So pflegt man z. B. von den s. g. Litisconsorten bei der Lehre von den Partheien im allgemeinen Theil, dagegen von der subjectiven Klagenhäufung erst bei Gelegenheit des Klagschreibens, endlich von der s. g. Prinzipal-Intervention häufig in einem Anhang zu reden. Anderentheils meine ich, daß einige

dadurch betont, daß auch der Strafprozeß miteinbezogen wird. Die Darstellung ist historisch-systematisch. Ein Abschnitt ist dem römischen Recht, ein zweiter der Fortbildung der Rechtsansichten im Mittelalter bis auf die neueste Zeit gewidmet, der letzte Abschnitt stellt die Resultate für das System des geltenden Prozeßrechts zusammen. Auf dem Wege der Dogmengeschichte soll der Schlüssel der heutigen Rechtsinstitute selbst gesucht, soll „mithin ein rein praktisches Interesse“ verfolgt werden (p. 258). In der Durchführung tritt wiederholt das Bestreben PLANCKS zutage, die prozeßrechtliche von der materiellrechtlichen Seite eines Gegenstands zu trennen. Beispiele hierfür sind die Ausführungen zum Verhältnis von Klagenhäufung und Klagenkonkurrenz (p. 357 s.), anläßlich der Prüfungsreihenfolge mehrerer Rechtsstreitigkeiten (p. 496 s.) und vor allem zur Streitgenossenschaft (p. 397 ss., 416 ss.). Zu letzterem Punkt verweist er auch auf seine Dissertation, die in Fortführung von Ergebnissen BETHMANN-HOLLWEGS die Sachlegitimation von der Prozeßlegitimation getrennt hat (eines der bedeutsamsten Einzelergebnisse der historischen Schule)³⁹. Die prozessuale Betrachtungsweise PLANCKS darf allerdings nicht in modernem Sinne verstanden werden. Nach wie vor bestimmt das materielle Recht das Objekt des Prozesses, den Streitgegenstand. Beispielsweise wird zu Anfang ausdrücklich dem Zivilrecht ganz die „Vorfrage“ überlassen, wann zwei Streitsachen der Sache nach dieselben sind (p. 3). Um so freier, so scheint es, hat der Blick für die Eigenart des Prozessualen werden können. Vielleicht erklärt sich hieraus der Grundzug des Buches, nämlich das — bei aller dogmatischen Feinheit — eindrucksvolle Bekenntnis zur Zweckmäßigkeit im Prozeß. Fast ist es zu bedauern, daß sich PLANCK von der in diesem Werk eingeschlagenen Forschungsrichtung später hat ablenken lassen.

Von PLANCK in der Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten führen mehrere unmittelbare Linien zu OSKAR BÜLOWs bekannter Schrift von 1868⁴⁰. So geht es BÜLOW ebenfalls um eine dogmengeschichtliche Gesamtbetrachtung bisher auseinanderliegender Prozeßsätze und um ein System. Ferner be-

Materien durch den ihnen angewiesenen Ort in eine sehr untergeordnete Stellung gerathen, und dadurch einer einseitigen Auffassung ausgesetzt sind. So redet man z. B. gewöhnlich von der Unmöglichkeit eines zweiten gleichzeitigen Prozesses über dieselbe Sache nur bei Gelegenheit der Concurrenz mehrerer Gerichtsstände und nebenher als von einer Wirkung des ersten Decrets“.

³⁹ BETHMANN-HOLLWEG, Ueber die Legitimation zur Sache, in: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, 1827, p. 78 ss.; GUIL. JUL. PLANCK, De legitimatione ad causam, 1837.

⁴⁰ OSKAR BÜLOW, Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, Gießen 1868.

kämpft er allorts die Verwechslung von materiellem Recht und Prozeß, laut Vorrede enthalten seine Untersuchungen „eine beständige Grenzregulierung zwischen Privatrecht und Civilproceßrecht“. Aber auch bei BÜLOW wird die Bestimmung des Prozeßobjekts als vom Privatrecht gegeben vorausgesetzt, nur jetzt in WINDSCHEIDScher anstatt in älterer aktionenrechtlicher Weise (was sich alsbald in der RCPO wiederholen wird). Freilich kann über diese Gemeinsamkeiten nicht die grundlegende Verschiedenheit der Werke PLANCKS und BÜLows vergessen werden, ist doch jenes von der Sicht der Zweckmäßigkeit im Prozeß, dieses aber von dem importierten konstruktiven Denken geprägt — womit auch eine neue Periode der Prozeßrechtswissenschaft begonnen hat.

IV. *Gemeinrechtliche Lehr- und Handbücher*

Voranzuschicken ist ein kurzer Blick auf die Rechtsquellen des gemeinen Zivilprozesses. Rechtsquellen sind das römische und kanonische Recht, soweit ihre prozessualen Regeln mit der gegenwärtigen Staats- und Gerichtsverfassung vereinbar sind, sowie die Gesetze des ehemaligen Reiches, hier vor allem die Reichskammergerichtsordnungen und der Jüngste Reichsabschied von 1654. Umstritten ist, ob die Gemeinen Bescheide des Reichskammergerichts als Quellen des gemeinen Prozesses anzusehen sind. Oben schon erwähnt wurde die Kontroverse um das Bestehen eines gemeindeutschen Gewohnheitsrechts in der Gestalt des Gerichtsgebrauchs und der Rechtswissenschaft; aber auch wer es theoretisch bestreitet, zieht die Literatur im Ergebnis gleich einer Rechtsquelle heran. Ferner ist strittig, ob Gemeinsamkeiten der partikularen Prozeßordnungen ein gemeinsames Prozeßrecht bedeuten. Auch im Zivilprozeß war mit der historischen Richtung die Rechtsquellenlehre in Fluß gekommen¹.

Das Lehrbuch von MARTIN, das wir oben vorgeführt haben, beherrscht das erste Viertel des 19. Jahrhunderts. Neben ihm gibt es als selbständige Lehrbücher zunächst nur noch die Wiederaufgaben der Theorie GROLMANS und des

¹ Hierzu AUGUST BETHMANN-HOLLWEG, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß, Berlin 1821, ²1825, Vorrede über die wissenschaftliche Behandlungsart desselben. — J. B. SARTORIUS, Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechtes im Civilprozesse, AcP 27 (1844) 81-103. — Revision der Lehre von den Quellen des gemeinen deutschen Civilprocesses, Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß, hg. v. Linde u. a., NF 1 (1845) 151-239. — Cf. auch die Lehr- und Handbücher des gemeinen Zivilprozesses in den Einleitungen.

dritten Buchs des Pandekten-Systems THIBAULTS. Die anderen gemeinrechtlichen Autoren lehnen sich an MARTINS Lehrbuch an. Es wird den Vorlesungen zugrundegelegt; da es wegen seiner Gedrängtheit und seines konzisen Stils kaum für den Anfänger geeignet ist, diktieren die Dozenten ihre Kommentierungen zu MARTIN den Hörern. Manche geben diese Diktate in Druck, um Zeit zum freien Vortrag zu gewinnen. Die so entstehenden Werke sind nach zwei Arten zu unterscheiden. Die eine Art behandelt nur einige wenige ausgewählte Probleme, diese dann aber ausführlich bis zu ausgewachsenen Monographien. Hier ist die Anknüpfung an MARTIN eher äußerlich und zufällig, in Wirklichkeit handelt es sich um gesammelte Abhandlungen des Autors. Die zweite Art ist eine fortlaufende Kommentierung zu MARTINS Lehrbuch, mehr oder weniger vollständig gehalten. Nur die Beispiele der letzteren Art können einem Lehrbuch im eigentlichen Sinne gleichgestellt werden.

Der als erster zu nennende Autor hat Werke beider Arten hinterlassen. GENSLER sammelt, unter demselben irreführenden Titel „Handbuch“ wie früher GÖNNER, sechs Abhandlungen verschiedener Länge²; drei von ihnen betreffen Gegenstände der Einleitung und der allgemeinen Grundsätze und haben schon vom Thema her einen stark naturrechtlichen Einschlag; die sechste Abhandlung erörtert die Lehre von den Prozeßkosten auf 250 Seiten. GENSLERS fortlaufende Kolleghefte zu MARTIN werden posthum zweimal veröffentlicht³.

Der zweite Kommentator MARTINS ist MORSTADT. Seine „Materialkritik“ von 1820⁴ macht einen zwiespältigen Eindruck. Der legitime Kampf um Öffentlichkeit und Mündlichkeit schlägt in eine böse Polemik gegen MARTIN um⁵, so daß das Buch, wie MORSTADT in der Vorrede entwaffnend sagt,

² JOHANN CASPAR GENSLER, Handbuch zu Christoph Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes I, Jena 1814, ²1821. — Wie die Vorrede ergibt, wird Zivilprozeß vier bis fünf Monate hindurch einstündig gelesen.

³ J. C. GENSLER, Vollständiger Commentar in fortlaufenden Dictaten zu C. Martin's Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes. Nach des Verf. Tode sorgfältig revidirt und hg. v. C. J. Guyet. Rechtmässige Original-Ausgabe, Heidelberg 1825. — J. C. GENSLER, Vollständiger Commentar über Martin's Civilproceß-Lehrbuch. Hg., durchaus revidirt, und theils kritisch theils erleuternd glossirt, v. Karl Eduard Morstadt, I-II, Heidelberg 1825.

⁴ KARL EDUARD MORSTADT, Materialkritik von Martin's Civilproceß-Lehrbuch: zugleich auf eine Mitcommentation von dessen Gegenstand berechnet. Einundneunzig Entwürfe, Heidelberg 1820. ⁵Ein Hundert und ein Entwürfe, 1828.

⁵ Aus der Vorrede zur 1. Aufl.: „Was die Tendenz dieses Buches betrifft, so ist sie eine dreifache . . . Drittens, und hauptsächlich, aber suchte ich, um dem Altar meiner politischen Ideale ein schuldiges Opfer zu bringen, durch eine Aufdeckung von Martins Schwächen, dem

„ohnehin eine persönliche Tendenz nehmen mußte“. Aber auch davon abgesehen stößt das Übermaß von Geistreicheleien ab⁶. Andererseits sind treffende Beobachtungen zu finden, so wenn MORSTADT (Nr. 13) „die genaue Verbindung“ zwischen der Form des Zivilprozesses und der Staatsverfassung, von Extremen abgesehen, leugnet und dies überzeugend belegt.

Der dritte Name ist der bekannteste. BAYER knüpft in seinen Vorträgen 1828 an MARTINS Lehrbuch an, löst sich aber dann von ihm und formt mit der 8. Aufl. 1856 ein selbständiges Lehrbuch⁷. An manchen Stellen, so schon zu Anfang im ersten Paragraphen, spürt man die naturrechtliche Schulung; andererseits macht sich in den entwicklungsgeschichtlichen Angaben der Einfluß der historischen Richtung bemerkbar. BAYER beherrscht zusammen mit dem sogleich zu nennenden LINDE die Ausbildung im mittleren Drittel des Jahrhunderts; noch BÜLOW spricht von „unserem beliebtesten Zivilprozeßlehrbuch“. Es wird von den Benutzern als klar und faßlich wie kein anderes beurteilt.

MARTIN selbst hat fast ein halbes Jahrhundert Zivilprozeß gelesen. Seine Vorlesung wird ohne sein Wissen und von ihm nicht anerkannt 1835 von einem pseudonymen WEBER veröffentlicht⁸. MARTIN gibt sie später durch seinen Sohn heraus (wobei er sich auf den Vorgang der Pandektisten GÖSCHEN und GEORG FRIEDRICH PUCHTA beruft)⁹. Der Zeit ihrer Publikation entsprechen die Vorlesungen nur noch teilweise; um so materialreicher bezeugen sie den Stand der Wissenschaft in den früheren Jahrzehnten.

Ist MARTINS Lehrbuch für die ersten Jahrzehnte das Compendium gewesen, nach dem gelesen wird, so tritt nach und nach an seine Stelle das Lehrbuch von LINDE in sieben Auflagen von 1825 bis 1850¹⁰. Es setzt die posibitteren Schaden entgegenzuarbeiten, welchen er, über seine Nation, dadurch verhängt, daß er wider deren lauten Wunsch nach Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ihrer Rechtspflege, statt aller Gegenründe, das Gewicht seiner usurpirten Autorität, und seiner empörenden Invectiven, in die Wagschale schleudert. Wer uns, an der Stelle von Argumenten, bloß sein eigenes Ich, und dessen Schimpfreden, opponirt, wird am klügsten dadurch unschädlich gemacht, daß wir, mit der Leuchtfackel in der Hand, dem Publikum zeigen, wie seines Ichs Größe von einem Pappdeckel-Kothurn herrühre, und seine Schimpfreden die Exclamationen eines Trunkenen seyen.“

⁶ Cf. auch das Urteil LANDSBERGS in den Noten p. 80, n. 36.

⁷ HIERONYMUS BAYER, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß (bis 7. Aufl. :) mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch. Anstatt handschriftlicher Mittheilung für seine Zuhörer bestimmt, München 1828, ⁸1856, ¹⁰1869.

⁸ E. H. WEBER, Paraphrase des Martin'schen Civil-Proceß-Lehrbuches, Stuttgart 1835.

⁹ CHRISTOPH MARTIN, Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, hg. v. Theodor Martin, I-II, Leipzig 1855-57.

¹⁰ JUSTIN TIMOTHEUS BALTHASAR LINDE, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, Bonn 1825, ⁷1850.

tiv-systematische Richtung MARTINS fort und zeichnet in begrenztem Umfang entwicklungsgeschichtliche Linien mit ein. Das Gleichgewicht zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil scheint bei LINDE schon bedroht, wenn auch noch nicht zerstört. Den Zeitgenossen gilt die Anordnung des Stoffes als geglückt, und so kann LINDE in den Vorreden zu verschiedenen Auflagen berichten, welche Autoren, vor allem auch der partikularen Zivilprozeßrechte, von seiner Anordnung ausgehen¹¹.

Zu LINDES Lehrbuch sind dieselben zwei Arten von begleitenden Werken erschienen wie zu MARTIN. Unter die erste Art, die monographische Abhandlungsreihe, fallen die Erläuterungen von SINTENIS 1839-40¹². Sie können der systematisch-historischen Richtung zugerechnet werden, ähnlich den zivilprozessualen Abhandlungen LINDES von 1823-29¹³. Sie stehen in der Nähe der „Versuche“ BETHMANN-HOLLWEGS von 1827, die ihrem Selbstverständnis nach weniger der Geschichte als dem System angehören. Zur zweiten Gruppe nach Art fortlaufender Kommentierungen und Ergänzungen zählen die Erörterungen BRACKENHOEFTS 1842¹⁴, eine fleißige, allerdings methodisch zurückgebliebene und stellenweise schwer verdauliche Schrift. Ferner ist noch einmal MORSTADT zu nennen, der von MARTINS auf LINDES Lehrbuch umsattelt¹⁵.

In demselben Jahr wie LINDES Lehrbuch erscheint mit den Institutionen HEFFTERS¹⁶ der erste Versuch einer geschichtlichen Darstellung des Zivilprozesses¹⁷. Laut Vorwort soll der gemeine deutsche Prozeß auf der Grundlage

¹¹ Die Vorrede zur 7. Aufl. berichtet von den das gerichtliche Verfahren berührenden Plänen des Frankfurter und des Erfurter Parlaments, deren Mitglied LINDE war. Cf. auch im Lehrbuch § 21 und § 64.

¹² CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses nach Linde's Lehrbuch in einzelnen Abhandlungen I 1-3, Giessen 1839-40. Die Themen der sieben Erläuterungen: I. Über den Gerichtsstand der gelegenen Sache. II. Von der Prävention. III. Von der Einrede mehrerer Streitgenossen. IV. Von der Litiscontestation des neueren Rechts, und den Wirkungen der ersten Handlungen der Partheien und des Richters nach heutigem Prozeßrecht. V. Über den Klagegrund. VI. Revision des Ungehorsamsprinzips. VII. Vom Ergänzungsamte des Richters in Betreff der Unvollständigkeiten und Unrichtigkeiten der Partheivorträge.

¹³ J. T. B. LINDE, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozesse mit Berücksichtigung der Preussischen allgemeinen Gerichtsordnung (ab II:) und anderer deutscher Prozeßgesetze I-II, Bonn 1823-29.

¹⁴ THEODOR BRACKENHOEFT, Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, Leipzig 1842.

¹⁵ C. E. MORSTADT, Gemein-deutscher Civilproceß-Schlüssel. Pragmatisch-kritischer Commentar über Linde's Civilproceß-Lehrbuch. Publicirtes Collegienheft, Heidelberg 1847.

¹⁶ AUGUST WILHELM HEFFTER, Institutionen des römischen und teutschen Civil-Processes, Bonn 1825.

¹⁷ (STINTZING-)LANDSBERG III 2 p. 299 s.

des römischen Prozeßrechts entwickelt werden. In der Durchführung, die als einseitig die Germanisten, wie oben geschildert, rügen werden, liegt der Schwerpunkt auf dem römischen Prozeß, teilweise ein zweiter auf der deutschen Entwicklung seit dem Ausgang des 15. Jahrhunderts. So eindrucksvoll die Bemühungen sind, so lückenhaft und unausgeglichen wirkt das Ergebnis, muß es wirken, weil, wie schon oben erwähnt, die monographischen Vorarbeiten fehlen. Als diese in größerer Zahl auftreten, scheint zugleich auch die Einsicht zu wachsen, welches unbekanntes Land noch vor der Prozeßgeschichte liegt. Jedenfalls arbeitet HEFFTER seine Institutionen zum System um¹⁸; die Geschichte ist, wie er im Vorwort betont, „wesentlich dem Begriff und Dogma untergeordnet“. So nähert sich HEFFTER wieder der Hauptreihe, die von MARTIN über LINDE und BAYER zum Höhepunkt der systematisch-historischen Richtung, zu WETZELL führt.

WETZELL, ein Schüler GEORG FRIEDRICH PUCHTAS, berichtet im Vorwort zur ersten Auflage 1854¹⁹ von seinen methodischen Auffassungen. Deren Kern bildet die Überzeugung, daß trotz allen historisch bedingten und daher wandelbaren Bestandteilen des Prozesses die Grundzüge desselben in seinen historischen Phasen nicht wesentlich von einander abweichen, „weil sie in der That die logischen Konsequenzen seines dem römischen, canonischen und deutschen Recht in gleicher Weise angehörigen Begriffes sind“. Viel stärker als bei HEFFTER werden Geschichte und System miteinander verwoben, ja bis zur Undurchdringlichkeit verdichtet. In der Fülle des historisch-dogmatischen Materials erscheint die 3. Aufl. 1878, bei der SOHM und WACH dem Autor zur Seite gestanden haben, dem heutigen Prozessualisten wie schon LANDSBERG und seiner Zeit als bleibendes Monument des gemeinen Prozesses. Dies geschieht zu Recht, soweit sie als Summe historischer Forschung, zu Unrecht, soweit sie als System des gemeinen Prozesses eingeschätzt wird, denn als System ist das Werk mißglückt, zumindest unpraktisch und nicht repräsentativ.

Freilich trifft dieser Vorwurf den Autor nur halb, zum anderen Teil aber seine Vorgänger. Das Systemgewirr ist eine zuerst von PLANCK 1844 formulierte und bis zum Ende der gemeinrechtlichen Periode wiederholte Beschwerde:

„Ein übereinstimmendes System des Civilprozesses ist von den Rechtslehrern bis

¹⁸ A. W. HEFFTER, System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts, Bonn 1843 (= ²Institutionen).

¹⁹ GEORG WILHELM WETZELL, System des ordentlichen Civilprocesses, Leipzig 1854-62, ³1871-78.

jetzt nicht angenommen worden. Nicht einmal eine annäherungsweise übereinstimmende Anordnung findet, wie dies doch gegenwärtig im Civilrecht zu sein pflegt, unter den einzelnen Lehrbüchern statt²⁰.“

Eine kleine Illustration bietet die verschiedene Vorstellung von der Aufgabe eines Allgemeinen Teils und somit auch von seinem Umfang; in extremen Fällen wird ihm über drei Viertel des Buches eingeräumt. Diesen Mißgriff macht WETZELL zwar nicht, aber auch seine Anlage wird wie schon von den Zeitgenossen²¹ so auch heute²² mit Recht für ungenügend empfunden.

Neben WETZELLS System können zwei andere historisch ausgerichtete Lehrbücher weniger Erfolg gewinnen. Das Lehrbuch von OSTERLOH²³ hat immerhin das didaktisch nicht zu unterschätzende Verdienst, die im Zivilprozeß ja schwer erreichbaren Quellenstellen in größerem Umfang wörtlich abzudrucken, allerdings beschränkt auf gesetzliche Quellen und ohne Belege des Gerichtsgebrauchs, wie er sich in der Literatur niederschlägt. Das Zivilprozeßrecht von ENDEMANN²⁴, aus Vorlesungen herausgewachsen, nimmt sich eine unzeitgemäße Freiheit gegenüber den Rechtsquellen (programmatisch § 15); dies hat neben anderen Eigenschaften dem Autor den vernichtenden Zorn BÜLOWs zugezogen²⁵. In der Tat liegt ENDEMANNs Verdienst um den Zivilprozeß nicht in dieser Gesamtdarstellung, sondern in einem Einzelthema, in seinem Einsatz für die freie Beweiswürdigung.

Noch vor Torschluss, wie ein Zeitgenosse bemerkt, erscheint 1867 das letzte Lehrbuch zum gemeinen Recht von RENAUD²⁶. Viel durchsichtiger als WETZELL vermittelt es in seiner 2. Aufl. 1873 den Stand des gemeinen Prozesses unmittelbar vor der RCPO. Ist es auch mager in den Erträgen der historischen Forschung, so wird dies ausgeglichen einmal durch eine stärkere Berücksichtigung der Rechtsprechung und zum anderen durch die in dieser Art erstmalige vergleichende Einbeziehung der zahlreichen neueren Zivilprozeßgesetzgebungen und Entwürfe der Partikularstaaten und des Reichs.

²⁰ WILHELM JULIUS PLANCK, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, 1844, p. 530.

²¹ Beispielsweise THEODOR MUTHER in der KritVjschr 7 (1865) 610-619.

²² WILHELM SIMSHÄUSER, Materielles Recht und Prozeßrecht p. 50 ss.; zur Methode Wetzells auch p. 47 s.

²³ ROBERT OSTERLOH, Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses I-II, Leipzig 1856.

²⁴ WILHELM ENDEMANN, Das Deutsche Civilprozeßrecht, Heidelberg 1868.

²⁵ KritVjschr 12 (1870) 1-19.

²⁶ ACHILLES RENAUD, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen. Der ordentliche Prozeß, Leipzig 1867, 21873.

Wie WETZELL hat sich auch RENAUD im System durch BÜLOWs Ansatz nicht beeindrucken lassen.

Außer diesen Lehrbüchern gibt es eine Anzahl von Grundrissen zu Lehrzwecken, die in erster Linie die Gliederung sowie Quellen- und Literaturnachweise bieten wollen²⁷; zusätzlich drucken sie in größerem Umfang Quellentext ab (so RUDORFF)²⁸, oder sie bringen Stichworte der Vorlesung (BÖCKING)²⁹ oder auch stellenweise längere Beiträge zur Sache (MÜHLENBRUCH)³⁰. Solche Grundrisse können sich der historischen Methode leichter verschreiben, weil sie nicht zur Ausführung genötigt sind.

Neben den Lehrbüchern ist die Zahl der vorab für den Praktiker bestimmten gemeinrechtlichen Handbücher bei weitem geringer. Freilich ist die Grenze zwischen beiden Gattungen fließend. Denn viele Lehrbücher sprechen auch den Praktiker an, soweit sie weiterführende Literatur für die Einzelheiten sowie Gerichtsentscheidungen nachweisen, wobei die allgemeine Richtung keinen Ausschlag gibt, so daß beispielsweise MARTIN hier und WETZELL dort Judikatur angeben. Andererseits stellen auch die jetzt zu nennenden Handbücher die wissenschaftlich erarbeitete Theorie dar. Der Grund für ihre geringere Zahl liegt wohl darin, daß der Praktiker für das Detail zuerst zur partikularrechtlichen Gesamtdarstellung greift.

Noch unter dem Eindruck der Naturrechtsperiode steht stellenweise das Handbuch des württembergischen Praktikers REINHARDT von 1823-24³¹. LINDE hat neben seinem Lehrbuch auch ein umfassendes Handbuch geplant; hier will er als Schüler MITTERMAIERS das Partikularrecht nebst Entwürfen in großem Umfang vergleichend einarbeiten. Zustandekommen sind jedoch nur zwei Bände zur Lehre von den Rechtsmitteln³². Tüchtig und aus-

²⁷ So der schon mehrfach erwähnte Grundriß BETHMANN-HOLLWEGS.

²⁸ EDOLPH AUGUST FRIEDRICH RUDORFF, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und preussischen Civilprozeß, Berlin 1837.

²⁹ EDUARD BÖCKING, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen deutschen Civilprozeß, mit Berücksichtigung des sächsischen und preussischen. Nebst Quellen- und Literaturangaben. Statt handschriftlicher Mittheilung, Bonn 1852.

³⁰ CHRISTIAN FRIEDRICH MÜHLENBRUCH, Entwurf des gemeinrechtlichen (1. Aufl.) und preussischen Civilprozesses mit beigelegten Anmerkungen, Quellen- und Literaturbelegen, Halle 1827, 21840.

³¹ KARL FRIEDRICH REINHARDT, Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes I-II, Stuttgart 1823-24.

³² J. T. B. LINDE, Handbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses nebst einer ausführlichen Vergleichung der in Deutschland geltenden particularrechtlichen Grundsätze des Civilprozesses, in einer Prüfung der neueren Entwürfe und motivirten Vorschlägen zur Civilprozeßgesetzgebung IV-V: Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln 1-2, Gießen 1831-40.

gewogen wirkt das dreibändige Handbuch von A. CH. J. SCHMID, Kiel 1843-45³³. Eine eigene Darstellung widmet der untergerichtlichen Praxis der bayerische Landrichter WOLFGANG HEINRICH PUCHTA (der Vater des bekannteren Romanisten) in Form einer „Dienstespragmatik“ mit ausführlicher historischer Einleitung³⁴.

Es ist auch hier der Ort, auf die Materialien der Zivilprozeßgesetzgebungen hinzuweisen, da sie reichen Erkenntnistoff des geltenden gemeinen wie auch partikularen Zivilprozeßrechts bieten. Ein Arsenal bilden vor allem die vielbändigen Protokolle der Hannoverschen Kommission 1862-66. Unentbehrlich ist auch die Begründung des (zweiten) deutschen Entwurfs 1872.

V. *Summarische Prozeßarten. — Verfahren vor Handelsgerichten. — Konkurs*

Unter den außerordentlichen Prozeßarten werden regelmäßig die summarischen Prozesse und der Konkursprozeß unterschieden. Eine einheitliche Ansicht davon, was alles den summarischen Prozessen zuzuzählen ist, hat sich nicht bilden können, auch nicht in der gemeinrechtlichen Theorie, die die partikularrechtlichen Besonderheiten beiseite läßt. Soviel läßt sich sagen, daß sich die Theorie im allgemeinen zunehmend um Ausgrenzungen bemüht. So entfernt schon im 18. Jahrhundert CLAPROTH die Regierungs-, Polizei- und Kammersachen¹. Bei MARTIN findet sich der Konkursprozeß abgesondert am Schluß des Lehrbuchs erörtert. Am weitesten geht BRIEGLEBS Theorie der summarischen Prozesse², die von den herkömmlich unterschiedenen Gruppen der unbestimmt und bestimmt (nach anderen regulär bzw. irregulär) summarischen Prozesse nur die letztere beibehalten will (gestützt allerdings auf die unrichtige Ansicht, daß die dem unbestimmt summarischen Prozesse zugrundeliegende Konstitution „Saepe“ die wichtigste Quelle des *ordentlichen* gemeinen Prozesses sei). Bahnbrechend ist BRIEGLEB in der Erforschung der bestimmt summarischen Prozesse gewesen; hierher gehören

³³ ANDREAS CHRISTIAN JOHANNES SCHMID, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses I-III, Kiel 1843-45.

³⁴ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Der Dienst der deutschen Justizämter oder Einzelrichter I-II, Erlangen 1829-30.

¹ JUSTUS CLAPROTH, Einleitung in sämtliche summarische Prozesse zum Gebrauch der practischen Vorlesungen, Göttingen 1777, 41808.

² HANS KARL BRIEGLEB, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859.

seine und andere der oben³ angeführten Monographien. Seit der Naturrechtsschule wird auch versucht, gemeinsame Nenner der summarischen Prozesse zu entwickeln, jedoch wegen deren Verschiedenartigkeit ohne dauernden Erfolg. Für die bestimmt summarischen Prozeßarten kann dann BRIEGLEB ein Prinzip in der Prima-facie-Cognition entdecken, womit er auch auf die RCPO einwirken wird⁴.

Als Beispiel für die herrschende Lehre sei die Aufzählung in BAYERS „Theorie“⁵ vorgeführt⁶. Als gemeinsames Merkmal wird, wenig aussagekräftig, das Bestreben nach Beschleunigung angegeben. Zur Gruppe der bestimmt oder irregulär summarischen Prozesses gehören solche Prozeßarten, in denen von der gewöhnlichen Reihenfolge der wesentlichen Bestandteile des Verfahrens abgewichen wird, nämlich der Mandats-, der Arrest- und der Executivprozeß. Innerhalb des Mandatsprozesses wird der (seinerseits in der Anwendung unsichere) unbedingte von dem bedingten Mandatsprozeß unterschieden. Der bedingte Mandatsprozeß ist Vorläufer unseres Mahnverfahrens; an den Executivprozeß knüpft der Urkundenprozeß an. Uferlos ist die Aufzählung der in den unbestimmt summarischen Prozeßarten zu behandelnden Fälle. Hervorgehoben werden der Provokationsprozeß (der durch die Feststellungsklage unnötig werden wird), die possessorischen Prozeßarten und der Rechnungsprozeß. Es gehören hierher aber auch Bagatellsachen, Alimentensachen, Baustreitigkeiten, überhaupt Fälle provisorischer Verfügungen; ferner Gesindesachen, Streitigkeiten zwischen Handwerksmeister und Gesellen, Mietsachen, Ehestreitigkeiten; weiterhin Incidentstreitigkeiten. Manches aus dem Kunterbunt der unbestimmt summarischen Prozesse ist heute der einstweiligen Verfügung zugewiesen, wie auch in ihr das unbedingte Mandat teilweise aufgegangen ist.

Große Verschiedenheiten weisen die partikularen Prozeßrechte auf. Hier-

³ Oben II n. 29.

⁴ So im Urkundenprozeß. Für den Arrest folgt die RCPO der von BRIEGLEB bestrittenen Lehre WETZELLS (zuletzt System, 3. Aufl., § 29) von der Bescheinigung oder Glaubhaftmachung.

⁵ HIERONYMUS v. BAYER, Theorie der summarischen Prozesse, nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts, mit Ausschluß des Concursprocesses, zunächst für seine Zuhörer bestimmt, München 1830, ⁷1859.

⁶ Vgl. ferner NICOLAUS THADDÄUS GÖNNER, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände IV, Erlangen ²1805. — CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung IV: Die summarischen Verfahrensarten, Bonn 1826, ²1840; und von den oben unter IV genannten gemeinrechtlichen Lehr- und Handbüchern: MARTIN, LINDE, HEFFTER (System), SCHMID (Band III), ENDEMANN.

von sei das Verfahren vor Handelsgerichten kurz erwähnt. Vielerorts werden die Handelssachen der Kaufleute zum summarischen Prozeß gestellt, beispielsweise in der Ernestinischen Prozeßordnung von 1670⁷. Die preußische allgemeine Gerichtsordnung sieht im 1. Teil, Titel 30, ein abgekürztes Verfahren für Messe- und Marktstreitigkeiten vor, desgleichen bei lebhaftem Handelsverkehr; im übrigen gehören Merkantilsachen je nach Gegenstand zum ordentlichen oder einem besonderen Prozeß. Diejenigen Prozeßordnungen und Entwürfe, welche dem *Code de procédure civile* folgen, bringen wie ihre Vorlage einen Abschnitt über das Verfahren vor Handelsgerichten. In diesen Fällen werden literarisch die verfahrensrechtlichen Besonderheiten regelmäßig im Rahmen der jeweiligen Gesamtdarstellungen des partikularen Prozeßrechts mitbehandelt (beispielsweise für Bayern BARTH⁸). Ähnliches gilt für die kritische Literatur zu den Entwürfen⁹. Soweit im Zuge der Einführung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches in die einzelnen Bundesstaaten auch Bestimmungen über das Verfahren vor Handelsgerichten getroffen werden (etwa in Württemberg in Gestalt einer eigenen Handelsgerichtsordnung, anderswo in den Einführungsgesetzen), wäre dann auch die partikulare handelsrechtliche Literatur¹⁰ zu beachten¹¹.

Den Konkurs hat das 19. Jahrhundert in größerer Nähe zum Prozeß gesehen als die heutige Lehre und ihn als die wichtigste außerordentliche Prozeßart angesprochen. In der Tat kehren im älteren Konkursverfahren wesentliche Merkmale des Zivilverfahrens wieder, so eine vergleichbare Mitwirkung des Gerichts oder die Parzellierung des Verfahrens in mehrere, bestimmten Handlungen vorbehaltene Stadien, die sich ihrerseits zum Teil in einzelnen Prozessen fortbewegen. Die ganze Anordnung hängt eng zusammen mit der grundsätzlichen Beteiligungslast der Gläubiger (Prinzip der Universalität) und — materiellrechtlich — mit der äußerst verwickelten

⁷ HEIMBACH, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes (unten VI n. 19) II § 6. Bei Heimbach auch weitere Beispiele.

⁸ Im 2. Band 1870 (unten VI n. 14).

⁹ Beispielsweise zum preußischen Entwurf LEONHARDT, Zur Reform II (unten VII n. 43) § 21.

¹⁰ So zur erwähnten Württemberger Gesetzgebung H. A. FECHT, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch und die Gesetze betr. 1. die Einführung des Handelsgesetzbuchs in Württemberg, 2. die Errichtung von Handelsgerichten und das Verfahren vor denselben in Württemberg, Stuttgart 1865.

¹¹ Aus der neueren Literatur W. SILBERSCHMIDT, Die Deutsche Sondergerichtsbarkeit in Handels- und Gewerbesachen, insbesondere seit der französischen Revolution. Ein Beitrag zur Frage der Laiengerichte (Beilageheft zur Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 55), Stuttgart 1904. Silberschmidt bringt auch prozessuales Material nebst Literatur.

Ausgestaltung der Vorzugsrechte. Partikularrechtlich werden diesen gemeinrechtlichen Grundlagen zahlreiche Abweichungen beigegeben.

Die Reformbestrebungen haben ihren Hintergrund in der wirtschaftlich untragbaren Schwerfälligkeit des Konkursrechts¹². Materiellrechtlich ist (wie für die Zwangsversteigerung) die eingetragene Spezialhypothek durchzusetzen und im übrigen das Gebilde der Prioritäten erheblich zu vereinfachen. Vom Verfahren her ist der Kreis der unmittelbar beteiligten Gläubiger einzuschränken und das Konkursgericht von Feststellungsstreitigkeiten zu befreien. Überhaupt soll der Konkurs das prozessuale Gesicht abstreifen, mit den Worten der Begründung zur deutschen Konkursordnung¹³: „Das Konkursverfahren als solches ist nicht ein Prozeß, es ist eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben. Eine gewisse Ähnlichkeit ist unverkennbar mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma.“

Anregungen zur Reform des Konkursrechts sind vor allem vom französischen Recht des *Code de commerce* ausgegangen. In der deutschen partikularen Entwicklung ist die preußische Konkursordnung von 1855 bahnbrechend geworden. Sie unterscheidet im Gegensatz zum gemeinen Prozeß ein kaufmännisches und ein allgemeines Konkursverfahren. Mit dieser Unterscheidung übernimmt sie das Attribut eines kaufmännischen Standesrechts aus dem romanischen Rechtskreis. Die deutsche Konkursordnung von 1877 hat diese Anschauung verlassen. Im übrigen folgt sie, wenn auch keineswegs in jeder Beziehung, dem preußischen Gesetz als vorrangiger Quelle. In manchen Bereichen läßt sie sich vom englischen und nordamerikanischen Recht beeinflussen, besonders in der Behandlung des Absonderungsrechts.

Der prozessualen Betrachtungsweise entspricht es, wenn die gemeinrechtlichen Lehr- und Handbücher, soweit sie sich nicht auf den ordentlichen Prozeß beschränken, den Konkurs mitbehandeln. Hervorzuheben sind das Lehrbuch von MARTIN und das Handbuch (im 3. Band) von SCHMID. Hinzu treten eigene Darstellungen des Konkursrechts, eine Tradition in Nachfolge des Labyrinths SALGADOS DE SAMOZA. Die führenden gemeinrechtlichen

¹² Zum folgenden vor allem die Einleitung der Begründung des Entwurfs einer (deutschen) Konkursordnung, Berlin 1875 (bei C. HAHN, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, IV: Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, p. 37 ss.). Cf. auch SARWEY (Vorsitzender der Reichstagskommission), Die Deutsche Konkursordnung, in: Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht, hg. v. L. Goldschmidt u. a., 23 (1878) 371-443. — Aus der neusten Literatur die Beiträge von W. UHLENBRUCK und J. THIEME in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Köln 1977.

¹³ HAHN loc. cit. p. 41.

Darstellungen vor der Jahrhundertmitte stammen von SCHWEPPE¹⁴ und BAYER¹⁵. Rechtspolitisch ragt die Schrift W. H. PUCHTAS hervor¹⁶. Die sachgerechte historische Behandlung beginnt nicht vor der Studie von FUCHS 1863¹⁷ und wird erst in der Periode nach der Reichsjustizgesetzgebung ihre Höhepunkte erleben¹⁸. Letzteres gilt in ähnlicher Weise für die vergleichende Betrachtung, für die vor allem die Arbeiten von KOHLER zu nennen sind¹⁹.

Die partikularrechtliche Behandlung des Konkurses spielt sich ebenfalls teils in Gesamt-, teils in eigenen Darstellungen ab²⁰; besonders reich ist das Schrifttum zur preußischen Konkursordnung von 1855. Für die linksrheinischen Gebiete ist daran zu erinnern, daß das Konkursrecht zum Handelsrecht gestellt ist, wie auch der preußische Entwurf zum ADHGB vorgeschlagen hatte.

Die im Konkurs wichtigen Vorzugsrechte der Gläubiger sind ein Gegenstand des materiellen Rechts und werden in der Pandektistik und im Rahmen der partikularen Privatrechte erörtert. Für letztere ist — auch nach Erlaß der deutschen Konkursordnung 1877 — besonders auf die Darstellungen

¹⁴ A. SCHWEPPE, Das System des Concurſes der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, Kiel 1812, ³Göttingen 1829.

¹⁵ HIERONYMUS BAYER, Theorie des Concurſ-Processes nach gemeinem Rechte, München 1836, ⁴1850, 1868.

¹⁶ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Ueber den Concurſproceß, besonders mit Rücksicht auf die Mittel seiner Abwendung und Abkürzung (Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens II), Erlangen 1827.

¹⁷ CARL FUCHS, Das Concurſverfahren (Beiträge zum Civilproceß II), Marburg 1863. — Germanistische Vorläufer in der Schweiz: FR. WYSS, Geschichte des Concurſprocesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes von 1715, Zürich 1845; ANDREAS HEUSSLER, Die Bildung des Concurſprocesses nach schweizerischen Rechten, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht 7 (1858) Abhandlungen p. 115-230. — Von germanistischer Seite auch zum Konkurs: VIKTOR v. MEIBOM, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867.

¹⁸ CARL FUCHS, Der deutsche Concurſproceß, Leipzig 1877. — W. ENDEMANN, Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zur Deutschen Konkursordnung v. 10. Febr. 1877, in: ZZZ 12 (1888) 24-96 (Cf. auch ebenda p. 517-537); OTTO STOBBE, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprocesses, als Einleitung in das heutige Recht, Berlin 1888. — LOTHAR SEUFFERT, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts I: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse, Nördlingen 1888. — L. SEUFFERT, Deutsches Konkursproceßrecht, Leipzig 1899. — FRIEDRICH HELLMANN, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.

¹⁹ JOSEF KOHLER, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891. — J. KOHLER, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts (¹für Studierende), Stuttgart 1893, ²1903.

²⁰ Sie sind teilweise in der als Anlage zu den Motiven des deutschen Entwurfs beigegebenen Übersicht der partikularen Konkursrechte (aus der Feder KARL HAGENS' 1874) aufgeführt, bei HAHN p. 433 ss.

des preußischen Privatrechts (z. B. DERNBURG; FÖRSTER) oder der einschlägigen Teile desselben (z. B. C. F. KOCHS Recht der Forderungen) hinzuweisen.

VI. Partikularrechtliche Prozeßliteratur

Für die partikularrechtliche Prozeßwissenschaft sind die drei Rechtskreise des gemeinen, preußischen und linksrheinisch-französischen Zivilprozesses zu unterscheiden. Das 1870 in Leipzig eröffnete Bundes- (bald Reichs-)Oberhandelsgericht wird mit allen Partikularrechten befaßt, weil es grundsätzlich „nach den für das Gebiet, aus welchem die Sache an das Bundes-Oberhandelsgericht gelangt, geltenden Prozeßgesetzen“ verfährt¹.

A. In den Staaten des *gemeinrechtlichen* Rechtskreises gelten in erster Linie die mehr oder minder zahl- und umfangreichen partikularen Prozeßgesetze und ihnen gegenüber subsidiär das gemeine Prozeßrecht. Wie die Prozeßgesetze so ragt auch die partikulare Prozeßliteratur des vorigen weit in das 19. Jahrhundert hinein, beispielsweise für Bayern KREITTMAYRS „Anmerkungen über den Codicem juris Bavarici judiciarii“ oder für Kurhessen CARL PHILIPP KOPPS zweibändige „Ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der Geistlichen und Civil-Gerichten in den Fürstlich-Hessen-Casselischen Landen“ von 1769-71. Die einzelnen Partikularprozeßrechte werden in ganz verschiedener Breite und wissenschaftlicher Eindringlichkeit erörtert. Besonders reich an Literatur sind etwa Bayern oder, in voller Tradition, der sächsische Raum, von kleineren Gebieten beispielsweise Mecklenburg; magerer ausgestattet ist etwa die Literatur zum gemeinrechtlichen Teil des Großherzogtums Hessen.

Manche partikularen Gesamtdarstellungen verstehen sich zugleich als Hand- oder Lehrbücher zum gemeinen Zivilprozeß und finden dementsprechend auch eine über ihr Land hinausgehende Resonanz. Hierher gehören vor allem die Werke von FRANCKE (Schleswig-Holstein)² und, unvollendet de-

¹ § 16 des Gesetzes des Norddeutschen Bundes, betr. die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen, v. 12. 6. 1869. — Den Geschäftsgang ordnet 1871 ein Regulativ, das vom Gerichtshof entworfen und vom Bundesrat bestätigt worden ist (cf. § 11 des genannten Gesetzes); das Regulativ ist abgedruckt in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 2, p. 7 ss. mit Nachtrag (betr. Elsaß-Lothringen) in Bd. 4, p. 447 s. und Abänderung in Bd. 12 p. 441 s. — Cf. (H.) KLEINSCHMIDT, Das Reichs-Oberhandelsgericht zu Leipzig, Leipzig 1873.

² A. W. S. FRANCKE, Der gemeine Deutsche und Schleswig-Holsteinische Civilprozeß I-II, Hamburg 1839-43, 21844. — NICOLAUS THADDÄUS GÖNNER, Commentar über das Königl. bayerische Gesetz vom 22. Julius 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung

blieben, von SCHEURLEN (Württemberg)³, auch der Kommentar SEUFFERTS (Bayern)⁴. Außerdem besitzt, aus den gegebenen historischen Gründen, stets die Prozeßliteratur des sächsischen Raumes überregionale Bedeutung. Einen ausgedehnten Einfluß gewinnen weiterhin die Erläuterungen LEONHARDTS zur hannoverschen Prozeßordnung 1850⁵ wegen der Autorität ihres Verfassers und der Vorbildlichkeit seiner Prozeßordnung, die von allen partikularen Gesetzen die RCPO am meisten beeinflussen wird.

Allgemein ist zu bemerken, daß die partikularrechtliche Prozeßliteratur auf die Details des Prozeßrechts in stärkerem Maße eingeht als die oben behandelten gemeinrechtlichen Werke; auch kehrt sich im Partikularrecht das Verhältnis von der Lehr- zur Praktikerliteratur ungefähr um. Die Rechtsprechung wird, soweit sie überhaupt mit Urteilsbegründungen publiziert ist, regelmäßig in größerem Umfang berücksichtigt; ein Spitzenreiter ist hier das Handbuch des Frankfurter Zivilprozesses von BENDER⁶ mit rund zweitausendfünfhundert Entscheidungen. Wenn neue Prozeßgesetze kommentiert werden, so meist unter Mitteilung der Gesetzesmaterialien, vor allem der ständischen Verhandlungen (worin sich auch eine legitime politische Freude spiegelt). Vorbildlich für die Darstellungsweise ist der Kommentar von FREYDORF für Baden⁷ mit seiner umfangreichen Einleitung zur Ge-

betreffend, Erlangen 1820. — ALEXANDER v. DANIELS, Handbuch der Preußischen Civilrechtspflege. Mit Benutzung der Materialien ausgearbeitet, I, Köln 1839. — J. H. SCHLINK, Commentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, mit Vorausschickung einer Abhandlung über die Organisation, Kompetenz und Disziplin der Gerichte, so wie der dazu gehörigen Nebenpersonen I-IV, Coblenz 1843-45.

³ C. F. SCHEURLEN, Der teutsche gemeine und württembergische Civilprocess I-II Bogen 1-6, Tübingen 1836-39.

⁴ JOHANN ADAM SEUFFERT, (ab Band II:) mit JOHANN JAKOB LAUK, Commentar über die bayerische Gerichtsordnung. (2. Titel:) Handbuch des deutschen Civilprozesses auf der Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesetzgebung, I-IV, Erlangen 1836-44, ²1853-58. — Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft, hg. v. H. GRÄFF, C. F. KOCH, L. v. RÖNNE, H. SIMON, A. WENTZEL („Fünfmännerbuch“), Breslau 1837 ff. 5. Ausgabe bearb. v. LUDWIG v. RÖNNE, III: Ergänzungen der Allgemeinen Gerichts-, Hypotheken- und Depositalordnung, Berlin 1865. — CARL AD. ZUM BACH, Das Geständniß vor dem Civilgerichte in seiner Unzertrennlichkeit nach Grundlinien des rationalen, gemeinen so wie rheinländischen Rechts, Köln 1845.

⁵ ADOLPH LEONHARDT, Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover. Unter besonderer Berücksichtigung der Regierungs- und ständischen Motive zum practischen Gebrauche. II: Die bürgerliche Proceßordnung und deren Nebengesetze, Hannover 1851, ⁴1867.

⁶ JOHANN HEINRICH BENDER, Handbuch des Frankfurter Civilprocesses, Frankfurt am Main 1854.

⁷ R. v. FREYDORF, Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden. Allgemeiner Theil, Heidelberg 1865/67 (Literatur).

schichte der badischen Prozeßgesetzgebung mit den Landtagsverhandlungen des 19. Jahrhunderts.

Wir fügen noch einige kurze Notizen zu den wichtigeren Partikularrechten hinzu. Für Baden⁸ ragt hervor das eben genannte Werk FREYDORFS von 1865/67⁹. In Bayern kommentieren GÖNNER die Novelle 1819¹⁰ und W. H. PUCHTA die Novelle von 1837¹¹; den KREITTMAYRSchen Codex nebst Novellen bearbeiten die Praktiker WENDT¹² (unter Zugrundelegung des 3. Buchs des Pandektensystems von THIBAUT) und insbesondere, wie erwähnt, SEUFFERT mit LAUK; die „Bemerkungen“ STÜRZERS¹³ hingegen beruhen auf Kollegheften. Nach 1848 wendet sich die Legislative dem in der Pfalz vorfindlichen französischen Verfahren zu mit dem Ergebnis der dann kurzlebigen Prozeßordnung von 1869¹⁴. Unter den vier Freien Städten, die gemäß Art. 12 der Deutschen Bundesakte von 1815 ein gemeinsames Oberappellationsgericht in Lübeck errichten, wird der Zivilprozeß wissenschaftlich im wesentlichen nur in Frankfurt am Main bearbeitet; auf das Handbuch von BENDER wurde schon hingewiesen. Hannover besitzt schon seit dem 18. Jahrhundert (Braunschweig-Lüneburg) eine bedeutende Tradition auch im Zivilprozeß, die hinter der sächsischen kaum zurücksteht; ihren Höhepunkt aber findet diese Entwicklung jetzt in der bereits genannten Schrift von ADOLPH LEONHARDT, dem wohl gestaltungskräftigsten Praktiker in der Geschichte des deutschen Zivilprozesses¹⁵. Im Großherzogtum Hessen finden sich nur wenige Bearbeitungen des geltenden Zivilprozeßrechts¹⁶, was auf

⁸ Es sei daran erinnert, daß das materielle Beweisrecht im Landrecht (gleich seiner Vorlage) Satz 1315-1369 geregelt ist. — Cf. auch die unter RICHARD SCHMIDT verfaßte Freiburger Dissertation von AUGUST KELLER, Die Badische Zivilprozessordnung von 1831, Berlin 1913.

⁹ Oben n. 7.

¹⁰ N. TH. v. GÖNNER, Commentar über das Königl. bayerische Gesetz vom 22. Julius 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend, Erlangen 1820.

¹¹ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Anleitung zur Zivilprozeß-Praxis in Bayern, nach dem Gesetz v. 17. Nov. 1837, Erlangen 1838.

¹² CHRISTIAN ERNST v. WENDT, Vollständiges Handbuch des bayerischen Civilprocesses I-II, Nürnberg 1827, ²1835; III 1, 1836.

¹³ JOSEPH v. STÜRZER, Theoretisch praktische Bemerkungen zum dermaligen bayerischen Civilgerichts-Verfahren, hg. v. K. Gutschneider, München 1838.

¹⁴ Zu ihr beispielsweise MARQUARD ADOLPH BARTH, Commentar zur neuen Civilprozeßordnung für das Kgr. Bayern I-III, Nördlingen 1869-71.

¹⁵ Weitere Literatur bei GERHARD J. DAHLMANNs, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts I (Bürgerliche Prozeßordnungen für das Königreich Hannover von 1847 und 1850), Aalen 1971, S. 45 ff.

¹⁶ Zuletzt Grundzüge des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei den Großherzoglich Hessischen Gerichten der Provinzen Starkenburg und Oberhessen I-II, Darmstadt 1857-58.

die Erwartungen zurückzuführen sein wird, die beiden vorfindlichen Prozeßsysteme, den gemeinen und französischen Zivilprozeß, zu vereinigen. Als Beispiel eines offiziösen, vom dortigen Justizministerium in Auftrag gegebenen Kommentars ist derjenige BICKELLS zum kurhessischen Gesetz von 1834 zu erwähnen¹⁷. Für das Königreich Sachsen ist das vor allem für die Praxis bestimmte System von OSTERLOH hervorzuheben¹⁸. Das Prozeßrecht der Sächsisch-Thüringischen Staaten¹⁹ wird auch deshalb einheitlich dargestellt, weil diese Staaten gemäß dem erwähnten Art. 12 der Bundesakte ein gemeinschaftliches Oberappellationsgericht in Jena eingesetzt hatten (an Stelle des dortigen seit 1566 bestehenden Gesamt-Hofgerichts), desgleichen in Zerbst die Anhaltischen und Schwarzburgischen Länder (bis 1849)²⁰. Kontrovers sind für das thüringische Gebiet die Begriffe und Abgrenzungen des gemeinen sächsischen und des besonderen sächsischen Zivilprozeßrechts.

In den partikularrechtlichen Gesamtdarstellungen werden wie auch in den gemeinrechtlichen die Rechtsmittel und die Zwangsvollstreckung mitbehandelt. Für die Rechtsmittel verweisen wir besonders noch auf das die Partikulargesetzgebungen einbeziehende Handbuch von LINDE²¹. Soweit zur Zwangsvollstreckung eigene Schriften etwa deshalb verfaßt werden, weil dieses Gebiet gesetzlich gesondert geregelt ist (beispielsweise im Nassauer Gesetz betr. das gerichtliche Hülfsvollstreckungsverfahren von 1851 oder in der Mecklenburger Executions- und Subhastationsordnung von 1857), sind sie in den Hand- und Lehrbüchern nachgewiesen. Als Beispiel einer das

¹⁷ JOHANN WILHELM BICKELL, Beiträge zum Civilprocess. Enthaltend einen Commentar über das kurhessische Gesetz vom 16. Sept. 1834, die Abstellung mehrerer im processualischen Verfahren wahrgenommener Mängel betreffend, I, Cassel 1836. — Nach der Annexion durch Preußen wird in Kurhessen wie in Nassau und Schleswig-Holstein, anders als in Hannover und Frankfurt am Main, mit der Verordnung von 1867 das seinerseits in vielem dem gemeinen Prozeß wiederangeneherte Verfahren der Verordnungen von 1833/1846 eingeführt, unter Aufrechterhaltung des nicht widersprechenden bisherigen Prozeßrechts (§ 105).

¹⁸ ROBERT OSTERLOH, Der ordentliche bürgerliche Proceß nach Königlich Sächsischem Rechte systematisch dargestellt I-II, Leipzig 1843-44, 41860.

¹⁹ ZULETZT CARL WILHELM ERNST HEIMBACH, Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Processes mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebung der zu dem OAGericht zu Jena vereinten Länder I-II, Jena 1852-53, III Nachträge 1861.

²⁰ Andere gemeinschaftliche oberste Gerichte bei LINDE, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 71850, § 64, p. 83 n. 5: Wolfenbüttel für Braunschweig, Waldeck, Schaumburg-Lippe und Lippe; Parchim für die zwei Mecklenburg. Die beiden Hohenzollern haben sich zunächst das hessische Darmstadt, dann das württembergische Stuttgart, Liechtenstein-Vaduz das österreichische Innsbruck gewählt.

²¹ Oben IV n. 32.

gemeine mit einem partikularen Vollstreckungsverfahren verbindenden Schrift ist die Darstellung KNORRS für Hessen-Darmstadt zu nennen²².

Ähnliches gilt für die partikular womöglich noch stärker ausgeprägte Subhastation oder Zwangsversteigerung. Hier verweisen wir auf die Schrift HEINEMANNs als Beispiel einer überregionalen Darstellung²³. Zur Subhastation ist gemäß dem Regelungsbereich neben der prozessualen auch die materiellrechtliche Literatur heranzuziehen, sowohl des gemeinen Rechts (z. B. das Pfandrecht Dernburgs) als auch zu den partikularen Pfand- oder Hypothekengesetzen²⁴.

B. Im Königreich Preußen bestehen nach 1815 drei Prozeßsysteme: In den altpreussischen Provinzen die Allgemeine Gerichtsordnung von 1793, im linksrheinischen Teil der *Code de procédure civile*, in einigen Randgebieten das gemeine Prozeßrecht. Allerdings hatte sich die Allg. Gerichtsordnung vom gemeinen Prozeß nicht völlig gelöst; sie selbst gewährte ihm einigen Raum, der sich im Wege der Praxis und vor allem durch die „transitorische Gesetzgebung“ stark erweitert. Zur letzteren gehören insbesondere die Verordnungen von 1833 und 1846, die gleichsam auf Nebenwegen die Allg. Gerichtsordnung überholen. Das gemeine Prozeßrecht wird auch ausdrücklich als mittelbare Rechtsquelle anerkannt, so durch KOCH unter Berufung auf eine Entscheidung des Berliner Obertribunals von 1845²⁵.

Eine preussische Prozeßrechtswissenschaft im Sinne der Behandlung des geltenden Zivilprozesses entwickelt sich nur zögernd. Gründe hierfür sind wohl hauptsächlich einmal der Abstand zur gemeinrechtlichen Wissenschaft, den die Allg. Gerichtsordnung ähnlich dem (hierin bekannteren) Allg. Landrecht der Anlage und Gestalt nach einnimmt; zweitens das anfängliche Fehlen einer wissenschaftlich verwertbaren höchstrichterlichen Rechtsprechung, da sich das Obertribunal nicht vor 1836²⁶ neben die von den Zeitgenossen so bezeichnete „prätorische“ Wirksamkeit des Justizministeriums in seinen Re-

²² L. KNORR, Das Executionsverfahren nach gemeinem Rechte vom gesetzlichen und gesetzgeberischen Gesichtspunkte aus betrachtet in Verbindung damit wie sich solches im Großherzogthum Hessen diessseits des Rheins ausgebildet hat, Gießen 1845, ²1851.

²³ KARL WILHELM ANTON HEINEMANN, Die Subhastation nach rationalen und politischen Grundsätzen, nach gemeinen deutschen Rechten und nach großherzogl.-sächsischen Gesetzen im Zusammenhalte mit den königl.-sächsischen, preussischen und französischen Proceß-Ordnungen dargestellt, Weimar 1832.

²⁴ Zur Zwangsversteigerung seit der Reichsjustizgesetzgebung unten IX.

²⁵ Entscheidungen des Kgl. Geheimen Ober-Tribunals 10 (1845) p. 327 (333 ss.). Näheres bei KOCH, Der preuß. Civilprozeß ²1885 § 12.

²⁶ Cf. C. F. KOCH, Beurtheilung der ersten zehn Bände Entscheidungen des Königl. Geheimen Ober-Tribunals, Berlin 1847, in der Einleitung.

skripten stellen kann; drittens die bald auftretenden Wünsche und Hoffnungen auf eine rasche Revision der Allg. Gerichtsordnung, die teils in der Praxis nicht reüssieren kann, teils in der Auseinandersetzung mit dem rheinisch-französischen Prozeßrecht als dem Privatrecht unangemessen bezeichnet und in den tagespolitischen Streit hereingezogen wird. Diesem dritten Grund, den Reformbestrebungen, ist dann allerdings eine wissenschaftliche Behandlung des preußischen Zivilprozesses zu verdanken in Gestalt einer reichen prozeßvergleichenden und prozeßpolitischen Literatur, auf die unten einzugehen ist. Gesamtdarstellungen des geltenden Prozeßrechts hingegen sind zunächst eher technisch-positivistischer Natur. Obwohl seit 1827 an den Universitäten Vorlesungen über den preußischen Zivilprozeß Pflicht sind und unter Einbeziehung des gemeinen Prozesses gehalten werden, entsteht, abgesehen von Vorlesungsgrundrissen²⁷, eine wissenschaftliche, dem gemeinrechtlichen Niveau entsprechende Prozeßliteratur (trotz der historischen Reichhaltigkeit der Anmerkungen bei DANIELS)²⁸ erst in dem System von CHRISTIAN FRIEDRICH KOCH von 1848²⁹. Von den anderen Werken sei als unentbehrliches und fündiges Hilfsmittel das „Fünfmännerbuch“, zur Allg. Gerichtsordnung in letzter Auflage 1865, hervorgehoben³⁰.

C. In den *linksrheinischen* Teilen Preußens, Bayerns und des Großherzogtums Hessen lebt der französische Zivilprozeß weiter. Er ist hauptsächlich im *Code de procédure civile* von 1806 niedergelegt; wesentliche Ergänzungen finden sich in den verschiedenen Gesetzen zur Gerichtsverfassung sowie im Kostentarif von 1807 und im Dekret über die Polizei und Disziplin der Gerichte von 1808. Der c. pr. civ. ist ein altes, von Philosophie oder Revolution wenig beeindrucktes Gewächs mit langen Wurzeln, die über die *Ordonnance civile* von 1667 hinaus in die Vergangenheit zurückreichen. Sein Verständnis setzt in vielem die Kenntnis der bisherigen, auch vorrevolutionären Praxis voraus, die Kenntnis der Gerichts- und Advokatengebräuche, desgleichen der überlieferten Begriffswelt und Kunstsprache (Merkmale, die den rechtsrheinischen Befürwortern der Rezeption des französischen Zivilpro-

²⁷ Oben p. 167.

²⁸ ALEXANDER v. DANIELS, Handbuch der Preußischen Civilrechtspflege. Mit Benutzung der Materialien ausgearbeitet, I, Köln 1839.

²⁹ C. F. KOCH, Der Preußische Civilprozeß, Berlin 1848, ²1855. — Siehe auch KOCH, Prozeß-Ordnung nach ihrer heutigen Geltung (mit Präjudicien und Anmerkungen), Berlin 1851, ¹1871.

³⁰ Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft, hg. v. H. GRÄFF, C. F. KOCH, L. v. RÖNNE, H. SIMON, A. WENTZEL („Fünfmännerbuch“), Breslau 1837 ff. 5. Ausgabe bearb. v. LUDWIG v. RÖNNE, III: Ergänzungen der Allgemeinen Gerichts-, Hypotheken und Depositalordnung, Berlin 1865.

zesses gern entgegengehalten werden). Die Praxis ihrerseits ist nicht einheitlich und kann etwa in der Hauptstadt anders ausgebildet sein als in den Provinzen. Diese Lage erklärt es, daß auch die linksrheinische Praxis dem Verfahren des Code ein anderes Gesicht geben kann trotz der nie abgerissenen Verbindung mit Frankreich, die sich in der Beachtung der französischen Judikatur und Literatur zum Zivilprozeß äußert. Hingegen hat die einheimische Gesetzgebung das französische Verfahrensrecht nur vereinzelt geändert, etwa in Bestimmungen zu den Kassationshöfen oder zu den Kompetenzen der Friedensgerichte. Hervorzuheben sind die Neuregelungen der Immobiliervollstreckung, in Bayern zunächst 1822 und später im Gesetz über das Executionsverfahren in der Pfalz von 1846, in Preußen in der Subhastationsordnung 1822 nebst späteren Bestimmungen.

Hinsichtlich der Regelungsbereiche des *c. pr. civ.* ist daran zu erinnern, daß das materielle Prozeßrecht, unter anderem die Theorie von den Klagen und Einreden, entgegen dem Entwurf des französischen Kassationshofs keine Aufnahme im Prozeßkodex gefunden hatte. Das (materielle) Beweisrecht ist nicht hier, sondern im *Code civil* (art. 1315-1369) geregelt. Der Prozeßkodex besitzt einen eigenen Titel über das Verfahren vor den Handelsgewichten (art. 414-442), ergänzt durch einige wenige Bestimmungen im 4. Buch des *Code de commerce*, die die Handelsgerichtsbarkeit regeln (art. 615-648, hier 642 ss.).

Den Leistungen der deutschen Wissenschaft vom französischen Zivilrecht haben die rheinischen Prozessualisten nichts Vergleichbares zur Seite zu setzen. Eine wissenschaftliche Behandlung findet sich am häufigsten noch in der prozeßvergleichenden und prozeßreformenden Literatur, beispielsweise bei MITTERMAIER, FEUERBACH oder HOLZSCHUHER (unten VII). Das kommentierende Schrifttum blüht für eine kurze Zeit in der napoleonischen Ära auf sowohl in den Frankreich zugeschlagenen Gebieten als auch im Königreich Westphalen; die Juristen hatten sich anscheinend rasch auf eine dauernde Herrschaft der Eroberer eingerichtet. Die westphälische Prozeßordnung von 1808/10 konnte einen wissenschaftlichen Anreiz bieten als eine erste Probe der Verknüpfung von französischem und gemeinem Prozeß³¹. Von den späteren Kommentaren gilt als Hauptwerk die vierbändige Darstellung von SCHLINK³². Seine Quellen sind außer der einheimischen³³ die

³¹ NÖRR, Reinhardt und die Revision der Allgemeinen Gerichts-Ordnung für die Preussischen Staaten, Frankfurt a. M. 1975, p. 20; ausführlich SCHUBERT, Französisches Recht in Deutschland, 1977, p. 105 ss., 577 ss.

³² J. H. SCHLINK, Commentar über die französische Civil-Prozeß-Ordnung, mit Vor-

französische Judikatur und Literatur, seine Hilfsmittel die MERLIN, DALLOZ, SIREY usw. Vielfach greift er sowohl auf das ältere französische als auch auf das deutsche gemeine Prozeßrecht zurück. Wenn er sich durch art. 1041 c. pr. civ. nicht gehindert fühlt, so spielen vermutlich zwei an sich unterschiedliche Gedankengänge herein, einmal ein restriktives Verständnis des genannten Artikels, der in Verbindung mit art. 7 des Gesetzes v. 30 Ventôse XII (21. März 1804) gelesen wird, zweitens die Auffassung, daß aufgehobene Normen als *raison écrite* weiterwirken können; der jeweilige Rückgriff auf das gemeine deutsche Prozeßrecht rechtfertigt sich aus dessen Geltung in den linksrheinischen Gebieten vor der Einführung der französischen Codes. Neben SCHLINK ist auch PERROT zu nennen, dessen Darstellung jedoch unvollendet bleibt⁸⁴. PERROT benutzt im ersten Band vor allem die Werke des französischen Prozessualisten G. L. J. CARRÉ. Der zweite (Teil-)Band enthält nach dem Vorbild des gemeinrechtlichen Lehrbuchs von MARTIN allgemeine Lehren des französisch-rheinischen Prozesses. Von wissenschaftlichen Monographien nennen wir als Beispiel die Schrift ZUM BACHS über eines der umstrittensten prozessualen Themen⁸⁵. Die Schrift geht auch auf die Vorgeschichte des einschlägigen art. 1356 *code civil* ein und belegt so die oben geschilderte, im 19. Jahrhundert stark empfundene Notwendigkeit, manche Prozeßinstitute und Verfahrensprobleme des französischen Rechts historisch zu behandeln und zu lösen; in ähnlicher Weise zieht auch die Kommentarliteratur an nicht wenigen Stellen das ältere dem c. pr. civ. vorangegangene französische Prozeßrecht heran.

Das materielle Prozeßrecht wird in den zivilrechtlichen Darstellungen mitbehandelt; es genügt, auf das Handbuch ZACHARIÄS hinzuweisen⁸⁶.

ausschickung einer Abhandlung über die Organisation, Kompetenz und Disziplin der Gerichte, so wie der dazu gehörigen Nebenpersonen I-IV, Coblenz 1843-45.

⁸³ Vor allem: Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Kön. Preuß. Rheinprovinzen, Köln, 1-7 (1820-25), 8 ss. = NF 1 ss. (1826 ss.).

⁸⁴ F. J. PERROT, Verfassung, Zuständigkeit und Verfahren der Gerichte der preussischen Rheinprovinzen in bürgerlichen Rechtssachen I-II 1, Trier 1842-44.

⁸⁵ Carl A. ZUM BACH, Das Geständniß vor dem Civilgerichte in seiner Unzertrennlichkeit nach Grundlinien des rationalen, gemeinen so wie rheinländischen Rechts, Köln 1845.

⁸⁶ KARL SALOMO ZACHARIÄ, Handbuch des Französischen Civilrechts I-II, Heidelberg 1808, 4I-IV 1837, 5hg. v. AUGUST ANSCHÜTZ 1853, 6hg. v. CARL CROME, Freiburg i. B. 1894-95. Das Handbuch enthält als zweiten Teil „Praktisches Civilrecht“, in allen Auflagen im letzten Band. Der Teil enthält (in der 4. und letzten von Zachariä besorgten Auflage) vier Abschnitte nach pandektistischer Weise: I. Von Klagen und Einreden; II. Von dem Beweise; III. Von den Urtheilen und von der Rechtskraft derselben; IV. Wie das Recht zu klagen erlischt oder unwirksam gemacht werden kann. Seit der 5., von A. ANSCHÜTZ herausgegebenen Auflage wird der rheinische Gerichtsgebrauch mitberücksichtigt. Anders

VII. *Prozeßrechtsvergleichung und Prozeßreform*

Wer sich der Entwicklung des Zivilprozesses in Deutschland und seinen Staaten im 19. Jahrhundert zuwendet, sieht sich einer kaum zu bewältigenden Menge an Material gegenüber, von Gesetzen und Entwürfen, und in noch größerer Zahl von literarischen Äußerungen in allen möglichen Formen. Einen Ausschnitt aus dieser reichen Literatur bilden die Schriften zur Prozeßvergleichung und Prozeßreform; hieraus soll in einem knappen Überblick zu einer ersten Einführung eine kleine Auswahl vorgestellt werden. Es wird versucht, nach den Kriterien der Qualität und des Typischen für die wichtigeren Strömungen die Titel zu wählen.

Prozeßrechtsvergleichung und Prozeßreform (in der Sprache der Zeit auch Prozeßpolitik) sind in der gemeinrechtlichen Periode literarisch kaum zu trennen. Von Anfang an hat das Schrifttum, das den gemeinen, preußischen und rheinisch-französischen Prozeß nebeneinander und gegenüber stellt und prüft, auch prozeßreformende Ziele. Umgekehrt sind prozeßpolitische Schriften überwiegend rechtsvergleichend, weniger häufig rechtshistorisch angelegt.

Das Bestehen von drei großen Rechtssystemen im deutschen Raum hat eine erste Blüte der *Rechtsvergleichung*¹ hervorgerufen, eine Erscheinung, die für andere Rechtsgebiete wohlbekannt ist, für den Zivilprozeß trotz dem großen Ertrag meist übergangen wird (so auch in den jüngsten deutschen Gesamtdarstellungen der Rechtsvergleichung). Zentren der komparativen Prozeßrechtswissenschaft sind Preußen und Bayern, also Staaten, in denen die Prozeßsysteme aufeinander stoßen. Ein erstes Beispiel ist die Schrift des Praktikers BANDEL von 1809, der (im seit 1806 bayerischen Ansbach) sowohl mit dem gemeinen als auch dem preußischen Zivilprozeß gearbeitet hatte². Dem Verhältnis dieser beiden Prozeßsysteme widmen sich später WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, ebenfalls ein mit beiden vertrauter Prakti-

gegliedert ist die 8. von C. CROME besorgte Auflage; sie bringt in Band I ein Kapitel „Schutz der Rechte“ und im Band IV einen neuen Teil „Prozessualische Bestimmungen der französischen Civilgesetzgebung, nebst kurzgefasster Uebersicht über das französische Prozessrecht überhaupt“, letzterer einschließlich Zwangsvollstreckung. Cf. auch Crome selbst in seinem Allgemeinen Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft als Supplement zu den deutschen Lehr- und Handbüchern des Französischen Civilrechts, Mannheim 1892, mit dem 6. Kap. „Ausübung, Verletzung und Schutz der Rechte“.

¹ Hier in weiterem Sinn genommen, also einschließlich der Darstellungen eines ausländischen Rechts für einheimische Zwecke.

² BANDEL, Gutachten über eine schickliche Vereinigung der Baiерischen und Preußischen Prozeßordnungen, Nürnberg 1809.

ker, in mehreren unvoreingenommen-nüchternen Schriften³, oder für Württemberg GRIESINGER 1820⁴. Weit zahlreicher sind die Publikationen, die den französischen Prozeß zum Vergleich heranziehen, dessen Praxis ja im Königreich Westfalen und links des Rheins zu erproben war. Sie gewinnen größte Aktualität in der bekannten Auseinandersetzung um die Einführung der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung in die Rheinprovinzen⁵. Vieles hiervon ist im politischen Tagesstreit zwischen Alt- und Rheinpreußen befangen und von geringem juristischen Wert. Andere Arbeiten finden weite Beachtung: außer den Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission⁶ beispielsweise die Aufsätze im „Niederrheinischen Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege“ 1817-19⁷ oder die Schriften von ZUM BACH⁸ und v. OPPEN⁹. In Bayern geht es weniger um die Einführung des Kreittmayrschen Codex in den linksrheinischen Landesteil als vielmehr um die Einbeziehung des französischen Prozeßrechts in die Erarbeitung eines neuen Prozeßgesetzbuchs für den ganzen Staat. In diesem Zusammenhang stellt die Bayerische Akademie 1819/21 die oben¹⁰ erwähnte prozeßhistorische Preisaufgabe und reist mit Unterstützung seines Königs FEUERBACH 1821 zum Augenschein nach Paris und Brüssel. Die Ergebnisse seiner Beobachtungen legt FEUERBACH im zweiten Band seiner Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit nieder, einem Hauptwerk ausländischer Prozeßrechtsdarstellung, hierbei recht kritisch gegenüber dem französischen Verfahren; im ersten Band finden sich übrigens noch Reminiszenzen an den

³ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen, Nürnberg 1819. — W. H. PUCHTA, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens I, Erlangen 1822. — W. H. PUCHTA, Das Prozeßbleitungsamt des deutschen Civilrichters, Gießen 1836.

⁴ LUDWIG FRIEDRICH GRIESINGER, Ueber die Justiz-Organisation der neuern Zeit, über Untersuchungs- und Verhandlungs-Maxime und über die Vorzüge des K. preußischen vor der neuesten K. württembergischen Justitzeinrichtung, Tübingen 1820.

⁵ Aus der neueren Literatur DAHLMANNs, Neudrucke zivilprozessualer Kodifikationen I p. 24 ss.; SCHUBERT SZ Germ. 95 (1978) 158 ss.

⁶ ERNST LANDSBERG, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814-1819, Bonn 1914.

⁷ Hier etwa in Band 2 (1817) p. 257-292 der „Versuch einer Vergleichung der Preußischen, Oesterreichisch-Niederländischen sc. von 1786 und Französischen Prozeß-Ordnungen, und einer Würdigung des in jeder derselben enthaltenen Guten und Zweckmäßigen“.

⁸ CARL AD. ZUM BACH, Vollständige Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preußischen und französischen bürgerlichen Prozeßordnung und Beziehung derselben auf die rationelle Rechtspflege, Magdeburg 1822.

⁹ OTTO HEINR. ALEX. v. OPPEN, Vergleichung der Französischen und Preußischen Gesetze. Ein Versuch I-III, Cöln 1827-28.

¹⁰ Oben p. 147.

älteren, naturrechtlichen Typus des Rechtsvergleichens im Sinne des Sammelns empirischer Belege aus der Nähe oder exotischen Ferne, aus der Gegenwart oder sagenhaften Vergangenheit¹¹. Ein anderer von den bayerischen Gesetzgebungsarbeiten angeregt und viel genannter Autor ist v. HOLZSCHUHER mit dem „Rechtsweg“ von 1831¹².

Den unzweifelhaften Höhepunkt der Prozeßrechtsvergleichung in der gemeinrechtlichen Periode bildet die Darstellung von MITTERMAIER seit 1820. Der Titel des nicht zufällig in Bonn begonnenen Werks¹³ enthält das Programm: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung¹⁴. Unter den letzteren werden auch viele außerdeutsche Prozeßordnungen herangezogen, vor allem die Genfer *Loi sur la procédure civile* von 1819 (mit deren Verfasser BELLOT MITTERMAIER in persönlichen und wissenschaftlichen Kontakt treten wird). Das Genfer Gesetz verbessert den französischen Code erheblich und wird, zusammen mit den Motiven BELLOT's, die zukünftige Prozeßreformen in Deutschland stark beeinflussen, so in Baden und besonders über LEONHARDT in Hannover. MITTERMAIER berücksichtigt fortschreitend auch die historischen Entwicklungen (wie überhaupt, für unsere Periode nicht unerwartet, die Grenzen zwischen rechtsvergleichender und rechtshistorischer Literatur fließend sind). Zu diesem Hauptwerk treten zahllose (nicht immer ganz verlässliche) Berichte und Analysen MITTERMAIERS über die inländische und ausländische Prozeßgesetzgebung und -literatur¹⁵, vor allem in dem von ihm mitredigierten Archiv für die civilistische Praxis und auch in der Kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Einen zusammenfassenden Rück- und Ausblick gibt MITTERMAIER noch 1867, wo er aus der Summe seiner Erfahrungen die Hindernisse für die Ver-

¹¹ ANSELM RITTER v. FEUERBACH, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (I), II: Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, Giessen 1821-25.

¹² RUDOLPH FREIHERR v. HOLZSCHUHER, Der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzes-Kritik des französischen mündlichen und gemeinen deutschen schriftlichen Civil-Processes mit Rücksicht auf die neueren legislativen Verbesserungen beider, und auf die Mischungs-Versuche der neuesten Zeit, Nürnberg 1831.

¹³ MITTERMAIER hatte, wie er berichtet, dort reiche Belehrung durch DANIELS und SETHE; die Ferien benutzte er, um die Rechtsübung nach dem französischen Verfahren kennenzulernen (Ueber den gegenwärtigen Zustand, 1867, in der Einleitung).

¹⁴ 4 Bände, Bonn 1820-26, ²1822-40, I ³1838.

¹⁵ Zur Prozeßliteratur etwa AcP 12 (1829) 133 ss., 362 ss. — Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, hg. v. H. Th. Schletter, 2 (1857) 197 ss.

ständigkeit über eine gemeinsame deutsche Zivilprozeßgesetzgebung deutlich macht¹⁶.

Von späteren rechtsvergleichenden Arbeiten vor der RCPO wird die Schrift von DERNBURG (dem Vater HEINRICH DERNBURGS) von 1849 besonders geschätzt¹⁷. Die Abhandlung CREIZENACHS über die Handelsgerichtsbarkeit¹⁸ versteht sich, nachdem die Materie entgegen dem preußischen Entwurf keine Aufnahme in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch gefunden hatte, als Beitrag zu den Beratungen des ersten deutschen Handelstages in Heidelberg 1861¹⁹. Für die Fabrikgerichtsbarkeit erwähnen wir die Schriften von MEISSNER²⁰. Ferner ist LUDWIG v. BAR, Recht und Beweis²¹, zu nennen²², ein rechtshistorisch und rechtsvergleichend angelegter Beitrag zur Prozeßreform, der nicht zuletzt den englischen und nordamerikanischen Prozeß heranzieht.

Hierin steht BAR nicht allein; schon früh ist auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses das englische Recht ins Blickfeld getreten. So wird für den Zivilprozeß BLACKSTONE beispielsweise von ENGELHARD 1817 (s. sogleich) benutzt. Eine Zeitlang war es Mode, JEREMIAS BENTHAM zu zitieren. Nordamerika macht auf sich aufmerksam vor allem mit dem *Code of Procedure* von New York 1848 (*Field's Code*). MITTERMAIER empfiehlt die Rechtsetzungsform der *rules* neben kurzen Prozeßgesetzen. BEST's Principles of the Law of Evidence von 1849 werden zwei Jahre später ins Deutsche übersetzt²³; im selben Jahr erscheint in Leipzig die Darstellung des englischen

¹⁶ C. J. A. MITTERMAIER, Ueber den gegenwärtigen Zustand der Civilproceß-Gesetzgebung in Deutschland, Heidelberg 1867. Einleitung: Rückblick auf die Entwicklung des Civilprocesses in Deutschland seit den letzten sechzig Jahren und Prüfung der Aussichten für das Zustandekommen einer gemeinsamen Gesetzgebung.

¹⁷ DERNBURG, Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Processrechts in vergleichender Darstellung, Frankfurt am Main 1849.

¹⁸ J. CREIZENACH, Das Wesen und Wirken der Handelsgerichte und ihre Competenz. Nach den Ergebnissen der französischen und rheinischen Praxis (Beilagenheft zur Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht 4), Erlangen 1861.

¹⁹ Weitere diesbezügliche Literatur bei SILBERSCHMIDT, Sondergerichtsbarkeit in Handel- und Gewerbesachen, 1904.

²⁰ HEINRICH AUGUST MEISSNER, Die Fabrikgerichte in Frankreich, Leipzig 1846. — H. A. MEISSNER, Specialgerichte für unsere Fabrikgewerbe, Leipzig 1846.

²¹ LUDWIG v. BAR, Recht und Beweis im Civilprocesse. Ein Beitrag zur Kritik und Reform des deutschen Civilprocesses, Leipzig 1867.

²² Literatur, die sich mit dieser Schrift auseinandersetzt, bei ADOLF WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I, Leipzig 1885, p. 148 n. 30.

²³ W. M. BEST, Grundzüge des englischen Beweisrechts, bearb. und mit Anmerkungen und Beilagen über den englischen Prozeß hg. v. Heinrich Marquardsen, Heidelberg 1851.

Zivilprozesses aus der Feder des Mitglieds des schweizerischen Bundesgerichts J. RÜTTIMANN²⁴.

Mit der Prozeßrechtsvergleichung berührt sich eng die aus dem 18. Jahrhundert herüberwachsende *Prozeßgesetzgebungswissenschaft* auf gemeinrechtlichem oder auf naturrechtlichem Boden²⁵. Am Übergang von der naturrechtlichen zur Arbeitsweise MITTERMAIERS stehen beispielsweise BORST oder ENGELHARD²⁶. Breitere Wirkung gewinnt GÖNNERS Entwurf eines Prozeßgesetzbuches von 1815-17²⁷, der ursprünglich für Bayern im Auftrag ausgearbeitet, dann als privater Entwurf gedruckt wird. Er beeinflußt nicht nur die weiteren bayerischen offiziellen Entwürfe, sondern beispielsweise auch das von S. L. SCHNELL redigierte Prozeßgesetzbuch für Bern 1821²⁸. Seinen Entwurf begleitet GÖNNER unter vielem anderen auch mit wirtschaftlichen Erwägungen, die wir als liberale Leitmotive der Zivilprozeßreform immer wieder antreffen. Das Zivilprozeßgesetzbuch „ist der Garant des bürgerlichen Verkehrs und des ganzen Credits im Staate, wo jeder Mißgriff den häuslichen Wohlstand und den belebten Handel zerstören kann“, während einem mißglückten Civilgesetzbuch gegenüber eher vorgebeugt werden könne²⁹. Ähnlich betont etwa MORSTADT 1820 den Vorzug des französischen Verfahrens wegen seiner Kürze und Promptheit: „Ohne schnelle Justiz kein Credit, ohne Credit kein Verkehr, und ohne Verkehr kein Wohlstand“³⁰. In den badischen Landtagsverhandlungen 1822 wird zum Vollstreckungsverfahren ADAM SMITH zitiert, der eine prompte Rechtspflege als ein Hauptmittel zum Nationalreichtum bezeichnet habe³¹. — Von anderen Autoren privater oder halboffizieller Entwürfe erwähnen wir als Beispiele für Baden

²⁴ J. RÜTTIMANN, *Der englische Civil-Proceß mit besonderer Berücksichtigung des Verfahrens der Westminster Rechtshöfe*, Leipzig 1851. Diese Schrift seines Schülers zieht F. L. KELLER in seiner Darstellung des römischen Zivilprozesses (oben II n. 16) rechtsvergleichend heran.

²⁵ Näheres NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß*, 5. Kap., dort auch zu den nach 1815 noch zitierten Arbeiten von FRESenius 1797, CH. U. D. EGGERS 1799, GLOBIG 1809 und REIBNITZ 1815.

²⁶ JOHANN NEPOMUK BORST, *Einige Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprocesses mit vergleichenden Bemerkungen über den gemeinen teutschen, bairischen, preußischen und französischen Proceß*, Nürnberg 1810. — WILHELM GOTTHELF ENGELHARD, *Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten I-II*, Rudolstadt 1817.

²⁷ NICOLAU THADDÄUS v. GÖNNER, *Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen I, II 1-3*, Erlangen 1815-17.

²⁸ NÖRR, in: *Festschrift für Ferdinand Elsener*, Sigmaringen 1977, p. 207-213.

²⁹ Band 2, Einleitung p. 33.

³⁰ MORSTADT, *Materialkritik* (oben IV n. 4), p. 42 n. 63.

³¹ FREYDORF (oben VI n. 7) p. 48.

BRAUER (auf dessen verschollenen Entwurf von 1811 RICHARD SCHMIDT aufmerksam gemacht hat)³², für Preußen 1848 CHRISTIAN FRIEDRICH KOCH³³ oder für Sachsen im selben Jahr LUDWIG HÖPFNER³⁴, dessen Entwurf zum Leitfaden der dort beginnenden Gesetzgebungsarbeiten genommen werden soll.

Mit diesen Entwürfen sind wir mitten in die Literatur zur *Zivilprozeßreform* geraten. Sie tritt in Scharen auf und bewegt sich häufig am Rande des Wissenschaftlichen³⁵. Nur wenige hervorragende Arbeiten sollen erwähnt werden. Für die *Themen* der Reform von Gerichtsverfassung und Zivilprozeß dürfen wir auf andere Studien neueren Datums verweisen³⁶. Wir gehen länderweise vor, auch wenn die zu nennenden Arbeiten meist im ganzen deutschen Raum (und manchmal darüber hinaus) Wiederhall finden. Für Baden hat FREYDORF die Reformentwicklung in vorbildlicher Weise geschildert³⁷; aus seinem Referat über die Landtagsverhandlungen sind etwa die Berichte von KARL SALOMO ZACHARIÄ 1823 oder von KARL FRIEDRICH NEBENIUS 1837 hervorzuheben³⁸. In Bayern veranlaßt der Entwurf 1825 eine weitere Schrift des Kommissionsmitglieds PUCHTA³⁹ sowie Beratungen in der Ständeversammlung 1827/28, zu deren Händen der Abgeordnete IGNAZ RUDHART einen von der Prozeßrechtswissenschaft vielbeachteten Ausschußbericht erstellt⁴⁰. Das Jahr 1848 bringt auch Bayern wie den meisten

³² RICHARD SCHMIDT, Der verschollene Zivilprozeßentwurf Friedrich Brauers und das Anfangsstadium der deutschen Justizreform, in: Festschrift für Adolf Wach II, Leipzig 1913, p. 413-484. — Cf. SCHUBERT, Französisches Recht in Deutschland, p. 239-242, 588 s.

³³ C. F. KOCH), Entwurf einer Civil-Proceß-Ordnung für den preußischen Staat mit den Motiven, Berlin 1848. — Siehe auch unten n. 56.

³⁴ LUDWIG HÖPFNER, Entwurf einer bürgerlichen Gerichtsordnung für Teutschland nebst dazu gegebener Begründung, Leipzig 1848, ²1850.

³⁵ Selbst bedeutendere Autoren können sich bisweilen von Unsachlichkeiten nicht freihalten, beispielsweise MITTERMAIER in seiner Prozeßvergleichung I § 2 a. E. oder KOCH im Vorbericht zum eben erwähnten Entwurf 1848.

³⁶ WERNER SCHUBERT, Das Streben nach Prozeßbeschleunigung und Verfahrensgliederung im Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, SZGerm 85 (1968) 127-187. — DAHLMANNs in den Einleitungen zu den Neudrucken zivilprozessualer Kodifikationen und Entwürfe. — K. W. NÖRR, Hauptthemen legislatorischer Zivilprozeßreform im 19. Jahrhundert, ZZP 87 (1974) 277-283 (= Temi fondamentali della riforma del processo civile nell' Ottocento in Germania, Jus. n. s. 21, 1974, 411-420).

³⁷ Cf. auch die unter RICHARD SCHMIDT angefertigte Dissertation von AUGUST KELLER, Die Badische Zivilprozessordnung von 1831, Berlin 1913.

³⁸ FREYDORF p. 38 ss. bzw. p. 79 ss.

³⁹ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Ueber die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns, mit Hinsicht auf die Verbesserungs-Vorschläge einer zur Revision der Civil-Prozeßordnung allerhöchst angeordnet gewesenen Commission, Erlangen 1826.

⁴⁰ Bericht des Abgeordneten DR. RUDHART im Namen des Gesetzgebungs-Ausschusses

größeren deutschen Staaten die Wendung zum linksrheinisch-französischen Prozeß, als Programm niedergelegt in Art. 14 und 15 des Grundlagengesetzes vom 4. 6. 1848; den entsprechenden Entwurf von 1861 kommentiert allen voran PLANCK in der Kritischen Vierteljahresschrift⁴¹. Kurz vorher erscheint die vielerorts mit großem Beifall aufgenommene Untersuchung von ZINK zur Praxis des französischen Verfahrens, ergänzt durch die Schrift von BOMHARD⁴² (die Praktiker stellen die Praxis bisweilen recht unterschiedlich dar). Das Königreich Hannover hat mit ADOLPH LEONHARDT die bedeutendste gesetzgeberische Kraft für den deutschen Zivilprozeß hervorgebracht. Sein Lebenswerk verbindet Praxis und Wissenschaft in optimaler Weise. Besonders beeindruckt war LEONHARDT von PLANCK; herausragende Gestalten ziehen sich an. So übernimmt LEONHARDT PLANCKS Vorschläge zum Beweisurteil in die Hannoversche Prozeßordnung 1850; und wenn auch dieses Prozeßinstitut von der RCPO entschieden abgelehnt wird, so läßt doch die von LEONHARDT weithin geprägte Begründung des (zweiten) Entwurfs mancherorts die Sympathie für die Anschauungen PLANCKS spüren. LEONHARDTS Schrift von 1861 beruht auf den jährlichen Berichten der hannoverschen Gerichtsvorsitzenden; sein literarisches Hauptwerk zur Zivilprozeßreform, 1865 verfaßt, setzt sich mit den laufenden Entwürfen auseinander⁴³. Das Großherzogtum Hessen hat, obwohl es gleich Preußen und Bayern in einem Teil seines Gebiets den französischen Prozeß vorfindet, weit weniger Reformliteratur von Rang aufzuweisen; hervorzuheben ist GENSLEERS Beitrag von 1818, veranlaßt durch das programmatische Edikt vom 1. 12. 1817⁴⁴.

Auch für Preußen kann nur eine kleine Auswahl kurz vorgestellt werden.

der Kammer der Abgeordneten zur Ständeversammlung über den revidirten Entwurf der Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern, in: Verhandlungen der zweyten Kammer der Ständeversammlung des Kgr. Bayern im Jahre 1827/28, Beylage 84 = 16. Beylagenband p. 1-404, München 1828.

⁴¹ JULIUS WILHELM PLANCK, Bemerkungen über den Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern, in: KritVjschr 4 (1862) 232-291.

⁴² EDUARD BOMHARD, Die Civilrechtspflege in der Bayerischen Pfalz verglichen mit Herrn von Zink's Schrift „über die Ermittlung des Sachverhalts“ etc. Ein Beitrag zur Reform des deutschen Civilprocesses, München 1861.

⁴³ ADOLPH LEONHARDT, Das Civilproceßverfahren des Königreichs Hannover. Ein Beitrag zur deutschen Civilproceßgesetzgebung, unter Benutzung der Acten des Königlich Hannoverschen Justizministeriums bearbeitet, Hannover 1861. — A. LEONHARDT, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland (I), II, Hannover 1865.

⁴⁴ JOHANN CASPAR GENSLER, Beitrag zu der Gesetzgebung für die Verfassung der teutschen Gerichte und des Verfahrens vor und von denselben, in Bemerkungen zu dem Großherzoglich Hessischen Edict vom 1. Dec. 1817, Heidelberg 1818.

Die allgemeine Gerichtsordnung und ihre Vorläuferin, die friderizianische Prozeßordnung 1781⁴⁵, waren von Anfang an der Kritik ausgesetzt gewesen. Ein frühes Beispiel ist die kleine Schrift REITEMEIERs von 1802⁴⁶. Auf die Literatur der ersten Jahre nach 1815 wurde schon hingewiesen. Die offiziellen Revisionsarbeiten an der allgemeinen Gerichtsordnung unter dem Revisor REINHARDT⁴⁷ dringen kaum in die Öffentlichkeit und finden dort wenig Widerhall. Zu Anfang der 30er Jahre widmet sich in GAERTNER auch der Hegelianismus der Prozeßreform mit dem ihm eigenen spekulativ-begrifflichen Imponiergehabe⁴⁸; GAERTNERs Schrift wird vom Parteigänger GANS gepriesen⁴⁹ und von den übrigen Juristen fast durchweg⁵⁰ hochachtungsvoll zitiert; Wirkungen darüber hinaus werden nicht sichtbar (alles auch heute recht vertraute Erscheinungen). In die Entwicklung greift hingegen eine kleine Schrift ein, die MARCHAND dem König überreicht⁵¹ und die den unmittelbaren äußeren Anstoß zur Verordnung 1833 bildet. Reformvorschläge kommen ferner aus den gemeinrechtlichen Randgebieten Preußens, so aus dem ehemals schwedischen Vorpommern⁵². Auf der Tagesordnung steht auch die Handelsgerichtsbarkeit⁵³. SAVIGNYs Bemühungen um die Zivilprozeßreform hat A. STÖLZEL geschildert⁵⁴; ergänzend sei auf die „zu entscheidenden Prinzipienfragen“ hingewiesen, die SAVIGNY 1845 zusammenstellt⁵⁵.

⁴⁵ Zu ihr zuletzt FRIEDRICH EBEL, 200 Jahre preußischer Zivilprozeß: das Corpus Juris Fridericianum vom Jahre 1781, Berlin 1982.

⁴⁶ JOH. FRIEDR. REITEMEIER, Justizverbesserungen bey der Ausübung und Controlle der Rechtspflege, Frankfurt an der Oder 1802.

⁴⁷ NÖRR, Reinhardt und die Revision der Allgemeinen Gerichts-Ordnung für die Preußischen Staaten, Frankfurt am Main 1975.

⁴⁸ GUSTAV FRIEDRICH GAERTNER, Kritik des Untersuchungs-Principes des Preußischen Civil-Processes, Berlin 1832.

⁴⁹ EDUARD GANS, Ueber die Untersuchungsmaxime des Preußischen Civilprocesses (Rez. GAERTNER), in: Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, Berlin 1830-1832, p. 450-479.

⁵⁰ Eine Ausnahme macht ALEXANDER v. DANIELS, Handbuch der preuß. Civilrechtspflege I, 1839, p. 442-447 in der Fußnote.

⁵¹ Ueber einige Haupt-Hindernisse, welche der Verfolgung des Rechts vor den Gerichten nach der Preuß. Prozeß-Ordnung entgegenstehen, Berlin 1831.

⁵² F. H. SONNENSCHMIDT, Einige Bemerkungen über das Civil-Proceß-Verfahren in Neu-Vorpommern und Rügen und die bei der Redaction einer neuen Preußischen Gerichts-Ordnung etwa zu berücksichtigenden Vorzüge desselben vor dem jetzigen Proceß-Verfahren in den älteren Preußischen Provinzen, Greifswald 1839.

⁵³ Näheres bei SILBERSCHMIDT loc. cit.

⁵⁴ ADOLF STÖLZEL, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Berlin 1888, II p. 527 ss. — Cf. auch NÖRR, Reinhardt und die Revision p. 40 s. und n. 16 u. 20.

⁵⁵ NÖRR, Die 18 Prinzipienfragen des Ministers Savigny zur Reform des preußischen

Die literarische Diskussion der 40er Jahre wird von den Reformarbeiten CH. F. KOCHS beherrscht⁵⁶. Wie in Bayern so folgt in der zweiten Jahrhunderthälfte auch hier die Wendung zum französischen Verfahren. Der entsprechende Entwurf von 1864 bildet das Gegenmodell zum hannoverschen Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung und ruft daher besonders viele gewichtige Äußerungen hervor, die sich teilweise zugleich mit dem hannoverschen Entwurf oder dem erwähnten bayerischen Entwurf von 1861 befassen, so etwa KRÄWEL und LEONHARDT⁵⁷. Stellvertretend für viele Schriften zur Anwaltsfrage sei R. GNEISTS „Freie Advocatur“ hervorgehoben⁵⁸.

Eine Hauptbeschwerde über die Rechtspflege bildet die Schwerfälligkeit und häufige Wirkungslosigkeit der *Zwangsvollstreckung*. Die Reformvorstellungen hierzu würden eine nähere monographische Betrachtung verdienen. Mit Vorliebe diskutiert wird beispielsweise die Frage, ob die Leitung der Zwangsvollstreckung, wie im gemeinen Prozeß, in den Händen des Gerichts oder, wie im französischen Prozeß, der Parteien liegen soll, die sich des Huissier bedienen. Wirtschaftlich bedeutsame Themen sind die Ausgestaltung der vollstreckbaren (notariellen) Urkunde oder die Ersetzung der gemeinrechtlichen Stufenfolge der Beschlagnahme (von den Mobilien über die Immobilien zu den Forderungen) durch die Wahlfreiheit des Gläubigers. Diese und andere Fragen der Zwangsvollstreckung werden häufig in der allgemein dem Zivilprozeß gewidmeten Reformliteratur mitbehandelt, etwa von MITTERMAIER in seiner prozeßvergleichenden Darstellung⁵⁹. Aus den eigens die Zwangsvollstreckung behandelnden Schriften ist die Darstellung SCHLINKS zum französisch-rheinischen und preußischen Recht von 1841 zu erwähnen⁶⁰ sowie auf die oben⁶¹ aufgeführte Schrift von KNORR 1845 hinzuweisen; zur Zwangsversteigerung ist besonders HEINEMANN zu nennen⁶².

Zivilprozesses, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman I, Milano 1979, p. 403-407 (= Rivista di diritto civile 24, 342-344).

⁵⁶ CHRISTIAN FRIEDRICH KOCH, Preußens Rechtsverfassung und wie sie zu reformieren sein möchte, Breslau 1843. Erste Fortsetzung, Breslau 1844.

⁵⁷ RUDOLF v. KRÄWEL, Bedenken über das französische Wesen der für Preußen, Baiern und von der Commission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Prozeßordnung, Leipzig 1865. — ADOLPH LEONHARDT, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland II: Eine vergleichende Kritik der Grundprincipien des Entwurfs einer Civilprocessordnung für den preussischen Staat, Hannover 1865.

⁵⁸ RUDOLF GNEIST, Freie Advocatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen, Berlin 1867.

⁵⁹ Band 3, § 6.

⁶⁰ J. H. SCHLINK, Das französische (rheinische) und das preußische Executions-Verfahren in Civilsachen, dargestellt, kritisch beleuchtet, Trier 1841.

⁶¹ VI n. 22.

⁶² VI n. 23.

Die 1862 anhebenden Gesetzgebungsarbeiten für eine (teil)einheitliche deutsche Zivilprozeßordnung⁶³ werden von zahllosen kritischen und apologetischen Schriften begleitet; einige sind schon genannt⁶⁴. Besonders herauszustellen sind noch die zuhanden der Deutschen Juristentage erstatteten Gutachten.

VIII. *Die Anfänge der konstruktiven Periode der Prozeßrechtswissenschaft*

Eine neue Periode der Prozeßrechtswissenschaft¹ beginnt — zunächst im deutschen Raum, dann besonders auf Italien übergreifend² —, als sich die Prozessualisten bemühen, von *prozessualen Grundbegriffen* aus ein Prozeßrechtssystem zu errichten³. Solche Grundbegriffe werden hauptsächlich auf

⁶³ AUGUST HELLWEG, Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilproceß-Ordnung, AcP 61 (1878) 78-140. — J. STRUCKMANN (Sekretär der Hannoverschen Kommission und Schriftführer der Reichsjustizkommission) in der Einleitung zum Kommentar zur RCPO, Berlin 1878. — Jüngster Überblick von P. LANDAU, Die Reichsjustizgesetze von 1879 und die deutsche Rechtseinheit, in: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, Köln 1977, 161-211.

⁶⁴ BAR (oben n. 21), KRÄWEL (n. 57), LEONHARDT (n. 43). — S. ferner ADOLPH NISSEN, Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung in Vergleichung mit dem sächsischen, Leipzig 1864. — ROBERT OSTERLOH, Die Reform der Civilproceßgesetzgebung in Sachsen und in Deutschland. Kritische Bemerkungen zu den Entwürfen einer sächsischen und einer deutschen Civilproceßordnung, Leipzig 1865.

¹ Hierzu aus der neueren Literatur: AUGUST HEGLER, Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts, Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt (AcP Beilageheft zum 133. Band), Tübingen 1931, 216-244. — WILHELM SIMSHÄUSER, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Bielefeld 1965. — HORST KADEL, Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung, Köln 1967. — HANS FRIEDHELM GAUL, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 27-62. — B. RIMMELSPACHER, Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, 1970.

² Besonders seit GIUSEPPE CHIOVENDA, L'azione nel sistema dei diritti, 1903, in: Saggi di diritto processuale civile, Bologna 1904, 21930.

³ OSKAR BÜLOW, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, Gießen 1868. — Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZJP 27 (1900) 201-260. — Klage und Urteil, eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß, ZJP 31 (1903) 191-270. — RUDOLF LEONHARD, De natura actionis, quae praejudicialis vocatur, Diss. Halle 1874. — HEINRICH DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen, Leipzig 1877. — Der Streit über den Klagrechtsbegriff, in: Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905, 1-108. — JACOB WEISMANN, Die Feststellungsklage, Bonn 1879. — Hauptintervention und Streitgenossenschaft, ein Beitrag zu den Grundlehren des Aktionen- und Prozeßrechts, Leipzig 1884. — ALEXANDER PLÓSZ, Beiträge

zwei Weisen gewonnen. Zum einen wendet man tragende Begriffe des materiellen Rechts ins Prozessual-Publizistische, so BÜLOW 1868 das Rechtsverhältnis oder DEGENKOLB 1877 das Klagerecht (beidemale nach schmalen älteren Ansätzen). Zum anderen findet die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten Anklang in der Prozeßtheorie, so bei WACH 1885 in Form des Rechtsschutzanspruchs. Diese Möglichkeiten werden von jedem Prozessualisten der Zeit geprüft, übernommen, weitergeführt, abgewandelt, vereinigt, verworfen — in jeder denkbaren Variation, bis zu „einem materiellen Ziviljustizrecht“ (GOLDSCHMIDT 1905); das alles in spitzfindig werdenden Kontroversen, die nicht nur dem heutigen Betrachter oft unfruchtbar erscheinen mögen. Die Prozessualisten empfinden offensichtlich einen dogmatisch-konstruktiven Rückstand, den es den Zivilisten gegenüber aufzuholen gilt. Freilich darf nicht übersehen werden, daß ganz konkrete dogmatische Fragen die theoretische Grundlegung veranlassen, so bei BÜLOW die Lehre von den Einreden und bei den Späteren hauptsächlich die in die RCPO 1877 aufgenommene Feststellungsklage, vor allem sie ist zum Auslöser und Prüfstein zugleich der systemtragenden Grundbegriffe geworden. — Neben die Leistungs- und die Feststellungsklage tritt allmählich, und nach anfänglichem

zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880. — PAUL LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches III 2, Tübingen 1882, § 97. — ADOLF WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I, Leipzig 1885. — Der Feststellungsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid, Leipzig 1888, 73-138. — Der Rechtsschutzanspruch, ZJP 32 (1904) 1-34. — JOSEF KOHLER, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Prolegomena zu einem System des Civilprozesses, Mannheim 1888. — Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, ZJP 33 (1904) 211-234. — Über die Grundlagen des Civilprozesses, AcP 97 (1905) 1-16. — JOSEF TRUTTER, Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München 1890. — P. LANGHEINEKEN, Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht, Leipzig 1899 (Literatur). — KONRAD HELLWIG, Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, Jena 1900. — Klagerecht und Klagmöglichkeit, eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozeßrechts, Leipzig 1905. — WILHELM KISCH, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903. — RICHARD SCHMIDT, Prozeßrecht und Staatsrecht, Programm Freiburg i. Br. 1903. — FRIEDRICH STEIN, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, in: Festgabe der Juristischen Fakultät der vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Hermann Fitting, Halle 1903, 333-483. — JAMES GOLDSCHMIDT, Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht), in: Festgabe für Dr. Bernhard Hübler, Berlin 1905, 85 ff. — Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, in: Festschrift für Heinrich Brunner, München 1914, 109-161. — MAX PAGENSTECHE, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten, AcP 97 (1905) 17-44. — ELEMÉR BALOG, Über das konstitutive Urteil, eine kritische Rundschau in der Literatur GrünhutsZ 34 (1907) 123-168. — GEORG KUTTNER, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, München 1908. — ARTHUR NUSSBAUM, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908. — OTTO GEIB, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, München 1909.

Schwanken im Gattungsbegriff, die Gestaltungs-*klage*⁴, der Sache nach in ihren einzelnen Erscheinungsformen freilich längst bekannt, wie beispielsweise in den Teilungsklagen.

Von den *Kommentaren*, die zusammen mit der RCPO in großer Zahl erscheinen, setzt sich kaum die Hälfte auf die Dauer durch. Sie mußten erst die partikularrechtlichen Färbungen ablegen und das Füllmaterial aus den Gesetzgebungsarbeiten durch Judikatur und Dogmatik ersetzen. Die Durchdringung der Exegese mit systematischen Teilen führt dann zum Handbuch in Kommentarform, wie FRIEDRICH STEIN selbst sein großes Werk bezeichnet hat⁵.

Für die *Lehrbücher* und *Systeme* stehen anfangs zwei grundsätzliche Fragen an. Einmal geht es um die ausdrückliche und durchgehende Anknüpfung an das vorkodifikatorische Recht, das gemeine und die partikularen Prozeßrechte. Dieses Ziel wird nach dem mißlungenen Versuch BOLGIANOS⁶ schnell fallen gelassen, akzeptiert werden höchstens abschnittsweise Einleitungshistorien wie vor allem bei PLANCK⁷ oder auch noch bei KLEINFELLER und HELLWIG. Im übrigen stoßen die Gesamtdarstellungen, anders als die Monographien, das ältere Recht rasch ab. Die andere Streitfrage war der systematische Aufbau. Soll die gemeinrechtliche Einteilung in materielles Prozeßrecht (auch in Form eines Allgemeinen Teils) und formelles Prozeßrecht, also Prozeßgang, fortgeführt werden? Ist der systematische Ausgangspunkt in dem modernen Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses zu suchen? Welches Gewicht in der Darstellung kommt den allgemeinen Prozeßprinzipien zu? Diese und andere Probleme der Systematik werden besonders in den Rezensionen der Lehrbücher erörtert⁸. Ein Kanon bildet sich nicht, derselbe Autor konnte wie RICHARD SCHMIDT seine Systematik ändern⁹. Es scheint, daß man schließlich, soweit nicht die Frage der Systematik mit der nach dem Grund-

⁴ Diese Bezeichnung zuerst bei E. SCHRUTKA v. RECHTENSTAMM in der Rez. WACH, Feststellungsanspruch, GrünhutsZ 16 (1889) 619.

⁵ LUDWIG GAUPP, I-III, Freiburg i. B. 1879-81; seit ³I-II 1897-98 unter Mitwirkung von FRIEDRICH STEIN; seit ¹⁰I-II 1911-13 unter dem Namen von Stein (²⁰STEIN - JONAS 1977 ff).

⁶ KARL BOLGIANO, Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts auf rationellen Grundlagen mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprocesses, Allgemeiner Theil, Stuttgart 1879.

⁷ JULIUS WILHELM PLANCK, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I-II, Nördlingen 1887-96.

⁸ So z. B. K. BIRKEMEYER, KritVjschr 27 (1885) 547 ss.

⁹ RICHARD SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1898, ²1906. Nachtrag: Die Neuerungen im Zivilprozeßrecht, 1910.

begriff des Prozeßrechts überhaupt verknüpft wird, dem wissenschaftlichen Geschick eines jeden Autors Spielraum gewährt.

Der Lehrbuchcharakter wird von den einzelnen Darstellungen nur zum Teil gewahrt (WEISMANN¹⁰, KLEINFELLER¹¹), zum Teil überschritten, so in den drei bedeutendsten systematischen Werken der Zeit. WACH hat sein groß angelegtes Handbuch von vornherein der Praxis gewidmet¹². Weil er sich noch kaum auf monographische Vorarbeiten stützen kann, wächst das Handbuch weithin zur monographischen Darstellung heran: in der grundlegenden Einleitung, in den Lehren vom objektiven Prozeßrecht und von den Prozeßsubjekten; weiter hat WACH sein Handbuch nicht mehr geführt. Das bereits erwähnte Lehrbuch RICHARD SCHMIDTS, von beeindruckender Einheit und Geschlossenheit, wird vor allem durch die Anbindung des Zivilprozesses an das Staatsrecht geprägt; auch macht es sich eine maßvolle Gesetzeskritik zur Aufgabe. In manchen Fragestellungen vermag es noch auf den heutigen Leser höchst anregend zu wirken. HELLWIG schließlich geht es um die „innige Wechselbeziehung zwischen Zivil- und Prozeßrecht“, deutlich etwa in der Lehre von den materiellen Klagvoraussetzungen in seinem Lehrbuch. Dieses „Lehrbuch“ ist in Wirklichkeit ein dogmatisch erschöpfendes, freilich auch unvollendet gebliebenes Handbuch, während das „System“, kürzer und methodisch freier, eher Lehrzwecken dient¹³. Es ist bemerkenswert, daß mit R. SCHMIDT und HELLWIG auch der bedeutendste Kommentator, STEIN, aus der Schule WACHS stammt.

Kaum in Kraft getreten ruft die RCPO Gesetzeskritik und Reformvorschläge in ununterbrochener Reihe hervor¹⁴. Aus der kaum überschaubaren Diskussion seien drei Erscheinungen herausgehoben. Einen ersten Schwerpunkt bilden die Prozeßenquäten und daran anknüpfenden Kontroversen zwischen BÄHR und WACH¹⁵ über die Mündlichkeit in ihrer Ausgestaltung

¹⁰ JAKOB WEISMANN, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I-II, Stuttgart 1903-05.

¹¹ GEORG KLEINFELLER, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, für das akademische Studium. Berlin 1905, ³1925.

¹² ADOLF WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I, Leipzig 1885.

¹³ KONRAD HELLWIG, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I-III 1, Leipzig 1903-09. — K. HELLWIG, System des Deutschen Zivilprozeßrechts I-II, vollendet von PAUL OERTMANN, Leipzig 1912-19.

¹⁴ Hierzu vor allem JÜRGEN DAMRAU, Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877, Paderborn 1975.

¹⁵ OTTO BÄHR, Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung, Jhering's Jahrbücher 23 (1885) 339-434. — Noch ein Wort zum deutschen Civilprozeß, Jhering's Jahrbücher 24 (1886) 329-390. — Die Prozeß-Enquete des Prof. Dr. Wach, Kassel 1888. — ADOLF WACH, Die Reichscivilprozeßordnung und die Praxis, Leipzig 1886. — (Mit

durch die RCPO¹⁶. Ein zweiter Themenkreis segelt gern unter dem Postulat eines „sozialen Prozeßrechts“; es geht um die Stärkung der richterlichen gegenüber einer als „manchesterlich“ gebrandmarkten Parteiherrschaft, um Amts- statt Parteibetrieb, Untersuchungs- statt Verhandlungsmaxime, um Abschaffung des Anwaltszwangs. Zum Schutz des ärmeren Bevölkerungsteils treffen sich Geister aus verschiedenen Lagern wie BISMARCK hier und ANTON MENGER dort¹⁷. Beeinflußt ist diese sozialpolitische Richtung in der Wissenschaft durch die Vorstellungen GIERKES, besonders aber durch die österreichische Prozeßreform; das historische Vorbild findet man im friderizianischen Prozeß. Die Hauptvertreter unter den deutschen Prozessualisten sind SCHWARTZ und NEUKAMP¹⁸. Eine dritte Reformwelle wird durch die Rede des Frankfurter Oberbürgermeisters ADICKES im preußischen Herrenhaus 1906 ausgelöst¹⁹; ihr Blick auf die englische Rechtspflege bestärkt die rechtsvergleichende Richtung im prozessualen Bereich, für die schon bisher besonders KOHLER²⁰ und MENDELSSOHN-BARTHOLDY²¹ in Monographien und (seit 1909) in ihrer Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht geworben haben. Das österreichische Zivilprozeßrecht wird, auch außerhalb der eigentlichen Rechtsvergleichung, in jeder Form und in großem Umfang einbezogen, es wird als dem deutschen eng verschwistert empfunden.

J. WEISMANN:) Eine civilprozessualische Enquête, ZZZ 10 (1887) 181-193. — Die civilprozessualische Enquête: ein Bericht, Ergänzungsheft zur ZZZ 11 (1887). — Die civilprozessualische Enquête im Lichte Bährscher Kritik, ZZZ 12 (1888) 172-177.

¹⁶ Cf. HANS-GERHARD KIP, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip: Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses, Köln 1952, p. 66 ss.

¹⁷ DAMRAU p. 55-57 und p. 72 s.

¹⁸ JOHANN CHRISTOPH SCHWARTZ, Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß-Gesetzgebung, Darstellungen und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte, Berlin 1898, Kap. XII: Ergebnisse. — Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 und die künftige Civilprozeßreform, Berlin 1902. — E. NEUKAMP, Gutachten über die Frage der Abgrenzung von Richterrecht und Parteibetrieb im Civilprozeß, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages I, Berlin 1902, Sp. 125-258. — Kritisch beispielsweise RICHARD SCHMIDT, Prozeßrecht und Staatsrecht, Programm Freiburg i. Br. 1903.

¹⁹ FRANZ ADICKES, Grundlinien durchgreifender Justizreform, Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken, Berlin 1906.

²⁰ In mehreren Abhandlungen in seinen beiden Aufsatzsammlungen: Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889 (c. f. das Vorwort) und Gesammelte Beiträge zum Civilproceß, Berlin 1894. Cf. ferner seine Einführung (p. 5) zur Rheinischen Zeitschrift.

²¹ ALBRECHT MENDELSSOHN BARTHOLDY, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900.

IX. *Zwangsversteigerung*

Die Zwangsversteigerung war in der gemeinrechtlichen Periode überwiegend partikularrechtlich geregelt und literarisch behandelt¹. An diesem Zustand hat die RCPO nichts ändern können, weil einer reichseinheitlichen Normierung der Zwangsversteigerung die Verschiedenheit des Grundstücks- und Hypothekenrechts in den Bundesstaaten entgegenstand. Im Zuge der Reichsjustizgesetzgebung erlassen diese zunächst nur Vorschriften zur Angleichung ihres Rechts an das neue Reichsrecht. Von der wirtschaftlichen Entwicklung herausgefordert kommt es jedoch bald zu grundlegenden Änderungen, vor allem zur Einführung des Deckungsprinzips, das nach Ansätzen in verschiedenen Partikularrechten im preußischen Gesetz von 1883 voll ausgebildet wird². An das preußische Gesetz lehnt sich eng das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von 1897 an.

Die ganze Entwicklung spiegelt sich auch in der Literatur wider. So kommentiert JÄCKEL nacheinander die ältere preußische Subhastationsordnung von 1869 mit der Ergänzung 1879, dann das richtungweisende preußische Gesetz von 1883 und schließlich das Reichsgesetz 1897³. Aus der Zwischenzeit kann hierher auch die Abhandlung v. MEIBOMS über den Immobilienarrest gestellt werden⁴.

X. *Freiwillige Gerichtsbarkeit*

Die freiwillige Gerichtsbarkeit hatte während der Naturrechtsperiode einen eigenen Platz im Rechtssystem erhalten. So unterschied NETTELBLADT innerhalb der „gerichtlichen praktischen Rechtsgelahrtheit“ die Geschäfte in Sachen der willkürlichen von denen der streitigen Gerichtsbarkeit; CLAP-

¹ Oben VI p. 177.

² Näheres z. B. bei RICHARD SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig ²1906, § 151, und demnächst BERNHARD MAIER, Die Aufnahme des Deckungs- und Übernahmepinzips in das ZVG und in seine Vorbilder (Arbeitstitel).

³ PAUL JÄCKEL, Die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 ergänzt durch das Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879 mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen, Berlin 1879, ³1882. — P. JÄCKEL, Die Zwangsvollstreckungsordnung in Immobilien. Mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen, Berlin 1883, ³1893. — P. JÄCKEL, Berlin 1901; seit ³1909 bearb. von GEORG GÜTHE; ⁵1915.

⁴ VIKTOR v. MEIBOM, Der Immobiliarrrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozeßordnung, Freiburg i. B. 1888 (ohne den Anhang auch in AcP 72, 331-470).

ROTH, um einen anderen Namen zu nennen, widmete ihr eine eigene Darstellung¹. Die preußische allgemeine Gerichtsordnung von 1793 reservierte den zweiten Teil dem Verfahren in nicht-streitigen Sachen (ohne das anderwärts geregelte Hypotheken-, Deposit- und Vormundschaftsrecht).

Aber dieser eigene Platz wird wissenschaftlich kaum ausgefüllt. Die Literatur erschöpft sich vorwiegend in Formular- und Handbüchern für die Praxis. Eine erste wissenschaftliche Behandlung² läßt dem Gegenstand der unermüdliche W. H. PUCHTA 1821 zukommen. Er legt es seinem Entwurf einer Verfahrensordnung zugrunde, deren erste Abteilung allgemeine Grundsätze und Regeln des Verfahrens bringt³. Am Rande sei vermerkt, daß der Sprachgebrauch uneinheitlich ist und die freiwillige Gerichtsbarkeit nur im weiteren Sinn genommen das Hypotheken- und Grundbuchrecht sowie das Vormundschaftsrecht miteinbezieht. PUCHTA setzt sich auch mit der beispielsweise von MITTERMAIER vertretenen rechtspolitischen Forderung auseinander, die freiwillige Gerichtsbarkeit, mit der vielerorts die Untergerichte betraut sind, auf die Notare (linksrheinisch-französischen Typs) zu übertragen⁴. Neben PUCHTA ist OESTERLEY mit der Monographie von 1830 hervorzuheben⁵.

Partikularrechtlich ist die freiwillige Gerichtsbarkeit nur ausnahmsweise an einem Orte und auch dann nicht erschöpfend geregelt. Dies spiegelt sich auch in der Literatur wider. Die preußische Gerichtsordnung bleibt lange Zeit der einzige Versuch einer teilweisen Zusammenfassung⁶. Württemberg folgt 1843 mit dem die freiwillige Gerichtsbarkeit mitregelnden Gesetz über

¹ DANIEL NETTELBLADT, Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit, Halle im Magd. 1767, ²1784. — JUSTUS CLAPROTH, *Primae lineae iurisprudentiae extrajudicialis theoretico-practicae in usum auditorii adornatae*, Göttingae 1760; 3. Aufl. u. d. T.: Theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen 1789.

² Cf. auch EMIL OTT, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens, Wien 1906, p. 58 s.

³ WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht-streitigen bürgerlichen Rechtssachen, namentlich bei den sogenannten Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dann bei dem Vormundschafts- und Hypothekenwesen I-II, Erlangen 1821, ²1831-32. — W. H. PUCHTA, Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Erlangen 1824.

⁴ MITTERMAIER (oben p. 183) Bd. II § 2.

⁵ FERDINAND OESTERLEY, Versuche aus dem Gebiete der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, Hannover 1830.

⁶ Hierzu z. B. HERMANN RÖSLER, Der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten zweiter Theil, betr. das Verfahren in nicht streitigen Sachen, insbesondere Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nebst erläuternden Anmerkungen, Breslau 1860.

das Notariatswesen⁷, Baden seit 1860 mit auch als Rechtspolizeigesetzen⁸ bezeichneten Normen⁹, Sachsen schließlich 1865 und 1868 mit Justizministerialverordnungen zum Verfahren in nicht-streitigen Rechtssachen¹⁰. Schon in diesen verschiedenen Firmierungen macht sich die partikulare Vielfalt, aber auch die Unausgegorenheit des Rechtsgebiets bemerkbar.

Im übrigen wird das Verfahren häufig in enger Verbindung mit dem jeweiligen materiellen Bereich geregelt und literarisch behandelt. Das Schrifttum verzweigt sich so auf das Vormundschafts- oder das Hypotheken- und Grundbuch- oder das Handelsregisterrecht. Es wäre daher die (materiell-rechtliche) Literatur zu diesen Gegenständen stets zu beachten. Einschlägig ist auch die Literatur zu den zahlreichen partikularen Notariatsordnungen, die dem Notariat ganz verschiedene Gewichte und Organisationen geben können¹¹.

Nach der Reichsjustizgesetzgebung erläßt noch Hessen 1879 ein Gesetz über das Verfahren in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, das auch allgemeine Verfahrensvorschriften enthält und insofern ein Vorläufer des Reichsgesetzes 1898 ist; andere Bundesstaaten nehmen einzelne Vorschriften zur freiwilligen Gerichtsbarkeit in die Ausführungsgesetze der Reichsjustiz-

⁷ Hierzu zuletzt H. MAYER, Das Württembergische Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843 mit allen einschlägigen Verfügungen und Entscheidungen des K. Justizministeriums und der höheren Gerichte, Stuttgart 1887.

⁸ Dieses Etikett ist vermutlich vor allem auf v. MOHLS Lehre zurückzuführen, wonach wesentliche Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Präventivjustiz oder Rechtspolizei zu stellen seien: ROBERT MOHL, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates III: System der Präventivjustiz oder Rechts-Polizei, Tübingen 1834 §§ 31 ss., ³1866 §§ 28 ss.

⁹ E. v. SEYFRIED, Die Gesetze und Verordnungen über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und über das Notariat im Großherzogthum Baden, Karlsruhe 1865.

¹⁰ HERMANN WACHLER, Die Königl. Sächsische Gerichtsordnung. Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr., vom 9. Jan. 1865 unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung und Entscheidungen herausgegeben, Leipzig 1885.

¹¹ Cf. F. OESTERLEY, Das deutsche Notariat nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und mit besonderer Berücksichtigung der in den deutschen Bundesstaaten geltenden particularrechtlichen Vorschriften, geschichtlich und dogmatisch dargestellt II: Darstellung des geltenden Rechts, Hannover 1845. — JULIUS MERKEL, Das Notariat und die willkürliche Gerichtsbarkeit nach gemein-deutschen und königl.sächsischen Rechten, dem österreichischen Gesetze über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streit-sachen, den preußischen Gerichts-, Deposital- und Hypothekenordnungen und den neuesten deutschen Notariatsordnungen mit den einschlagenden Lehren der Diplomatik und Heurmatik, Leipzig 1860 (Abdruck aus dem Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft, hg. v. JULIUS WEISKE, Bd. 14, p. 637-794). — ADOLF WEISSLER, Das Notariat der Preußischen Monarchie, Leipzig 1896.

gesetze auf. Wissenschaftlich steht die Frage nach dem *Gegenstand* der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Mittelpunkt der Diskussion¹².

XI. Schiedsgerichtliches Verfahren

Ein Gebiet an der Grenze zwischen Privatrecht und Zivilprozeß ist die Schiedsgerichtsbarkeit. Für das gemeinrechtliche 19. Jahrhundert ist zu unterscheiden: Die Einrichtung einer Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt¹ war eine Frage, die zwar auch die Juristen, noch mehr aber die Wirtschaft beschäftigte. Liegt die Schiedsgerichtsbarkeit nach manchen Zeugnissen noch vor der Mitte des Jahrhunderts weithin brach², so erlebt sie bald danach einen raschen Aufschwung. Hierbei entwickeln sich Schieds- und Handelsgerichtsbarkeit in enger Beziehung zueinander. Bezeichnend ist etwa, daß Anregungen aus dem französischen Recht weniger von dem Titel *Des arbitrages* im *Code de procédure civile* (art. 1003-1028) ausgehen als vielmehr von dem Abschnitt über das schiedsrichterliche Verfahren bei Streitigkeiten unter Handelsgesellschaftern im *Code de commerce* (art. 51-64). Für diesen Fragenkreis kann vor allem auf die zusammenfassende Studie von H. KRAUSE verwiesen werden³. Von dieser Entwicklung zu unterscheiden ist die wissenschaftliche Behandlung der Schiedsgerichtsbarkeit. Sie erfolgt in erster Linie durch die Pandektistik, die am römischen *Schiedsvertrag* ansetzt. In bezug auf unsere Thematik, das Verfahren vor Schiedsgerichten, fallen die Äußerungen allerdings kurz aus, weil die gemeinrechtliche Theorie den Schiedsrichter einfach an die Verfahrensvorschriften für den ordentlichen Richter, soweit nichts anderes vereinbart, bindet, eine Ansicht, die offenbar erst seit

¹² Näheres bei OTT p. 63 ss.

¹ Von der Schiedsgerichtsbarkeit zu trennen ist das Institut der Schiedsmänner, in Preußen seit 1827, eine Art Friedens- oder Vergleichsrichter.

² WOLFGANG HEINRICH PUCHTA, Das Institut der Schiedsrichter, nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse betrachtet, Erlangen 1823. — PFEIFFER, Der praktische Gebrauch und Nutzen der Schiedsgerichte in einzelnen Streitfällen, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, hg. v. Linde u. a., NF 3 (1847) 48-86. — C. F. KOCH, Der Preußische Civil-Prozeß, Berlin 21855, § 4.

³ HERMANN KRAUSE, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, Berlin 1930, 4. Kap. — Cf. weiterhin: BERNHARD MAYER, Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Streitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht, eine historisch-dogmatisch-vergleichende Darstellung, Erlangen 1888; C. BORNHAK, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte, ZZZ 30 (1902) 1-46; SILBERSCHMIDT, Sondergerichtsbarkeit 1904.

ANDRÉ⁴ und unter dem Eindruck der partikularrechtlichen Entwicklung ins Wanken gerät. Von den Lehrbüchern des gemeinen Prozeßrechts geht auf die Schiedsgerichtsbarkeit ausführlicher nur HEFFTER ein⁵, die anderen fassen sich kurz⁶. Die partikularrechtliche Prozeßliteratur richtet sich nach der Gesetzeslage. Vom Schiedsgericht handeln der bayerische Prozeßkodex im 17. Kapitel, § 2, und die preußische allgemeine Gerichtsordnung einmal generell in I 2 §§ 167-176 und für Assekuranzstreitigkeiten in I 30 §§ 48-56. Von den Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts vor der RCPO sind außer den verschiedenen Entwürfen von Handelsgesetzbüchern vor allem die badische Prozeßordnung 1831, der preußische Zivilprozeßentwurf 1864 und die bayerische Prozeßordnung 1869 zu erwähnen⁷. Zu beachten ist hierbei, daß seit der Jahrhundertmitte die Entwicklung dahin geht, die Schiedsrichter grundsätzlich von prozessualen Vorschriften freizustellen (heute § 1034 II ZPO), wofür offensichtlich die Genfer *Loi sur la procédure civile*⁸ die Richtung gewiesen hat⁹. Eine andere Linie führt zum Ausschluß der ordentlichen Rechtsmittel¹⁰. Die RCPO regelt das schiedsrichterliche Verfahren in ihrem letzten Buch¹¹.

⁴ W. ANDRÉ, *Gemeinrechtliche Grundzüge I. der Schiedsgerichte, II. des Wasserrechts*, Jena 1860 p. 57 s.

⁵ HEFFTER, *System* 21843, §§ 93-97.

⁶ Beispielsweise LINDE, *Lehrbuch* 71850, § 7.

⁷ Cf. KRAUSE *loc. cit.* § 18.

⁸ Art. 348 und BELLOT's *Exposé des motifs du titre XXIV*, 31870, p. 151.

⁹ Die Verpflichtungen des § 1034 I Satz 1 sind gemeinrechtliche Überlieferung.

¹⁰ Begründung des (zweiten) Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung, Berlin 1872, zu § 788.

¹¹ Aus der Literatur zum Rechtszustand und zur Rechtspolitik der Schiedsgerichtsbarkeit vor 1879 sind noch hervorzuheben CARL LEOPOLD GOLDSCHMIDT, *Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeße*, Frankfurt am Main 1818, Nr. 12. — OTTO LEWALD, *Das Handelsgericht als Staatsinstitut und als Schiedsgericht. Praktisch dargestellt für Kaufleute*, Berlin 1845. — HEINRICH FÜRST, *Die preußischen Gesetze über Schiedsrichter, nebst Motiven und Entwurf eines Schiedsrichter-Gesetzes. Ein Beitrag zur Redaktion des Handels-Gesetzbuchs*, Breslau 1857.