

Unzulässigkeit des Rechtsweges.



Eine zivilprozessuale Untersuchung
auf dem Gebiete des österreichischen Rechtes

von

Dr. Franz Xaver R. v. Fierich,

o o Universitätsprofessor in Krakau.



Wien, 1912.

Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I, Kohlmarkt 20

~~~~~  
Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.  
~~~~~



(179)

31179

Vorwort.

Zu den stiefmütterlich behandelten Problemen auf dem Gebiete der zivilprozessualen Wissenschaft gehört die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Das Problem liegt an der Grenze einer ganzen Reihe von Rechtsgebieten.

Wir beabsichtigen, dieses Problem vom Standpunkte des österreichischen Zivilprozeßrechtes aufzuklären, oder doch wenigstens hie und da auf dasselbe Lichtstrahlen zu werfen. Die verwandten Rechtsgebiete werden wir insofern berücksichtigen, als dies zur Erfüllung unserer Aufgabe nötig ist.

In unseren Ausführungen wird der Leser vergebens zahlreiche Aufzählungen einzelner Vorschriften suchen, die die Verteilung der Rechtsangelegenheiten einerseits unter Justiz und Verwaltung, andererseits unter ordentliche und besondere Gerichte usw. bezwecken. Diese große Zahl von diesbezüglichen Vorschriften bildete für uns nur ein dankbares Material zur Fassung der wissenschaftlichen Rechtsfragen. Zwar hatten wir nur wissenschaftliche Zwecke vor Augen, trotzdem findet aber auch das Gebiet der Rechtsanwendung in dieser Arbeit feste Anhaltspunkte.

Was die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen anbelangt, soweit dieselbe mit unserem Problem im Zusammenhange steht, stützen wir uns auf die Anschauungen, welchen wir in unserem in polnischer Sprache veröffentlichten Lehrbuche (Lehre von den Gerichten und die Zivilprozeßordnung, 1898 bis 1904) Ausdruck gegeben haben.

Krakau, den 9. März 1912.

Der Verfasser.

Verzeichnis der Abkürzungen.

| | |
|-----------|--|
| ABGB. | = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. |
| Allg. GZ. | = Allgemeine Gerichtszeitung. |
| E. OGH. | = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. |
| E. RG. | = Entscheidung des Reichsgerichtes. |
| EO. | = Exekutionsordnung. |
| ForstG. | = Forstgesetz. |
| GemO. | = Gemeindeordnung. |
| GeschO. | = Geschäftsordnung. |
| GewGG. | = Gewerbegerichtsgesetz. |
| GZ. | = Gerichtszeitung. |
| JBl. | = Juristische Blätter |
| JGS. | = Justizgesetzsammlung. |
| JMVBl. | = Justizministerialverordnungsblatt. |
| JN. | = Jurisdiktionsnorm. |
| LGBl. | = Landesgesetzblatt. |
| Mat. | = Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen. |
| PatG. | = Patentgesetz. |
| RGBl. | = Reichsgesetzblatt. |
| StG. | = Staatsgrundgesetz. |
| TierSG. | = Tierseuchengesetz. |
| ZPO. | = Zivilprozeßordnung. |

Berichtigungen und Nachträge.

S. 6, Bem. Zeile 1: bei dem Namen Pollak füge hinzu den Titel „System des österreichischen Zivilprozeßrechtes“. Wien 1903.

S. 10, Bem. Zeile 1 von oben: bei dem Namen Fleiner füge hinzu den Titel „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts“. Tübingen 1911.

S. 36, Bem. Zeile 11 von unten: statt Sarway soll sein Sarwey.

S. 36, Bem. Zeile 16 von unten: bei dem Namen O. Mayer füge hinzu den Titel „Deutsches Verwaltungsrecht“. Leipzig 1895.

S. 38, Bem. Zeile 12 von unten: statt Stölzl soll sein Stölzel.

S. 40, Bem. Zeile 4 von unten: nach dem Namen Schauer füge hinzu die Worte: In der ZPO.

S. 42, Bem. Zeile 3 von oben: bei dem Namen Bernatzik füge hinzu den Titel „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“. Wien 1886.

S. 44, Bem. Zeile 5 von unten: statt Hye-Glunck soll sein Hye-Glunck.

S. 49, Bem. Zeile 2 von unten: statt Hariou soll sein Hauriou.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

| | Seite |
|---|--------|
| Der Rechtsweg | 1— 86 |
| § 1. Der Begriff „Rechtsweg“ nach den Vorschriften der Zivilprozeßgesetze | 1— 12 |
| § 2. Die Zulässigkeit des Rechtsweges eine Prozeßvoraussetzung | 12— 23 |
| § 3. Der Inhalt des Begriffes Rechtsweg | 24— 73 |
| § 4. Beschränkung des Rechtsweges. Temporär beschränkter Rechtsweg. Bedingter Rechtsweg. Berufung auf den Rechtsweg | 73— 86 |

II. Teil.

| | |
|---|---------|
| Unzulässigkeit des Rechtsweges | 87—131 |
| § 1. Im allgemeinen | 87— 88 |
| § 2. Die Zulässigkeit des Rechtsweges als ein Gegenstand der richterlichen Prüfung während des Prozesses | 88—111 |
| § 3. Die sogenannte absolute Inkompetenz der ordentlichen Gerichte als Grundlage der Aufhebung des Verfahrens nach rechtskräftigem Abschlusse desselben | 112—131 |

I. Teil.

Der Rechtsweg.

§ 1.

Der Begriff „Rechtsweg“ nach den Vorschriften der Zivilprozeßgesetze.

I. In den österreichischen Zivilprozeßgesetzen ist weder das Wesen des Begriffes „Rechtsweg“¹⁾, noch der Inhalt des Begriffes der „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ (§§ 239, 240, 243, 252, 260, 261, 398, 450, 471, 477, Z. 6 ZPO.) näher bezeichnet. Dies ist ein fühlbarer Mangel der Zivilprozeßgesetze. Wenn der Gesetzgeber in den Zivilprozeßgesetzen

¹⁾ Philologisch betrachtet ist „Rechtsweg“ gleichbedeutend mit „Gerichtsweg“. Siehe Amyra: „Grundriß des germanischen Rechtes“, Straßburg 1897, Sonderabdruck aus der zweiten Auflage von Pauls „Grundriß der germanischen Philologie“, S. 7. — Homeyer: „Des Sachsenspiegels erster Teil, oder das sächsische Landrecht“, Berlin 1861, S. 429. Siehe auch die Ausführungen von Stölzel: „Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen“, Berlin 1899, S. 2.

In der zivilprozessualen Literatur sind mehrere Werke der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges gewidmet; alle diese Werke sind vorwiegend für die Praxis von Bedeutung. Hier wären anzuführen: Sydow: „Die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Kompetenzkonflikte in Preußen“, Berlin 1860; Droop: „Der Rechtsweg in Preußen“, Berlin 1899; Stölzel w. o. Siehe auch die bei ihm angeführte ältere diesbezügliche Literatur. Derselbe bespricht im „Allgemeinen Teile“, S. 1 bis 55 die leitenden Grundsätze der Lehre von der Zulässigkeit des Rechtsweges und die Kompetenzkonflikte. Auch in dieser wertvollen Partie ist der praktische Zweck des Werkes ersichtlich. Oppenhoff: „Die Gesetze über die Rechtsverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen“, Berlin 1904.

den Begriff „Rechtsweg“, respektive „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ nicht näher bezeichnet, so können wir nicht ohne Grund behaupten, daß der Gesetzgeber diese Begriffe in dem Sinne, welcher den kontemporären österreichischen Gesetzen in der Regel eigen war, gebraucht hat. Zu diesen Vorschriften von allgemeiner Bedeutung, welche uns die gewünschte Aufklärung bieten könnten, müssen wir vor allem den Artikel 15, Abs. 1 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt²⁾, den Artikel 2, lit. a des Staatsgrundgesetzes über die Einsetzung eines Reichsgerichtes³⁾, §§ 11 bis 13 des Gesetzes vom 18. April 1869, über das Verfahren vor dem Reichsgerichte, § 2, Z. 7 des kaiserlichen Patentes über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854, die Exekutionsordnung in den §§ 231, 232 u. a.⁴⁾ zählen.

Die bezogenen Gesetze unterscheiden einerseits den Rechtsweg vom Verwaltungsweg, andererseits stellen sie fest, daß nicht jeder Gerichtsweg (gerichtlicher Weg) ein Rechtsweg sei (§ 2, Z. 7 Verfahren außer Streitsachen, §§ 24 und 42 des Gesetzes vom 18. Februar 1878, RGBl. Nr. 30, §§ 231 und 232 EO.). Der Begriff „Gerichtsweg“ ist umfangreicher als der Begriff „Rechtsweg“, denn er umfaßt das Verfahren in wie außer Streitsachen, das Konkursverfahren, das Exekutionsverfahren usw.⁵⁾ Auf Grund der bezogenen Vorschriften

²⁾ Art. 15, Abs. 1 lautet: „In allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachteiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen.“

³⁾ Das Reichsgericht hat endgültig zu entscheiden bei Kompetenzkonflikten: „a) zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden über die Frage, ob eine Angelegenheit im Rechts- oder Verwaltungswege auszutragen ist, in den durch das Gesetz bestimmten Fällen.“ Siehe auch Materialien zur ZPO. Bd. I, S. 55, und Bd. II, S. 340.

⁴⁾ Siehe auch die Bestimmungen der §§ 320 und 1338 ABGB. und vor allem die Bestimmungen des § 1340 ABGB., welche, was die Verweisung auf den Rechtsweg betrifft, nähere Bestimmungen enthalten. Siehe auch die E. des OGH., Bd. XXXVIII, Nr. 1569.

⁵⁾ Im Staatsgrundgesetze über das Reichsgericht Art. 2, lit. a (wie oben) wurde der Begriff „Rechtsweg“ gebraucht statt „Gerichtsweg“. Ent-

der ZPO. wie auch anderer Vorschriften wäre festzustellen, daß der Rechtsweg nur eine Art des Gerichtsweges, und zwar ein durch die Vorschriften der ZPO. zur Rechts-

scheidend ist ein Konflikt zwischen Gericht und Verwaltungsbehörden. Siehe Hye Glunek, Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes, Teil I, Nr. 23. Siehe auch Pražak: Spory o příslušnost mezi sondy a úřady spravnými 1883 und die Kritik von Ullmann in der Zeitschrift Grünhuts, Bd. X, S. 766. Aus den österreichischen Gesetzen ist ersichtlich, daß man das Wort „Rechtsweg“ nicht immer in demselben Sinne gebraucht hat. Dies hat in manchen Gesetzen zu einem gänzlich willkürlichen Gebrauch des Begriffes „Rechtsweg“ geführt. So wird in dem Eisenbahnexpropriationsgesetz vom 18. Februar 1878, Nr. 30, zwischen Verfahren außer Streitsachen und Rechtsweg in den §§ 24 und 42 der richtige Unterschied gemacht. Anders verhält sich die Sache im Gesetz vom 30. Juni 1884, RGBl. Nr. 117, über Enteignung oder sonstige Vorkehrungen zur unschädlichen Ableitung von Gebirgswässern. Das letztere Gesetz beruft sich im § 15 auf das vorhergehende, und nennt die gerichtliche Feststellung des Schadenersatzes, welche im außerstreitigen Wege stattfindet, Rechtsweg (§§ 14 und 17) statt „gerichtlicher Weg“, welche Wendung im § 15 des bezogenen Gesetzes gebraucht wird. Siehe auch Eisler: „Die Prozeßvoraussetzungen in der österreichischen ZPO.“ (JBl. 1899, S. 171).

Zu den speziellen Vorschriften, welche die besonderen Gerichte betreffen und Bestimmungen über die Unzulässigkeit des Rechtsweges enthalten, gehört die Vorschrift des § 26 GewGG. Aus der wörtlichen Interpretation der bezogenen Vorschrift könnte wohl der Schluß gezogen werden, daß der Rechtsweg auch den gewerbegerichtlichen Weg umfasse, was eine breitere Basis des besprochenen Begriffes „Rechtsweg“, respektive „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ rechtfertigen würde. So auch Petschek in seiner Abhandlung: „Zuständigkeitsfragen und andere Beiträge zum zweiten Regierungsentwurfe eines Gerichtsentlastungsgesetzes“ (Grünhuts Zeitschr. für priv. und öffentl. Recht 1911, S. 325). Derselbe zieht aus der wörtlichen Interpretation der bezogenen Bestimmung den richtigen Schluß. Es entsteht aber wohl der wichtige Zweifel, ob man die wörtliche Interpretation als Grundlage annehmen und mit derselben die Vorschriften der ZPO. beleuchten kann, wie auch der Zweifel, ob die durch die Interpretation geschaffene andere Basis des Begriffes Unzulässigkeit des Rechtsweges mit den Bestimmungen der Zivilprozeßgesetze in Einklang gesetzt werden kann. Wir haben darzustellen getrachtet, daß der Begriff Rechtsweg in den Gesetzen von allgemeiner Bedeutung, wie im Staatsgrundgesetze über die richterliche Gewalt, mit dem Begriffe Gerichtsweg identifiziert, in anderen Fällen wieder durch den Begriff Rechtsweg auch das Verfahren außer Streitsachen umfaßt wird. Es kann also auch nicht befremden, daß in einem speziellen Gesetze über ein be-

verfolgung streitiger bürgerlicher Rechtssachen gesetzlich geordneter Weg ist.

Die Behauptung findet ihre Bekräftigung in den Vorschriften der Jurisdiktionsnorm. Nach dem § 42 JN. haben die ordentlichen Gerichte in jeder Lage des Verfahrens ihre Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens sofort durch Beschluß auszusprechen, wenn die anhängige Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen ist. Die Vorschrift findet ebenso gut im zivilprozessualen Verfahren, wie im Verfahren außer Streitsachen, im Exekutionsverfahren usw. Anwendung. Nach der Überschrift der §§ 41 ff. JN. (Prüfung der Zuständigkeit), könnte es wohl scheinen, daß die Vorschrift des § 42 JN. die Frage der Zuständigkeit des Gerichtes

sonderes Gericht der Begriff Rechtsweg wieder eine andere Bedeutung erhalten hat. Nach Petscheks Anschauung sollte die wörtliche Interpretation aus der berufenen Vorschrift zur Erklärung einer ganzen Reihe von zivilprozessualen Vorschriften und hauptsächlich zur Erklärung der Vorschrift des § 261 ZPO. dienen, welche nach dem Entwurfe des sogenannten Gerichtsentlastungsgesetzes einer Änderung unterliegen soll. Das Wort „Gericht“ in der besprochenen Bestimmung sollte (nach Petschek) auch die besonderen Gerichte umfassen. Dies wäre wohl schwerlich mit der These in Einklang zu bringen, daß die Zivilprozeßgesetze nur ordentliche Gerichte betreffen. Das ist nicht nur aus den Titeln der zivilprozessualen Hauptgesetze, sondern auch aus Art. XIII EinfG. zur JN., wie auch aus den klaren Ausführungen der Materialien, Bd. I, S. 31 und 615 sichtbar. Im § 1 JN. werden die „anderen“ Gerichte — also die besonderen Gerichte — nicht „Gerichte“, sondern nur „Behörden oder Organe“ genannt. Die Durchführung der Prozeßüberweisung an besondere Gerichte möchte bei der von Petschek angenommenen Sachlage bedeutende Schwierigkeiten darbieten, z. B. im Falle, wenn das besondere Gericht das Obersthofmarschallamt wäre, bei welchem noch die allgemeine Gerichtsordnung (schriftliches Verfahren) Anwendung findet. Wie könnten wir hier den Schlußsatz des § 261 ZPO. über Einleitung einer neuen Verhandlung nach § 138 der neuen ZPO. anwenden? Die wörtliche Interpretation würde Mißverständnisse in die ZPO. einführen. Das Richtige wäre das, was Petschek auf S. 325 behauptet, daß man den ordentlichen Rechtsweg vom Sondergerichtsweg unterscheidet. Wir hätten also bei den Gewerbegerichten mit einem Sondergerichtswege (siehe unten II), einem außerordentlichen Rechtswege, zu tun. Der Begriff würde z. B. die Voraussetzung, daß die Rechtssache eine Streitsache, keine Verwaltungssache usw. sei, umfassen.

betrifft. Dies ist nicht der Fall. Die Vorschrift hat nicht den Zweck, die Unzuständigkeit „des Gerichtes“, sondern nur, wie der Inhalt der Vorschrift dartut, die Unzuständigkeit „der Gerichte“, also die Ausschließung des Gerichtsweges zu erörtern (Mat., Bd. I, S. 55). Andererseits, da sich der Rechtsweg von anderen Gerichtswegen unterscheidet, und dieser Gedanke in den Vorschriften der ZPO., EO., in den Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit seinen Ausdruck gefunden hat, müßte auch die Frage des Verhältnisses des Rechtsweges zu anderen Gerichtswegen aufgeklärt worden sein. Diesem Gedanken soll der Absatz 4 des § 42 JN. dienen, nach welchem die Bestimmungen des Absatzes 1 und 3 der zitierten Vorschrift auch dann Anwendung zu finden haben, wenn eine Angelegenheit, welche einen Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht bildet, im außerstreitigen Verfahren bei Gericht anhängig gemacht wurde. Eine ähnliche Vorschrift für das streitige Verfahren war nicht nötig, weil die ZPO. bei der Einführung des Begriffes „Unzulässigkeit des Rechtsweges“ schon diesem Bedürfnisse Genüge geleistet hat (§§ 240 und 477, Z. 6 ZPO.).

Der Begriff „Rechtsweg“ soll also einerseits den Wirkungskreis der Gerichte im Verhältnis zu dem Wirkungskreise anderer Behörden näher bezeichnen, andererseits soll er innerhalb der Grenzen des Gerichtsweges zur Ausscheidung der Zivilprozeßangelegenheiten führen. Demzufolge können wir von der Unzulässigkeit des Rechtsweges dann sprechen, wenn die Rechtssache den inländischen ordentlichen Gerichten nicht zugewiesen ist, oder wenn die Rechtssache zwar den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist, aber keine Zivilprozeßsache, das ist eine nach den Vorschriften der ZPO. zu behandelnde Rechtsangelegenheit bildet. Schließlich wäre der Fall zu erwähnen, daß dem zivilprozessualen Verfahren ein anderes behördliches Verfahren vorzugehen soll. Der erste dieser Fälle wird in der Wissenschaft als ein Fall der sogenannten absoluten Inkompetenz⁶⁾ bezeichnet (Mat. Bd. I, S. 55). Der

⁶⁾ Siehe auch Sperl: „Klageabweisung a limine wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges“ (GZ. 1909, S. 90). Es wird hier eigentlich der Fall der Abweisung wegen sogenannter absoluter Inkompetenz besprochen.

zweite Fall⁷⁾) kann als Unzulässigkeit des zivilprozessualen Verfahrens behandelt werden. Der erste Fall betrifft den Wirkungskreis, der zweite das Verfahren. Der erste Fall ist durch die Vorschriften der JN. und ZPO., der zweite nur durch die Vorschriften der ZPO. geregelt. Nur im ersten Falle findet auch nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens die Vorschrift des § 42, Abs. 2 JN. (wegen sogenannter absoluter Inkompetenz) Anwendung. Der dritte Fall umfaßt die gesetzlich anerkannten Beschränkungen des Rechtsweges (bedingter, befristeter Rechtsweg usw.).

II. Wenn wir die österreichische Gesetzgebung berücksichtigen, so könnten wir dem von uns festgestellten gesetzlichen Begriff „Rechtsweg“ eine noch breitere Basis geben. Dies wäre möglich durch sinngemäße Anwendung der sich auf den gesetzlichen Begriff „Rechtsweg“ beziehenden Vorschriften auf verwandte Rechtsgebilde. Die Geltendmachung der streitigen bürgerlichen Rechtssachen vor den ordentlichen Gerichten bildet die Regel. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen wurden jedoch ausnahmsweise auch anderen Behörden oder Organen streitige bürgerliche Rechtsangelegenheiten zugewiesen (§ 1 JN.). In solchen Fällen wird diesen Behörden und Organen auf Kosten des Wirkungskreises der ordentlichen Gerichte eine gerichtliche Tätigkeit zugeteilt. Dieselben gewähren Staatshilfe und ermöglichen die Rechtsverfolgung auf einem Gebiete, welches grundsätzlich dem Rechtswege vorbehalten sein sollte, oder auch wirklich demselben angehörte, aber mit der Zeit aus dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte ausgeschieden wurde. Die durch die oben erwähnten Behörden und Organe sozusagen in Vertretung der ordentlichen Gerichte gewährte Rechtshilfe könnte zusammen mit der von den ordentlichen Gerichten gewährten Rechtshilfe den Begriff „Rechtsweg“ sensu largo begründen.

Von dieser in streitigen bürgerlichen Rechtssachen gewährten Staatshilfe müssen wir die in den oben erwähnten Streitsachen angewendete Privatrechtshilfe unterscheiden,

⁷⁾ Siehe auch: Pollak, Bd. I, S. 12, Bem. 10.

welche im Privatwillen und grundsätzlich im Privatrecht ihre Basis hat.⁸⁾

⁸⁾ Der sich verletzt Fühlende könnte innerhalb der gesetzlichen Grenzen ebenso gut im Wege des Angriffes (§ 19 ABGB., §§ 1321 und 1322 ABGB. und §§ 63 und 64 ForstG.) wie auch im Wege der Verteidigung innerhalb der Grenzen des § 2 StG., wie auch der §§ 19, 319, 320, 339, 1338 ABGB. von der Selbsthilfe Gebrauch machen. Der Streit kann außergerichtlich durch einen zwischen den Parteien geschlossenen Vergleich (§§ 1380 bis 1391 ABGB.) oder von einem Vermittlungsamte (Gesetz vom 21. September 1869, RGBl. Nr. 150, und Gesetz vom 27. Februar 1907, RGBl. Nr. 59), respektive von einer Polizei- oder politischen Behörde (Ministerialverordnung vom 18. Juni 1853, Nr. 114, und Hofdekret vom 8. Juni 1832, Nr. 2567, auch § 1, Z. 15 EO.) geschlichtet werden. Eine außergerichtliche Rechtshilfe bildet auch die Geltendmachung der Privatrechte im Wege des schiedsgerichtlichen Verfahrens auf Grund eines Schiedsvertrages (§§ 577 bis 599 ZPO. und § 1391 ABGB.). Der Parteiwille bildet hier die Grundlage für die Ermächtigung der dritten Person (eventuell Personen) zur Beilegung des Streites. (Siehe auch Westheimer: „Der ausländische Schiedsspruch“ in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Bd. XXXIX, S. 241 ff.) Das Verfahren stützt sich auf einen Vertrag über die Geltendmachung des streitigen Rechtes oder über das streitige Rechtsverhältnis. Die Parteien maßen sich durch diesen Vertrag keine dem Staate zukommende Gewalt an, sie schließen nur die staatliche Rechtspflege bei der Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses aus. Vom theoretischen Standpunkt unterscheidet sich die Institution der Schiedsgerichte von anderen Institutionen, welche die Bestimmung haben, den Streit außergerichtlich zu schlichten, hauptsächlich in der Richtung, daß die letzteren die Ingerenz des Staates erst dann ausschließen, wenn das streitige Verhältnis schon außergerichtlich erledigt wurde; bei den Schiedsgerichten kann die Ingerenz des Staates schon durch den Umstand ausgeschlossen werden, daß die Parteien einen Schiedsvertrag geschlossen haben. Die Vorschriften über das schiedsgerichtliche Verfahren finden nach § 599 ZPO. auf Schiedsgerichte sinngemäße Anwendung, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige oder andere, nicht auf Vereinbarung der streitenden Teile beruhende Verfügungen oder durch andere Statuten angeordnet werden. In allen diesen Fällen ist der Wille der Parteien die Grundlage für die Einberufung der Schiedsgerichte. Auch in dem Falle, wenn durch Statuten ein Schiedsgericht ins Leben gerufen wird, ist der Parteiwille das entscheidende Moment, denn jedes Mitglied der Gesellschaft, welches ihr beitrifft, tut es auf Grund der in den Statuten näher bezeichneten Bedingungen. In den letzten zwanzig Jahren wurde eine Reihe noch dazu ständiger Schiedsgerichte durch Statuten von Gesellschaften, Banken, Eisenbahnen usw. ins Leben gerufen.

Abgesehen von den auf Grund von Statuten, respektive von Gesetz

Unter diesen Voraussetzungen könnte der Begriff „Rechtsweg“ sensu largo umfassen:

a) Das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten. Die durch diese Gerichte in streitigen Rechtssachen nach den Vorschriften der ZPO. erteilte Staatshilfe würde den ordentlichen Rechtsweg bilden. Dieser Begriff könnte ebenso gut das Erkenntnisverfahren, wie auch das Exekutions- und Sicherungsverfahren umfassen.

b) Das Verfahren vor anderen Behörden und Organen (§ 1 JN.), welche mit Ausschließung der ordentlichen Gerichte⁹⁾ zur Geltendmachung der streitigen bürgerlichen

und Statut kreierte Schiedsgerichten, kennen wir noch ständige, gesetzliche Schiedsgerichte, welche zur Entscheidung der ihnen zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ausschließlich zuständig sind. Sie sind den Parteien gegenüber obligat; wenn die Partei die Rechtshilfe in Anspruch nehmen will, so kann sie sich nicht an die ordentlichen Gerichte, sondern nur an die ausschließlich kompetenten, ständigen Schiedsgerichte wenden. Im Inlande kennen wir mehrere Arten solcher Schiedsgerichte. Dieselben wurden eingeführt mit den Gesetzen vom 28. Dezember 1887, RGBl. Nr. 1 vom Jahre 1888 (§ 38), vom 30. März 1888, RGBl. Nr. 33 (§ 39) und anderen. Die Quellen der Macht der zuletzt besprochenen, ausschließlich kompetenten Schiedsgerichte sind durchaus andere. Im ersten Falle wird durch den Willen der Parteien die staatliche Rechtspflege ausgeschlossen, im zweiten Falle wird unmittelbar auf Grund des Gesetzes das ordentliche Gericht durch das Schiedsgericht vertreten. Die oberwähnten ständigen Schiedsgerichte schließen den Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte aus. Sie gehören zu jenen Organen, über welche § 1 JN. nähere Bestimmungen enthält.

Außer den zwei Quellen, aus welchen die Schiedsgerichte ihre Macht schöpfen, ist nach den englischen Verhältnissen eine dritte Quelle möglich. Das schiedsgerichtliche Verfahren kann auch durch richterliche Anordnung begründet und eröffnet werden. Das Verhältnis zwischen dem Verweisungsgerichte und Schiedsgerichte ist sehr mannigfaltig. In dem besprochenen Falle hätte der Richter auf Grund des Gesetzes die Macht, seine Gerichtsbarkeit oder Tatsachenfeststellung ganz oder teilweise auf das Schiedsgericht zu übertragen. Diese Rechtshilfe wäre also eine Staatshilfe, mit Ausnahme der Fälle, in welchen der Wille der Parteien ausnahmsweise berücksichtigt werden sollte. (Gerland: „Die englische Gerichtsverfassung. Eine systematische Darstellung“, Leipzig 1910, S. 725, 731 bis 734.)

⁹⁾ Siehe Petschek, l. c.

Rechtssachen zuständig sind. Hier müssen wir, indem wir uns die einzelnen Arten von Behörden, respektive Organen vor Augen halten, weitere Unterschiede machen:

α) Das Verfahren vor den inländischen Zivilgerichten, die nicht ordentliche Gerichte sind. Die letzteren umfassen staatliche Gerichte (Obersthofmarschallamt, Elbezollgerichte, Gewerbegerichte usw.) wie auch ständige ausschließlich kompetente Schiedsgerichte, welchen auf Grund von speziellen Vorschriften streitige bürgerliche Rechtssachen zur Entscheidung zugewiesen wurden. Diese Gerichte könnten wir mit dem Namen „besondere Gerichte“ umschreiben. Es ist nicht ausgeschlossen, daß ausnahmsweise die ordentlichen Gerichte als besondere Gerichte auftreten, wie es bei der Gewerbegerichtbarkeit, bei der Elbezollgerichtsbarkeit usw. der Fall ist. Die durch die besonderen Gerichte erteilte Staatshilfe könnten wir im Gegensatze zu dem ordentlichen Rechtswege (ordentlicher Rechtsweg in bürgerlichen Streitsachen) als außerordentlichen Gerichtsweg in bürgerlichen Streitsachen, respektive als außerordentlichen Zivilrechtsweg bezeichnen.

β) Das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.¹⁰⁾

Die Tätigkeit derselben erinnert an die Tätigkeit des Richters; es ist eine Rechtsanwendung auf den festzustellenden Tatbestand. Der Weg wäre angesichts des Umstandes, daß die entscheidende Behörde eine Verwaltungsbehörde ist, ein Verwaltungsweg in streitigen bürgerlichen Rechtsangelegenheiten; im eigentlichen Sinne aber sollte der Weg, dem Wesen der Sache nach, ein Verwaltungsrechtsweg¹¹⁾ genannt werden.

¹⁰⁾ Wir haben nur jene Fälle vor Augen, in welchen die Verwaltungsbehörden ausschließlich kompetent sind, in welchen also eine Berufung auf den Rechtsweg ausgeschlossen ist. Ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen, so können wir nicht annehmen, daß die Verwaltungsbehörde die ordentlichen Gerichte vertritt. Im besprochenen Falle wäre der Weg ein Verwaltungsweg, welcher sich als Bedingung, respektive Prozeßvoraussetzung des Rechtsweges darstellen würde. (Siehe § 4.)

¹¹⁾ Siehe Hellwig: „Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes“, Leipzig 1903, Bd. I, S. 43. Hellwig unterscheidet den Rechtsweg vom

Die beiden Abarten des Rechtsweges (α und β) können wir als außerordentlichen Rechtsweg bezeichnen. Die Zugehörigkeit der einzelnen Fälle unter α oder β ist schwankend, hauptsächlich die Zugehörigkeit der ausschließlichen Schiedsgerichte zur Gruppe α , respektive β kann einen Anhaltspunkt zu Meinungsverschiedenheiten bilden.¹²⁾ Dies ist aber kein Hindernis, daß wir grundsätzlich vom wissenschaftlichen Standpunkt zwei Gruppen des sogenannten außerordentlichen Rechtsweges unterscheiden. In dieser Bedeutung sensu largo würde der Rechtsweg die Geltendmachung der streitigen bürgerlichen Rechtssachen im gesetzlichen Verfahren

Verwaltungsweg. Siehe auch Fleiner, S. 36, von der „justizmäßigen“ Ausübung der Verwaltung.

¹²⁾ Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 18. Oktober 1897, Z. 331 (Hye Glunek: Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes, X. Teil, Nr. 836) einen verneinenden Kompetenzkonflikt zwischen dem Schiedsgerichte der Arbeiter-Unfallversicherungsanstalt einerseits und der Verwaltungsbehörde andererseits entschieden. Das Reichsgericht hat in diesem Falle das Schiedsgericht als Gerichtsbehörde betrachtet und mit Hinweis auf Art. 2 des Staatsgrundgesetzes über das Reichsgericht den Fall einer gerichtlichen Prüfung unterzogen. Hingegen hat das Reichsgericht am 15. Jänner 1908, Z. 626 (österreich. Zeitschr. für Verwaltung 1908, S. 101) der Anschauung Ausdruck gegeben, daß Bruderladenschiedsgerichte ein Glied im Verwaltungsorganismus bilden. In dieser Erwägung hat das Reichsgericht einen Kompetenzkonflikt zwischen dem ordentlichen Gerichte und dem Bruderladenschiedsgerichte als Verwaltungsbehörde entschieden. Wenn wir das Wesen der ausschließlichen Schiedsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einer Prüfung unterziehen, so sehen wir, daß dieselben die ordentlichen Gerichte vertreten und, was ihre Unabhängigkeit und Tätigkeit anbelangt, der Kategorie der Gerichte zugeteilt werden sollten. Wenn das Reichsgericht einmal diese, ein anderes Mal jene Stellung einnahm, so geschah das nur vom Zweckmäßigkeitstandpunkte aus, um die Anwendung der Vorschriften über die Entscheidung der Kompetenzkonflikte zu ermöglichen. Hätte das Reichsgericht im ersten Falle das Schiedsgericht nicht als Gerichtsbehörde, sondern nur als eine Verwaltungsbehörde und im zweiten Falle das Schiedsgericht nicht als ein Glied im Verwaltungsorganismus, sondern nur als Gericht angesehen, so wäre die Kompetenz des Reichsgerichtes und auch die Möglichkeit der Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes ausgeschlossen gewesen — was schließlich zu einer Justizverweigerung führen könnte. (Siehe unten über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges vor der Rechtskraft des gerichtlichen Erkenntnisses.)

vor den dazu berufenen ordentlichen Gerichten, Behörden oder Organen umfassen.

Dieser Begriff ist unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß grundsätzlich alle streitigen bürgerlichen Rechtssachen auf den Rechtsweg gehören sollen.¹³⁾ Die besprochene Konstruktion ist nicht ohne praktische Bedeutung für das geltende österreichische Recht. In einer ganzen Reihe von Rechtsangelegenheiten, welche dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zugewiesen waren, ist eine Änderung eingetreten in der Richtung, daß dieselben anderen Behörden, respektive Organen zugeteilt wurden. Dies könnte für unsere Frage wohl vor allem in jenen Fällen von Bedeutung sein, in denen nach den früheren Vorschriften der Beteiligte auf den Rechtsweg verwiesen wurde und nach den jetzigen Gesetzen die Angelegenheit nicht dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte, sondern der ausschließlichen Zuständigkeit anderer Behörden oder Organe angehört. In diesen Fällen muß die Geltendmachung der Rechte vor anderen Behörden oder Organen sinngemäß als Rechtsweg angesehen werden. Zum Beispiel lautet der § 2, Z. 7 des Patentges vom 9. August 1854: „Insofern die Verfügungen über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Erörterung streitiger Rechtssachen oder von Tatumständen abhängen, die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen, soll das Gericht über die Rechte der Parteien nicht voreilig entscheiden, sondern entweder sogleich die rechtliche Verhandlung einleiten, oder die Beteiligten auf den Rechtsweg verweisen.“ Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn die streitige Rechtsfrage oder Erörterung von Tatumständen nach den jetzt geltenden Vorschriften zur Zuständigkeit der besonderen Gerichte gehört, nicht die ordentlichen, sondern nur die besonderen Gerichte nach § 2, Z. 7 zuständig sein werden. Würden wir diese Interpretation nicht annehmen, so könnten wir in einer ganzen Reihe von Fällen die Vorschrift des § 2, Z. 7 nicht anwenden, obgleich

¹³⁾ Siehe unten die Ausführungen über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

die materiellen Bedingungen vorhanden wären. Der von uns festgestellte Begriff des Rechtsweges sensu largo bildet also die weitesten Grenzen für die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Verweisung auf den gesetzlichen Rechtsweg auf andere Fälle (siehe oben b , α und β). Dieselben Grundsätze könnten wir auch in den Gesetzen neueren Ursprunges (mit Ausschluß der Zivilprozeßgesetze), welche den Begriff „Rechtsweg“ gebrauchen, anwenden (siehe § 4 dieses Teiles). Nur auf Grund einer sorgfältigen und speziellen Prüfung aller Umstände können wir die Überzeugung gewinnen, ob wir bei einer speziellen Vorschrift von einem Rechtswege sensu largo sprechen dürfen und in was für einem Umfange.

Bei unseren Ausführungen werden wir uns des Begriffes „Rechtsweg“ sensu stricto (cit. I) bedienen.

§ 2.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges eine Prozeßvoraussetzung.

Die Frage des Rechtsweges ist die Frage der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Zivilgerichte in bürgerlichen Streit-sachen, ist die Frage, ob die betreffende Rechtsangelegenheit als Zivilprozeßsache den ordentlichen Zivilgerichten zugewiesen ist. Der Begriff „Rechtsweg“ ist ein Grundbegriff der ZPO. Er ermöglicht die Durchführung der Grenzlinien zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden, zwischen ordentlichen und besonderen Gerichten, zwischen Zivilprozeß und freiwilliger Gerichtsbarkeit, zwischen Zivilprozeß und Justizverwaltung. In was für einem Verhältnisse dieser Grundbegriff zu den anderen Begriffen der ZPO. steht, darüber gibt uns die Theorie vom Prozeßverhältnisse und den Prozeßvoraussetzungen eine belehrende Aufklärung. Diese Lehre ist keine Rechtswahrheit, sie ist eine juristische Konstruktion. Wir können ohne dieselbe Prozeßprobleme lösen. Wenn wir aber in dieser juristischen Konstruktion ein entsprechendes und wichtiges Mittel zum Zwecke finden, so können wir uns

dieser Denkform bedienen. Nach Bülow¹⁾ hat die Lehre vom Prozeßverhältnisse einen einheitlichen Gedanken vor Augen, nämlich den Ausbau des Prozesses im gesamten wie im einzelnen aufzuklären.

Die Schöpfer der österreichischen ZPO. haben die Lehre Bülow's vor Augen gehabt, wie dies aus der Struktur der ZPO. und aus den Materialien zu den Zivilprozeßgesetzen (Bd. I, S. 282) hervorgeht. Dennoch wurde diese Theorie nicht in allen ihren Konsequenzen durchgeführt.

Die Teilung der Prozeßvoraussetzungen in absolute und relative ist auf Grund des österreichischen Zivilprozesses durchführbar.²⁾ Zu diesen Prozeßvoraussetzungen, welchen eine ganz ausnahmsweise Stellung zukommt, können gerechnet werden: die Partei- und Prozeßfähigkeit, die Zugehörigkeit der streitigen Rechtsangelegenheit zu den inländischen ordentlichen Gerichten (§ 42 JN.), wie auch der Umstand, daß der Richter nicht ein ausgeschlossener Richter ist.³⁾ Die Aufzählung der Vorschrift des § 42 JN. in der Reihe der ob erwähnten Prozeßvoraussetzungen ist nicht richtig. Im Falle der sogenannten absoluten Inkompetenz kann das rechtskräftige Erkenntnis des obgenannten Mangels wegen von den Parteien mit einem Rechtsmittel, respektive einer Rechtsmittelklage nicht angefochten werden.⁴⁾ Den Parteien gegen-

1) Bülow: „Die neue Prozeßwissenschaft und das System des Zivilprozeßrechtes“ (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. XXVII, S. 257). Aus den neueren literarischen Erscheinungen ist die Abhandlung Kremers: „Zur Konstruktion des Zivilprozesses“ (Grünhuts Zeitschr. Bd. XXXIII, S. 289), Eisler: „Die Prozeßvoraussetzungen in der österreichischen ZPO.“ (JBl. 1899, Nr. 13 ff.) anzuführen.

2) Vor allen: Trutter: „Zivilprozeßrecht“, Wien 1897, S. 52 ff.; Canstein: „Das Zivilprozeßrecht“ (neue ZPO.), S. 702; Pollak, Bd. I, S. 125; Nußbaum: „Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse“, München 1908. Derselbe behauptet in der Einleitung treffend, daß der Begriff „Prozeßvoraussetzungen“ mit sehr verschiedenen Bedeutungen verbunden ist, und daß „sich vielleicht nicht zwei Schriftsteller finden, die das Wort in demselben Sinne anwenden“. Siehe auch: Förster-Kann: „ZPO. für das Deutsche Reich“, 1910, Bd. I, S. 15.

3) Canstein, l. c., S. 702. Siehe auch Pollak, Bd. I, S. 126.

4) Was die frühere österreichische ZPO. anbetrifft, siehe vor allem: Fischer: „Die Lehre von der Nichtigkeit der Zivilurteile“, Wien 1843,

über ist so ein Erkenntnis nicht nur ein rechtskräftiges, sondern auch ein durch außerordentliche Rechtsmittel von den Parteien nicht anfechtbares Erkenntnis. Nur auf Antrag der obersten Administrativbehörde kann der Oberste Gerichtshof wegen absoluter Inkompetenz das rechtskräftige Urteil und das Verfahren aufheben. Die Aufhebung wird nicht durch eine Prozeßhandlung, sondern nur durch einen Antrag einer Verwaltungsbehörde provoziert. Dieser Antrag bewirkt eine Rechtsänderung, ähnlich einer Rechtsänderungsklage.⁵⁾

Die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen hat ihrem Wesen nach zwei Teile: einerseits Entstehung, andererseits Inhalt und Entwicklung des Prozeßverhältnisses. Zu den Prozeßvoraussetzungen, welche die Erfordernisse einer rechtsgültigen Entstehung des Prozeßverhältnisses bilden, zählen wir (nach Bülow) die Klage, weiter einen zur zivilrechtlichen Handlung und Aburteilung geeigneten Prozeßgegenstand, drittens die Erfordernisse bezüglich der Prozeßsubjekte (Gericht — Partei). Dies wären die wesentlichsten. Die zur Entstehung des Prozesses nötigen Prozeßvoraussetzungen, betreffend den Prozeßgegenstand, umfassen auch die Zulässigkeit des Rechtsweges. Wenn wir das Wesen dieses Begriffes untersuchen, so ersehen wir, daß derselbe vom Standpunkte der Lehre von dem Prozeßverhältnisse drei Prozeßvoraussetzungen umfaßt:

1. Die Prozeßvoraussetzung, daß die Prozeßsache die Eigenschaft einer den hiesigen ordentlichen Gerichten angehörigen Rechtssache besitze, im Unterschiede von Rechts-

II. Abschnitt. Von den Nullitätsursachen, die in dem Objekte des Rechtsstreites und des richterlichen Urteiles liegen. S. 77 ff. Siehe auch Skedl: „Die Urteilsnichtigkeit im österreichischen Prozeßrechte“ (Grünhuts Zeitschr., Bd. XIV, S. 85). Was die Teilung der „nullitates“ in „nullitates sanabiles“ und „insanabiles“ betrifft, siehe Nußbaum, w. o., S. 6. Löffler in seiner Abhandlung „Über unheilbare Nichtigkeit im österreichischen Strafverfahren“ (Grünhuts Zeitschr. für priv. und öffentl. Recht, Bd. XXXI) widmet auch den Zivilprozeßstreitfragen seine Aufmerksamkeit. Er behandelt die besprochene Vorschrift des § 42 JN. als einen Fall der unheilbaren Nichtigkeit (S. 510).

⁵⁾ Hellwig, Bd. I, S. 397. Elemér Balog: „Über das konstitutive Urteil“ in Grünhuts Zeitschr., Bd. XXXIV, S. 137.

angelegenheiten, die den besonderen Gerichten, respektive Verwaltungsbehörden angehören.

2. Daß die Rechtssache eine zivilprozessuale Rechtssache sei im Unterschiede von einer Rechtsangelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Verwaltungsjustizsache usw.

3. Schließlich, daß nach den bestehenden Vorschriften dem Zivilprozeß kein anderes behördliches Verfahren vorangehe, respektive daß der Rechtsweg nicht befristet ist (siehe § 4).⁶⁾

Es ist zu erörtern, in was für einem Verhältnisse die besprochenen Prozeßvoraussetzungen zu anderen Prozeßvoraussetzungen der Entstehung des Prozeßverhältnisses stehen. Die Klage (welche das „*thema cognoscendi et iudicandi*“ enthält), die erste Prozeßvoraussetzung⁷⁾, soll vor allem zur Beurteilung sowohl der Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges, wie auch der Voraussetzungen, welche die Subjekte des Prozeßverhältnisses anbetreffen, die Grundlage bilden (§ 41 JN.; das Nähere später). Schwierigkeiten bietet die Besprechung des Verhältnisses der Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges zur Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit der Gerichte.⁸⁾ Wenn man dieses Verhältnis untersucht, so hat man den ersten Teil der Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges vor den Augen, nämlich, daß die Rechtsangelegenheit der Gerichtsbarkeit der inländischen ordentlichen Gerichte unterliege. Prinzipiell ist die Frage, ob die Rechtsangelegenheit im allgemeinen dem inländischen ordentlichen Gerichte unterliegt; ihr folgt erst die zweite Frage, welches von diesen inländischen ordentlichen Gerichten sachlich und örtlich zuständig sei. Eine andere, in der Literatur (hauptsächlich des deutschen Zivilprozesses)⁹⁾ so streitige Frage ist die Frage der Reihen-

⁶⁾ In der ungarischen ZPO. vom 8. Jänner 1911 (von Gottl, Wien 1911, S. 142) werden im § 186 die drei Prozeßvoraussetzungen besonders aufgezählt, und zwar unter 2, und teilweise 1 und 3.

⁷⁾ Bülow, w. o., S. 237 ff.

⁸⁾ Lošan: „Gerichtszuständigkeit und Unzulässigkeit des Rechtsweges“ (tschechisch), Právník 1901, S. 743 ff.

⁹⁾ Der Frage der Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen widmet M. Levy eine Abhandlung unter dem Titel: „Die Reihenfolge der Prozeß-

folge der Prozeßvoraussetzungen bei der Prüfung derselben durch den Richter.

Die Lösung dieser Frage auf Grund der Vorschriften der JN. bietet keine Schwierigkeiten. Im Sinne des § 42 JN. hat

voraussetzungen“ in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. XX, S. 87 ff. (hauptsächlich S. 106 ff.). Er bespricht auch das Verhältnis der Zuständigkeit des Gerichtes zur Zulässigkeit des Rechtsweges. Derselbe behauptet, es gewinne theoretisch und nach logischer Aufeinanderfolge den Anschein, als ob die Entscheidung über die Jurisdiktionsbefugnis der ordentlichen Gerichte überhaupt der über die Zuständigkeit des angehenden Gerichtes vorangehen müsse. Prüft man jedoch die Rechtsfrage mehr vom praktischen Standpunkte, so kommt man schließlich zu entgegengesetztem Erfolge, und zwar: einem Anspruche die gerichtliche Verfolgbarkeit überhaupt zu versagen oder zuzusprechen, wird man nur dasjenige Gericht für berufen halten, welches für die Entscheidung im ordentlichen Rechtswege an sich zuständig ist. Ist das angerufene ordentliche Gericht zur Entscheidung über einen Anspruch nicht berufen, so wird man daraus die Folgerung ziehen können, daß ihm auch die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges entzogen werden sollte. Die Anschauung M. Levys ist nicht überzeugend. Man kann wohl mit Grund behaupten, daß das Gericht nur insofern zuständig sein kann, inwiefern die Angelegenheit den ordentlichen Gerichten im allgemeinen angehört. Andererseits ist für das Wesen der Sache belanglos, ob das Gericht zuständig ist, denn es handelt sich hier um die Entscheidung einer Rechtsfrage, zu deren Entscheidung grundsätzlich jedes inländische ordentliche Gericht berufen ist. Es wäre geradezu höchst unpraktisch, wenn der Richter im Falle einer sichtbaren Unzulässigkeit des Rechtsweges und Unzuständigkeit des Gerichtes sich für unzuständig erklären und die Klage nur wegen Unzuständigkeit zurückstellen würde. Der Kläger wäre veranlaßt, vor dem zuständigen Richter eine zweite, ganz nutzlose Klage einzubringen, da der Rechtsweg ausgeschlossen wäre. Levy behauptet weiter, daß seine These noch durch den Gedanken unterstützt werde, daß es als ein Postulat der Gerechtigkeit erscheine, bei der Konkurrenz von Bedenken gegen verschiedene Prozeßvoraussetzungen und bei Zweifelhaftigkeit ihrer Rangordnung derjenigen Frage den Vorzug zu geben, durch welche den Parteidrechten am wenigsten präjudiziert wird. Bei Anwendung dieser Regel auf die besprochene Frage müßten wir dieselbe wieder als unpraktisch bezeichnen. Der eine Richter würde sich als unzuständig erklären, und der andere wieder, nämlich der zuständige, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückweisen. Das würde nur Kosten und Zeitverlust verursachen. Wir können nicht die Überzeugung gewinnen, daß wichtige Momente für die Anwendung von Levys Behauptung vorhanden wären. Koll (Zeitschr. für deutsch.

das Gericht in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens auszusprechen, wenn die Rechtssache der inländischen ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen ist. Im nächsten Paragraph (43) lesen wir: Hält sich das angerufene Gericht aus anderen als den im § 42 angeführten Gründen für unzuständig (§ 41, Abs. 2), so ist die Klage von Amts wegen zurückzuweisen. Aus der Zusammenstellung der zwei Vorschriften ist ersichtlich, daß die Frage, ob die Rechtsangelegenheit den inländischen ordentlichen Gerichten angehöre, die erste Frage ist, welche sich der Richter stellen

Zivilprozeß, Bd. XXXI, S. 388) bespricht die Monographie von Marwitz: „Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der ZPO. nach der Verfassung vom 20. Mai 1898.“ Marwitz verteidigt die Meinung, daß nur ein zuständiges Gericht über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden kann. Hingegen behauptet Koll, daß er keine Bedenken hätte, falls die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges keine Schwierigkeiten verursachen würde, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen. Es ist jedenfalls, sagt Koll, nicht besonders praktisch, die Gerichtszuständigkeit für eine unzulässige Rechtsverfolgung zu ergründen. Hellwig I, S. 150 bis 162, unterscheidet einerseits Prozeßvoraussetzungen und andererseits materielle und prozessuale Klagsvoraussetzungen. Bei Mangel der Prozeßvoraussetzungen (zu diesen gehört auch die Zuständigkeit des Gerichtes) ist der Prozeß abzuweisen, d. h. das Prozeßverfahren ohne Sachentscheidung einzustellen. Zu den prozessualen Klagsvoraussetzungen zählt er unter anderem die Zulässigkeit des Rechtsweges. Bei Mangel der letzteren ergeht eine Entscheidung in der Hauptsache weder zu Gunsten des Klägers noch des Beklagten (Abweisung zur Zeit). Siehe Nußbaum, w. o., S. 144. Seine Ausführungen bekräftigen die im Texte gegebenen Ausführungen. Dasselbe Gaupp-Stein, „Die ZPO. für das Deutsche Reich“, Bd. I, S. 613. Was den österreichischen Zivilprozeß anbelangt, so verlangt Neumann („Kommentar“, S. 875) richtig, daß der Vorsitzende in Anwendung des § 230 ZPO. vor allem die Zulässigkeit des Rechtsweges und dann die Zuständigkeit des Gerichtes prüfen soll. Siehe schließlich die bemerkenswerte Fragenbeantwortung zum § 475 ZPO.: „Wird das erstrichterliche Urteil wegen mangelnder Zuständigkeit des Prozeßgerichtes aufgehoben und die Rechtssache vor ein anderes Gericht erster Instanz verwiesen, so kann letzteres nun nicht seinerseits das Verfahren wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges einstellen, da dem Verweisungsbeschlusse des Berufungsgerichtes die Rechtsauffassung zu Grunde liegt, daß der Klageausspruch auf den Rechtsweg gehöre“ (§ 499, Abs. 2 ZPO.).

soll; ihr folgt erst die Frage im Sinne des § 43 JN.¹⁰⁾ In diesem Falle könnte man wohl behaupten, daß das Gesetz die einzuhaltende Reihenfolge bei Prüfung der Prozeßvoraussetzungen selbst festgestellt hat. Man muß aber auch dem Umstand Rechnung tragen, daß das Gericht, wenn einerseits aus dem Inhalte der Klage (§ 41 JN.) die Unzuständigkeit des Gerichtes sichtbar ist und andererseits die Prüfung der Bedingungen des § 42 JN. (absolute Inkompetenz) Schwierigkeiten bietet, sich im Sinne der §§ 41 und 43 JN. als unzuständig erklären wird. Dieser Umstand allein wird die Abweisung der Klage a limine rechtfertigen. Der Mangel einer Prozeßvoraussetzung reicht aus, um die Klage abzuweisen, und was Rechtens ist, zu verfügen. Eine Untersuchung in der Richtung, ob nicht noch eine andere Prozeßvoraussetzung fehle, wäre zwecklos, und seitens des Richters nicht ökonomisch. Anders stellt sich die Sache dar, wenn die absolute Inkompetenz auf Grund des § 42 JN. und die Unzuständigkeit des Gerichtes aus der Klage ersichtlich sind. In diesem Falle soll das Gericht gemäß § 42 JN. in den Grenzen des oben erwähnten Paragraphen „in jeder Lage des Verfahrens“ was Rechtens ist, verfügen und soll die Frage der Zuständigkeit des um Rechtshilfe angerufenen Gerichtes aus dem § 43 JN. bei Seite lassen.

Was die zweite der besprochenen Voraussetzungen anbetrifft, nämlich, daß der Rechtsstreit zwar den inländischen ordentlichen Gerichten unterliege, aber keine zivilprozessuale Angelegenheit bilde, so ist festzustellen, daß zwischen der besprochenen Prozeßvoraussetzung und der richtigen zivilprozessualen Art des Verfahrens (z. B. besondere Verfahrensarten)¹¹⁾ ein ähnlicher Unterschied, wie zwischen der Unzulässigkeit des Rechtsweges auf Grund des § 42 JN. und der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichtes vorliegt.^{12) 13)}

¹⁰⁾ Siehe auch Sperl, GZ. 1909, S. 90.

¹¹⁾ Flechtheim: „Die Struktur negativer Feststellungsklagen“ (Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, Bd. XXV, S. 420).

¹²⁾ In der ungarischen ZPO. (w. o.) im § 180, Z. 1 lesen wir: daß die Geltendmachung der Klage überhaupt nicht auf den Zivil-

Die Folgen des Mangels einer der oberwähnten Prozeßvoraussetzungen besprechen wir in dem besonderen Teile unserer

prozeßweg gehört, oder daß sie einem besonderen Verfahren vorbehalten ist.

¹³⁾ Die Einwendung, daß sich die Parteien einem Schiedsgerichte unterworfen haben, ist keine Einwendung der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Die Parteien können in einem konkreten Falle oder für Prozesse, welche aus einem Rechtsverhältnisse entstehen könnten, bestimmen, daß sie mit Übergehung der Staatshilfe den Streit schlichten werden. Die Bedeutung des Kompromisses ist negativ, er begründet keine Gerichtsbarkeit. (Siehe auch Wach, Lehrbuch 67, Schmidt, Lehrbuch 108.)

Die Ausschließung des Rechtsweges liegt nicht in der Macht der Parteien. Die Einwendung des Schiedsvertrages kann vom wissenschaftlichen Standpunkte weder mit dem Begriffe der Unzulässigkeit des Rechtsweges, noch mit dem Begriffe der Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes umfaßt werden. Nicht das um Rechtshilfe angerufene Gericht ist nicht zuständig, sondern die Staatshilfe wird durch die Parteien ausgeschlossen. Die Einwendung ist eine zivilprozessuale *sui generis*, was im Gesetze ausdrücklich anzuerkennen wäre. Richtig in der neuen Fassung der deutschen ZPO., § 274, Z. 3 wie auch § 180, Z. 4 der neuen ungarischen ZPO. (1911). Siehe Gottl: „Ungarische ZPO.“, w. o., S. 142. Was die deutsche ZPO. anbetrifft, siehe Gaupp-Stein, w. o., Bd. I, S. 610 und die dort angegebenen Bemerkungen.

Das Verhältnis des Zivilprozeßverfahrens zum schiedsgerichtlichen Verfahren bespricht Bonhak: „Gesetzliche Schiedsgerichte“ (Zeitschr. für den deutschen Zivilprozeß, Bd. XXX, S. 2 ff.). In der neuesten Zeit (1911) die Abhandlung Schulzensteins: „Verhältnis zwischen schiedsrichterlichem und zivilprozessuaem Verfahren“ (Zeitschr. für den deutschen Zivilprozeß, Bd. XLI, S. 351 ff.). Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung, Bd. XXXVI, Nr. 709 der Anschauung Ausdruck gegeben, daß die Streitsachen, welche an ein Schiedsgericht gewiesen werden, der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte nicht entzogen, sondern nur auf solange entrückt sind, als der Schiedsvertrag in Kraft besteht. Siehe auch Entscheidung, Bd. XXXVII, Nr. 839. Entgegen Entscheidung, Bd. XLV, Z. 4136. Nach dieser Entscheidung soll gemäß § 42, Abs. I JN. wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges im Falle der Ausschließung der ordentlichen Gerichte durch einen Schiedsvertrag dieser Umstand von Amts wegen berücksichtigt werden. Diese Rechtsansicht verteidigt auch Rybaczewski in den JBl. vom Jahre 1900, S. 305 und 306. Vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung wäre es, da die besprochene Einwendung nicht als *sui generis* zivilprozessuale anerkannt ist, nicht ausgeschlossen, sie als materiellrechtliche Einwendung zu behandeln. Die Vorschriften des § 1391 ABGB. und § 577 ZPO. könnten die Abweisung, respektive „vorläufige“ Abweisung der Klage rechtfertigen. Die An-

Ausführungen.¹⁴⁾ Im dritten Falle (dritte Voraussetzung) ist der Rechtsweg derzeit unzulässig. Und zwar kann die Unzulässigkeit des Rechtsweges von der Erfüllung einer Bedingung (be-

erkennung der besprochenen Einwendung als einer sui generis zivilprozessualen wäre bei der Reform der neuen ZPO. wünschenswert. Gegen die materiellrechtliche Behandlung der besprochenen Einwendung siehe Schmidt, w. o., S. 802, Bem. 1.

¹⁴⁾ Bei Besprechung des Begriffes der Zulässigkeit des Rechtsweges als Prozeßvoraussetzung entsteht noch die aktuelle Frage, ob die Klagbarkeit des Klagsanspruches zu den Prozeßvoraussetzungen zu zählen sei. Es wäre zu erörtern, ob die Versagung der Klagbarkeit des Klagsanspruches eine Eigenschaft des geltend gemachten Rechtsanspruches, also eine materiellrechtliche, und nach diesem Rechte zu beurteilende Frage sei, oder eine Prozeßvoraussetzung nach den Vorschriften der ZPO. Im ersteren Falle könnte ungeachtet des Mangels der Eigenschaft der Klagbarkeit eine Sachentscheidung gefällt werden, im zweiten Falle würde der Mangel einer Prozeßvoraussetzung die Abweisung der Klage aus prozessualen Gründen nach sich ziehen und die Nullität des zu erlassenden Urteils begründen. Die Frage wurde von Heyßler in seinem Aufsätze: „Die Prozeßvoraussetzungen nach österreichischem Recht“ (Grünhuts Zeitschr. für priv. u. öffentl. Recht, Bd. I, S. 114) gestreift. Es ist wohl sein Verdienst, daß er die Bülowische Theorie auf den Boden der österreichisch-zivilprozessualischen Wissenschaft überpflanzt und dadurch die so mannigfachen Erscheinungen des Prozeßrechtes zusammengefaßt und zum Verständnis gebracht hat. Heyßler bespricht diese Prozeßvoraussetzung (Grünhuts Zeitschr. l. c., S. 130) als eine Prozeßvoraussetzung hinsichtlich des Gegenstandes; betrachtet dieselbe als eine Eignung der causa zum Zivilprozeßweg. Darunter soll verstanden werden, daß die Angelegenheit nicht vermöge ihrer Natur, oder vermöge besonderer Bestimmung des Gesetzes der Erledigung durch andere Organe der öffentlichen Macht als die Zivilgerichte zugewiesen sei. Der Mangel soll in allen Stadien des Prozesses berücksichtigt werden. Alles was Heyßler von dieser Voraussetzung spricht, gilt — wie er sagt — „im wesentlichen auch von der zweiten, unter die gegenwärtige Rubrik fallenden Prozeßvoraussetzung der Klagbarkeit des betreffenden Anspruches“. Heyßler betrachtet also die Eigenschaft der Klagbarkeit des Klagsanspruches als eine Prozeßvoraussetzung. Diese Anschauung wird durch die Ausführungen Heyßlers in der Monographie „Zivilprozeßsache“ (Grünhuts Zeitschr., Bd. XI, S. 14 ff.) gerechtfertigt. Heyßler unterscheidet unter den Ansprüchen, welchen die prozessuale Gerichtshilfe versagt wird, drei Fälle: a) Ansprüche, denen jede Rechtshilfe versagt ist; b) Ansprüche, denen nur die gerichtliche Rechtshilfe versagt ist; c) Ansprüche, denen nur die prozessuale Gerichtshilfe versagt ist. Den Ansichten Heyßlers folgt Eisler (JBl. 1899, S. 171). Canstein (Neue Zivilprozeßgesetze, S. 705)

dingter Rechtsweg) oder vom Ablaufe eines Termines, nach welchem erst der Rechtsweg, oder binnen welchen Zeitraumes der Rechtsweg offen steht (befristeter Rechtsweg), abhängig ge-

steht auf demselben Standpunkte, da er die Begriffe „Klage“ und „Klagbarkeit“ zusammenfaßt und unter den absoluten Prozeßvoraussetzungen aufzählt. Derselbe beruft sich auf Hellwig, Lehrbuch (S. 192), obgleich Hellwig (S. 150) die Klagbarkeit unter den materiellen und nicht unter den prozessualen Klagsvoraussetzungen aufzählt. Aus der Literatur des älteren Zivilprozeßrechtes ist das Werk Füger-Wessely: „Gerichtliches Verfahren in Streitsachen“, 8. Aufl. von Aigner, Wien 1886 zu erwähnen. Auf S. 7 wird hervorgehoben, daß dort, wo die Klagbarkeit versagt wird, wie z. B. § 1271 ABGB., die Klage von Amts wegen nicht zurückzustellen sei. Siehe die bei Canstein (l. c.) angegebene Judikatur. Dieselbe ist schwankend.

Der § 19 ABGB. gibt dem Grundsätze Ausdruck, daß es jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, freistehe, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Das österreichische Recht kennt eine Reihe von Ausnahmen von diesem Grundsätze. Hieher wären zu zählen: die Vorschriften der §§ 1271, 1432 ABGB., die Zechschulden nach § 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1877 (die Materialien Kaserers, Bd. XXVII, S. 13 und 19, geben keine diese Frage, nämlich die Zechschulden betreffenden Aufklärungen) usw. Siehe auch Unger: „Die Naturalobligationen des österreichischen Rechtes“, Grünhuts Zeitschr., Bd. XV, S. 370.

Grundsätzlich steht es also jedem, welcher sich in seinem Rechte gekränkt fühlt, frei, sich bei der zuständigen Behörde zu beschweren (J. Ofner: „Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen ABGB.“, Bd. I, S. 39). Fehlt diese Möglichkeit auf Grund von speziellen Vorschriften, so wird dadurch das grundsätzlich volle Recht geschmälert (Unger, w. o., S. 376). Ob diese Möglichkeit zustehe oder ausnahmsweise fehle, ist eine materiellrechtliche Frage. Auch Hellwig (l. c., S. 150) — besprechend diese Frage — äußert seine Meinung dahin: „Die Frage, ob das festzustellende Rechtsverhältnis, das Verpflichtungsverhältnis und das Recht auf Rechtsänderung besteht oder nicht besteht, und welches die Subjekte des in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses sind, die Frage nach dem Inhalt und Umfang und der Wirksamkeit der Rechte, insbesondere die Frage, ob das Verpflichtungsverhältnis ein vollwirksames oder ein unvollwirksames (*naturalis obligatio*) ist, die Frage nach der Existenz und der Wirkung einer Einrede, eines Anfechtungs-, Aufrechnungs- oder sonstigen Aufhebungsrechtes, alle solche Fragen beantworten sich nach dem Privatrecht, soweit ein Privatrechtsverhältnis desselben in Frage steht.“ Siehe auch Nußbaum, w. o., S. 145; Ernst Zitelmann: „Internationales Privatrecht“, Leipzig 1897 bis 1903. Im Bd. II, S. 230 lesen wir: „Ob der Anspruch überhaupt klagbar, oder

macht werden. Die erste der besprochenen Voraussetzungen bildet die Grundlage der zweiten und die zwei ersten Voraussetzungen die der dritten. Dies wäre auch die Reihen-

ob eine klaglose Obligation ist, das hat nicht die *lex fori*, sondern das ihn beherrschende materielle Recht zu bestimmen.“ Das fremde materielle Recht könnte aber nicht angewendet werden, wenn es gegen gute Sitten oder die im Inlande geltenden Gesetze verstoßen würde. (Siehe die treffenden Ausführungen Zitelmanns, Bd. I, S. 337, und speziell 348.) Dieselbe Stellung nimmt der besprochenen Frage gegenüber die österreichische Gesetzgebung ein, was aus der Vorschrift des § 81, Z. 2 und 4 EO. hervorgeht. Siehe schließlich Tuhr: „Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes“, Leipzig 1910, S. 94 bis 95, wie auch S. 258 und weitere. Andererseits siehe die Ausführungen Schultzes: „Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung“, 1883, Seite 57 ff.

In weiterer Durchführung dieser Gedanken sollte der Mangel der Klagbarkeit des Klagsanspruches keine Abweisung der Klage aus prozessualen Gründen, sondern eine Sachentscheidung nach sich ziehen. Der Kläger sollte wegen Mangel einer materiellen Klagevoraussetzung, wegen Mangel eines mit der Eigenschaft der Klagbarkeit ausgestatteten vollen, subjektiven Rechtes, mit dem Begehren der Klage, mit Urteil abgewiesen werden. In Berücksichtigung dieser Sachlage ist die Heyßlersche Teilung der Ansprüche in drei Arten nicht treffend. Der Fall, wo dem Anspruche jede Rechtshilfe versagt ist, ist wesentlich verschieden von dem Falle, in welchem einem Anspruche die gerichtliche, respektive die prozessuale Rechtshilfe versagt wird. Im ersten Falle haben wir es mit einer materiellrechtlichen, im zweiten Falle mit einer prozessualen Frage zu tun. Die Frage des Verhältnisses des Begriffes der Klagbarkeit zum Begriffe des Rechtsschutzanspruches bespricht Wach in seinem „Lehrbuch“, S. 122 und 123. Siehe auch Dalberg: „Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten“ (Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß, Bd. XL, S. 5).

Die österreichische ZPO. hat die Frage der Klagbarkeit nicht berührt. Im § 230 ZPO., welcher die Pflichten des Richters bei der Prüfung der Klage näher feststellt, ist die Verpflichtung zur Prüfung der Klagbarkeit des Klagsanspruches, respektive der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nicht besprochen worden. Auch in dem § 477 ist die Frage der Klagbarkeit unberührt gelassen worden. Dessenungeachtet finden wir in der zivilprozessualen Gesetzgebung Vorschriften, die ein aufklärendes Licht auf die Frage werfen. Es sind dies die Vorschriften des Art. XXIII und XXV EinfG. zur ZPO., in denen die Anfechtbarkeit der Schiedssprüche der Börsenschiedsgerichte näher geregelt ist. Der Art. XXIII bespricht acht Fälle, in welchen ein Erkenntnis des Börsenschiedsgerichtes mittels Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann. Die Nichtigkeits-

folge der Prüfung der oberwähnten Prozeßvoraussetzungen seitens des Richters (siehe die speziellen Ausführungen im § 4 und im besonderen Teile).

beschwerde ist beim Gerichtshof erster Instanz (Handelsgericht) einzubringen. Die Fälle unter 2 bis 8 sind zweifellos prozessualer Natur. Wir könnten sie wohl die absoluten Prozeßvoraussetzungen der Gültigkeit eines Börsenschiedsverfahrens nennen. Der Fall unter 1 betrifft die Möglichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der Schiedsvertrag ungültig ist. Auch hier haben wir es mit einer Vorschrift publizistischer Natur zu tun. Die Bedingungen des Schiedsvertrages sind größtenteils durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Art. XIV Einfg. geregelt worden. Der berufene Artikel (Art. XXV) bespricht auch den Fall einer Anfechtung des Schiedsspruches der Börsenschiedsgerichte: „Wenn der Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt, ferner, wenn das Schiedsgericht in Streitigkeiten, die nicht aus Börsengeschäften (§ 12 des Gesetzes vom 1. April 1875, RGBl. Nr. 67) herrühren, über die Einwendung, daß dem eingeklagten Anspruche ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zu Grunde liege, überhaupt nicht, oder unrichtig entschieden hat . . .“ Bei dieser Sachlage „kann das schiedsrichterliche Erkenntnis mittels Klage vor dem ordentlichen Richter als unwirksam angefochten und das kraft des Erkenntnisses Geleistete zurückgefordert werden“. Aus der Zusammenstellung der zwei Vorschriften ersehen wir, daß der Art. XXIII prozessuale Voraussetzungen und Vorschriften und der Art. XXV materiellrechtliche Vorschriften vor Augen hat. Nach Art. XXIII ist die Anfechtung des Schiedsspruches nur im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde, nach Art. XXV nur mittels Klage möglich. Im ersten Falle wird über die Nullität, im zweiten über die Wirksamkeit, respektive Unwirksamkeit erkannt. Denselben Standpunkt hat der Permanenzausschuß bei der Beratung über diese Vorschriften eingenommen. Im Berichte des Permanenzausschusses lesen wir: „Eine einschneidende Bestimmung enthält der Art. XXIV (jetzt XXV), welcher es für zulässig erklärt, daß in der Form einer Anfechtungsklage gegen das schiedsgerichtliche Erkenntnis dasselbe wegen einer unrichtigen materiellen Entscheidung angefochten werden kann.“ Siehe auch Müller: „Die Wiederaufnahme im börsenschiedsgerichtlichen Verfahren“ (Grünhuts Zeitschr., Bd. XXXIII, S. 219). Der Permanenzausschuß (Materialien, Bd. II, S. 252) hat, die Frage der Klagbarkeit in seinem Berichte besprechend, folgende Erklärungen abgegeben: „Durch diese Bestimmung erhält das oben erwähnte Bestreben der Schiedsgerichte, Differenzgeschäfte in Waren zu bekämpfen, eine gesetzliche Basis und einen festen Rückhalt an der Judikatur der ordentlichen Gerichte. Es ist ihnen jetzt durch das Gesetz vorgeschrieben, die Einwendung von Spiel und Wette in diesen in Rede stehenden Fällen nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu beachten und es tritt, wenn sie eine solche Einwendung überhaupt nicht beachten,

§ 3.

Der Inhalt des Begriffes Rechtsweg.

Wir trachteten festzustellen, daß die Betretung des Rechtsweges unter der Voraussetzung zulässig ist, daß die Rechtsangelegenheit der Gerichtsbarkeit der inländischen ordentlichen Gerichte unterliegt, und daß dieselbe eine nach den Vorschriften der ZPO. durchzuführende zivilprozessuale Rechtssache bildet. Der Besprechung dieser Voraussetzungen unsere Aufmerksamkeit zu widmen, ist unsere nächste Aufgabe. Der Zweck der Lösung unseres Problems soll die Grenze zur Besprechung der oberwähnten Voraussetzungen bilden.

A. Die Frage der inländischen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Streitsachen ist die Frage des inländischen (österreichischen) Rechtsweges. Die Beantwortung derselben soll aufklären, welche Rechtsangelegenheiten auf Grund der Vorschriften der JN. oder anderer diesbezüglicher Gesetze und nach völkerrechtlichen Grundsätzen im zivilprozessualen Verfahren den österreichischen ordentlichen Gerichten zugewiesen sind.

Die Abgrenzung der inländischen von der ausländischen Gerichtsbarkeit in streitigen bürgerlichen Rechtssachen bietet Schwierigkeiten.

oder über dieselbe materiell unrichtig entscheiden, die Korrektur durch den Ausspruch des Handelsgerichtes ein.“ Noch klarer ist dem besprochenen Gedanken in dem Berichte des Permanenzausschusses auf der S. 250, Bd. II der Materialien Ausdruck gegeben. Die Zusammenstellung der zwei Vorschriften beleuchtet die streitige Frage in der Richtung, daß die „österreichischen zivilprozessualen Gesetze“ die Klagsbarkeit des Klagsanspruches als eine materiellrechtliche und nicht als eine prozessuale Frage betrachten. Der erkennende Richter soll, falls sich bei der Verhandlung die Nichtklagsbarkeit des Klagsanspruches klar darstellen würde, den Kläger mit der Klage abweisen. Im bezirksgerichtlichen Verfahren könnte der Richter nach § 435 ZPO., wenn er bei der Dekretierung der Klage Zweifel hegen würde, den Kläger belehren. In der Beantwortung der Fragen zu § 230 ZPO., P. 2 lesen wir: „Klagen, in welchen ein Anspruch geltend gemacht wird, dem das Gesetz die Klagsbarkeit versagt, können erst auf Grund der ersten Tagsatzung zurückgewiesen werden.“

Der österreichischen Gesetzgebung mangelt eine — übrigens ihrer Natur nach schwer zu fassende — Vorschrift, die speziell und ausführlich die Frage der Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit regeln würde.

I. Das ganze Rechtsgebiet, auf welchem die Vorschriften über Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte in streitigen bürgerlichen Rechtssachen Anwendung finden, stellt sich vom Standpunkte der Lehre von der inländischen Gerichtsbarkeit als ein Gerichtssprengel dar, für welchen der Begriff der sachlichen Zuständigkeit ohne Bedeutung ist.¹⁾ Der Begriff „inländische Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Streitsachen“ umfaßt alle streitigen bürgerlichen Rechtssachen, welche vor den ordentlichen Gerichten im Inlande (Art. XXIX EinfG. zur ZPO.) einen Gegenstand der Prüfung und Entscheidung nach den geltenden Vorschriften bilden können.²⁾

1) Sperl: „Die Vereinbarung der Zuständigkeit und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem neuesten österreichischen Zivilprozeßrecht“, Graz 1897, S. 113 ff.

2) Dieser Frage sollte der Art. IX EinfG. zur JN. gewidmet sein; er enthält aber nur sparsame Vorschriften. In der Regierungsvorlage trachtete man, wie aus den erläuternden Bemerkungen ersichtlich ist, die Frage ausführlich zu regeln, und dies war auch der Grund, weshalb man bei der Stilisierung dem betreffenden Artikel möglichst breite Grenzen geben wollte. Der erste Absatz des Art. IX EinfG. zur JN. sollte lauten: „Die Vorschriften der JN. haben auf alle bürgerlichen Rechtssachen Anwendung zu finden, welche durch Gesetze, durch Staatsverträge oder durch das Völkerrecht der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt unterstellt sind und nicht durch gesetzliche Vorschriften der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte entzogen und zur Geltendmachung vor besondere Gerichte oder andere inländische Behörden verwiesen werden“ (Materialien, Bd. I, S. 601). Nach der Regierungsvorlage sollte die angeführte Vorschrift Aufklärung geben, auf welche bürgerlichen gerichtlichen Rechtssachen die Tätigkeit der inländischen Gerichte sich zu erstrecken habe. Ob eine bestimmte Rechtssache dem inländischen Richter Anlaß gibt, tätig zu werden, läßt sich nur an der Hand der bestehenden Gesetze, Staatsverträge und anerkannten Grundsätze des Völkerrechtes beurteilen (Mat. I, S. 613 und 614). In den parlamentarischen Beratungen des Permanenzausschusses wurde bei der Besprechung des Abs. 1 des oberwähnten Artikels hervorgehoben, daß die Bestimmungen des besprochenen Absatzes, wonach die Vorschriften der JN. auf alle bürgerlichen Rechtssachen An-

Wir haben sparsame Vorschriften, welche direkt die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit besprechen. In Staatsverträgen (speziell Eisenbahnkonventionen) wird öfters festgestellt, daß diese oder jene Gruppe von Rechtsangelegenheiten eventuell unter gewissen gesetzlichen Bedingungen der inländischen (österreichischen) Gerichtsbarkeit überwiesen wird.³⁾ Solche Vorschriften bilden aber eine Ausnahme und wurden nur in Fällen eingeführt, in welchen Zweifel entstehen

wendung zu finden hatten, welche durch Gesetze der inländischen Gerichtsbarkeit unterstellt sind, mit den Tatsachen nicht durchwegs vereinbar seien und deshalb nicht aufrecht erhalten werden können. Bei dem Stande der Rechtsentwicklung — wurde hervorgehoben — würde es in manchen Fällen schwer sein, direkte gesetzliche Vorschriften aufzufinden, welche gewisse Gruppen von Rechtssachen diesen oder jenen Behörden zuweisen (Materialien, Bd. II, S. 222). Dem Ausschusse schien es deswegen richtiger, den ersten Absatz des erwähnten Artikels auf dasjenige Gebiet zu beschränken, für welches ein Bedürfnis nach der gesetzlichen Norm begründet sein dürfte, weil hinsichtlich dieser Beziehung etwa vom Standpunkte des internationalen Privatrechtes manche Zweifel über die Grenzen der inländischen JN. bestehen. Der Ausschuß beschränkte sich daher darauf, auszusprechen, daß die Vorschriften der JN. auch auf die durch Staatsverträge oder nach völkerrechtlichen Grundsätzen der inländischen Gerichtsbarkeit unterstellten Rechtssachen Anwendung finden. Außerdem hatte die oberwähnte Vorschrift in der gesetzlichen Fassung dem Grundsatz Ausdruck zu geben, daß man im Gegensatz zum Strafrecht aus dem Postulate einer „Weltrechtspflege“ nicht die Anforderung ableite, daß das inländische Gericht stets dann tätig werden müsse, wenn ein Einschreiten eines ausländischen Gerichtes nicht zu erwarten ist (Mat. I, S. 614). Siehe auch Walker: „Streitfragen aus dem internat. Zivilprozeßrechte“, Wien 1897, S. 100; Hellwig, w. o., Bd. I, S. 99. Die Frage wird auch in der Regierungsvorlage zum § 28 JN. (Materialien, Bd. I, S. 49) berührt: „Die Zuständigkeitsverteilung hat es lediglich mit den der Gerichtsbarkeit der inländischen Zivilgerichte unterworfenen Rechtsangelegenheiten zu tun. Dieser weitere Begriff, auf dem die Vorschriften des dritten Abschnittes sowie des zweiten und dritten Teiles dieses Gesetzentwurfes (sc. JN.) fußen, hat eine doppelte Grenze: eine innerstaatliche, positive gegenüber dem Wirkungskreise der anderen staatlichen Behörden, und dann eine Grenze, welche mit der Anerkennung der Gerichtsgewalt anderer Staaten in Bezug auf die im Inlande sich aufhaltenden Personen oder die dem Inlande ganz oder teilweise angehörigen Rechtsbeziehungen gegeben ist. Nach beiden Seiten ist die Begrenzung durchaus nicht immer eine feste, an Zweifeln und ungelösten schwierigen Fragen ist hier kein Mangel.“

³⁾ Siehe auch den Art. IX, Abs. 2 EinfG. zur JN., wie auch § 100 JN.

könnten, ob das Rechtsverfahren im Inlande oder im Auslande einzuleiten wäre. In solchen Fällen ist nicht ausgeschlossen, daß, obgleich die Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit untersteht, dessenungeachtet in den Vorschriften der JN. die Voraussetzungen für die örtliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichtes fehlen oder nicht zu ermitteln sind. Unter diesen Voraussetzungen wären Vorschriften, die den inländischen (österreichischen) Rechtsweg sichern würden, vorhanden, es würden aber die zur Bezeichnung des örtlichen zuständigen Gerichtes nötigen Anhaltspunkte mangeln. Zur Lösung der in diesem Falle entstehenden Schwierigkeiten soll die Vorschrift des § 28 JN. dienen.

Wenn wir diese kargen und ganz exceptionellen Vorschriften bei Seite lassen, so müssen wir in Ermanglung einer allgemeinen Vorschrift über die inländische Gerichtsbarkeit aus den geltenden Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit feststellen. Wird festgestellt, daß ein inländisches Gericht zur Beurteilung der betreffenden streitigen bürgerlichen Rechtsangelegenheit zuständig ist, so wird auch dadurch implicite angenommen, daß die Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit unterliege. Grundsätzlich können wir im indirekten Wege aus den Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit feststellen.⁴⁾

4) Der Grundsatz, daß die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit für die Beurteilung der territorialen Grenzen der Gerichtsbarkeit in einem Rechtsgebiete maßgebend sind, ist auch aus der Vorschrift des § 80, Z. 1 EO. sichtbar. Die betreffende Stelle lautet: „Einem Exekutionsantrage, der sich auf ein Erkenntnis eines auswärtigen Gerichtes oder sonstigen Behörde oder auf einen vor diesen geschlossenen Vergleich gründet, ist überdies dann stattzugeben: 1. wenn die Rechtssache nach Maßgabe der im Inlande über die Zuständigkeit geltenden Bestimmungen im auswärtigen Staate anhängig gemacht werden konnte. . .“ Erläuternde Bemerkungen zur EO., Materialien, Bd. I, S. 494, heben hervor, daß die in der Rechtssprechung bestrittene, in verschiedener Weise gelöste Frage, nach welchen Normen das ausländische Gericht zuständig sein müsse, oder die Behörde, deren Erkenntnis zu vollstrecken wäre, wird im § 88, Z. 1 zu Gunsten der inländischen Normen gelöst. Dadurch wird die Prüfung der Vollstreckbarkeit unabhängig von der Detailregelung des Zuständigkeits-

Wenn wir den Grundsatz annehmen, daß die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit die ausschlaggebenden sind, so müssen wir auch die Konsequenzen dieses Gedankens ziehen. Dies ist vor allem von Bedeutung bei Lösung der Frage der Dauer der Zuständigkeit nach § 29 JN. Nach dem Anfangssatz dieser Vorschrift bleibt „jedes Gericht in Rechts-sachen, welche rechtmäßigerweise bei demselben anhängig gemacht wurden, bis zu deren Beendigung zuständig, wenn sich auch die Umstände, welche bei Einleitung des Verfahrens für die Bestimmung der Zuständigkeit maßgebend waren, während des Verfahrens geändert hätten“. Wenn z. B. eine Klage gegen einen hier wohnenden Ausländer eingebracht würde und derselbe nach Einbringung der Klage den Wohnort verlasse und in das Ausland übersiedeln würde, so bliebe dessenungeachtet das hiesige Gericht zur Durchführung der Rechtsangelegenheit zuständig. Wir könnten uns in diesem Falle im Hinblick auf die Vorschrift des § 29 in fine nicht darauf berufen, daß sich die die Zuständigkeit begründenden Tatumstände geändert haben, und infolgedessen die Rechts-sache der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen wurde. In den von uns besprochenen Fällen wird durch die Änderung der Tatumstände die Vorschrift über die inländische Gerichtsbarkeit nicht tangiert (§ 29 in fine der JN.). Die Vorschrift über die örtliche Zuständigkeit (§ 29 Anfangssatz, JN.) fände hier Anwendung. So eine Änderung hätte keinen Einfluß auf die schon einmal festgestellte örtliche Zuständigkeit.⁵⁾

wesens im betreffenden Staate, indem es lediglich darauf ankommt, daß irgend einer der im Inlande anerkannten Kompetenzgründe in Ansehung der betreffenden Rechtssache auch für den auswärtigen Staat vorhanden ist. Unter diesen Voraussetzungen ist die Bedingung des § 80, Z. 1 EO. erfüllt, wenngleich dasjenige Gericht, welches die zu vollstreckende Entscheidung gefällt hat, bei Zugrundelegung und Anwendung der Regel der österreichischen JN. nicht zuständig wäre. Dieser Meinung wird auch in der E. des OGH., Bd. XXXVII, S. 995 Ausdruck gegeben. Siehe auch: Walker „Streitfragen“, w. o., S. 195; Sperl, w. o., S. 113; Pollak, w. o., Bd. I, S. 243. Entg. Neumann, Kommentar zur EO., S. 290 und 291.

⁵⁾ Siehe auch Hellwig, w. o., Bd. I, S. 98. Was die wesentlichen Änderungen der die inländische Gerichtsbarkeit begründenden Umstände anbetrifft, siehe unten.

Die örtliche Zuständigkeit, welche für unser Problem die maßgebende ist, kann sich nach bekannten allgemeinen Grundsätzen auf die Gebietshoheit und auf die Personalhoheit des Staates stützen. Dieser Grundsatz war auch der leitende Gedanke bei der JN. und bei den anderen Vorschriften (Art. IX EinfG. zur JN.) über die Zuständigkeit der Gerichte in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten. Die Gebietshoheit ist entscheidend in den Vorschriften über Gerichtsstände, über Streitigkeiten um unbewegliches Gut (§ 81 JN.), für Verlassenschaftsangelegenheiten (§ 77 JN.), für Wasserrechtsbesitzstreitigkeiten (§ 82 JN.), für Bestandstreitigkeiten (§ 83 JN.). Zu dieser Gruppe könnten wir wohl auch den Gerichtsstand des Ortes der Beschäftigung (§ 86 JN.), der Niederlassung (§ 87 JN.), den Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 88 ff. JN.) usw. zählen. Zur zweiten Gruppe (Personalhoheit) zählen wir die Vorschrift des § 67 JN., nach welcher unter den gesetzlichen Bedingungen der Belangte wegen aller, während seines Aufenthaltes im Inlande begründeten oder hier zu erfüllenden Verbindlichkeiten bei dem Gerichte des letzten Wohnsitzes oder Aufenthaltes, den er im Inlande gehabt hat, belangt werden kann. Hieher können wir auch die Vorschriften über den Gerichtsstand für Streitgenossenschaft (§ 93 JN.) und den Gerichtsstand des früheren Wohnsitzes (§ 97 usw.) zählen. Als ein Fall der Personalhoheit stellt sich auch die österreichische Staatsangehörigkeit des Belangten dar. Grundsätzlich werden Ausländer mit den Inländern, was die Frage der Gerichtsbarkeit anbetrifft, gleichmäßig behandelt. Ohne Bedeutung ist der Umstand, ob die Ausländer als Kläger oder Belangte auftreten.⁶⁾ Dieser Grundsatz kennt Ausnahmen. Einerseits ist die Eigenschaft der österreichischen Staatsangehörigkeit auf Seite des Belangten die Grundlage zur Rechtfertigung der inländischen Gerichtsbarkeit, andererseits ist die Eigenschaft, daß der Beklagte ein ausländischer Staatsangehöriger sei, ein die örtliche Zuständigkeit rechtfertigendes Kriterium,

⁶⁾ Walker, w. o., S. 108. Was das französische Recht anbetrifft und den dort geltenden Grundsatz der nicht gleichen Behandlung der Ausländer und der Inländer, siehe die Ausführungen Mengers, System, S. 145, N. 33.

und zwar in den Fällen, in welchen ein hiesiger Staatsangehöriger der örtlichen Zuständigkeit der inländischen Gerichte nicht unterliegen würde (§ 101 JN.). Durch diese Vorschriften werden die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit erweitert.⁷⁾

Zu den Fällen, in welchen die österreichische Staatsangehörigkeit des Belangten die Grundlage der Feststellung der örtlichen Zuständigkeit bildet, müssen wir vor allem die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit in Personalfragen (Statusfragen) zählen. Nach § 100 JN. können Klagen gegen einen österreichischen Staatsangehörigen auf gerichtliche Scheidung, Trennung oder Ungültigkeitserklärung einer Ehe und andere Klagen wegen nicht rein vermögensrechtlicher Streitigkeiten aus dem ehelichen oder Elternverhältnis, wenn im Inlande hiefür weder ein allgemeiner noch ein besonderer Gerichtsstand begründet ist, entweder bei dem allgemeinen Gerichtsstand des Klägers, oder wenn auch für diesen ein solcher im Inlande nicht begründet ist, bei dem Landesgerichte in Wien angebracht werden. Diese Vorschrift bildet eine Ausnahme von dem im § 76 geregelten *forum matrimonii*.⁸⁾ Nach § 76 ist für die Klagen auf Scheidung, Trennung und Ungültigkeitserklärung, sowie für alle nicht rein vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem ehelichen Verhältnisse jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz hatten. Der Umstand, daß der Kläger oder der Beklagte ein Inländer oder Ausländer ist, hat — nach dem bloßen Wortlaute des Gesetzes — für die Rechtfertigung dieses *forum speciale* keine Relevanz. Der § 100 JN. enthält einen Fall eines subsidiären Gerichtsstandes.⁹⁾

⁷⁾ Walker, w. o., S. 110, Bem. 15.

⁸⁾ Die Haager Konvention zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett bildet bis jetzt keine rechtliche Grundlage für das Inland (Meili und Mamelok: „Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konvention“, Zürich 1911, Seite 37).

⁹⁾ Materialien, Bd. I, S. 49. Diese wichtige Frage wird in den Materialien stiefmütterlich behandelt und mit den Worten, daß diese An-

Die Besprechung der einzelnen Kriterien der berufenen Vorschrift steht außer dem Bereiche der unser Problem streifenden Fragen. Es ist aber folgendes hervorzuheben: grundsätzlich wird durch die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit die inländische Gerichtsbarkeit begründet (w. o.). In dem besprochenen Falle des § 100 JN. verhält sich die Sache umgekehrt. Ist der Beklagte in den besprochenen Rechtsstreitigkeiten inländischer Staatsangehöriger, so ist dadurch auch die inländische Gerichtsbarkeit gerechtfertigt, und da diese grundsätzlich gerechtfertigt ist, werden erst im § 100 verschiedene Kriterien angegeben, um diese örtliche Zuständigkeit festzustellen.¹⁰⁾ Die Frage der inländischen Staatsangehörigkeit ist auch die entscheidende in der Vorschrift des § 69 JN. Nach dieser Vorschrift behalten österreichische Staatsangehörige, welche sich in ständiger amtlicher Stellung als Beamte oder Diener des österreichischen Staates oder der österreichisch-ungarischen Monarchie außerhalb des Geltungsgebietes dieses Gesetzes aufhalten, den allgemeinen Gerichtsstand, den sie im Geltungsgebiete dieses Gebietes

gelegenheiten „zweifellos der inländischen Gerichtsbarkeit angehören“ abgetan. Siehe auch Walker, w. o., S. 122.

¹⁰⁾ Die besprochenen Statusfragen sind auch ein Gegenstand der Regelung der Vollstreckbarkeit der Urteile ausländischer Gerichte. Nach § 81 EO. soll die Bewilligung der Exekutionshandlung auf Grund von Urteilen ungeachtet des Vorhandenseins der in den §§ 79 und 80 angeführten Bedingungen (unter anderem) dann versagt werden: . . . 3. wenn der Exekutionstitel den Personenstand eines österreichischen Staatsangehörigen betrifft, und gegen letzteren vollzogen werden soll. Der besprochene § 81, Z. 3 bildet eine Ausnahme von dem im § 80, Z. 1 EO. ausgesprochenen Grundsatz (siehe oben). Nach § 80, Z. 1 wäre das im Auslande gefällte Urteil auch hier vollstreckbar, wenn (in den oberwähnten Rechtsangelegenheiten) die hiesigen Staatsangehörigen im Auslande ihren letzten gemeinschaftlichen Wohnsitz gehabt hätten. In diesem Falle wäre das *forum matrimonii* nach § 76 JN. gerechtfertigt und nach dieser Vorschrift wäre grundsätzlich die ausländische Gerichtsbarkeit zu beurteilen. Die Vorschrift des § 100 steht aber dem entgegen, da, wenn auch nach § 76 JN. und § 80, Z. 1 EO. die ausländische Gerichtsbarkeit gerechtfertigt wäre, doch das ausländische Urteil nicht zu vollstrecken ist, wenn der Exekutionstitel einen österreichischen Staatsangehörigen betrifft, und gegen den letzteren vollzogen werden soll.

hatten. Ist ein solcher nicht begründet, oder doch nicht zu ermitteln, so ist für sie der allgemeine Gerichtsstand in Wien, und zwar der jenes Bezirksgerichtes begründet, in dessen Sprengel das k. u. k. Ministerium des Äußern seinen Sitz hat. Wir haben hier mit dem sogenannten *forum dignitatis* zu tun.

Die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit werden auch durch die Vorschrift des Art. IX EinfG. zur JN. erweitert. Und zwar erstreckt sich nach Art. IX, Abs. 2 die inländische Gerichtsbarkeit auf Personen, „die nach völkerrechtlichen Grundsätzen die Exterritorialität genießen, wenn und insofern sie sich den inländischen Gerichten freiwillig unterwerfen, oder die Rechtssache ihrer im Inlande gelegenen unbeweglichen Güter oder ihre dinglichen Rechte an inländischen Liegenschaften anderer Personen zum Gegenstande hat“. Die Unterwerfung ist eine einseitige Erklärung seitens der eximierten Person. Der Begriff ist nicht identisch mit *prorogatio fori* nach § 104 JN. Eine *prorogatio fori* auf Grund des Übereinkommens nach § 104 JN., welche nur ordentliche Gerichte betrifft, hätte hier keine Anwendungsmöglichkeit.¹¹⁾

Schließlich ist zu bemerken, daß auch die Vorschriften über *prorogatio fori* (§ 104, Z. 3) einen Einfluß auf die Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit ausüben können.

Obgleich der § 104 JN., wie alle Vorschriften derselben, grundsätzlich nur inländische ordentliche Gerichte vor Augen hat, so wäre doch nicht ausgeschlossen, daß Klagen, die ihre örtliche Zuständigkeit im Auslande haben, durch Vereinbarung der Parteien vor inländischen Gerichten eingebracht werden, da eine Vorschrift fehlt, die eine solche *prorogatio fori* ver-

¹¹⁾ Die Frage der Exterritorialität wird in den erläuternden Bemerkungen zum EinfG. der JN. näher besprochen (Materialien, Bd. I, S. 614). Wir lesen daselbst: „Die Beachtung dieser Ausnahmen ist durch den zweiten Absatz des Artikels gesichert. Das Recht der Exterritorialität ist ein Privileg, auf welches der Berechtigte verzichten kann, es gilt als feststehend, daß freiwillige Unterwerfung die jurisdiktionelle Exemption aufhebt. In der Erhebung einer Klage des Exterritorialen vor einem inländischen Gerichte dürfte eine solche freiwillige Unterwerfung mit der Wirkung, daß infolgedessen die Widerklage gegen den Exterritorialen zulässig erscheint, nicht gelegen sein.“ Siehe auch Sperl, w. o., S. 91, 92.

bieten würde (Sperl).¹²⁾¹³⁾ Andererseits wäre auch nicht ausgeschlossen, daß eine Vereinbarung auf ein ausländisches Gericht im Wege der prorogatio fori stattfinden könnte.¹⁴⁾ Durch eine solche Vereinbarung würde das inländische, sonst zuständige Gericht zur Entscheidung der betreffenden Rechtsangelegenheit unzuständig bleiben. Eine solche Vereinbarung würde aber die österreichische Gerichtsbarkeit nicht ausschließen. Der österreichische Rechtsweg wäre nicht untersagt; dies wäre nicht im Bereiche des Parteiwillens gelegen. Die Vereinbarung nach § 104 JN. könnte nur die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichtes, nicht aber die Unzulässigkeit des Rechtsweges begründen. Wenn die Einwendung nicht eingebracht werden würde, so wäre das österreichische Gericht zur Erledigung der Rechtsangelegenheit zuständig.

II. Es ist die Frage zu erörtern, was für eine Stellung der Richter bei der Prüfung der inländischen Gerichtsbarkeit einnehmen soll. Sollen für ihn die besprochenen Vorschriften und insbesondere die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit die Grundlage bilden, oder sollen noch andere Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir vom theoretischen Standpunkte aus die Entscheidungs- und Vollstreckungsgewalt unterscheiden. Die Bedeutung der beiden Arten der Gewalt ist eine wesentlich verschiedene. Die erste hat keine unmittelbare privatrechtliche Wirkung, sie hat keine rechtsändernde Kraft. Ihre Wirkung ist prozeßrechtlicher Natur. Das auf Grund der Entscheidungsgewalt gefällte Urteil kann für die Vollstreckungsgewalt eine Grundlage zur Rechtsänderung bilden. Das ist der normale Fall. Die Entscheidungsgewalt und die Vollstreckungsgewalt können verschiedenen Rechtsgebieten angehören. Für die Entscheidungsgewalt ist nicht wesentlich, ob

¹²⁾ Vor allem wären hier die treffenden Bemerkungen Sperls in seiner öfters zitierten Monographie zu berufen, S. 108 bis 109. Godlewski: „Die erste Tagsatzung“ (polnisch), Lemberg, S. 137, 138. Siehe auch die E. des OGH, Bd. XXXIX, Nr. 2106.

¹³⁾ Was die Rechtsänderungsklagen anbetrifft, siehe unten.

¹⁴⁾ Die Frage der Bedingungen, unter welchen eine solche prorogatio stattfinden könnte, bespricht Sperl, w. o., S. 109 bis 111.

das Urteil im Auslande, wo es eventuell die Grundlage der Vollstreckung bilden sollte, in Wirklichkeit diese rechtliche Grundlage zu bieten in der Lage sein wird. Andererseits greifen die Vollstreckungsakte unmittelbar in die Rechtssphäre ein. Sie rufen unmittelbar eine Änderung in den Rechtsverhältnissen hervor. Sie sollen auf Grund von Vorschriften der *lex fori* vollzogen werden.

Zu den Vollstreckungsakten der Vollstreckungsgewalt müssen wir auch die Urteile, die eine Rechtsänderung, und zwar sowohl jene, die eine Änderung des materiellen Rechtszustandes, wie auch jene, die eine Änderung von Prozeßmaßnahmen aussprechen, zählen. Ein sogenanntes „konstitutives Urteil“ ist nicht nur ein Akt der Entscheidungsgewalt, sondern gleichzeitig und vor allem der Vollstreckungsgewalt.¹⁵⁾ Da dieses Urteil einen Vollstreckungsakt bildet, so sollte es auch vom wissenschaftlichen Standpunkte aus nach den Grundsätzen über die Ausübung der Vollstreckungsgewalt beurteilt werden. Der Vollstreckungsakt ist ein Akt der inländischen (österreichischen) Gerichtsbarkeit, und als solcher sollte

¹⁵⁾ Die wichtige Frage über das konstitutive Urteil wird ausführlich besprochen von Elemèr Balog (Grünhuts Zeitschrift für priv. und öff. Recht, 1907, Bd. XXXIV, S. 123 ff.). Seine Monographie, „eine kritische Rundschau in der Literatur“, bespricht mit Berücksichtigung der Literatur viele hier einschlagende, zweifelhafte Rechtsfragen. Hellwig, Bd. I, S. 102 und hauptsächlich 106 ff.; Zitelmann, w. o., Bd. I, S. 210, und Bd. II, S. 281 ff. Treffend bemerken Meili und Mamelok in ihrem Werke: „Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konvention“, w. o. (auf S. 225): „Bei den eigentlichen Scheidungs- und Trennungsurteilen handelt es sich um konstitutive Akte . . . hier wird das materielle Recht schon durch das Urteil selbst verwirklicht.“ Zu den konstitutiven Urteilen gehören auch die Urteile auf Änderung von Prozeßmaßnahmen. Die von uns aufgeworfene Frage bietet in diesen Fällen nach dem österreichischen Rechte keine Schwierigkeiten, da eine Rechtsmittelklage, respektive Widerspruchsklage als eine Rechtsänderungsklage nach den Vorschriften der ZPO., respektive EO. eingebracht, von einem im Inlande durchgeführten Verfahren oder Vorprozeß bedingt ist, was die inländische Gerichtsbarkeit rechtfertigt. Derselbe Grundsatz findet auch in der sogenannten Berufung auf den Rechtsweg (siehe unten) Anwendung. Auch hier ist die Klage durch ein im Inlande durchgeführtes Verfahren bedingt.

derselbe nach den Vorschriften des inländischen (österreichischen) Rechtes beurteilt und durchgeführt werden. So einen Vollstreckungsakt sollte die Vollstreckungsgewalt nur unter der Voraussetzung vornehmen, daß sie auch die Wirkungen dieses Vollstreckungsaktes beherrscht. Das inländische Gericht sollte wohl untersuchen, ob nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes, was die Wirkungen des Vollstreckungsaktes anbetrifft, die inländischen Gesetze in Anwendung kommen. Unter diesen Voraussetzungen könnten wir diesen Vollstreckungsakt als einen inländischen, also zulässigen Vollstreckungsakt ansehen.¹⁶⁾ In weiterer Entwicklung dieses Gedankens müßte der Richter bei Klagen auf Rechtsänderung nicht nur prüfen, ob das Gericht zur Einleitung und Entscheidung der streitigen Rechtsangelegenheit nach den Vorschriften der JN., nach Staatsverträgen oder völkerrechtlichen Grundsätzen zuständig sei, sondern er müßte außerdem in Erwägung ziehen, ob die Wirkungen des zu fällenden konstitutiven Urteils, das eine Rechtsänderung bezweckt, nach den früher angegebenen Grundsätzen nach österreichischen Gesetzen zu beurteilen sind. Wären sie nach den oberwähnten Grundsätzen nicht nach den inländischen Gesetzen zu bestimmen, so könnte das Urteil keine Rechtsänderung hervorrufen und demzufolge würde sich dasselbe auch nicht als ein Vollstreckungsakt darstellen können. Der Richter wäre zur Durchführung dieses Vollstreckungsaktes unzuständig. In diesem Falle sollte der Richter die Klage zurückstellen, da dieselbe einen Vollstreckungsakt bezweckt, zu dessen Durchführung der inländische Richter nicht berufen wäre.¹⁷⁾ Dieser Grundsatz hätte vor allem bei Statusfragen, insofern wir bei denselben mit konstitutiven Urteilen zu tun haben, also hauptsächlich bei Klagen auf Ehetrennung Anwendung zu finden. Dieser Gedankengang wäre theoretisch durchführbar.

¹⁶⁾ Treffend bemerkt Hellwig, Bd. I, S. 106: „Schon hieraus folgt, daß das Gericht den Vollstreckungsakt prinzipiell nur vornehmen darf bezüglich der Rechte, deren materialrechtliche Entwicklung nach den deutschen Grundsätzen über das sogenannte internationale Privatrecht sich nach den deutschen Gesetzen bestimmt.“

¹⁷⁾ Siehe auch Zitelmann, Bd. II, S. 285.

Die von uns dargestellte, wissenschaftlich gerechtfertigte These findet aber in der österreichischen Gesetzgebung, und hauptsächlich in der JN. und in der EO. keine hinreichende Basis, um als eine bei Zuständigkeitsfragen faßbare, sichere Kompetenznorm zu dienen.

B. Die zweite Bedingung der Zulässigkeit des Rechtsweges bildet der Umstand, daß die Rechtsangelegenheit „eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ sei. Die Interpretation dieses Begriffes bietet Schwierigkeiten.¹⁸⁾

I. Die JN. und die ZPO. enthalten in den Titeln, die erste die Worte „bürgerliche Rechtssachen“, die zweite die

¹⁸⁾ Wach, w. o., S. 79 und 80. Eine gewisse Beleuchtung des Begriffes „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ finden wir im Art. 6 EinfG. zum deutschen BGB. In demselben lesen wir: „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuches geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 EinfG. zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.“ Hellwig (Bd. I, S. 59) behauptet, daß bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im allgemeinen die Streitigkeiten über die Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechtes (Privatrechtes) und die aus ihnen entspringenden Rechte und Pflichten sind. Rechtsstreitigkeiten über öffentliche Rechtsverhältnisse gehören dagegen prinzipiell vor die Verwaltungsbehörde. Siehe auch Kleinfellers Kritik des Werkes Hellwigs (Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß, Bd. XXXIV, S. 379). Ähnlich wie Hellwig definiert den Begriff Droop, S. 4. Interessante Ausführungen, was diesen Begriff betrifft, siehe bei O. Mayer, Bd. I, S. 215. Wir lesen daselbst: „Die bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist . . . kein ganz einfacher Begriff. Sie bedeutet eine Sache, welche gemäß der in der ersten Hälfte des Jahrhunderts (sc. XIX. Jahrh.) herrschenden Auffassung als zivilrechtlich anzusehen ist und deshalb zu der von unseren Gerichtsordnungsgesetzen gewollten allgemeinen Zuständigkeit des Gerichtes gehört.“ Sarway: „Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege“, Tübingen 1880, S. 287 ff. Siehe auch Uebel: „Der Begriff bürgerliche Rechtsstreitigkeiten in der ZPO.“ (Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß, Bd. I, S. 369) und Hüppner: „Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ im „Archiv für zivilistische Praxis“, Bd. LXIX, S. 424 und die dort näher angegebene Literatur. In der neuesten Zeit erörtert diese Frage Hartmann: „Über den Begriff der bürgerlichen Streitigkeit“ in der Deutschen Juristen-Zeitung v. J. 1910, S. 1259 bis 1261. Siehe auch Förster-Kann: „ZPO. für das Deutsche Reich“, Berlin 1910, S. 12. Was die österreichische Literatur anbetrifft, siehe: Horten: „Kommentar zur JN.“ in § 1 JN., auch Trutter, S. 12 ff.

Worte „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“. Außerdem finden wir in einer Reihe von Vorschriften diese Wendung, so vor allem im Art. I EinfG. zur ZPO. Die wichtigste Vorschrift enthält der § 1 JN. Weder die JN. noch die ZPO. interpretieren den Begriff „bürgerliche Rechtsache“, respektive „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“. Es mangelt an einer Legaldefinition.¹⁹⁾ Wenn wir die diesbezüglichen Materialien untersuchen, so finden wir auch keine nähere Erklärung der angegebenen Rechtsbegriffe. Dieselben stützen sich auf die vor der Einführung der JN. vorhandene Sachlage.²⁰⁾

¹⁹⁾ Der Mangel einer Legaldefinition der bürgerlichen Rechtsachen ist auch in der deutschen Gesetzgebung fühlbar. Man hat diesem Umstande Rechnung getragen. Bei der Beratung der zu Hannover tagenden Kommission (Protokolle der Kommission zur Beratung einer allg. ZPO., Hannover 1863, Sitzung XXVIII bis L, S. 343, Bd. II) wurde der Anschauung Ausdruck gegeben, daß die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den zuständigen bürgerlichen Gerichten zu verhandeln sind. Auf den Einwand, daß der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ als etwas Vorausgesetztes angenommen wird, wurde hervorgehoben, daß der besprochene Begriff ein doktrinelles, durch die Wissenschaft festgestelltes, und nicht durch die ZPO. zu definierender Begriff sei. Die Frage wurde auch in der Justizkommission des deutschen Reichstages bei Beratung über das Gerichtsverfassungsgesetz, Protokoll über die 122. Sitzung, pag. 797 (zitiert nach Uebel, l. c., S. 370) erörtert. Bei den Beratungen hat Bahr eine Legaldefinition des besprochenen Begriffes beantragt. Die beantragte Vorschrift sollte lauten: „Die gerichtliche Klage findet statt wegen jeder Verletzung eines Privatrechtes, deren Widerrechtlichkeit nach Rechtsgrundsätzen erkennbar ist, ohne Unterschied, ob die verletzende Handlung von einer Privatperson oder von der Staatsgewalt in Ausübung der Staatsverwaltung oder von einer anderen, öffentliche Rechte ausübenden Persönlichkeit ausgeht.“ Nach den Ausführungen Gneists wurde dem Antrage nicht stattgegeben. Richtig bemerkte Gneist: „Jede Definition würde aber die doppelte Gefahr in sich tragen, auf der einen Seite Streitigkeiten, welche nach der Intention des Abg. Bähr den Gerichten zufallen sollen, nicht in sich zu begreifen, und auf der anderen Seite Streitigkeiten, welche nach dem gegenwärtigen Rechtszustande den Gerichten zufallen, diesen zu entziehen. Da die Lage der Verwaltungsgesetzgebung in den einzelnen Bundesstaaten nicht übersehbar sei, so könne man den Begriff ‚Justizsache‘ nicht a priori konstruieren.“

²⁰⁾ In der Regierungsvorlage zur JN. lesen wir folgendes: „In der beabsichtigten, wenn auch prinzipiellen Änderung des Streitverfahrens liegt noch kein Bestimmungsgrund dafür, auch im Umfange der den ordentlichen

Die Materialien stellen fest:

1. Daß in der JN. vom Jahre 1895 keine Änderung in den den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Rechtssachen beabsichtigt war.²¹⁾

2. Daß zweifellos alle Zivilrechtsstreitigkeiten, mangels anderweitiger Bestimmungen, von den ordentlichen Gerichten zu erledigen sind, wie auch, daß es an einer speziellen Norm, welche den selbstverständlichen Satz aussprechen würde, mangle.²²⁾

Gerichten zugewiesenen Gerichtsbarkeit Änderungen vorzunehmen. Für diese Abgrenzung sind andere Gesichtspunkte maßgebend, als diejenigen, welche bei Neugestaltung des Verfahrens zu leiten haben, und es hieße, die mit letzterer Aufgabe verbundenen Schwierigkeiten außerordentlich vermehren, wenn bei diesem Anlasse die durch zahlreiche Gesetzgebungsakte im einzelnen zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits, den besonderen Gerichten, den Verwaltungsbehörden usw. andererseits aufgeteilte Gesamtheit der bürgerlichen Streitsachen neu geordnet und zugewiesen werden wollte“ (Materialien I, S. 32). Im Berichte des Permanenzausschusses zum EinfG. lesen wir als Bemerkung zum Art. IX folgendes: „. . . Bei der Art und Weise, wie im Laufe der Rechtsentwicklung die Kompetenz der Gerichts- und Verwaltungsbehörden sich bei uns herausgebildet hat, würde es in manchen Fällen schwer sein, direkte gesetzliche Vorschriften aufzufinden, welche gewisse Gruppen von Rechtssachen diesen oder jenen Behörden zuweisen. Speziell fehlt es an einer ausdrücklichen Norm, welche den selbstverständlichen Satz aussprechen würde, daß alle Zivilrechtsstreitigkeiten mangels anderweitiger Bestimmungen von den ordentlichen Gerichten zu erledigen sind. An der Richtigkeit dieses Satzes kann nicht gezweifelt werden, aber er wurde nie durch einen besonderen Akt der Gesetzgebung proklamiert“ (Mat. II, S. 222). Siehe auch den sehr bemerkungswerten Kommissionsbericht zum deutschen Gesetze, betreffend Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung vom 17. Mai 1898 (Stözl, w. o., Anhang: Rechtsquellen, S. 604 ff.).

²¹⁾ Dieselbe Sachlage finden wir in der deutschen Gesetzgebung, siehe Hüppner, w. o., S. 436.

²²⁾ Den Begriff „bürgerliche Rechtsangelegenheit“ finden wir in der JN. vom 18. Juni 1850 über den Wirkungskreis und die Zuständigkeit der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen. Diese JN. war wirksam für die Kronländer: Österreich unter und ob der Enns, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Krain, Görz und Gradiska, Istrien, Triest, Tirol und Vorarlberg, Böhmen, Mähren und Schlesien, vom 1. Juli 1850 angefangen („JN. vom 18. Juni 1850, und organisches Gesetz für die Gerichtsstellen vom 28. Juni 1850“, Wien, Tendler und Komp., 1850). Dieselbe wurde an die Stelle der früher geltenden Jurisdiktionsnormen eingeführt (Art. VIII EinfG. der

Angesichts dessen, daß auch die frühere Gesetzgebung (siehe Bemerkung) keine Aufklärung in der besprochenen Richtung bietet, müssen wir trachten, den Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ vor allem aus dem Wortlaute selbst festzustellen. Aus der Wendung „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ könnten wir die Überzeugung gewinnen, daß jene Streitigkeiten als „bürgerliche“ anzusehen sind, welche über

JN. vom 18. Juli 1850). Was die zitierten Jurisdiktionsnormen aus dem XVIII. Jahrhundert und ihren Wirkungskreis betrifft, siehe Domin Petrushevecz: „Neuere österreichische Rechtsgeschichte“, Wien 1869, S. 9 ff. Siehe auch Helfert: „Versuch einer Darstellung der JN. für die deutschen und italienischen Provinzen des österr. Kaiserstaates“, Wien 1828. Auf S. 11 lesen wir: „Die streitige Gerichtsbarkeit teilt sich in die bürgerliche Gerichtsbarkeit im engsten Sinne und in die Strafgerichtsbarkeit — je nachdem die vorkommenden Rechtsfälle bürgerliche oder Strafrechtsfälle sind.“ Die oberwähnte JN. vom 18. Juni 1850 stützt sich auf die Reichsverfassung vom 6. März 1849. Nach dem § 24 derselben darf „in keinem Kronlande . . . zwischen seinen Angehörigen und jenen eines anderen Kronlandes ein Unterschied im bürgerlichen oder peinlichen Rechte, im Rechtsverfahren oder in der Verteilung der öffentlichen Lasten bestehen“. Eine nähere Bezeichnung des Wirkungskreises der Gerichte und des Verhältnisses derselben zu anderen Behörden wurde in der umfangreichen Reichsverfassung nicht gegeben. Es wurde nur im § 102 festgestellt, daß die Rechtspflege und Verwaltung voneinander unabhängig gestellt werden soll. In dem alleruntertänigsten Vortrage Schmerlings zur oberwähnten JN. wird hervorgehoben, daß der Wirkungskreis der Gerichte und ihrer Zuständigkeit in den Wirkungskreis in Strafsachen und in bürgerlichen Rechtssachen sich teilt. Der Wirkungskreis der Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen wird dem Wirkungskreise in Streitsachen gegenübergestellt, was der Teilung in bürgerliches und peinliches Recht nach dem oberwähnten § 24 des Reichsverfassungsgesetzes entspricht. Die Worte „bürgerliche Rechtssachen“ wurden durch die späteren Jurisdiktionsnormen vom 20. November 1852 und durch jene speziell für Dalmatien gleichen Datums, durch die JN. für das Königreich Ungarn usw. vom 16. Februar 1853 und durch die JN. für Siebenbürgen, durch das kaiserliche Patent vom 3. Juli 1853 angenommen. In keiner von diesen Jurisdiktionsnormen finden wir aber eine Legaldefinition dieses Begriffes. Eine ähnliche Sachlage im deutschen Rechte, siehe Wach, S. 80; Hüppner, l. c.; Monich, Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß, Bd. XXIII, S. 409. Was die Vorschrift des materiellen Rechtes (§ 1338 ABGB.) über den Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte anbetrifft, siehe unten S. 45, Bem. 28.

die Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechtes und über die aus diesen Rechtsverhältnissen hervorgehenden subjektiven Rechte und Pflichten entstehen (Hellwig). Wenn dies die richtige Grundlage zur Erörterung des besprochenen Begriffes bilden soll, so müssen wir den für diese Definition grundlegenden Begriff „bürgerliches Recht“ feststellen. Was die ZPO. und die EO. unter dem bürgerlichen Rechte verstehen, wird im Art. XXX EinfG. zur ZPO. und durch den gleichlautenden Art. XXI EinfG. zur EO.²³⁾ authentisch interpretiert. Eine ähnliche Vorschrift fehlt in dem EinfG. zur JN., obgleich sie nötig wäre, da sich das EinfG. auf diesen Begriff, z. B. im Art. XVIII, beruft. Die Vorschrift des Art. XXX EinfG. zur ZPO., respektive XXI EinfG. zur EO. soll auch in der JN. im Wege der „*analogia juris*“ Anwendung finden.²⁴⁾

Die in der ZPO. und in der EO. enthaltene Legaldefinition des bürgerlichen Rechtes ist nicht glücklich stilisiert. Wenn man die Definition wörtlich interpretieren wollte, so müßten wir als bürgerliches Recht die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, dann die des Handelsrechtes, der Wechselordnung wie auch die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes ansehen. Infolgedessen müßten wir bei der wörtlichen Interpretation zwei Kriterien der Beurteilung des bürgerlichen Rechtes annehmen. Nach dem einen Kriterium wäre der Ort, wo sich die Vorschrift befindet, entscheidend, ohne Rücksicht auf die rechtliche Natur derselben, nach dem zweiten Kriterium wäre einzig und allein die rechtliche Natur der Rechtsnormen ausschlaggebend. Das erste Kriterium fände beim bürgerlichen Gesetzbuche, bei dem Handelsrechte und bei der Wechsel-

²³⁾ Der Art. XXX EinfG. zur ZPO., respektive XXI EinfG. zur EO. lautet: „Insofern sich die ZPO. auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes beruft, sind darunter nicht nur die Vorschriften des ABGB., sondern auch jene des Handelsrechtes und der Wechselordnung und die in anderen Gesetzen enthaltenen Normen des Privatrechtes zu verstehen.“

²⁴⁾ Tilsch: „Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht“, Wien 1901, S. 1, Bem.; Schauer bei Art. XXX EinfG. zur ZPO. Siehe auch meine Lehre von den Gerichten und der ZPO., Bd. I, S. 27 und 28. Was die Möglichkeit der Anwendung des besprochenen Artikels auch im Gebiete der JN. anbetrifft, ist man einig.

ordnung, das zweite bei den „anderen Gesetzen“ Anwendung. Das wäre nicht richtig. Wir müssen der logischen Interpretation den Vorrang geben. Der Gesetzgeber konnte nur ein Kriterium vor Augen haben und konnte nur dem Gedanken Ausdruck geben, daß nicht nur die privatrechtlichen Normen des ABGB., „sondern auch“ (Worte des Gesetzes) die privatrechtlichen Vorschriften des Handelsrechtes, des Wechselrechtes und anderer Gesetze als Privatrecht angesehen werden sollen.²⁵⁾²⁶⁾ Infolgedessen wären als bürgerliche Streitsachen diejenigen Streitsachen anzusehen, welche nach den privatrechtlichen Normen²⁷⁾ des ABGB., des Handelsrechtes, der Wechselordnung und nach privatrechtlichen Normen anderer Gesetze zu entscheiden sind.

Die Untersuchung der Entstehung der Vorschrift der JN. über bürgerliche Rechtssachen, wie auch die Prüfung des Begriffes „bürgerliches Recht“ nach den diesbezüglichen Vorschriften der Einführungsgesetze, hat das karge Material zur Erläuterung des Begriffes „bürgerliche Rechtssache“ wenig vermehrt. Ist die bürgerliche Rechtssache nach § 1 JN., so wie wir es aufzuklären trachteten, eine Privatrechtssache, so wird dadurch unser Problem vor allem durch die Grundsätze des Privatrechtes beleuchtet.

Die Grenze zwischen dem privaten und öffentlichen Rechte ist schwankend. Das maßgebende Kriterium ist streitig.²⁸⁾

²⁵⁾ Tilsch, w. o., S. 2.

²⁶⁾ Der Begriff „bürgerliches Recht“ nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches und nach der *communis opinio doctorum* ist identisch mit dem bürgerlichen Privatrechte, wie auch mit dem Begriffe „Privatrecht“. (Siehe Kommentar zum ABGB. von Pfaff und Hoffmann, Wien 1877, Bd I, S. 117; siehe auch Unger, System, Bd. I, S. 1.)

²⁷⁾ Es ist klar, daß bei der Beurteilung nicht das ganze diesbezügliche Gesetz, was seine rechtliche Natur anbetrifft, entscheidet, sondern nur die speziell zu untersuchende Vorschrift, welche eine privatrechtliche Norm enthalten kann, obgleich sonst das Gesetz öffentlichrechtlicher Natur ist. Siehe Tilsch, l. c., auch Pollak, Bd I, S. 11. Pražak: „Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden“ („Archiv für öffentliches Recht, 1888“ S. 274 und 275, und die in Bem. 86 angegebene Literatur).

²⁸⁾ Jakob Hollinger: „Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht“, Zürich 1904. Der Ver-

Ob die Vorschrift eine öffentlichrechtliche, respektive eine privatrechtliche sei, soll auf Grund des geltenden Rechtes beurteilt werden.²⁹⁾ Mangelte diese Frage aufklärende Vor-

fasser trachtet auf S. 11 eine systematische Übersicht der in der Rechtswissenschaft bekannten Theorien darzustellen. Derselbe stellt zusammen 17 Theorien und noch eine ganze Reihe Kombinationen. Bernatzik, S. 1 bemerkt treffend, was die besprochene Frage anbetrifft: „De lege ferenda läßt sich nie feststellen, ob eine Angelegenheit öffentlichrechtlicher Natur ist oder nicht; läßt sich de lege lata die rechtliche Natur einer Sache nicht bestimmen, ist alles Suchen nach einem festen Kriterium vergebens und es geht dasselbe in letzter Linie stets darauf hinaus, aus wirtschaftlichen, politischen oder sonstigen kulturellen Motiven ein Gesamtinteresse als bestehend nachzuweisen. Im Leben der Völker wechseln aber die Ansichten darüber, was im Gesamtinteresse liegt . . . daher ist nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Spruchpraxis . . . von diesen wechselnden Ansichten . . . beeinflußt.“ Ähnliche Stellung nimmt Pražak in der oberwähnten Abhandlung, S. 261 ein: „. . . es ist schlechterdings unmöglich, . . . ein objektives Kriterium ausfindig zu machen, aus welchem mit logischer Notwendigkeit die Zugehörigkeit dieses oder jenes Verhältnisses an eines oder das andere der gedachten Gebiete des Rechtes erschlossen werden könnte.“ Bei Hellwig, Bd. I, w. o., S. 61 wird die Frage des Privat- und öffentlichen Rechtes folgend besprochen: „Privatrechtlich sind die Normen, wenn sie die Rechtsverhältnisse der Beteiligten als gleichberechtigter Einzelpersonen regeln. Das öffentliche Recht regelt die Organisation der beherrschenden Gewalten (des Staates, der Gemeinden und anderer Verbände) und ihr Verhältnis zu den ihnen Unterworfenen. Privatrechte sind die Rechte, die die Rechtsordnung den Individuen ausschließlich oder vorwiegend in ihrem eigenen Interesse verleiht. Publizistisch sind die Rechte, die dem Staate und anderen Verbänden als Ausfluß ihrer Herrschaftsmacht zustehen, und für deren Statuierung die Rücksicht auf das allgemeine Interesse bestimmend ist; publizistisch sind die Rechte, die der Staat den einzelnen oder kleineren Verbänden als den Gliedern des Staates, der Gemeinden usw. einräumt.“ Kleinfeller (l. c.) in der Kritik des oberwähnten Werkes Hellwigs wirft die Frage auf, ob nicht das öffentliche Interesse am Gegenstande des Anspruches, andererseits das ausschließliche Interesse des einzelnen am Gegenstande des Anspruches entscheidend sein soll. Siehe auch: Tezner: „Handbuch des österr. Adm.-Verfahrens“, Wien 1896, S. 41 ff.

Die Geschichte der Gerichtsorganisation und der Zuständigkeit der Gerichte in Österreich bestätigt die Behauptung, daß Privatrechtsangelegenheiten den ordentlichen Gerichten zugewiesen waren. In dem an den Grafen Harrach gerichteten Handschreiben der Kaiserin Maria Theresia vom 1. Mai 1749 finden wir Andeutungen der Separierung der Justiz-

schrift, so müssen wir die Entscheidung der Frage der Wissenschaft überlassen. Die durch die Wissenschaft markierten Grenzen sind nicht stabil, da die Ansichten darüber, was im

angelegenheiten von den Verwaltungssachen. Wir lesen in diesem Handschreiben folgende Ausführungen: „Und weilen bisanhero zu der Hof-Deputation gezogene Hauptpolitica und publica, mit denen übrigen provincialibus in einer so engen Verknüpfung zu weilen stehen, daß eines ohne das andere sich nicht wohl traktiren lasset, so hat bishero eine Sach oft in zweyen Orten, das ist bei der Hof-Deputation und denen Kanzleyen vorgenommen werden müssen, wodurch eines Theils die Ráthe distrahiert und anderen Theils nur ohnnötige Arbeiten und Schreibereien verursacht werden. Ich finde mich dahero bemüssiget, eine gánzliche Separation des Justiz-Wesens von denen publicis et politicis deren Ländern vornehmen zu lassen, und dadurch zu bewürken, daß eine Materie die andere nicht mehr wie bishero verhindern und aufhalten, sondern alles ohne Unterbruch beförderet werden möge.“ (Maasburg: „Geschichte der obersten Justizstelle in Wien“, Prag 1879, Anhang, S. 292.) Obgleich eine gánzliche Separierung der Privata von den Publica beabsichtigt war, finden wir in der Beilage B zum oberwáhnnten Handschreiben in der Agenda der Obersten Justizstelle unter 11: „Jene Mixta, so zwahr in das Publikum einschlagen, anbey aber ein jus vel praejudicium tertii enthalten, und sonsten eine Untersuchung oder Causae cognitionem erfordern . . .“ (Maasburg, S. 301 und 307). In dem Handschreiben vom 1. Mai 1749 an Graf von Seiller finden wir die Teilung der Gerichtsagenda der Obersten Justizstelle auf Judicialia und Mixta (Maasburg, S. 309). Was diese Angelegenheiten „in den Ländern“ betrifft, finden wir folgende Aufklärung: „Alle Judicialia, welche dahier zu der Obristen-Justiz-Stelle gehören, haben in denen Ländern bey ihren foris ordinariis zu bleiben; Waß aber die in der Consignation B der Justiz-Stelle dahier reservierte Mixta anlangt, diese seind in Nider-Österreich von der Regierung, in Ober-Österreich von der Landeshauptmannschaft, und denen Inner-Österreichischen Landen und Tyrol Ebenfallß von denen Regierungen zu tractiren“ (Maasburg, l. c., S. 309). In kurzer Zeit, nämlich durch die Resolution vom 30. Jänner 1771, wurde die „Agenda der Justizstellen in denen kaiserlich königlichen teutschen Erblanden“ restringiert, und auf die eigentlichen Judizialia beschránkt. In der Beilage B zum oberwáhnnten Handschreiben sind die Rechtsangelegenheiten präzisiert. Zu diesen Rechtsangelegenheiten gehörten: „1^{mo} Alle Prozess-Sachen, welche das Interesse Privatorum et Jura Partium betreffen 2^{do} Jene Prozess-Sachen, wo der Summus Princeps, als ein Privatus klaget, oder beklaget wird, Exempli Gratia: razione jener Possessionum, et Jurium, welche von dem Landes-Fürsten als Privato besessen werden 3^{tio} Strittigkeiten wegen Abfahrt-Geldern, welche Communitäten, oder anderen Privatisgebühren. 4^{to} Wann über ein Lehen, oder occasione eines Lehens eine Actio oder

Gesamtinteresse, was in dem individuellen Interesse ausschließlich, respektive überwiegend liege, was zum staatlichen „Imperium“ als juristischem Mittel zur Erfüllung der Staatsauf-

Controversio privata entsteht, mithin, wann ein Vassalus entweder actione personali, oder reali belanget wird. 5^{to} Criminalia, so nicht in Statum publicum, oder die Regalia Principis einschlagen. 6^{to} Gränitz-Differentien inter privatos. 7^{mo} Arrest und Verbott auf Landes Fürstliche Salaria, wobey jedoch das letztere Generale zu observiren ist. 8^{vo} Restitutiones in integrum ex Causa Civili. 9^{vo} Derley Restitutiones ex Delicto, wenn eine Inquisition, oder Sententia Infamiam irrogans verhergegangen. 10^{mo} Confirmationes Contractuum, et Transactionum. 11^{mo} Confirmationes, et Publicationes Testamentorum. 12^{mo} Jurisdictionen Differentien zwischen denen Justiz Stellen. 13^{ti}o Vergebung deren Diensten bey Justiz Stellen. 14^{to} Moratoria in causis privatis. 15^{to} Salvi Conductus ex Causa Civili et Criminali“ (Maasburg, w. o., S. 323 und 324). Die Aufzählung der einzelnen Rechtsangelegenheiten rechtfertigt die Behauptung, daß mit einigen Ausnahmen die Agenda die sogenannten „Justicialia“ umfaßten. Es wurde im Abs. 1 der Beilage B richtig bemerkt, daß zu denselben alle Prozeßsachen, welche das Interesse privatorum betreffen, gehören. Das Interesse privatorum wurde als das entscheidende angesehen. Der Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte in Zivilsachen war grundsätzlich auf die Privatrechtsangelegenheiten beschränkt. Was die Trennung der Justiz von der Verwaltung in den letzten zwanzig Jahren des XVIII. Jahrhunderts und am Anfange des XIX. Jahrhunderts anbetrifft, siehe die treffenden Ausführungen und die angegebenen Quellen bei Ott in seiner Abhandlung: „Deckt Rechtskraft des Urteils die Unzulässigkeit des Rechtsweges?“ (Allg. GZ. v. J. 1889, Bd. 43, S. 338).

Gründliche und beachtungswerte Ausführungen enthält der Kommentar zur JN. von Horten, S. 84 ff. Es ist zu bemerken, daß in dem § 1338 ABGB. dem Gedanken Ausdruck gegeben wird: „... das Recht zum Schadenersatz muß in der Regel, wie jedes andere Privatrecht, bei dem ordentlichen Richter angebracht werden“. Siehe E. des OGH., Bd. XLVI, Nr. 4583.

Daß grundsätzlich privatrechtliche Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind, findet in der so vielseitig interpretierten Vorschrift des Art. 15, Abs. 1 StGG. über richterliche Gewalt seine Bestätigung.

Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkte, daß Privatrechtsangelegenheiten vor die ordentlichen Gerichte gehören. (Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes Hye-Glunecq Nr. 1, 3, 12, 14, 58, 119, 121, 122, 124, 138, 152, 169, 173, 194, 223, 227, 233, 277, 281, 289, 293, 299, 303, 317, 318, 323, 334, 386, 387, 389, 419, 420, 421, 426, 431 usw.)

²⁹⁾ Fleiner, St. 49.

gaben gehöre usw., mit der Zeit bald in dieser, bald in jener Richtung einer Änderung unterliege. Dies kann nicht nur *de lege ferenda*, sondern auch *de lege lata* auf die Beurteilung der Rechtsverhältnisse eine Wirkung ausüben. Unter diesen Voraussetzungen könnte eine zur Zeit als privatrechtliche Angelegenheit behandelte Rechtssache künftighin zu einer öffentlichrechtlichen Angelegenheit gestempelt werden und umgekehrt. Was die materiellrechtliche Frage anbetrifft, so soll das geltende Recht, das Recht nach der jetzigen heutigen Rechtsanschauung, das bindende sein. Wie verhält sich aber die Sache mit der Kompetenzfrage? Kann die Änderung der Rechtsanschauung, was die rechtliche Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses anbelangt, eine Reflexwirkung auf die Kompetenz der ordentlichen Gerichte ausüben? Diese schwierige Frage wäre zu verneinen. Der Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte muß eine feste Basis haben. Es entspräche nicht den rechtlich geordneten Verhältnissen eines Rechtsstaates, wenn auf Grund derselben Gesetze dieselbe Rechtsangelegenheit dem Wirkungskreise bald dieser, bald jener Behörde angehören würde. Die „bürgerliche Streitsache“, welche sich grundsätzlich als „Privatrechtsstreitigkeit“ darstellt, müßte vom Standpunkte der zur Zeit der Einführung der diesbezüglichen Gesetze herrschenden Rechtsanschauung beurteilt werden. Der Gesetzgeber hat bei der Einführung der JN. (§ 1 derselben) und bei der Zuteilung einzelner Rechtsangelegenheiten zu den ordentlichen Gerichten der herrschenden Rechtsanschauung, was den Begriff Privatrechtssache anbetrifft, Rechnung getragen. Diese Rechtsanschauung bildet eine feste Grundlage für den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit. Dieser Umstand muß bei der Definition des besprochenen Begriffes in Erwägung gezogen werden.³⁰⁾

³⁰⁾ Fleiner, S. 52, betrachtet die Änderung der Anschauungen über die Teilung des Rechtes in privates und öffentliches als bedeutungsvoll für die Frage der Gerichtsbarkeit. Derselbe beruft sich auf zwei Gerichtsurteile des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes, in welchen entgegen der früheren Praxis dem Gedanken Ausdruck gegeben wurde, daß heute die Normen über die Kirchenbaulast dem öffentlichen Rechte zuzählen sind und daß daher die Streitigkeiten über Leistungen

II. Der § 1 JN. hat den Grundsatz vor Augen, daß bürgerliche Rechtssachen Privatrechtssachen sind, und trägt dem Umstande Rechnung, daß eine ganze Reihe von Privatrechtssachen zur Erledigung anderen Behörden und Organen zugewiesen ist. Die speziellen zahlreichen Vorschriften, welche in dieser Richtung die Kompetenz anderer Behörden und Organe regeln (siehe oben), regeln diese Rechtsangelegenheiten als Privatrechtssachen. Jede Rechtshilfe bedürftende Privatrechtssache gehört in der Regel (nach § 1 JN.) vor die ordentlichen Gerichte. Dies ist der Grund davon, daß in dem Titel der JN. und der ZPO. die Begriffe „bürgerliche Rechtssache“, respektive „bürgerliche Streitsache“ als nähere Bezeichnung des Wirkungskreises der betreffenden Gesetze gebraucht wurden. Von den öffentlichrechtlichen Angelegenheiten, die den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind, macht der § 1 JN. keine Erwähnung.

Andrerseits ersehen wir aus den Vorschriften der ZPO. und hauptsächlich aus dem Art. I EinfG. zur ZPO., daß die ZPO. ein Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die den ordentlichen Gerichten in den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern zur Entscheidung zugewiesen sind, bildet; demzufolge sollte sich die Zivilprozeßsache als eine streitige bürgerliche Rechtssache darstellen. — Da aber im Zivilprozeßverfahren auch öffentlichrechtliche Streitsachen durchgeführt werden, so umfaßt das Zivilprozeßverfahren in bürgerlichen Streitsachen alle, den ordentlichen Gerichten zugewiesenen streitigen Rechtsangelegenheiten, ohne Unterschied, ob dieselben sich als privatrechtliche oder publizistische streitige Rechtsangelegenheiten darstellen.³¹⁾ In diesem Sinne würden nach Art. I EinfG. zur ZPO. die streitigen bürgerlichen Rechtssachen eine umfangreichere Bedeutung haben, als nur Privatrechtsstreitigkeiten. Die Vorschrift des § 1 JN. und die Vorschrift des Art. I EinfG.

für den Kirchenbau vor die Verwaltungsgerichte gehören. Demgegenüber siehe die treffenden Bemerkungen O. Mayers, S 214 und 215.

³¹⁾ Siehe auch § 1 des Gesetzes vom 24. Februar 1907, RGBl. Nr. 41. Im § 1 dieses Gesetzes werden die bürgerlichen Rechtssachen den Verwaltungsangelegenheiten entgegengestellt.

zur ZPO. decken sich nicht. Der Grund liegt darin, daß im § 1 JN. der Begriff „bürgerliche Rechtssache“ den Hauptbegriff bildet; derselbe wird vom Gesetzgeber als etwas Vollkommenes und Einheitliches gefaßt. Hingegen ist im Art. I EinfG. zur ZPO. der Wirkungskreis der ZPO. der entscheidende und derselbe wird, ohne das Wesen der Sache zu prüfen, mit dem Begriffe „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ ausgefüllt.³²⁾

Bei Berücksichtigung dieser Sachlage können wir feststellen:

1. Daß der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ im Sinne des Art. I EinfG. zur ZPO. (Zivilprozeßsache) folgende Gruppen von Rechtsangelegenheiten umfaßt:

a) Alle streitigen Privatrechtssachen, mit Ausnahme jener, welche auf Grund spezieller Vorschriften anderen Behörden oder Organen zugewiesen wurden.

b) Rechtsstreitigkeiten publizistischer Natur, die auf Grund spezieller Vorschriften den ordentlichen Gerichten zugewiesen wurden.³³⁾

Damit ist festgestellt, daß der Begriff „Zivilprozeßsache“ mit „streitiger Privatrechtssache“ nicht identisch ist. Angesichts dessen wäre die Schlußfolgerung nicht richtig, daß, wenn eine Rechtssache eine Zivilprozeßsache bildet, dadurch der Beweis geliefert sei, daß sie eine Privatsache ist und weiterhin, daß die diesbezüglichen Rechtsnormen Privatrechtsnormen seien.³⁴⁾ Die bürgerliche Streitsache, als Zivilprozeßsache bildet den Grundbegriff.

³²⁾ Was die deutsche ZPO. anbetrifft, siehe Wach: „Lehrbuch“, S. 80; Hüppner: „Archiv für die zivilistische Praxis“, Bd XLIX, S. 445.

³³⁾ Siehe was die Vorschriften der ZPO. anbetrifft z. B. die Bestimmungen der Art. XLII und Art. XLIII EinfG. zur ZPO. In Deutschland sind auf Grund der Landesgesetze die Entscheidungen zahlreicher Streitigkeiten öffentlicher Natur, wie Steuerstreitigkeiten, Wegestreitigkeiten usw. den Zivilgerichten zugewiesen. Siehe Fleiner, S. 14 und die in der Anmerkung angegebenen Beispiele.

³⁴⁾ Siehe die Ausführungen Hellwigs, w. o., Bd. I, S. 61; Stölzel, w. o., S. 43; Otto Mayer, w. o., S. 214; siehe auch Fleiner, S. 35 (was die Praxis der französischen Gerichte anbetrifft), wie auch S. 48.

2. Grundsätzlich (§ 1 JN.) sind den ordentlichen Gerichten in Streitsachen nur Privatrechtsstreitigkeiten in dem oberwähnten Sinne und unter den früher angenommenen Voraussetzungen (siehe S. 45) zugewiesen. Es muß festgestellt werden, daß die Streitsache eine Privatrechtsstreitigkeit sei; wird das nicht festgestellt, so ist die streitige Rechtsangelegenheit nicht dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zugeteilt. Auf diese Weise könnte der § 1 JN. in negativer Richtung eine Konstruktion des Begriffes des Wirkungskreises der Verwaltungsbehörde in Rechtssachen ermöglichen. Ist eine des Staatsschutzes bedürftige Rechtsangelegenheit keine bürgerliche Rechtssache und bildet sie auch keinen Gegenstand der Gesetzgebungsgewalt, so gehört sie vor die Verwaltungsbehörden.³⁵⁾

³⁵⁾ Treffend bemerkt Otto Mayer, w. o., S. 9, wie folgt: „Aus der Art, wie die Begriffe Gesetzgebung und Justiz sich bestimmt haben, folgt von selbst, daß die Verwaltung nicht abgegrenzt werden kann nach der besonderen Art ihrer Geschäfte. Ein bestimmter Ausgangspunkt ist für jene wesentlich; ganz das Nämliche, wenn es nicht von der obersten Gewalt unmittelbar ausgeht, ist nicht Gesetzgebung, sondern Verwaltung, und ebenso werden Tätigkeiten zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung Verwaltung, sobald sie losgelöst erscheinen von den Zivilgerichten. Deshalb ist der Begriff Verwaltung in dieser Richtung nur verneinend zu bestimmen, als Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist.“ Siehe auch Fleiner: „Institutionen usw.“, S. 8 und 13. Tezner: „Handbuch des österr. Administrativverfahrens“, S. 40 bemerkt, wie folgt: „Was die Frage der Zuständigkeit der Zivilgerichte oder, wie sie auch genannt werden, der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsbehörden einander gegenüber anbelangt, so bietet das österreichische Recht, ganz so wie die einschlägigen Kompetenzgesetze anderer Staaten, für die Erkenntnis dieser Fragen nicht mehr als den Satz, daß die ordentlichen Gerichte zur Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen berufen, und daß sie das von ihnen eingeleitete Verfahren einzustellen, Entscheidungen zu vernichten haben, wenn es sich herausstellt, daß der Gegenstand des Verfahrens ihrer Zuständigkeit entzogen sei.“ Siehe auch Lemayer: „Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit“ (Grünhuts Zeitschr. usw., Bd. XXII, S. 372 und 373. Auch Pollak, w. o., Bd. I, S. 15). Treffend bemerkt Fleiner, S. 12 und 13: „der Kompetenzbereich der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane ist nicht reinlich abgegrenzt. . . . Jeder der drei Gewalten ist ein kleines Stück aus der Kompetenzsphäre der anderen Gewalt zugeschrieben worden.“

3. In der Regel gehören alle Privatrechtsstreitigkeiten (siehe oben 2) dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte an. Sollen ausnahmsweise Privatrechtsstreitigkeiten den besonderen Gerichten oder Verwaltungsbehörden (anderen Behörden oder Organen) zugewiesen werden, so muß das durch spezielle Vorschriften gerechtfertigt sein. Kann nicht festgestellt werden, daß eine bürgerliche Rechtsstreitsache einem besonderen Gerichte oder einer Verwaltungsbehörde zugeteilt ist, so gehört sie nach der allgemeinen Regel zu dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte.

4. Ausnahmsweise können rechtliche Streitsachen publizistischer Natur dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zugewiesen werden. Diese Ausnahme muß durch eine spezielle Vorschrift gerechtfertigt sein.

C. Wir haben festgestellt, daß zu dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte in Zivilsachen grundsätzlich privatrechtliche Angelegenheiten und ausnahmsweise Rechtsangelegenheiten publizistischer Natur und speziell Justizverwaltungssachen gehören. Nur einen Teil der zivilgerichtlichen Rechtsangelegenheiten bilden die den ordentlichen Gerichten zugeteilten Prozeßsachen. Dieselben gehören auf den Rechtsweg (siehe S. 5).

Zur näheren Bezeichnung des Begriffes der Zivilprozeßsache, müssen wir die Ausscheidung der streitigen bürgerlichen Rechtssachen aus der ganzen Gruppe der bürgerlichen Rechtssachen durchführen. Durch die Ausscheidung derselben aus den den ordentlichen Gerichten zugewiesenen bürgerlichen Rechtsangelegenheiten wird im negativen Sinne der Umfang der Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Rechtsfürsorge-

Belehrende Bemerkungen finden wir im Kommissionsbericht bei der Beratung über das deutsche Gesetz betreffs Änderung der Gerichtsverfassung (Stölzel, w. o., S. 606). Wir lesen daselbst: Nicht ein allgemeines durch ein Gesetz aufgestelltes Prinzip, sondern eine Menge konkreter Normen befassen sich überall mit dieser Grenzregulierung. Das beweise sogar die Reichsgesetzgebung, die nach und nach, mit dem jeweilig aufgetretenen Bedürfnis, mit Anschluß an konkrete Verhältnisse die Beurteilung gewisser Rechtsstreitigkeiten an Stelle der ordentlichen Gerichte anderen Instanzen übertragen hat . . . Was Frankreich anbetrifft, siehe M. Hariou: „Précis de droit administratif et de droit public général“, S. 798 ff.

verfahren, Konkursverfahren usw.) abgegrenzt. Die letztere Gruppe wird durch die Ausscheidung der Zivilprozeßsachen sozusagen mechanisch abgesondert.³⁶⁾ Die Zivilprozeßstreitigkeiten bilden vom Standpunkte der ZPO. ein organisches Ganzes; bei Geltendmachung derselben finden die Vorschriften der ZPO. im vollen Umfange Anwendung.

I. Der Begriff „streitige Rechtsangelegenheiten“ verlangt eine nähere Bestimmung und Aufklärung. Die Worte „Rechtsstreit“, „Streit“ und „Prozeß“ werden in der ZPO. promiscue als identisch gebraucht (§§ 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 232, 234 usw. ZPO.). Ein zivilprozessuales Verfahren ist möglich, obgleich zwischen den Parteien nicht nur kein Streit im faktischen Sinne des Wortes, sondern überhaupt kein materiellrechtliches Verhältnis vorhanden ist. Wer als Kläger unter Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auftritt, der gibt dem Prozesse die Initiative, obgleich er möglicherweise vom materiellrechtlichen Standpunkte aus nicht der Berechtigte ist, andrerseits kann ein Prozeß vorhanden sein, wenn zwar zwischen den Streitparteien ein Rechtsverhältnis, aber doch kein Streit im eigentlichen (faktischen) Sinne besteht. Dies wäre möglich im Falle einer Anerkennung seitens des Klägers oder eines Verzichtes seitens des Belangten usw.³⁷⁾

Entscheidend ist, daß der als Kläger in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form mit einer in der Klage aufgestellten Behauptung auftritt, um ein Rechtsverhältnis oder ein Recht festzustellen, den Gegner zu einer Leistung zu verurteilen, schließlich eine Rechtsänderung hervorzurufen. Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß das zu fällende Urteil auf die Rechtssphäre des Belangten nachteilig wirken kann. Angesichts dessen soll dem Belangten die rechtliche Möglichkeit geboten werden, in gesetzlicher Form gegenüber dem

³⁶⁾ Die Frage über Teilung des gerichtlichen Verfahrens in Verfahren in Streitsachen und Verfahren außer Streitsachen (Rechtsfürsorgeverfahren, freiwillige Gerichtsbarkeit) wird vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung in dem ausgezeichneten Werke Otts: „Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens“, Wien 1906, S. 81 ff. besprochen.

³⁷⁾ Siehe Bemerkungen Otts, w. o., S. 74, 75; Hellwig, w. o., Bd. I, S. 42.

Klagebegehren Stellung zu nehmen; in dieser „rechtlichen Möglichkeit“³⁸⁾, liegt die eigentliche Qualifikation des Verfahrens als streitigen Verfahrens, auch wenn es in Wirklichkeit zu keinem Streite ums Recht kommt. Im Patente über das Verfahren außer Streitsachen (§ 2, Z. 7), ist in gesetzlicher Form festgestellt, unter welchen Bedingungen in diesem Verfahren die Erörterung von streitigen Rechtsfragen nötig wird und in was für einem Wege sie stattfinden soll; und zwar soll das Gericht, insofern die Verfügungen über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Erörterung streitiger Rechtsfragen oder von Tatumständen abhängen, die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen, über die Rechte der Parteien nicht voreilig entscheiden, sondern entweder sogleich die rechtliche Verhandlung einleiten oder die Beteiligten auf den Rechtsweg weisen. Der berufenen Vorschrift nach wäre also das streitige Verfahren einzuleiten, wenn streitige Rechtsfragen entstehen, eigentlich, wenn ein Streit um ein Recht (sc. subjektives Recht) entsteht, was auch dem Begriff „Rechtsstreit“ am besten entspricht, oder wenn es sich um Feststellung von Tatumständen handelt, die nur durch förmliches Beweisverfahren ins Klare gesetzt werden können. Im letzteren Falle soll zweifellos auch eine Rechtsfrage erörtert werden³⁹⁾, das Verfahren außer Streitsachen aber gibt nicht die nötige Sicherung, daß die Tatumstände entsprechend festgestellt werden.⁴⁰⁾

³⁸⁾ Ott, w. o., S. 75.

³⁹⁾ Ott, w. o., S. 183 bespricht diese Vorschrift und gibt der Anschauung Ausdruck, daß eine Verweisung auf den Rechtsweg dann notwendig wird, wenn die Beteiligten in eine Diskrepanz ihrer rechtlichen Interessen und damit tatsächlich in Streit kommen.

⁴⁰⁾ Von dem gesetzlichen Standpunkte aus müssen zum Rechtswege auch die dem Hauptverfahren sich anschließenden Nebenfragen, welche nach den Vorschriften der ZPO. erörtert werden sollen, gerechnet werden, z. B. die Erörterung der Frage des Eintrittes des Nebenintervenienten im Sinne der §§ 18 und 190 ZPO. Zweifelhaft ist die Frage, ob das Beweissicherungsverfahren hierher zu zählen sei. (Siehe auch Schmidt, S. 137.) Das Beweissicherungsverfahren ist ein antizipatives Beweisverfahren unter der Voraussetzung, daß das Hauptverfahren eventuell im Rechtswege durchgeführt werden wird. Die §§ 41 JN. und 477, Z. 6 ZPO. finden hier

Das streitige Verfahren⁴¹⁾ führt zur Entscheidung mit Rechtskraftfolgen in den nachstehenden Rechtsstreitigkeiten:

1. Zur Feststellung von Rechtsverhältnissen oder Rechten in negativer oder positiver Form. Eine Ausnahme bildet die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde im Wege der Klage (§ 228 ZPO., Art. XXXVIII, XXXIX EinfG. zur ZPO.).

2. Zur Verurteilung auf Grund von Leistungsklagen.

3. Zur Rechtsgestaltung (Rechtsänderung) auf Grund von konstitutiven Klagen.⁴²⁾ Die Klage auf Rechtsgestaltung kann ebenso eine Änderung des Privatrechtes, wie auch des Prozeßzustandes beabsichtigen. In der ZPO., respektive EO. sind spezielle Vorschriften vorhanden, nach welchen im Wege der Klage nach Durchführung des Prozesses durch Urteil Rechtsangelegenheiten publizistischer Natur erörtert werden können. Hieher können wir die sogenannten Rechtsmittelklagen aus dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes, wie auch in der EO. die Widerspruchsklagen zählen. Dieselben haben als Zweck, ein Rechtsmittel gegen Prozeßmaßnahmen zu vertreten.

Anwendung. Hingegen könnten wir hier den § 317, Abs. 1 ZPO. nicht aufzählen. Das Verfahren ist ein Verfahren außer Streitsachen und bildet eine Bedingung des Rechtsweges nach § 317, Abs. II ZPO.

⁴¹⁾ Hellwig, Bd. I, S. 45 ff.

⁴²⁾ Siehe oben S. 34 die Ausführungen über konstitutive Urteile und die dort berufene Literatur. Einen speziellen Nachweis der diesbezüglichen Literatur enthält die Abhandlung Balogs „Über das konstitutive Urteil“ in Grünhuts Zeitschr., Bd. XXXIV, S. 122. In den österreichischen zivilprozessualen Gesetzen erblicken wir eine hinreichende Grundlage zur Durchführung dieser sonst in der Wissenschaft fast allgemein angenommenen Teilung. Speziell im § 88 JN. bei der Besprechung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes wird hervorgehoben, daß vor diesem Gerichtsstande „Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung desselben, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder wegen nicht gehöriger Erfüllung . . .“ erhoben werden können. Wenn der Gesetzgeber neben den negativen Feststellungsklagen Klagen auf Aufhebung des Vertrages kennt, so ist sichtbar, daß der Gesetzgeber beide Arten von Klagen unterscheidet, was uns zu der Schlußfolgerung führt, daß, wenn die Klagen auf Aufhebung des Vertrages keine negativen Feststellungsklagen sind, sich dieselben als nichts anderes als Klagen auf Rechtsänderung darstellen.

In diesen Prozessen sind nicht privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten Gegenstand der Prüfung, Fragen publizistischer, speziell prozessualer Natur werden erörtert. Diese Klagen, zu welchen wir Nichtigkeits-, Widerspruchsklagen usw. zählen, sind Klagen auf Rechtsänderung. Das zu fällende Urteil hat konstitutive Wirkung.⁴³⁾ Diese Prozesse haben den Charakter von Anhangsprozessen. Sie haben Bezug auf einen anderen Prozeß, respektive ein anderes Verfahren; da sie aber eine Ausnahmstellung einnehmen, so sind sie nur in den Fällen möglich, in welchen sie auf Grund von speziellen Vorschriften gesetzlich zugelassen sind. In diesen Fällen wäre die Geltendmachung des Anspruches auf Änderung von Prozeßmaßnahmen in der Form einer Klage nach den allgemeinen Grundsätzen nicht gerechtfertigt. Dessenungeachtet ist der Weg der Geltendmachung auf Grund der oberwähnten Rechtsmittelklagen, respektive Widerspruchsklagen ein Rechtsweg. Die Rechtsangelegenheit wird vor den inländischen ordentlichen Gerichten im zivilprozessualen Verfahren durchgeführt; und da die Rechtsangelegenheit eine Zivilprozeßsache bildet, so muß sie in diesem Sinne nach Art. I, Abs. 1, EinfG. zur ZPO. behandelt werden. Wir finden eine Bekräftigung unserer Rechtsanschauung auch im Gesetze vom 14. August 1896, RGBl. Nr. 156, über Genossenschaften beim Bergbau, nach welchem im § 29 der Meinung Ausdruck gegeben wird, daß die Rechtsmittelklage die Betretung des Rechtsweges begründet.^{44) 45)}

⁴³⁾ Siehe auch Hellwig, w. o., Bd. I, S. 397; außerdem S. 49 und 63, und hauptsächlich Balog, w. o., S. 139.

⁴⁴⁾ Hellwig, w. o., Bd. I, S. 63 behauptet, daß die Widerspruchsrechte auch auf den ordentlichen Rechtsweg gehören.

⁴⁵⁾ Diese Grundsätze, nach welchen wir streitige bürgerliche Rechtsachen aus der Gruppe der bürgerlichen Rechtsangelegenheiten ausgeschieden haben, kennen Ausnahmen. Zweckmäßigkeitsrücksichten rechtfertigen dieselben. Es sind Fälle vorhanden, in welchen grundsätzlich Rechtsangelegenheiten, obgleich dieselben dem streitigen Verfahren zugehören sollten, dessenungeachtet auf Grund von speziellen Vorschriften dem Verfahren außer Streitsachen zugewiesen werden, z. B. Feststellung des Schadenersatzes bei Enteignung zu Eisenbahnzwecken (§§ 24 und 30, Gesetz vom 18. Februar 1878, RGBl. Nr. 30) oder die Vorschrift des Art. XVI EinfG.

II. Das einzuleitende Zivilprozeßverfahren muß sich nach den Vorschriften der ZPO. entwickeln. Nur ein solches zivilprozessuales Verfahren bildet den Rechtsweg im gesetzlichen Sinne des Wortes (siehe oben § 1). Dieser Grundsatz hat eine tiefere Bedeutung. Es gibt nämlich Fälle, in welchen die ordentlichen Gerichte gegenüber anderen Behörden, respektive Organen eine Art von Rechtsmittelinstanz bilden. Das zivilgerichtliche Streitverfahren wird teilweise vor einer anderen Behörde, respektive einem anderen Organe, teilweise vor den ordentlichen Gerichten durchgeführt. Das Verfahren wird nicht durch die ZPO., sondern durch spezielle Gesetze geregelt. Die wichtigsten Fälle zählen wir auf. Nach dem Gesetze vom 27. November 1896, Z. 218, über Gewerbegerichte, sind die Entscheidungen der Gewerbegerichte in Streit-

zur JN.; Ott, w. o., S. 87, 88, 134. Siehe auch die E. des OGH., Bd. XVII, Z. 7736. Da wir hier mit Ausnahmen von dem dargestellten Grundsatz zu tun haben, so ist eine spezielle Vorschrift nötig, um die Angelegenheit an den Richter im Verfahren außer Streitfällen zu verweisen. Die Frage des Unterschiedes des freiwilligen Gerichtsverfahrens von dem Zivilprozeßverfahren und die Abgrenzung der Justizverwaltung von dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte wird in den E. des OGH. besprochen. In der Entscheidung, Bd. XVII, Nr. 7736, wird über die Klage auf Rückkehr der Gattin in den gemeinschaftlichen Wohnsitz folgendes bemerkt: Die vorliegende Angelegenheit eignet sich vermöge der Natur der Sache nicht für das ordentliche Streitverfahren, in welchem die Parteien sich durchwegs von ihren Rechtsfreunden vertreten lassen können, während hier zur gründlichen Erörterung der Verhältnisse die persönliche Vorladung und Vernehmung der Parteien als notwendig erscheint. Hier sind das öffentliche Interesse und die Rücksichten der öffentlichen Ordnung verflochten und der Richter hat die Angelegenheit, in welcher er um Schutz oder Abhilfe angegangen wird, von Amts wegen zu untersuchen und sodann die geeignete Verfügung zu treffen. Derselben Anschauung wird Ausdruck gegeben in den Materialien zur neuen ZPO., Bd. I, S. 617, zum Art. XVII EinfG. zur JN. Was die Frage der Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte von der Justizverwaltung anbetrifft, siehe E. des OGH., Bd. XXXVII, Nr. 1137; siehe auch Bd. XXXV, Nr. 132. In beiden Fällen wird von der Ausscheidung der Angelegenheiten aus dem Wirkungskreise der Gerichte und von Überweisung derselben dem Administrativverfahren, nämlich der Justizverwaltung, gesprochen. Das Verhältnis des Begriffes „Rechtsweg“ zum Begriffe „Exekutionsweg“ ist näher besprochen in der E. des OGH. vom 30. Juli 1903, Bd. XL, Nr. 2415.

sachen über höhere Beträge als 100 Kronen mittels der Berufung anfechtbar. Über die Berufung entscheidet jener Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat. „Vor dem Berufungsgerichte wird die Streitsache in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt. Auf das Verfahren vor dem Berufungsgerichte finden die Bestimmungen, welche in der ZPO. für das Verfahren vor dem Gerichtshof erster Instanz als Prozeßgericht gegeben sind, Anwendung, mit der Abweichung, daß ein Wechsel vorbereitender Schriftsätze nicht stattfindet und eine Vertretung der Parteien durch Advokaten nicht geboten ist. Der Gerichtshof entscheidet über diese Berufung unter Beiziehung von zwei gewerblichen Beisitzern. Nach welchen Grundsätzen dieselben zu den Sitzungen heranzuziehen sind, wird im Verordnungswege bestimmt.“ (§§ 30 und 31.) Die dargestellte Sachlage liefert den Beweis, daß die Vorschriften der ZPO. über die Durchführung des Prozesses vor dem Landesgerichte mit wesentlichen Abänderungen Anwendung finden. Es ist keine Berufung im eigentlichen Sinne, es wird ein *judicium novum* in den oben dargestellten Grenzen vor einem speziell für diesen Fall zusammengesetzten Senate durchgeführt. Diese grundsätzlich geänderten Vorschriften der ZPO. kommen auf Grund der Vorschriften über Gewerbegerichte und nicht auf Grund der ZPO. zur Anwendung. — Die Streitsache ist keine Zivilprozeßsache.⁴⁶⁾

Einen ganz exceptionellen Fall finden wir in den Statuten der galizisch-ständischen Kreditanstalt (3. November 1841, JGS. 569). Nach § 41 desselben soll der landständische Ausschuß mit Ausnahme derjenigen Glieder, die zugleich als Direktoren benannt sind, mit voller schiedsrichterlicher Gewalt in allen Streitigkeiten zwischen dem Kreditvereine und seinen Mitgliedern, welche sich auf das Geschäft oder auf das Gut, durch welches die letztere dem Vereine beigetreten sind, beziehen, — erkennen. Nach § 42 steht den Parteien, welche sich durch den Ausspruch des landständischen Aus-

⁴⁶⁾ Was Deutschland anbetrifft, siehe die treffenden Bemerkungen Stölzels, S. 3 und 4.

schusses oder der von der Landtagsversammlung gewählten Schiedsrichter gekränkt glauben, das Rechtsmittel der Appellation an das Lemberger Appellationsgericht und der Revision an die oberste Justizstelle nach den diesbezüglichen Bestimmungen der Gerichtsordnung offen. In dem besprochenen Falle haben wir es mit einer durchaus ausnahmsweisen Zusammenstellung von schiedsgerichtlichem und zivilprozessualen Verfahren zu tun. — Obgleich das Oberlandesgericht die Sache als Rechtsmittelinstanz durchführt, so handelt es nur auf Grund spezieller Vorschrift ohne Anwendung der verbindenden ZPO. Auch in diesem Falle ist ein ordentliches Gericht Rechtsmittelinstanz, aber wir haben es doch mit keinem Rechtswege zu tun.⁴⁷⁾ Schließlich müssen wir zu diesen Fällen auch das Verfahren in den dem Obersthofmarschallamte zugewiesenen Rechtssachen zählen. Nach dem Hofdekrete vom 17. Oktober 1785, JGS. 481 (Art. III EinfG. zur ZPO.), entscheiden in der zweiten und dritten Instanz die ordentlichen Gerichte, nämlich das Oberlandesgericht in Wien und der Oberste Gerichtshof, aber nur in der Art eines *judicii delegati*. Außerdem wird das Verfahren noch nach den früheren zivilprozessualen Vorschriften (allgemeine Gerichtsordnung) durchgeführt. Das Verfahren bei den ordentlichen Gerichten, die nur *jure delegati* auftreten und eine andere als die geltende ZPO. anwenden, kann nicht unter den Begriff „Rechtsweg“ einbezogen werden.⁴⁸⁾

In allen diesen Fällen haben wir es nicht mit einer Beschränkung des Rechtsweges, sondern mit einer gänzlichen Ausschließung des Rechtsweges zu tun. In solchen Fällen könnte man vielleicht eine Art von Be-

⁴⁷⁾ Engel: „Von den Schiedsgerichten nach der neuen Zivilprozeßgesetzgebung“, Lemberg 1896 (polnisch), S. 122 ff.

⁴⁸⁾ In der jüngsten Zeit wurde eine Regierungsvorlage über die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch das Obersthofmarschallamt dem Herrenhause vorgelegt. Der Entwurf bestand aus acht Paragraphen; der Grundgedanke bildete die sinngemäße Anwendung des zivilprozessualen Verfahrens auch auf das oben besprochene Verfahren. Es wird aber eine ganze Reihe von Änderungen im § 2 eingeführt, die auch künftighin das Verfahren vor dem Oberlandesgerichte in Wien und Obersten Gerichtshof nicht als Rechtsweg im Sinne der ZPO. zu bezeichnen erlauben.

rufung auf den Rechtsweg erblicken. Dies zu behaupten, wäre aber wohl nicht richtig. Wir haben hier mit verschiedenen Konstruktionen zu tun, die aus Zweckmäßigkeitserwägungen mannigfache Kombinationen des zivilgerichtlichen Verfahrens mit dem Verfahren vor einer anderen Behörde zusammenstellen (siehe unten, § 4).

III. Wir haben in unseren Ausführungen den Rechtsweg als eine Unterart des Gerichtsweges behandelt (siehe S. 2) und festgestellt, daß der § 42 JN. über die sogenannte absolute Inkompetenz der Ausschließung des Gerichtsweges gewidmet sei. Wenn die Rechtsangelegenheit den inländischen ordentlichen Gerichten entzogen ist, findet die berufene Vorschrift so gut im Verfahren in, wie außer Streitsachen Anwendung. Insofern die Vorschriften über die absolute Inkompetenz im Verfahren außer Streitsachen Anwendung finden, stehen dieselben in keinem Zusammenhange mit dem Begriffe „Rechtsweg“, für welchen das zivilprozessuale Verfahren die Grundlage bildet. Im Verfahren außer Streitsachen kann sowohl der Umstand geltend gemacht werden, daß die Angelegenheit nicht den inländischen ordentlichen Gerichten angehöre, wie auch der Umstand, daß die Angelegenheit keinen Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit bilde (§ 42, Abs. 4, JN.). Die Fälle sind analog mit denen, welche den Inhalt des Begriffes Rechtsweg ausfüllen.⁴⁹⁾

Ad A, B, C.

Es entsteht die Frage, welche Tatumstände die Grundlage zur Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges bilden, wie auch die mit dieser Frage in innigem Zusammenhange stehende weitere Frage, nach welchem Zeitpunkte während der Entwicklung des Prozesses die Zulässigkeit des Rechtsweges beurteilt werden soll.

1. Nach § 41 JN. erfolgt die Prüfung auf Grund der Angaben des Klägers, insofern dieselben nicht dem Gerichte als

⁴⁹⁾ Scheinbar anders Ott, w. o., S. 215, welcher von der Anwendbarkeit des Nichtigkeitsgrundes des Ausschlusses des Rechtsweges im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit spricht. Derselbe hat aber zweifellos nur die Anwendung der Vorschriften über sogenannte absolute Inkompetenz (§ 42, Abs. 1 und 4 JN.) im Verfahren außer Streitsachen vor Augen.

unrichtig bekannt sind. Zu den Angaben gehört so gut das Behaupten, wie auch das Begehren.¹⁾ Das Behaupten (die Rechtsbehauptung) kann vor allem jene Angaben umfassen, welche das strittige Rechtsverhältnis individualisieren. Es ist belanglos, ob das strittige Rechtsverhältnis in positiver, respektive negativer Form Gegenstand der richterlichen Prüfung bilden soll. Außerdem kann das Behaupten noch spezielle, die Zulässigkeit des Rechtsweges rechtfertigende Umstände enthalten (§ 226). Dies ist hauptsächlich der Fall bei temporär begrenzter oder bedingter Zulässigkeit des Rechtsweges.²⁾ Außerdem enthält die Klage ein bestimmtes Begehren, ein Klagspetit. Nur in den Grenzen des Klagebegehrens sind die Behauptungen des Klägers in der Richtung der Zuständigkeit des Gerichtes, respektive der Zulässigkeit des Rechtsweges zu prüfen. Das Klagebegehren selbst kann an sich schon die Unzulässigkeit des Rechtsweges begründen, wenn aus demselben hervorgeht, daß die Rechtssache nicht auf den Rechtsweg gehört. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß das Begehren ein diskretes Begehren sei, nämlich, daß es an sich keine hinlängliche Grundlage zur Beurteilung der besprochenen Frage bietet. In diesem Falle können erst die klägerischen Behauptungen die Grundlage für die Zulässigkeit des Rechtsweges bilden. Wenn das Klagebegehren selbst an sich die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht ausschließt, so sind die diesbezüglichen Behauptungen des Klägers in der besprochenen Richtung in Erwägung zu ziehen.

2. Wenn dem Richter die Angaben des Klägers (die tatsächlichen Umstände) als unrichtig bekannt sind, so wird er (beziehungsweise der Senat) in der Lage sein, die Klage wegen Unzuständigkeit zurückzustellen; z. B. es wird eine Klage auf Zahlung des Dienstlohnes vor dem ordentlichen Gerichte eingebracht. In der Klage gibt der Kläger an, daß schon 30 Tage von der Auflösung des Dienstverhältnisses verflossen sind. Die Klage hat der minderjährige Kläger nach § 2 ZPO. ein-

¹⁾ Siehe: Wach, w. o., S. 107.

²⁾ Siehe unten die Lehre vom temporär begrenzten, respektive bedingten Rechtswege.

gebracht. Der die Klage dekretierende Richter, gleichzeitig Vormundschaftsrichter, stellt aus den Vormundschaftsakten fest, daß z. B. erst acht Tage seit der Auflösung des Dienstverhältnisses verfließen sind. In diesem Falle könnte der dekretierende Richter die Klage zurückweisen, da ihm die Unrichtigkeit der klägerischen Angabe als für den Richter notorisch bekannt ist.

Ob dem Richter Angaben als unrichtig bekannt sind, muß er, respektive der Senat nach den Grundsätzen der Notorität beurteilen.³⁾

3. Der Richter soll die Streitsache, das streitige Rechtsverhältnis, seiner Prüfung unterziehen.⁴⁾ Für die Beurteilung, welches Rechtsverhältnis das streitige sei, ist das Klagebegehren mit den auf dasselbe sich unmittelbar beziehenden klägerischen Angaben maßgebend (oben unter 1). Nur jene Frage, welche mit diesen Rechtsverhältnissen unmittelbar verbunden ist und ihre Antwort im Urteile finden soll, bildet die Hauptfrage. Die Grenzen der möglichen Rechtskraft bilden die Grenzen der Fassung der Hauptfrage. Nur der mit der Hauptfrage in unmittelbarem Zusammenhange stehende Prozeßstoff bildet die Grundlage zur Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Inwiefern ausnahmsweise auch die sogenannte Vorfrage auf die Beurteilung der Kompetenz eine Wirkung ausüben kann, wird in den weiteren Ausführungen dargestellt (siehe unten). Irrelevant ist der Umstand, ob das strittige Rechtsverhältnis in positiver oder negativer Fassung geprüft werden soll. In beiden Fällen ist das zu prüfende Rechtsverhältnis das strittige Rechtsverhältnis.⁵⁾ Ist der Belangte der mutmaßlich Berechtigte, so kann er unter den gesetzlichen Bedingungen (§ 228 ZPO.) vom Kläger in einen Streit hineingezogen werden, in welchem das strittige Rechtsverhältnis in negativem Sinne festgestellt werden soll. Das strittige Rechtsverhältnis wird die Basis zur Beurteilung bieten,

³⁾ Stein: „Das private Wissen des Richters“, Leipzig 1893; Horten, w. o., S. 203.

⁴⁾ E. des OGH, NF., Bd. XXXVII, Nr. 1165. Siehe auch Stölzel, w. o., S. 27.

⁵⁾ Richtig Werhanowski: „Klageänderung“ (polnisch), 1912, S. 48

ob die Rechtsstreitigkeit eine bürgerliche ist oder nicht. Dieselben Grundsätze finden auch Anwendung, wenn Feststellungsanträge nach §§ 236 und 259 vom Kläger, respektive Belangten gestellt werden. Nach § 236, Abs. 2, ist dies möglich, wenn unter anderem die Vorschrift über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der beantragten Entscheidung nicht entgegensteht. Dies findet auch Anwendung nach § 259, wenn der Belangte einen negativen Feststellungsantrag stellt. In beiden Fällen muß das Gericht zur Feststellung des strittigen Rechtsverhältnisses oder Rechtes sachlich kompetent sein, mit anderen Worten, das Rechtsverhältnis oder Recht, ohne Unterschied, ob es in negativer oder positiver Form festzustellen ist, muß eine Prozeßsache bilden. Wäre das festzustellende Rechtsverhältnis ein öffentlichrechtliches, so könnte angesichts der oberwähnten Vorschrift (§ 236, Abs. 2) kein Feststellungsantrag gestellt werden. Dies sind dieselben Rechtsgrundsätze, welche für die Beurteilung der negativen Feststellungsklagen die entscheidenden waren. Hier wie dort soll das strittige Rechtsverhältnis in den Grenzen der Rechtskraft (§ 411 ZPO.) die eigentliche Grundlage zur Prüfung der besprochenen Frage bilden.

4. Es ist die Frage zu erörtern, ob die vom Belangten dargestellte Sachlage, was die Hauptfrage anbetrifft, eine Wirkung auf die Zulässigkeit des Rechtsweges ausüben kann.⁶⁾ Ein Beispiel soll uns leiten. Der Kläger bringt eine negatorische Klage gegen eine Gemeinde als Eigentümerin eines Grundstückes ein. In derselben behauptet er, daß die Belangte sich eine Privatwegservitut anmaßt. Nach den Angaben des Klägers wäre also der Rechtsweg zulässig. Was ist aber rechtens, wenn die Belangte den klägerischen Sachverhalt teilweise bestreitet, respektive ändert und behauptet, daß der Weg ein öffentlicher Weg sei und in dieser Richtung einen Beweis anbietet? Wenn die Angaben der Belangten die Grundlage zur Beurteilung der Frage der Kompetenz bilden sollten, so wäre der Rechtsweg unzulässig, da die Entscheidung der Frage, ob der Weg ein öffentlicher Weg ist, keine bürger-

⁶⁾ Stölzel, w. o., S. 29.

liche Rechtsstreitigkeit bildet. Dies wäre aber nicht der richtige Gedankengang. Nach den Angaben des Klägers ist das durch die Anmaßung einer Servitut seitens der Belangten entstandene Verhältnis das streitige Verhältnis. Wenn die Belangte die tatsächliche Klageausführung ändert und behauptet, der Weg sei ein öffentlicher, so ist das seitens der Belangten mittelbar eine Negation der vom Kläger dargestellten Sachlage. In diesen Ausführungen liegt die Behauptung, daß der Weg kein Privatweg sei, daß kein privatrechtliches, sondern ein öffentlichrechtliches Verhältnis entstanden sei. Dieser Umstand wird für den Richter nur ein Bindeglied in der Kette von Schlußfolgerungen bilden können, welche schließlich das zu fällende Urteil rechtfertigen sollen. Wenn also der Richter auf Grund der Ausführungen der Belangten die Überzeugung gewinnt, daß der Weg ein öffentlicher Weg sei, so wird er den Kläger mit der Klage aus meritorischen Rücksichten abweisen, da der Kläger die den Klagegrund rechtfertigenden Umstände nicht festgestellt hat. Die Sachlage hat sich durch die Angabe der Belangten nicht geändert. Das in der Klage als strittig angegebene Rechtsverhältnis ist als solches strittig geblieben. Die Angaben der Belangten bilden keine neue Beleuchtung des vom Kläger dargestellten Rechtsverhältnisses, dieselben enthalten eine andere Darstellung der Sachlage als in der Klage. Die Existenz der letzteren ist eine Negation der ersteren. Der Richter ist zur Entscheidung des Klagebegehrens berufen. Er kann das nach Angaben der Belangten vorhandene rechtliche Verhältnis in den Beweggründen erörtern, aber nicht über dieses in seinem Urteile entscheiden.⁷⁾

⁷⁾ Die Frage ist in der Literatur der österreichischen ZPO. wenig berührt worden. In einem Aufsätze Benedikts in der „Gerichtszeitung“ aus dem Jahre 1908, S. 123 unter dem Titel: „Abweisung der Klage oder Nichtigerklärung des Verfahrens wegen Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges“ wird die Frage gestreift. Siehe auch Wach, w. o., S. 108; Hellwig, Bd. I, S. 60, und S. 60, Bem. 3; Pražak, w. o., S. 272 ff. behauptet: „In den Fällen, wo die öffentliche Rechtsordnung Einschränkungen der Art der Benützung einzelner Gegenstände des privatrechtlichen Verkehrs erheischt — und dies ist bei vielen dieser Gegenstände der Fall; man denke an Gebäude, Wälder u. dgl. — sodann in allen Fällen,

Anders würde sich die Sache gestalten, wenn der Kläger den Klagegrund in den Grenzen des § 235 ZPO. ändern würde. Der Kläger führt neue Tatumstände an, welche das zwischen ihm und dem Belangten bestehende Rechtsverhältnis als ein öffentlichrechtliches zu bezeichnen erlauben. In diesem Falle müßte das Gericht die Unzulässigkeit des Rechtsweges annehmen. Der § 29 JN. fände hier Anwendung. Nach dieser Vorschrift in fine könnte die Änderung der Umstände, welche bei Einleitung des Verfahrens für die Bestimmung der Zuständigkeit maßgebend waren, in der Richtung, daß die Rechtsache den ordentlichen Gerichten entzogen würde, die Zurückstellung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges rechtfertigen. Es ist zu bemerken, daß die tatsächlichen Umstände, welche, wenn auch nicht zur Individualisierung, aber doch zur Aufklärung des strittigen Rechtsverhältnisses dienen, zu den speziellen (siehe unten) Tatumständen gehören können, die die Zulässigkeit des Rechtsweges begründen. In einem solchen Falle, wenn die Angaben der Klage die Zulässigkeit des Rechtsweges rechtfertigen, wird der Richter das Verfahren einleiten. Die gleichzeitige Behandlung des Meritums der Sache mit der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges

wo Privatrechte im Interesse des öffentlichen Wohles durch einen konstitutiven Verwaltungsakt — die Enteignung — aufgehoben oder beschränkt werden, macht derjenige, welcher einer derartigen Einschränkung, beziehungsweise Entziehung seines Rechtes mittels Klage opponiert, nichts als sein Privatrecht geltend, und doch wird heutzutage kaum jemand mehr in Abrede stellen wollen, daß in einem solchen Falle ein privatrechtlicher Streit gar nicht vorliegt.“ Wenn man die Ausführungen einer Prüfung in der Richtung unterzieht, was in dem von Pražak besprochenen Falle das strittige Rechtsverhältnis bildet, so kommt man zu der Überzeugung, daß das strittige Verhältnis jenes ist, welches im öffentlichen Interesse durch die Einschränkungen der privatrechtlichen Sphäre hervorgerufen wurde. Diese Einschränkungen sollen nach Pražaks Meinung die Klage begründen, mit welcher, seinen Worten nach, „nichts als sein Privatrecht geltend gemacht wird“. Die Anschauung ist nicht treffend, das Rechtsverhältnis, welches hervorgerufen wurde, ist ein öffentlichrechtliches Verhältnis, und dieses Verhältnis ist das strittige, nicht die Frage des Eigentums seitens des Klägers. Stehen wir auf dem Standpunkte, daß die Natur des strittigen Verhältnisses die entscheidende ist, so müssen wir in diesem Falle dem Richter die Kompetenz absprechen.

wird während des Prozesses die nötige Aufklärung, ob die Rechtsangelegenheit auf den Rechtsweg gehört, bieten; z. B. der Kläger behauptet in der Klage, daß das Dienstverhältnis zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber sechs Wochen vor Einbringung der Klage aufgelöst wurde. Während der Verhandlung wird festgestellt, daß die Klage drei Tage nach Auflösung des Dienstverhältnisses eingebracht worden ist, was auf die Zulässigkeit des Rechtsweges eine entscheidende Wirkung ausüben müßte.

5. Nach der dargestellten Sachlage wären die Angaben des Klägers betreffs des strittigen Rechtsverhältnisses, das seinen folgerichtigen, rechtlichen Ausdruck in dem Klagebegehren findet, entscheidend. Es ist nicht ausgeschlossen, daß sich das Klagebegehren auf mehrere strittige Rechtsverhältnisse stützt. In diesem Falle dürfte der Richter nur jene Rechtsverhältnisse als Grundlage seines Urteils annehmen, welche nach der dargestellten Sachlage zu dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte gehören. Läßt sich die Teilung des Begehrens mit Rücksicht auf die aufgeworfene Frage durchführen, so könnte der Richter teilweise über das Klagebegehren erkennen. Bei der Besprechung dieser Frage nehmen wir den Standpunkt ein, daß ebenso privatrechtliche wie öffentlich-rechtliche Verhältnisse die Hauptfragen bilden können. Bildet das öffentlichrechtliche Verhältnis nur eine Vorfrage zur Entscheidung der privatrechtlichen Frage, welche sich als Hauptfrage darstellt, so wäre der Richter zur Entscheidung des Klagebegehrens berufen. Es braucht keiner näheren Erörterung, daß, wenn das Klagepetit ein alternatives oder eventuelles Begehren enthält, der Richter bei der Prüfung seiner Zuständigkeit das alternative, respektive eventuelle Begehren in der Richtung der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte prüfen soll.⁸⁾

6. Ungeachtet dessen, daß die klägerischen Ausführungen für die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges die entscheidenden sind, ist es zulässig, daß der Belangte auf

⁸⁾ Siehe auch Stölzel, w. o., S. 23.

Grund eigener Ausführungen mit Erfolg die Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend macht:

a) Wenn der Kläger behauptet, daß das strittige Rechtsverhältnis ein privatrechtliches sei und angesichts dessen die Angelegenheit als eine bürgerlichrechtliche den ordentlichen Gerichten angehören würde, der Belangte aber seinerseits den vom Kläger in der Klage dargestellten Tatbestand als Grundlage seiner Ausführungen annehmend, vom rechtlichen Standpunkte aus das strittige Verhältnis als öffentlichrechtliches bezeichnet und dadurch die Behauptung der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu rechtfertigen wünscht. In diesem Falle bilden die klägerischen Ausführungen die einzige Grundlage zur Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Streitig ist die Bezeichnung der rechtlichen Natur des vom Kläger dargestellten Rechtsverhältnisses. Die Beurteilung desselben seitens des Klägers ist für den Richter nicht bindend, nur die tatsächlichen klägerischen Angaben haben für die besprochene Frage eine Bedeutung. Wenn also der Richter auf Grund der Klage das Verfahren eingeleitet hat und dadurch tacite auch die Zulässigkeit des Rechtsweges annimmt, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß der Belangte im Wege der Einwendung der Unzulässigkeit des Rechtsweges, die rechtliche Natur des strittigen Rechtsverhältnisses anders beurteilt und schließlich, wenn der Richter die Überzeugung von der Richtigkeit der Ausführung des Belangten gewinnt, den Ausspruch der Unzulässigkeit des Rechtsweges hervorruft.

b) Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht nur durch die rechtliche Natur des strittigen Rechtsverhältnisses bedingt ist, sondern, daß außerdem auf Grund von speziellen Vorschriften noch andere Voraussetzungen zur Zulässigkeit des Rechtsweges nötig sind. Es kann der Rechtsweg vom Ablauf einer Zeit abhängig sein (befristeter Rechtsweg), oder der Rechtsweg ist bedingt von der Erledigung der streitigen Rechtssache durch eine Verwaltungsbehörde (bedingter Rechtsweg) usw. Hier soll der Kläger durch seine Angaben auch diese gesetzlichen Bedingungen erfüllen. Es liegt dem Kläger ob, darzulegen, daß der Prozeßvoraussetzung Genüge getan wurde. Der Belangte

könnte aber das Zutreffen dieser Prozeßvoraussetzung be-
streiten, respektive die Sachlage so darstellen, daß sie, wenn
sie richtig wäre, die Einwendung der Unzulässigkeit des Rechts-
weges rechtfertigen würde.

7. Das Problem der Unzulässigkeit des Rechtsweges
berührt die Lehre von der sogenannten Vorfrage. Die Recht-
fertigung des richterlichen Urteiles kann ihre Grundlage ebenso
in privatrechtlichen wie in öffentlichrechtlichen Momenten
finden. — Der Richter kommt in die Lage, die Frage der
Gültigkeit der erlassenen Verordnungen, der Reziprozität, der so
mannigfaltigen Fragen öffentlichrechtlicher Natur z. B. aus dem
Wasserrechte usw. zu prüfen, welche als Bindeglieder der
richterlichen Schlußfolgerungen das Urteil über Privatrechte
fundieren. In diesen Grenzen ist es möglich, daß die Ent-
scheidung des Rechtsstreites im ganzen oder zum Teile von
einer Rechtsfrage über das Bestehen oder Nichtbestehen eines
Verhältnisses oder Rechtes abhängt, welches Rechtsverhältnis
oder Recht nicht die Hauptfrage bei der richterlichen Tätig-
keit bildet (oben unter 3). Diese Fragen, wir nennen sie Vor-
fragen, können sowohl privatrechtlicher wie auch öffentlich-
rechtlicher Natur sein. Im zweiten Falle bildet es die Regel,
daß die Frage in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden,
respektive der Strafgerichte fällt. Die Vorfrage wird nicht
mit Rechtskraftwirkung vom Richter entschieden, sie bildet
nur ein Bindeglied in den Schlußfolgerungen des Richters.⁹⁾
Die Befugnis des Richters, die Vorfrage zu prüfen, entspricht
dem Wesen der Sache, sonst könnte in einer ganzen Reihe
von Prozessen eine richterliche Entscheidung nicht gefällt
werden, und zwar in jenen, in welchen das Entscheiden der

⁹⁾ Pražak, S. 278 ff. begrenzt die Präjudizialfragen in negativer
Weise. Er schließt aus: die Kompetenzfrage selbst, die Fragen, welche
nicht die juristische Konstruktion des im Streite liegenden Verhältnisses,
sondern die Feststellung jener tatsächlichen Umstände betreffen, welche
für diese Konstruktion maßgebend sind, Fragen über das Vorhandensein
von Prozeßvoraussetzungen usw. Die Ausscheidung der aufgeworfenen
Fragen führt zur Klarstellung des Problems. Siehe Pollak, w. o., Bd. I,
S. 13. In Frankreich, wo die Unantastbarkeit der Verwaltungsakte durch
das Gericht den Grundsatz bildet, stellt sich die Sache anders dar. (Siehe
auch O. Mayer, Bd. I, S. 217.)

Hauptsache von einer oder einer ganzen Anzahl von Vorfragen, die der Kompetenz anderer Behörden angehören würden, abhängig wäre. Die Überweisung der Vorfrage an die kompetente Behörde wäre wieder in den meisten Fällen undurchführbar, da nicht immer die Ingerenz zur Einleitung eines gesetzlichen Verfahrens vom Gerichte abhängig ist.¹⁰⁾¹¹⁾

¹⁰⁾ Bernatzik, S. 220. Siehe auch Stölzel, S. 32 ff. und vor allem die auf S. 37 angegebene Literatur und Judikatur.

¹¹⁾ Den Begriff „Vorfrage“ müssen wir von dem in der JN. gebrauchten gesetzlichen Begriffe „Vorfrage“ unterscheiden. Im § 11 JN. lesen wir: „Kein Richter darf die Abstimmung über eine zur Beschlußfassung gestellte Frage verweigern. Dies gilt namentlich auch dann, wenn er bei der Abstimmung über eine Vorfrage in der Minderheit geblieben ist.“ In dieser gesetzlichen Bestimmung umfaßt die Vorfrage eine prozessuale Vorfrage, welche die Zurückweisung der Klage, respektive eine Ergänzung des Verfahrens nach sich ziehen würde oder eine materielle Vorfrage, welche einen Teil des Klagebegehrens umfassen würde mit präjudizieller Wirkung für die anderen Teile des Klagebegehrens, z. B. der Kläger bringt eine Klage um Anerkennung der Vaterschaft und um Alimente ein; beides wird mit dem Begehren umfaßt. Die Frage der Vaterschaft ist eine Präjudizialfrage für die Frage der Alimentationskosten. Die erste wird vor allem als Vorfrage in dem Sinne des § 11 den Gegenstand der Beratung und Abstimmung bilden. Dessenungeachtet bilden beide Teile des Begehrens von dem besprochenen Standpunkte aus die Hauptfrage. Nur nimmt unter diesen Hauptfragen die erste Hauptfrage der zweiten gegenüber die Stellung einer präjudiziellen Frage, einer Vorfrage ein. Eine „Vorfrage“ im eigentlichen Sinne des Wortes (siehe Text) bildet keinen Gegenstand der Abstimmung. Dies wäre nur bei der sogenannten Abstimmung nach den Motiven (§ 12 JN.) möglich, in welchem Falle der Vorsitzende die Frage, über die der Beschluß zu fassen ist, in die einzelnen, für die Entscheidung erheblichen Punkte auflösen kann. Im eigentlichen Sinne des Wortes ist der Begriff „Vorfrage“ z. B. gebraucht in dem kais. Patente vom 7. Dezember 1858, Nr. 237 (Mustersachen). § 20: „Ergibt sich während der Verhandlung oder Untersuchung, daß die Entscheidung von einer Vorfrage abhängt, über welche das Zivilgericht zu sprechen hat, so verweist die politische Behörde die Parteien an das zuständige Zivilgericht und kann in einem solchen Falle nur nach hierüber vorgelegtem, rechtskräftigem zivilgerichtlichem Spruche ihre eigene Entscheidung schöpfen.“ Siehe auch Schuster-Bonnott: „Zur Frage des sachlichen Umfanges der Rechtskraftwirkung im gerichtlichen und Verwaltungsverfahren“ (GZ. 1908, S. 104). Denselben Standpunkt nimmt auch das Gesetz vom 11. Jänner 1897, RGBL. Nr. 30, betreffend den Schutz von Erfindungen (Patentgesetz) ein. Im § 107 wird die Vorfrage besprochen.

Dies könnte zu einer Justizverweigerung führen, da einerseits die Verwaltungsbehörde in vielen Fällen keine Veranlassung hätte, das gesetzliche Verfahren einzuleiten, andererseits das Gericht sich als zur Beurteilung der Vorfrage nicht kompetent ansehen würde.¹²⁾ Die Frage wird im § 190 ZPO. gestreift, nach welcher Vorschrift der Senat, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreites ganz oder zum Teile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das Gegenstand eines anderen, anhängigen Rechtsstreites ist oder das in einem anhängigen Verwaltungsverfahren festzustellen ist, anordnen kann¹³⁾, daß das Verfahren auf so lange Zeit unterbrochen werde, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Diese Vorschrift rechtfertigt die Behauptung, daß der Richter die Vorfrage zu prüfen berufen ist, wenn sie auch als Hauptfrage in den Wirkungskreis einer anderen Behörde gehören würde.¹⁴⁾

Die Abs. 1 und 3 lauten: „Ergibt sich im Laufe des Strafverfahrens, daß das Urteil von einer Vorfrage über die Gültigkeit oder Wirksamkeit des verletzten Patentes abhängt, so ist das Strafgericht berechtigt, auch über die Vorfrage zu entscheiden. Das Strafgericht kann aber, wenn die Vorfrage schon vor Beginn des Prozesses oder während desselben durch ausreichend begründeten Parteienantrag bei dem Patentamte anhängig gemacht wurde, das Urteil bis zum Eintreffen der rechtskräftigen Entscheidung über die Vorfrage aussetzen, welche Entscheidung sodann dem Urteile zu Grunde zu legen ist.“ „Die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung über die Vorfrage bleibt nur auf den betreffenden Straffall beschränkt.“ Diese Vorschrift findet auch auf die wegen Eingriffes vor dem Zivilrichter erhobenen Klagen sinngemäße Anwendung (§ 108 PatG.). Richtig wird im § 107 PatG. festgestellt, daß die Wirkung der gerichtlichen Entscheidung über die Vorfrage nur auf den betreffenden Straffall, respektive Zivilrechtsfall beschränkt ist. Vor allem ist zu berücksichtigen die Abhandlung E. Bettelheims: Vorfragen im Eingriffsstreite (Grünhuts Zeitschr., Bd. XXIV, S. 27 ff.).

¹²⁾ Siehe treffende Bemerkungen bei Pražak, w. o., S. 287 und 288.

¹³⁾ Siehe Bemerkungen Allerhands: „Von der Einwendung der Präjudizialität“ (polnisch), 1910, S. 68 und weitere. Die Aussetzung des Verfahrens in Frankreich bildet die bindende Regel wegen des bekannten Principes der *séparation de pouvoirs*. Siehe auch Fleiner, S. 19.

¹⁴⁾ Horten, J. N. S. 92; Allerhand, w. o., S. 67; siehe auch § 148 der deutschen ZPO.; Stölzel, S. 32. E. des OGH. vom 1. Dezember 1903, Bd. XL, Nr. 2502, und Bd. XLVI, Nr. 4483. In den Entscheidungen

Die Vorfrage wird in den Motiven der richterlichen Entscheidung geprüft und in denselben — nach dem gesetzlichen Ausdrucke des § 107 PatG. — auch entschieden, — entschieden aber nur mit Wirkung für diesen konkreten Prozeß. Die Vorfrage wird nicht mit Rechtskraftwirkung entschieden und da sie zur Rechtskraft nicht erwächst, so hat sie auch keine bindende Wirkung in anderen, wie immer gearteten Prozessen.¹⁵⁾

Die Frage, ob der Zivilrichter an die Entscheidung einer anderen Behörde, betreffend die Vorfrage, gebunden ist und ob er das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage durch die betreffende kompetente Behörde aussetzen soll¹⁶⁾, steht in keinem unmittelbaren Zusammenhange mit unserem Probleme. Für unsere Lehre ist nur entscheidend, ob die Prüfung der Vorfrage auf die Zulässigkeit des Rechtsweges einen Einfluß ausüben könnte, wenn der Richter zur Entscheidung der Vorfrage, als Hauptfrage betrachtet, nicht berufen wäre. In diesem Falle steht die Vorfrage in einem Zusammenhange mit der Lehre von der Zulässigkeit des Rechtsweges. Unter diesen Umständen könnte die Lösung der Vorfrage vor der Einleitung des zivilgerichtlichen Verfahrens zu einer Bedingung der Zulässigkeit des Rechtsweges (Prozeßvoraussetzung) gestempelt werden. (Siehe unten § 4.)

Mehrere Eventualitäten sind zu untersuchen: α) Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, gehören öfters auf Grund von speziellen Vorschriften vor die Verwaltungsbehörden. Zur Entscheidung derselben kann die Verwaltungsbehörde ausschließ-

wird der Anschauung Ausdruck gegeben, daß der Richter zur Lösung der Vorfrage auch dann berufen sei, wenn die Bestimmungen des öffentlichen Rechtes angewendet werden sollen.

¹⁵⁾ Siehe auch Otto Mayer, S. 218; Tezner, w. o., S. 374 ff.; Sarwey, S. 648; Horten, S. 81 ff.; Schmidt, S. 123; Stölzel, S. 33; Bernatzik, S. 220; Fleiner, S. 17; Pražak, S. 290.

¹⁶⁾ Allerhand, w. o. widmet diesen Fragen seine ganze Abhandlung. Siehe besonders S. 54 ff. Siehe auch Fleiner, S. 17 ff.

lich zuständig sein oder es kann die Rechtssache unter mannigfachen Voraussetzungen noch vor das Forum des ordentlichen Gerichtes gelangen. Dies ist nach Fällung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde möglich, und zwar nach Entscheidung in einer, in zwei, respektive in drei Instanzen, oder nach Rechtskraft der Entscheidung der Verwaltungsbehörde¹⁷⁾ usw. (Siehe Abschnitt über Berufung auf den Rechtsweg.) In allen diesen Fällen wird die Hauptfrage, nämlich der Streit als solcher, geprüft und von der betreffenden Behörde entschieden. Kommt die streitige Rechtsangelegenheit vor das ordentliche Gericht, so wird die Hauptfrage vom Zivilrichter ganz selbständig erörtert und entschieden. Die Fälle der sogenannten Berufung auf den Rechtsweg müssen wir bei unseren Ausführungen ausscheiden, dieselben stehen in keinem Zusammenhange mit der Lehre von der Vorfrage.

β) Im Verwaltungsverfahren wird der Tatbestand festgestellt, und zwar nur provisorisch, es wird eine Art Beweises zum ewigen Gedächtnisse durchgeführt (§ 34 des Gesetzes vom 7. Mai 1874, RGBl. Nr. 50; § 63 des Gesetzes vom 1. Dezember 1838, JGS. 312). Nach dieser Feststellung des Tatbestandes steht den Parteien frei, ihr Recht im gerichtlichen Wege zu verfolgen. In einzelnen Fällen wird von der Verwaltungsbehörde ein Beweis durch Sachverständige durchgeführt und falls die Parteien mit dem Ausspruch (z. B. was die Höhe des Schadenersatzes anbelangt) nicht zufrieden gestellt sind, können sie den Rechtsweg betreten. Auch in diesem Falle sind die Handlungen der Verwaltungsbehörde von provisorischer Bedeutung. Wäre eine provisorische Feststellung seitens der Verwaltungsbehörde eine gesetzliche Bedingung des Betretens des Rechtsweges, so hätten wir mit einer Beschränkung des Rechtsweges zu tun. In diesen Fällen hätten wir wieder mit keiner Vorfrage zu tun, sondern nur mit einer Feststellung der tatsächlichen Grundlage der Hauptfrage, also der Frage, welche unmittelbar das Klagebegehren

¹⁷⁾ Siehe die Ausführungen Hortens, JN., Bd. I, S. 92.

rechtfertigt. Diese Bemerkung findet vor allem auf jene Fälle Anwendung, in welchen durch Sachverständige im Verwaltungswege der Schaden festgestellt wird.¹⁸⁾

γ) Die Tätigkeit, welche sonst dem Richter zufallen sollte, nämlich die Urteilstätigkeit, wird sozusagen unter Verwaltungsbehörden und Gerichte geteilt (Wach). Die Verwaltungsbehörde stellt die Sachlage fest, welche für den Zivilrichter die unabänderbare Grundlage bildet, nämlich die öffentlichrechtliche.¹⁹⁾ Ein Beispiel finden wir in der Allerhöchsten EntschlieÙung vom 15. Mai 1841 über die Kompetenz der Justiz- und politischen Behörden in Stiftungssachen. Nach den umfangreichen Vorschriften dieses Hofdekretes soll sich der Zivilrichter in Betreff der Frage, ob die Stiftungsanordnungen erfüllt worden seien, mit der Bestätigung der zur Aufsicht über die Stiftung zunächst berufenen Behörde begnügen, gegen welche demjenigen, welcher sich durch die Bestätigung beschwert erachtet, die Berufung an die höheren Behörden vorbehalten ist. Einen ähnlichen Fall könnten wir auf Grund der Vorschrift des § 20, Abs. 2 des kais. Patentgesetzes über Mustersachen konstruieren. In solchen Fällen ist ungeachtet dessen, daß die nötige Feststellung seitens der Verwaltungsbehörde noch nicht durchgeführt wurde, die Zulässigkeit des Rechtsweges doch nicht ausgeschlossen. Der Richter hätte in einem solchen Falle einen triftigen Grund zur Unterbrechung des Verfahrens (§ 190 ZPO.).²⁰⁾ Die besprochene Frage ist

¹⁸⁾ Z. B. Postgesetz vom 1. Dezember 1838, JGS. Z. 312, § 63; §§ 24 und 42 ForstG.; siehe auch E. des OGH., Bd. XXXVIII, Nr. 1569. Das Betreten des Rechtsweges bevor im Verfahren außer Streitsachen die erforderlichen Erhebungen durchgeführt wurden, ist verfrüht. E. des OGH., Bd. XXXV, Nr. 227 und Nr. 293. Siehe treffende Ausführungen Tezners, w. o., S. 46. Auch Otto Mayer, Bd. I, S. 211.

¹⁹⁾ Siehe auch Wach, w. o., S. 113; Bettelheim, w. o., S. 3; Hellwig, Bd. I, S. 63, Bem. 27; Tezner, w. o., S. 376 ff.

²⁰⁾ Siehe Allerhand, w. o., S. 110 und 111. Bei derzeitiger Abweisung des Klägers stehen wir auf dem grundsätzlichen Standpunkte, daß der Rechtsweg zulässig sei.

keine prozeßrechtliche (keine Prozeßvoraussetzung), sondern eine materialrechtliche Frage.²¹⁾

Anders gestaltet sich die Sache, wenn das Gesetz der Entscheidung der Vorfrage durch die kompetente Behörde die Bedeutung beilegt, daß der Rechtsweg vor dieser Entscheidung unzulässig ist. Sind solche spezielle Vorschriften vorhanden, so können wir in diesem Falle von einer Einwirkung der Vorfrage auf die Zulässigkeit des Rechtsweges sprechen.²²⁾ Wir hätten hier mit einer Prozeßvoraussetzung zu tun. Aber auch unter diesen Umständen wäre dies nur möglich, wenn eine besondere Bestimmung einen solchen Vorgang verlangen würde. Die Entscheidung einer öffentlichrechtlichen Vorfrage durch die kompetente Behörde wäre eine Bedingung des Rechtsweges (bedingter Rechtsweg); dieselbe könnte zur Entscheidung einer Hauptfrage dienen, welche einen Gegenstand des Zivilprozeßverfahrens vor den ordentlichen Gerichten bildet.²³⁾ (Siehe unten § 4.)

8. Welcher Augenblick ist der ausschlaggebende für das Betreten des Rechtsweges? Die Umstände, welche bei der Klageeinbringung vorhanden waren, können während des Prozesses einer Änderung unterliegen. Der § 29 JN. gibt in der Richtung eine Aufklärung, daß jedes Gericht bei den Rechtssachen, welche rechtmäßigerweise bei demselben anhängig gemacht wurden, bis zu der Beendigung zuständig bleibt, wenn sich

²¹⁾ Ausnahmsweise ist die Frage eine prozeßrechtliche. Und zwar im § 6 im Gesetze über die Verantwortlichkeit der Minister vom 25. Juli 1867, Nr. 101, wo es heißt: „Jeder Minister kann vor den ordentlichen Gerichten auf Ersatz desjenigen Schadens belangt werden, den er durch eine von dem Staatsgerichtshofe als gesetzwidrig erkannte Amtsführung dem Staate oder einem Privaten zugefügt hat. Diese Klage ist daher insofern und so lange unzulässig, als wegen der Handlung, wodurch die Verletzung entstanden ist, die Ministeranklage erhoben wurde und fortgesetzt wird.“ Siehe auch § 24 des berufenen Gesetzes.

²²⁾ Siehe die E. des OGH., Bd. XL, Nr. 2238. Ersatzklagen gegen eine Gemeinde wegen einer durch Vernachlässigung der Straßenpolizei entstandenen Körperbeschädigung: Unzulässigkeit des Rechtsweges vor Durchführung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens (§ 37, GemO. für Böhmen). Auch E., Bd. XL, Nr. 2287. Siehe Allerhand, w. o., S. 56 und 57. Stölzel, S. 32 und 38.

²³⁾ Siehe auch Begründung in der E. des OGH., Bd. XLVI, Nr. 4483.

auch die Umstände, welche bei Einleitung des Verfahrens für die Bestimmung der Zuständigkeit maßgebend waren, während des Verfahrens geändert hätten. Dies gilt jedoch nicht von solchen Änderungen, durch welche die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt, oder doch dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte entzogen wird (§ 29 JN. in fine).¹⁾ (Siehe aber über inländische Gerichtsbarkeit S. 28.) In Berücksichtigung des § 29 in fine JN., wie auch der §§ 42 JN., 240 und 477, Z. 6 ZPO. müssen die Bedingungen der Zulässigkeit des Rechtsweges (oben S. 14 unter 1) während des ganzen Prozesses — von der Einbringung der Klage angefangen bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses — vorhanden sein.

Als Folge dieses Grundsatzes ist anzuführen:

α) Haben sich die Umstände, welche die Zulässigkeit des Rechtsweges gerechtfertigt haben, während des Prozesses in der Richtung geändert, daß die Rechtssache den ordentlichen Gerichten oder überhaupt der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen wurde, so soll die Klage sogleich zurückgewiesen werden (§ 42 JN., §§ 240, 477, Z. 6 ZPO.). Eine Änderung der die inländische Gerichtsbarkeit rechtfertigenden Umstände nach der Anhängigmachung des Prozesses im Sinne des § 29 in fine JN. wäre möglich in den Fällen, in welchen nach speziellen Vorschriften der Gesetze, nach Staatsverträgen oder völkerrechtlichen Grundsätzen die streitige Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen wäre.²⁾

β) Wie verhält sich aber die Sache im umgekehrten Fall, nämlich wenn erst während des Prozesses die Bedingungen der Zulässigkeit des Rechtsweges entstanden sind? Der Richter erkennt erst später, daß der Prozeß bis zum Eintreten der besprochenen Bedingungen geführt wurde, obgleich der Rechtsweg unzulässig war. Kommt es hier zu einer Heilung des wichtigen Verfahrens oder nicht? Die Frage ist nicht gesetzlich geregelt. Der Teil des durchgeführten Prozesses, welcher

¹⁾ Hellwig, w. o., Bd. I, S. 98, und Bd. II, S. 18. Siehe auch Allerhand, S. 112.

²⁾ Walker, w. o., S. 107 gibt treffende Beispiele, in welchen die Vorschrift des § 29 in fine JN. Anwendung finden könnte.

vor dem Eintreten der Bedingungen der Zulässigkeit des Rechtsweges durchgeführt wurde, ist nichtig, und wir finden in der ZPO. keine Anhaltspunkte, die eine Sanierung des nichtigen Verfahrens erlauben würden, wie es ganz exceptionell z. B. im § 8 oder § 477 in fine ZPO. der Fall ist. Angesichts dessen könnte der Richter nicht ein teilweise nichtiges Verfahren zur Grundlage seiner Entscheidung nehmen und da hiedurch der Anfang des Prozesses betroffen würde, so könnte er im allgemeinen nicht weiter geführt werden. Die Vorschrift des § 406 ZPO., welche materiellrechtliche Fragen vor den Augen hat, kann nicht analog angewendet werden. Der Richter müßte in diesem Falle klar dem Gedanken Ausdruck geben, daß zwar der Rechtsweg bei der Erlassung der Entscheidung zulässig ist, dessenungeachtet aber die Klage mit Hinblick auf die teilweise Nichtigkeit des Prozesses dem Kläger zurückgestellt wird. Dies würde den Kläger vor der Zurückweisung einer später vor dem Gerichte einzubringenden Klage bewahren.³⁾ Die neu anzubringende Klage wird sich nicht gänzlich mit der früher angebrachten decken. Die neue Klage müßte die geänderten, auf der Zulässigkeit des Rechtsweges wirksamen Umstände umfassen.

§ 4.

Beschränkung des Rechtsweges. Temporär beschränkter Rechtsweg. Bedingter Rechtsweg. Berufung auf den Rechtsweg.

1. Grundsätzlich ist der Rechtsweg in den Fällen, wo es sich um bürgerliche Streitangelegenheiten handelt, un-

³⁾ In E. des OGH., Bd. VII, Nr. 3447 hat der OGH. seine Meinung dahin ausgesprochen, „daß, wenn der Beklagte während der dreißigtägigen Frist (Dienstangelegenheiten) in die gerichtliche Verhandlung sich eingelassen hat, er das Recht verwirkt, nach Ablauf der Frist die Unzuständigkeit des Gerichtes geltend zu machen, weil dann der Streit bei der politischen Behörde nicht mehr angebracht werden kann, und folglich eine

beschränkt.⁴⁾ Zweckmäßiger Rücksichten verlangen und rechtfertigen Ausnahmen. Diesen Umständen müssen wir Rechnung tragen, da die Frage der Beschränkung des Rechtsweges auch einen Teil des Problems der Zulässigkeit des Rechtsweges bildet.

a) Der Rechtsweg kann temporär beschränkt sein. Die Zulässigkeit des Rechtsweges kann vom Ablauf eines Termines abhängen. Den Zeitpunkt, von welchem der Termin zu laufen beginnt, können mannigfache Tatsachen bilden, z. B. die Lösung eines Rechtsverhältnisses, wie es der Fall bei Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen ist.⁵⁾

b) Der Rechtsweg kann ein bedingter Rechtsweg sein, mit⁶⁾ oder ohne Angabe eines Termins, während dessen der Anspruch im Rechtswege geltend gemacht werden könnte. Mannigfache Umstände können als Bedingungen der Betretung des Rechtsweges aufgestellt werden, so z. B. der Fall eines Vergleichungsversuches vor einer politischen Behörde als Bedingung der Betretung des Rechtsweges.⁷⁾ Hieher könnten wir auch die Feststellung der für den Streit entscheidenden Tat-
umstände und die Beurteilung derselben außer dem Gerichtswege durch Sachverständige als Bedingung der Betretung

erneuerte Klage dennoch bei Gericht angenommen werden müßte“. In der Entscheidung wird die Tragweite der Unzulässigkeit des Rechtsweges mit der Unzuständigkeit des Gerichtes verwechselt.

⁴⁾ Siehe Förster-Kann, w. o., Bd. I, S. 14 ff. In der neuen ungarischen ZPO. (1911), § 180, Z. 2 lesen wir unter den prozeßhindernden Einreden, „daß nach dem Gesetze dem Zivilprozeß ein anderes behördliches Verfahren vorangehen muß“ (Gottl, w. o., S. 142).

⁵⁾ Ah. EntschlieÙung vom 31. Oktober 1856, kundgemacht vom Justizminister am 7. Dezember 1856, RGBl. Nr. 224; Verordnung des Ministers des Innern vom 15. März 1860, RGBl. Nr. 73, wie auch die Verordnung desselben Ministers vom 4. August 1899, Z. 15.638, veröffentlicht im JMVB. Nr. XVII aus 1899. Siehe auch § 30, Vdg. des JM. und Min. des Innern vom 30. Jänner 1860, RGBl. Nr. 28.

⁶⁾ Siehe z. B. § 67, Abs. 2 des gal. Jagdgesetzes vom 13. Juli 1909, Z. 2 des LGBl. für Galizien.

⁷⁾ Z. B. Hofkanzleidekret vom 13. Mai 1832, JGB. 2563 (Beschädigung durch die Aufstellung von Sanitätskordonen), auch Winzerordnung für Steiermark vom 2. Mai 1886; siehe Horten, S. 97. Was die „Vorfrage“ als Bedingung des Betretens des Rechtsweges anbetrifft, siehe oben S. 68.

des Rechtsweges unter der Voraussetzung zählen, daß die interessierte Partei durch die Feststellung seitens der Sachverständigen nicht zufriedengestellt wurde. (Siehe oben S. 69.) Der häufigste Fall des bedingten Rechtsweges wäre der, in welchem eine Rechtsangelegenheit in bürgerlichen Rechts-sachen zunächst den Verwaltungsbehörden oder den besonderen Gerichten oder anderen Organen überwiesen wird und gleichzeitig dem Beteiligten die Möglichkeit geboten wird, nach der Entscheidung der oberwähnten Behörden, respektive Organe dieselbe Rechtsangelegenheit, und zwar im ganzen Umfange oder nur in einer gewissen Richtung auf den Rechtsweg zu ziehen. Wir haben hier mit einer in der Wissenschaft wenig berücksichtigten Institution zu tun, welche unter dem Namen „Berufung auf den Rechtsweg“ bekannt ist.⁸⁾ Die zahlreichen Fälle der Berufung auf den Rechtsweg können mannigfache Modalitäten bezüglich der Grenzen der Berufung enthalten. Es wären folgende Fälle zu unterscheiden:

A. α) Die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde kann im Wege der Klage bei dem ordentlichen Gerichte in der Richtung der Nullität des Verfahrens angefochten werden. Im zivilprozessualen Wege wird nur die Frage der Gültigkeit geprüft, so z. B. im § 29 des Gesetzes vom 14. August 1896, über Bergbaugenossenschaften, RGBl. Nr. 156. Wir haben es nach diesem Gesetze mit einem Rechtswege zu tun, was auch dem von uns angenommenen wissenschaftlichen Standpunkte entspricht. (Siehe oben S. 53.)

⁸⁾ Monich in der Abhandlung: „Über Berufung auf den Rechtsweg bei Ansprüchen des bürgerlichen Rechtes“ (Zeitschr. für deutsch. Zivilprozeß, Bd. XXIII, S. 407) bemerkt in seinem Aufsätze, daß die ganze Lehre ein Stiefkind sei, was hauptsächlich dem Umstande zugeschrieben werden müsse, daß sie verschiedenen Disziplinen der Rechtswissenschaft angehöre und ihre Hauptmutter, das Prozeßrecht, ihr bisher keinen festen Platz im System anweisen konnte. Monichs Abhandlung stellt sich als eine Aufzählung der diesbezüglichen Vorschriften des deutschen Rechtes dar. Es mangelt ihr an einer präzisen Durchführung der leitenden Gedanken durch die große Menge der gesetzlichen Fälle. Siehe auch meine Abhandlung: „Vom Verwaltungsweg auf den Rechtsweg“ (polnisch), Krakau 1911. Hellwig, Bd. I, S. 400, Bem. 82 und 29. E. d. OGH., Bd. XXXVI. Nr. 743.

β) Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde kann im Wege der Klage angefochten werden, um die gänzliche oder teilweise Aufhebung des administrativen Erkenntnisses zu bewirken, siehe z. B. § 2 des Gesetzes vom 6. Juni 1887, RGBl. Nr. 72, betreffend die Wirkungen und die Anfechtbarkeit der von Behörden des stehenden Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr auf administrativem Wege gefällten Ersatzerkenntnisse.

In beiden Fällen (α und β) haben wir mit einer Anfechtungs-, respektive Rechtsmittelklage zu tun. Vom Gesetzgeber wird die Wendung „im Wege der Klage“ richtig gebraucht. Dem Wesen nach haben wir hier mit einer Rechtsmittelklage, das heißt mit einem Rechtsmittel zu tun, welches im Wege des ordentlichen, zivilprozessualen Verfahrens (nach den Vorschriften der ZPO.) geltend gemacht wird. Beide Fälle (A, α, β) könnten wir als eine Verwaltungsrechtssprechung ansehen.

B. α) Nicht die Entscheidung der Verwaltungsbehörde, sondern nur die Streitsache als solche bildet den Gegenstand der richterlichen Prüfung, so als ob dieselbe noch keinen Gegenstand der Entscheidung gebildet hätte. Die streitige Rechtsangelegenheit wird von neuem im Rechtswege untersucht. Die zwei den Gesetzen bekannten Wege, Verwaltungsweg und Rechtsweg, können, was die Exekution anbetrifft, kollidieren. Diesen Fall sollte man als Berufung auf den Rechtsweg im eigentlichen Sinne des Wortes ansehen, denn die ganze Rechtsangelegenheit als solche bildet von neuem den Gegenstand der Prüfung, und zwar im Rechtswege. Das Verhältnis der zwei Rechtsverfolgungswege ist geregelt, z. B. es ist zur Betretung des Rechtsweges ein Termin festgestellt und dadurch wird, was die Exekution anbetrifft, die Kollision vermieden (so im § 4 des Gesetzes vom 25. April 1885, RGBl. Nr. 58).⁹⁾

⁹⁾ Der § 4 lautet: „Ist die Verwaltungsbehörde auf Grund einer zur Regelung der Binnenfischerei erlassenen Bestimmung zur Entscheidung über Kosten und Entschädigungen, oder über Beitragsleistungen zu Kosten und Entschädigungen berufen, so hat sie, falls ein Übereinkommen der Beteiligten nicht erzielt wird, in ihrer Entscheidung zugleich die Frist zu bestimmen, innerhalb welcher diejenigen, welche sich mit der Entschei-

β) Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde erledigt zwar die streitige Rechtsangelegenheit, aber ohne materielle Rechtskraft; das Verhältnis der zwei Rechtsverfolgungswege zu

dung nicht zufrieden geben, den Rechtsweg zu betreten und ihr hievon die Anzeige zu erstatten haben. Diese Frist darf nicht auf weniger als auf 30 Tage, von der Zustellung der Entscheidung an, festgesetzt werden . . . Die gefällte Entscheidung ist vollstreckbar, sobald die zur Betretung des Rechtsweges festgesetzte Frist versäumt worden ist. Wird der Rechtsweg betreten, so findet auf den Rechtsstreit die im Schlußabsatze des § 3 enthaltene Bestimmung Anwendung.“ Das Bindeglied zwischen dem Verwaltungsweg und dem Rechtsweg kann eine Einsprache bei der Verwaltungsbehörde, welche das Erkenntnis gefällt hat, bilden. Die letztere zieht die Verweisung auf den Rechtsweg nach sich. Die Einsprache selbst kann schon auf die Art der Exekution des Erkenntnisses der politischen Behörde eine restringierende Wirkung ausüben, und das in dem Falle, wenn innerhalb eines gewissen Zeitraumes der Rechtsweg nicht betreten werden würde, so z. B. §§ 3 und 7 des Gesetzes vom 7. Juni 1887, RGBl. Nr. 72. Das erste Verfahren ist eine Bedingung des zweiten. Insofern sind sie im Zusammenhange, da sie durch einen Termin zur Klage, respektive Einsprache verbunden werden. Es ist nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar in den Gesetzen öfters angeordnet, daß einzelne Behörden, respektive Organe bei Erledigung einer bei ihnen anhängigen Rechtsangelegenheit in dieser oder jener Richtung die Beteiligten auf den Rechtsweg verweisen. In der Regel wünschen sie dadurch nicht nur festzustellen, daß sie sich in einer gewissen Richtung als inkompetent ansehen, sondern auch, daß sie in der Lage sind, die kompetenten Behörden zu bezeichnen. Die Verweisung auf den Rechtsweg hätte in dem besprochenen Falle nur die Bedeutung einer Belehrung seitens der Behörde, respektive seitens des Organs; z. B. das Schiedsgericht für Brudersladen, um Rechtshilfe angerufen, erkennt, was einen Teil des Begehrens der Klage anbetrifft, seine Unzuständigkeit an, und was den anderen Teil des Klagebegehrens anbetrifft, verweist es den Kläger auf den Rechtsweg. Eine solche Verweisung auf den Rechtsweg ist ohne eine wesentliche Bedeutung für das von den ordentlichen Gerichten einzuleitende Verfahren. Von diesem Falle müssen wir einen zweiten Fall unterscheiden, in welchem die Verweisung auf den Rechtsweg von wesentlicher Bedeutung ist und unter gesetzlichen Bedingungen Rechtsnachteile nach sich ziehen könnte. Wir finden in einer ganzen Reihe von Vorschriften die Anordnung, daß unter gesetzlichen Bedingungen die interessierte Partei, respektive die Parteien unter Angabe einer Frist auf den Rechtsweg zu weisen sind (z. B. § 125 des Patentgesetzes außer Streitsachen usw.). In diesen Fällen zieht die Nichteinhaltung des festgestellten Termines die in den diesbezüglichen Vorschriften näher bezeichneten rechtlichen Nachteile nach sich, hat aber nicht die Ausschließung des Rechtsweges zur Folge. Die säumige Partei

einander ist gesetzlich nicht geregelt. Der Unterschied zwischen dem Fall unter α und β ist kein wesentlicher. Der Art. 15 StGG. über richterliche Gewalt bildet die Grundvorschrift.

Die bezogene Gesetzesstelle kann nur als Ganzes in Betracht gezogen werden. Dies verlangt, daß man sich die ganze Vorschrift vor Augen hält. Der Art. 15 lautet:

„In allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachteiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen.

Wenn außerdem jemand behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen

könnte in der Regel auch nach Ablauf der festgestellten Frist den Rechtsweg betreten; die Klage könnte nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgestellt werden. Es ist aber auch ein anderer Fall möglich, in welchem nach durchgeführtem Vorverfahren die interessierte, sich in ihren Rechten gekränkt fühlende Partei unter Angabe einer Frist auf den Rechtsweg gewiesen wird, z. B. § 4 des Gesetzes vom 25. April 1885, RGBl. Nr. 58. Erst unter diesen Voraussetzungen hätten wir mit einer Beschränkung des Rechtsweges zu tun. Der Rechtsweg wäre hier bedingt und temporär begrenzt.

Die Verweisung auf den Rechtsweg hat keine bindende Kraft für das Gericht, vor welchem die Klage in Ausführung der Verweisung auf den Rechtsweg eingebracht wurde. Das Gericht soll ungeachtet dieser Verweisung auf den Rechtsweg die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges prüfen. Falls das Gericht die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausspricht, findet möglicherweise ein negativer Konflikt statt. Richtig bemerkt Stölzel, S. 13, folgendes: „Es bedarf noch der Erwähnung, daß eine Äußerung einer Verwaltungsbehörde ebensowenig wie die einer Privatperson den Richter der Pflicht, die Zulässigkeit des Rechtsweges seinerseits von Amts wegen zu prüfen, enthebt auch dann nicht, wenn es sich gerade um die Behörde handelt, deren Zuständigkeit im Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges in Frage käme, und wenn die Äußerung dahin geht, daß die Behörde wegen eigener Unzuständigkeit den Antragsteller auf den Rechtsweg verweise. Der Richter ist nur dem Gesetze unterworfen, und wenn er auf Grund der Gesetze zu der Überzeugung kommt, daß der Rechtsweg unzulässig sei, so hat er dies auszusprechen.“ Siehe auch Schauer, w. o., Gerichtszeitung vom Jahre 1897, w. o., S. 190. Siehe auch die entgeg. E. des OGH., Bd. XXXV, Nr. 383.

Rechten verletzt zu sein, so steht ihm frei, seine Ansprüche vor dem Verwaltungsgerichtshof im öffentlichen mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen.

Die Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hat, dessen Zusammensetzung, sowie das Verfahren vor demselben werden durch ein besonderes Gesetz bestimmt.“

Wir können nicht leugnen, daß die angegebene Vorschrift zu den höchst unglücklich stilisierten Vorschriften gehört und unwillkürlich den Eindruck macht, als wenn sie nicht durch Fachmänner, die der großen Tragweite der besprochenen Vorschrift bewußt waren, konstruiert wäre.¹⁰⁾

¹⁰⁾ Es sind hier die öfters berufenen, treffenden Worte Ungers in seiner Rede vom 23. Jänner 1875, gelegentlich der Debatte über das Ausführungsgesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtes anzuführen: „. . . Was haben sich die beiden Vertretungskörper bei der Formulierung des Art. 15 gedacht? Es steht mir hierüber keine Kritik irgend welcher Art zu. Daß man sich im damaligen Drange der Zeiten vielleicht über diesen Punkt nicht vollkommen klar geworden ist, daß man vielleicht einen Satz im Prinzip hingestellt hat, dessen Konsequenzen nicht . . . klar waren . . . darüber einen Vorwurf zu erheben, darf und werde ich mir nicht erlauben . . . Diese Stelle (Motivenbericht des Abgeordnetenhauses) habe ich gelesen und wieder gelesen und gefunden, daß auch hier, wie im Art. 15 wir mit einer Sphinx zu tun haben . . .“ („Österreichische Gesetze mit Materialien“, nach amtlichen Quellen herausgegeben von Dr. Josef Kaserer, Wien 1876, Bd. XXVI, S. 114 bis 115.) Demselben Gedanken geben andere und hauptsächlich Bernatzik (w. o., S. 247) Ausdruck: „Es liegt mir nun die Absicht fern, dasjenige klar legen zu wollen, was mit dieser Bestimmung gesagt werden wollte. Und zwar schon aus dem Grunde, weil aus der Geschichte derselben zu entnehmen ist, daß die Verfasser derselben selbst darüber nicht klar waren.“

Was die Materialien anbetrifft, so finden wir dieselben nicht in der Regierungsvorlage, sondern in den Beratungen und Beschlüssen des Verfassungsausschusses. Das Nichtverständliche des Art. 15 findet auch in dem Motivenberichte keine Aufklärung. (Siehe auch Lustkandl: „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“, Grünhuts Zeitschr., Bd. XIV, S. 768). Schließlich ist zu bemerken, daß bei der Einbringung eines Einführungsgesetzes über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtes und in den parlamentarischen Debatten etliche sichere Anhaltspunkt zur Aufklärung dieser Vorschrift vorhanden sind. Eine ähnliche Vorschrift wie die des Art. 15 des oberwähnten Staatsgrundgesetzes finden wir in anderen Staaten in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts. Hervorzuheben ist die Vorschrift

Diese Sachlage bildete den Grund zu den krassantesten Unterschieden in der Interpretation der besprochenen Gesetzesstelle. Es ist fast jedes Wort des Gesetzes Gegenstand einer widersprechenden Interpretation.¹¹⁾

der preußischen Gesetzgebung über Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf gesetzliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 („Gesetzsammlung für die königlich preußischen Staaten“, Berlin 1842, Stuck 15, Nr. 2273). Im § 1 dieses Gesetzes lesen wir: „Beschwerden über polizeiliche Verfügungen jeder Art — sie mögen die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit derselben betreffen — gehören vor die vorgesetzte Behörde. Der Rechtsweg ist in Beziehung auf solche Verfügungen nur dann zulässig, wenn die Verletzung eines zum Privateigentum zugehörigen Rechtes behauptet wird.“

Aus der ausführlichen Literatur sind hervorzuheben: Samitsch in seiner Zeitschr., Bd. I, S. 1 ff.; Jaeger: „Über die Reform der Verwaltung durch das Staatsgrundgesetz“ (Österr. Zeitschr. für Verwaltung, Jahrg. 1868, S. 25 und 29); Pražak: „Das richterliche Prüfungsrecht in Ansehung der Gültigkeit von Gesetzen, Verordnungen und Spezialverfügungen“ (Samitsch, Zeitschrift, w. o., Bd. III, S. 21 ff.); Menger, sein System, S. 217 und 218, in der Anmerkung; Canstein, Grünhuts Zeitschrift, Bd. VI, S. 169. Der Art. 15, Abs. 1 unterlag einer scharfen Kritik seitens Bernatzik („Rechtskraft . . . usw.“, S. 247 ff.). Siehe die dort zitierte Literatur. Siehe auch Lustkandl: „Rechtssprechung und materielle Rechtskraft“, Grünhuts Zeitschr., Bd. XIV, S. 724; Horten, sein Kommentar zur JN., S. 93 bis 96; Tezner: „Administrationsverfahren“, S. 49 ff.; Pollak, sein System, S. 12 ff.; siehe E. des OGH. v. 30. November 1875, Z. 12.211 (Zeitschr. für Verwaltung, 1876, S. 128); Judikatenbuch Nr. 130, entgegen E. des OGH. vom 17. März 1908, Bd. XLV, Nr. 4164; Lemayer, w. o., S. 430 ff. Siehe auch Samitsch, Zeitschr., w. o., Bd. I, S. 233, Bem., 405 und 533.

¹¹⁾ Vor allem ist streitig, ob die besprochene Vorschrift noch ein besonderes Gesetz zur Durchführung des Art. 15, Abs. 1 benötige. Die Vergleichung des Abs. 1 der oberwähnten Vorschrift mit dem Abs. 2 und 3 führt zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber im Abs. 2 und 3 von einer einzuführenden neuen Institution handelt (Verwaltungsgerichtshof) und ausdrücklich ein besonderes Gesetz zur näheren Regelung derselben in Aussicht stellt. Die Behandlung des Abs. 1 in dieser Richtung ist grundsätzlich anders. Derselbe beabsichtigt, jedem, der sich durch die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde über widerstreitende Ansprüche in seinen Privatreechten benachteiligt findet, den Rechtsweg offen zu lassen. Ein besonderes Gesetz zur Durchführung dieses leitenden Gedankens wurde nicht verheißen. Dessenungeachtet wird behauptet (hauptsächlich Pollak, System, S. 12, und Pražak in Samitsch Zeitschr., w. o., Bd. III, S. 27), daß die Vorschrift undurchführbar sei, mangels eines Termines zur Ein-

Mit dem besprochenen Problem steht im innigsten Zusammenhange die Frage, ob nach Art. 15, Abs. 1 des bezogenen Staatsgrundgesetzes dasselbe streitige Rechtsverhältnis neuerlich einen Gegenstand der Prüfung seitens der ordentlichen Gerichte im Rechtswege bilden kann, denn nur unter dieser

bringung der Klage vor den ordentlichen Gerichten, mangels einer Vorschrift über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, schließlich mangels einer näheren Bezeichnung des Klageinhaltes. Die Einwendungen wären richtig, wenn sie eine wesentliche Bedeutung hatten. Mangels derselben ist die Anwendung des Art. 15, Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Wie in den früheren, das ist vor dem Staatsgrundgesetze erlassenen Vorschriften, so auch in den späteren, das ist nach dem Staatsgrundgesetze erlassenen Gesetzen, finden wir Vorschriften von der Zulässigkeit des Rechtsweges nach der Entscheidung der Verwaltungsbehörde ohne Angabe des Termines zur Betretung des Rechtsweges. So z. B. in der Fahrpostordnung vom 12. Juli 1838, JGS. Nr. 280, § 46. Wenn die Partei nicht durch die von der Postanstalt ausgemittelte und gebotene Entschädigungssumme zufriedengestellt ist, so steht derselben der Rekurs an die höhere Stelle binnen der gewöhnlichen Rekursfrist und nach erfolgter Entscheidung der obersten administrativen Stelle der Rechtsweg offen. Von den späteren Gesetzen (nach dem Jahre 1867) ist z. B. das Philloxeragesetz vom 3. April 1875, RGBl. Nr. 61, zu nennen. Im letzteren (§ 9) wird sogar ausgesprochen, daß der einzuleitende Rechtsweg den Vollzug des politischen Erkenntnisses nicht hemmt. Schließlich ist der Mangel der Formulierungsart des Begehrens auch nicht entscheidend, da in dieser Richtung die allgemeinen Vorschriften die ausschlaggebenden sein könnten. Die Art der „Abhilfe“, welche durch den Art. 15 zugelassen werden sollte, wird auch in den Grenzen der ZPO. die maßgebende für die Formulierung des Klagebegehrens sein. Die obigen Rechtsanschauungen Pollaks und Pražaks sind in der Minorität. Zu den zweifelhaften Fragen, welche zwar nicht von wesentlicher Bedeutung für unser Problem sind, aber doch die besprochene Frage tangieren, gehört die Frage, ob der Instanzenzug im Verwaltungswege erschöpft sein muß. Die Frage ist zweifelhaft. Der Vergleich des Abs. 1 mit Abs. 2 des Art. 15 könnte die Verneinung der Frage rechtfertigen. In einer ganzen Reihe von Spezialgesetzen wird dies angeordnet; dann ist es natürlich maßgebend (z. B. Fahrpostordnung, siehe oben). In dem berufenen Gesetze vom 6. Juni 1887, § 3 hingegen ist die Erschöpfung des Instanzenzuges nicht als formelle Bedingung des Rechtsweges angegeben (anders im § 2, im Falle der Anbringung einer Rechtsmittelklage). Die Erschöpfung des Administrativweges wäre keine formelle Bedingung, die Entscheidung müßte aber schon rechtskräftig sein, sonst könnte die Partei noch Abhilfe im administrativen Wege suchen. (Siehe Horten, S. 91.)

Bedingung wäre die bezogene Vorschrift in einem innigen Zusammenhange mit der Lehre von der Berufung auf den Rechtsweg. Im ordentlichen Rechtswege soll die eine Partei gegen die andere Abhilfe suchen. Der Begriff „Abhilfe“ ist im Gesetze nicht näher bezeichnet. Er ist nicht authentisch interpretiert, und bietet wieder, so wie die ganze Vorschrift, neue Schwierigkeiten. Der Gesetzgeber, scheint es, wollte durch „die Abhilfe“ das Gleichgewicht in dem privatrechtlichen Kreise der Beteiligten wiederherstellen. Sie würde also alle im Rechtswege möglichen Mittel umfassen, die diesen Zweck erreichbar machen. Vor allem könnte sich der Beteiligte durch das Erkenntnis einer Verwaltungsbehörde in seinen Privatrechten gekränkt fühlen, wenn er mit seinem Anspruch abgewiesen wurde, oder wenn ihm sein Anspruch nicht im ganzen Umfange zuerkannt wäre. In beiden Fällen könnte eine Leistungsklage auf den ganzen Anspruch, respektive auf den Überschuß Abhilfe bieten. Unter diesen Voraussetzungen wäre dieselbe Rechtsangelegenheit Gegenstand der Prüfung und Beurteilung im Rechtswege. Es ist aber auch möglich, daß sich die Gegenpartei, welche zur Leistung im Verwaltungswege verurteilt wurde, als benachteiligt fühlt und Abhilfe zu suchen wünscht. Eine solche Abhilfe könnte der Beteiligte in einer negativen Feststellungsklage¹²⁾ finden. Es ist auch möglich, daß der Benachteiligte die Rückstellung des schon auf Grund der Entscheidung der Verwaltungsbehörde Geleisteten wünschen würde. (Ähnlich wie im Art. XXV EinfG. zur ZPO.) Schließlich wäre auch eine den Entschädigungsanspruch geltend machende Klage wegen der im öffentlichen Interesse vorgenommenen Eingriffe der Verwaltung in wirtschaftliche Güter der Parteien (Bernatzik) grundsätzlich nicht ausgeschlossen.¹³⁾

¹²⁾ In dem früheren Gesetze über die Errichtung von Gewerbegerichten vom 14. Mai 1869, RGBl. Nr. 63, war in einem solchen Falle ein Auforderungsprozeß wegen einer Berühmung möglich (§ 71, Abs. 2). Dies entspräche der negativen Feststellungsklage nach dem jetzigen Standpunkte unserer Gesetzgebung.

¹³⁾ In den Motiven des Verfassungsausschusses finden wir auch keine nähere Aufklärung. Siehe die Besprechung der entstehenden Zweifel bei

Nach Art. 15 StGG. müßte der Kläger in der Klage den Stand des verwaltungsrechtlichen Verfahrens darstellen. Die Klage müßte sich wohl als eine wahre Abhilfe nach der berufenen Vorschrift darstellen, denn sonst könnte sich der Kläger der Zurückstellung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges aussetzen.

Der Kläger kann nicht die Aufhebung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde begehren¹⁴⁾, dazu ist er gesetzlich nicht befugt; die Klage ist keine Rechtsmittelklage, sie hat als Gegenstand nicht die Überprüfung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde, sondern nur eine neuerliche Überprüfung der diesbezüglichen Rechtsverhältnisse und deren Rechtsfolgen.

Die zwei (A und B) möglichen Abarten der Berufung auf den Rechtsweg (*sensu largo*) unterscheiden sich grundsätzlich voneinander. Bei der ersten Art der Rechtsangelegenheiten (A) haben wir es mit zwei Prozessen, nämlich mit dem Verwaltungsverfahren und dem Zivilprozeß zu tun. Das erstere soll dem letzteren vorangehen. Dessenungeachtet haben wir ein Verfahren. Der erste Prozeß bildet die eigentliche Grundlage, der zweite (Zivilprozeß) stellt sich als ein Berufungsverfahren im Verhältnisse zum ersten Verfahren dar. Das zivilprozessuale Verfahren ist eigentlich ein Rechtsmittelverfahren. Dessen-

Bernatzik, S. 252, Bem. 49; Horten, S. 95. Siehe Tezner: „Handbuch des österr. Administrativverfahrens“, S. 50, Bem. 1 und die daselbst bezogene Literatur. Die Frage, ob provisorische Mittel unter ordentlichem Rechtsweg gemeint waren, ist streitig. Siehe Menger, S. 218; Bernatzik, S. 255. Vom Standpunkte der ZPO. ist das Verfahren bei Besitzstörungen ein Rechtsweg. Dieses Verfahren bildet nur eine Abart des bezirksgerichtlichen Verfahrens, es kann in diesem Verfahren, wenn die gesetzlichen Bedingungen vorliegen, der Mangel der Zulässigkeit des Rechtsweges zweifellos hervorgehoben werden. Die Bezeichnung „ordentlicher Rechtsweg“ hat keine spezielle gesetzliche Bedeutung. In den E. des OGH., z. B. Nr. 3042, Bd. VI, wird der petitorische Weg mit dem ordentlichen Gerichtsweg verwechselt. Bei Beurteilung der Frage nach Art. 15 des oberwähnten Gesetzes wäre entscheidend, ob im konkreten Falle das Verfahren in Besitzstörungstreitigkeiten „Abhilfe“ gegenüber einer im Verwaltungswege gefällten Entscheidung bieten könnte. Siehe auch Canstein: „Der Besitzschutz nach österreichischem Rechte“ (Grünhuts Zeitschr., Bd. VI, S. 169).

¹⁴⁾ Siehe Pražak, w. o., S. 27 und 28; Bernatzik, w. o., S. 260 und 261. Nicht richtig Tezner, w. o., S. 51.

ungeachtet wird dasselbe im Rechtswege auf Grund der Vorschriften der ZPO. durchgeführt. Da aber im besprochenen Falle eigentlich dem Rechtswege die Kontrollierung des Verwaltungsverfahrens vorbehalten ist, so können wir in dem besprochenen Falle von einer stabilen Begrenzung des Rechtsweges sprechen. Die streitige Rechtsangelegenheit als solche bildet nicht eine neuerliche Grundlage für den Rechtsweg.

Anders verhält sich die Sache in der zweiten Art der Rechtsangelegenheiten (Berufung auf den Rechtsweg *sensu stricto*). Dieselbe streitige Rechtsangelegenheit wird neuerlich Gegenstand einer selbständigen Prüfung und Entscheidung der ordentlichen Gerichte. Die Rechtsangelegenheit wird vor den ordentlichen Gerichten nach den Vorschriften der ZPO. so durchgeführt, als ob sie nicht durch die Verwaltungsbehörden geprüft wäre. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde ist eine formelle Bedingung des Rechtsweges. Zwischen dem Verwaltungswege und dem Rechtswege kann ein Bindeglied vorhanden sein (B, α). Dies ändert aber nicht das Wesen der Sache, die ordentlichen Gerichte entscheiden selbständig neuerlich die streitige Rechtssache. Die zu fällende gerichtliche Entscheidung ist eine neue Entscheidung, welche sich möglicherweise auf ein anderes faktisches und auf ein anderes Beweismaterial stützt. In diesem Falle können wir von einer Berufung auf den Rechtsweg im vollen Sinne des Wortes sprechen, da die Rechtsangelegenheit in ihrem ganzen Umfange neuerlich der Kognition der ordentlichen Gerichte unterliegt.

In der ersten Gruppe der Rechtsangelegenheiten stellt sich das von den ordentlichen Gerichten zu fällende Urteil als ein Rechtsänderungsurteil dar, da die eingebrachte Klage eine Rechtsänderung in dem durch das Erkenntnis der Verwaltungsbehörde hervorgerufenen Rechtszustande beabsichtigt.¹⁵⁾ In der zweiten Gruppe der Rechtsangelegenheiten hingegen ist die eingebrachte Klage eine Leistungs-, respektive

¹⁵⁾ Siehe die Ausführungen Hellwigs, w. o., Bd. I, S. 396 ff. Es ist auch die Abhandlung Elemér Baloks zu berücksichtigen: „Über das konstitutive Urteil, eine kritische Rundschau in der Literatur“, Grünhuts Zeitschr., Bd. XXXIV, S. 123, und insbesondere S. 138.

negative Feststellungsklage und infolgedessen nimmt auch das zu fällende Urteil einen diesbezüglichen Charakter an.

In der österreichischen Gesetzgebung wird diesem Gedankengange Rechnung getragen, was im ganzen Umfange aus dem Gesetze vom 6. Juni 1887, RGBl. Nr. 72, betreffend die Wirkungen und die Anfechtbarkeit der von Behörden des stehenden Heeres, der Kriegsmarine, der Landwehr, auf administrativem Wege gefällten Ersatzerkenntnisse¹⁶⁾ hervorgeht.

¹⁶⁾ Der § 2 lautet: „Besteht der auf Grund eines im § 1 bezeichneten Erkenntnisses zu ersetzende Schaden in einem Abgange an dem urkundlich festgestellten Bestande an barem Gelde, Wertpapieren oder Vorräten, und ist die Verurteilung zum Ersatze gegen eine solche Person erfolgt, welche sich nach der durch eine sorgfältige Untersuchung des Sachverhaltes gewonnenen Überzeugung der entscheidenden Behörde einer nach dem Strafgesetze zu ahndenden Handlung, oder einer Verletzung derjenigen Dienstpflichten schuldig gemacht hat, welche ihr in Beziehung auf die Verwaltung, Einnahme, Ausgabe, Erhebung, Ablieferung oder den Transport der abgehenden Gegenstände oblagen, so kann der zum Ersatze Verurteilte, nachdem er die auf dem administrativen Wege zulässigen Mittel der Anfechtung erschöpft hat, den Weg der Klage betreten, um die gänzliche oder teilweise Aufhebung des administrativen Erkenntnisses zu bewirken. Die Klage ist binnen drei Monaten nach dem Tage der Zustellung des endgültigen administrativen Erkenntnisses anzubringen. Zuständig für die Klage ist der Gerichtshof erster Instanz, bei welchem, oder in dessen Sprengel der Verurteilte zur Zeit der im vorstehenden Absatze bezeichneten Zustellung seinen allgemeinen persönlichen Gerichtsstand hatte.“ Wir haben hier mit einer Rechtsmittelklage im wahren Sinne des Wortes zu tun. Dieselbe soll eine gänzliche, respektive teilweise Aufhebung des administrativen Erkenntnisses bewirken. Der Kläger kann mit der Klage abgewiesen werden, respektive es kann dem Begehren der Klage gemäß das Erkenntnis der Verwaltungsbehörde gänzlich oder teilweise aufgehoben werden. Zur Einbringung der Klage ist eine Frist festgestellt. Dieselbe wird zu einer zivilprozessualen Frist gestempelt (§ 4). Das Verfahren wird nach den Vorschriften der ZPO. durchgeführt, also im Rechtswege. (Siehe oben S. 75.) Nach § 3 des Gesetzes, wenn es sich um Ersatz eines anderen als des im § 2 bezeichneten Schadens oder auch um andere, im Gesetze näher bezeichnete Fälle handelt, so kann der zum Ersatze Verurteilte binnen zwei Wochen nach dem Tage der Zustellung des Erkenntnisses bei der Behörde, welche das Erkenntnis gefällt hat, Einsprache erheben. Die Einsprache bewirkt die Verweisung der durch das Erkenntnis der betreffenden Behörde entschiedenen Sache auf den ordentlichen Rechtsweg. Im letzten Falle wird die Rechtsangellegenheit vom neuen im Rechtswege selbständig geprüft. Wird die Klage

Die Institution der Berufung auf den Rechtsweg soll dem Grundsatz Ausdruck geben, daß in der Regel streitige Rechtsangelegenheiten privatrechtlicher Natur, wenn dieselben auch schon ausnahmsweise den Verwaltungsweg durchgemacht hätten, dennoch auf den Rechtsweg gelangen können. In der Einführung der besprochenen Institution steckt ein gewisses Mißtrauen zum Verwaltungswege; dies ist sogar aus den diesbezüglichen Materialien sichtbar. Wir können wohl hoffen, daß dieser Zustand mit Ablauf der Zeit einer Änderung unterliegt. Mit dem Augenblick, in welchem der Verwaltungsweg in dem eigentlichen Sinne des Wortes in einen rationell geregelten Verwaltungsrechtsweg übergeht, in demselben Augenblick wird auch eine andere Regelung der besprochenen Rechtsinstitution in den Fällen unter A ermöglicht. Der Verwaltungsrechtsweg wird den Rechtsweg vertreten. Eine Berufung auf den Rechtsweg in den Fällen unter A könnte im allgemeinen wegfallen. Ein wenig anders verhält sich die Sache in den Fällen unter B (Berufung auf den Rechtsweg *sensu stricto*). Der Grundsatz, daß die Berufung auf den Rechtsweg „*sensu stricto*“ (B) der Regel nach möglich sei, ist nicht treffend. Dies vermehrt die Verfahrenskosten, verlängert die Rechtsverfolgung und verursacht eine Rechtsunsicherheit in der Feststellung der Rechtsverhältnisse, schließlich bildet er die Ursache einer Unklarheit des Verhältnisses der Erkenntnisse der Verwaltungsbehörden zu den Erkenntnissen der ordentlichen Gerichte, hauptsächlich im Exekutionsverfahren.¹⁷⁾ Diese Rechtsinstitution sollte als eine Ausnahmsinstitution nur in den speziell vom Gesetzgeber angegebenen Fällen und unter den klar im Gesetz angegebenen Bedingungen Anwendung finden.

im Rechtswege im Termine des § 7 eingebracht, so kann auf Grund des durch die Einsprache angefochtenen Erkenntnisses eine Exekution zur Sicherstellung nicht mehr geführt werden.

¹⁷⁾ Siehe auch Jäger (*Zeitschr. für Verwaltung v. J. 1868, w. o.*), wie auch den Aufsatz über den Gesetzesentwurf, betreffend den Schutz und die Ausübung der Fischerei (*Zeitschr. für Verwaltung v. J. 1876, S. 66 und 67*).

II. Teil.

Unzulässigkeit des Rechtsweges.

§ 1.

Im allgemeinen.

Die Unzulässigkeit des Rechtsweges als Mangel einer „absoluten“ Prozeßvoraussetzung teilt die Schicksale aller Prozeßvoraussetzungen dieser Natur. Sie soll von Amts wegen oder auf Grund von Parteianträgen den Gegenstand der richterlichen Prüfung bilden. Das rechtskräftige Urteil — die Sache vom Standpunkte des Zivilprozesses betrachtet — saniert den Mangel. Das wären die Schlagworte zur Beurteilung der Folgen des Mangels der Zulässigkeit des Rechtsweges. Der eingenommene Standpunkt wäre aber ein rein zivilprozessualer. Diesen Standpunkt nahmen und nehmen die frühere und die jetzige zivilprozessuale Gesetzgebung ein. Die jetzige Gesetzgebung sowie die frühere kennen keine Nullitätsklage, ähnlich der Klage aus dem § 529 der jetzt bindenden ZPO., welche sich als eine Rechtsmittelklage zur Geltendmachung der Unzulässigkeit des Rechtsweges nach Rechtskraft des Urteiles darstellen würde.¹⁾ Die Prüfung der Kompetenz der inländischen ordentlichen Gerichte (absolute Inkompetenz) durch den Obersten Gerichtshof nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung ist keine durch die ZPO. geregelte Frage. Der Oberste Gerichtshof kann die Frage ohne Antrag einer

¹⁾ Siehe: Harrasowsky: „Die Rechtsmittel im Zivilprozesse nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung“, Wien 1879, S. 458, Bem. 34. Ott: „Deckt Rechtskraft des Urteils die Unzulässigkeit des Rechtsweges?“ GZ. Nr. 43, 44, 45.

der Prozeßparteien, aber nicht von Amts wegen, sondern einzig und allein auf Antrag der obersten administrativen Behörde prüfen.

Diese Sachlage rechtfertigt die Behauptung, daß nur die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges vor der Rechtskraft des Verfahrens ein rein zivilprozessuales Problem bildet. Die Vorschrift des § 42, Abs. 2 JN. trifft nur in ihren Folgen die gefällte Entscheidung und das zivilprozessuale Verfahren. Das der Aufhebung des Urteiles vorangehende Verfahren beim Obersten Gerichtshofe ist kein Zivilprozeßverfahren. Da aber die durch den Obersten Gerichtshof erörterte Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges, und zwar die Frage der absoluten Inkompetenz streitige bürgerliche Rechtssachen betrifft, so tangiert auch die letzte Frage (§ 42, Abs. 2 JN.) unser Gebiet. Infolgedessen wäre zu besprechen:

1. Die Zulässigkeit des Rechtsweges als ein Gegenstand der richterlichen Prüfung während des Prozesses.

2. Die absolute Inkompetenz der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Streitsachen, als ein Fall der Unzulässigkeit des Rechtsweges, ein Gegenstand der richterlichen Prüfung nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens.

§ 2.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges als ein Gegenstand der richterlichen Prüfung während des Prozesses.

Die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ist Gegenstand der Prüfung während des Prozeßverfahrens, so gut auf Antrag, wie auch von Amts wegen.

I. Mehrere Vorschriften der ZPO. und der JN. werfen Licht auf die Aufgaben des Richters bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges während des Prozesses. Dies sind hauptsächlich die Bestimmungen der §§ 42, Abs. 1, 104, Abs. 2 JN., und § 240, Abs. 3 ZPO. Nach § 42, Abs. 1 hat der Richter, wenn die Rechtssache der inländischen Gerichts-

barkeit oder den ordentlichen Gerichten entzogen ist, in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens sofort durch Beschluß auszusprechen. Diese Bestimmung umfaßt einen Fall der absoluten Inkompetenz und bildet einen wesentlichen Teil des Begriffes der Unzulässigkeit des Rechtsweges. (Siehe oben S. 5.) Nach § 104, Abs. 2 JN. kann keine „prorogatio fori“ bei jenen Streitangelegenheiten zu stande kommen, welche dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte überhaupt entzogen sind. Diese Bestimmung ist wieder im innigsten Zusammenhange mit einem Falle der absoluten Inkompetenz respektive mit einem Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Schließlich ordnet § 240 ZPO. an, daß die Unzulässigkeit des Rechtsweges jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei.¹⁾

Die Vorschrift des § 42, Abs. 1 JN. stellt sich als Grundsatz dar; die beiden anderen Vorschriften bilden teilweise Anwendungsfälle des angegebenen Grundsatzes. Die Basis der Vorschrift des § 240, Abs. 3 ZPO. ist in der Richtung umfangreicher, daß sie alle Fälle der Unzulässigkeit des Rechtsweges, wohlverstanden im Zivilprozeßverfahren, umfaßt.

Wenn wir unser Augenmerk auf das Prozeßverfahren lenken und die Frage zu lösen trachten, in was für Prozeßstadien die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges geprüft werden kann und soll, so müssen wir uns vor allem zur Untersuchung der ersten Gelegenheit wenden, welche sich dem Richter in der oberwähnten Richtung bietet. Dies wäre die Prüfung der Zuständigkeit bei der Dekretierung der Klage. Aus dem § 43 JN. ist sichtbar, daß der Richter vor allem die Bedingungen des § 42, Abs. 1 JN. (absolute Inkompetenz) zu prüfen hat. Erst nach dieser Prüfung im Sinne des § 42 soll die Zuständigkeit in anderer Richtung, und zwar im Sinne des § 41 JN. untersucht werden. Nach § 41 JN. hat das Gericht, sobald eine Rechtssache der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit bei ihm anhängig wird,

¹⁾ Siehe auch Sperl: „Klageabweisung a limine wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges“, GZ. 1909, S. 90.

seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Im Abs. 2 des berufenen Paragraphen wird angeordnet, daß die Prüfung in bürgerlichen Streitsachen auf Grund der vom Gesetze näher bezeichneten Grundlage durchgeführt werde. Bevor also der Richter die Frage der Zuständigkeit nach § 41 JN. der Prüfung unterzieht, muß er vor allem klarstellen, ob die Rechtsache eine inländische bürgerliche Rechtssache sei, und dann erst, ob sie eine bürgerliche Streitsache oder eine bürgerliche Rechtssache der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei. In beiden Fällen ist die Stellung des Richters eine andere (§ 41, Abs. 2 und 3 JN.). Demzufolge muß der Richter in Streitsachen die Zulässigkeit des Rechtsweges prüfen. (Siehe: I. Teil § 2. Die Zulässigkeit des Rechtsweges eine Prozeßvoraussetzung.) Dies entspricht auch dem Sinne der Vorschrift des § 240, Abs. 3 ZPO.

Bei der ersten Tagsatzung hat der Richter die Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen. Das ist vor allem, was die Prüfung der Kompetenz der ordentlichen Gerichte anbetrifft, aus dem § 42, Abs. 1 JN. sichtbar. („In jeder Lage des Verfahrens . . . die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens sofort auszusprechen.“)²⁾ Dies bestätigt auch der in der ZPO. speziell Anwendung findende § 240, Abs. 3. Dieser Interpretation steht nicht der letzte Absatz des § 239 entgegen, welcher nur alles andere „Anbringen“ ausschließt, also lediglich nur die Prozeßanträge seitens der Parteien vor Augen hat. Die Tätigkeit des Richters von Amts wegen ist dadurch nicht gehindert worden. Die Vorschrift des § 42 JN. von der sofortigen Aussprechung der Nichtigkeit und der § 240 ZPO. über die jederzeitige³⁾ Berücksichtigung der Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen könnten sonst nicht durchgeführt werden. Die Vorschrift des § 239, Abs. 3, nach welcher die

²⁾ Godlewski: „Die erste Tagsatzung“, w. o., S. 136, 50 und 51 (polnisch). Siehe auch Sperl, l. c.

³⁾ Was die Bedeutung des Wortes „jederzeit“ anbetrifft, siehe die Entscheidungen des OGH., Bd. XXXVI, Nr. 726, Bd. XLIV, Nr. 3778 (irrtümlich ohne Berücksichtigung der Vorschrift des § 42, Abs. 3 JN.), 3796 und 4009. Siehe unten S. 97.

Frage der Zuständigkeit in den Grenzen des § 104 JN. auch von Amts wegen bei der ersten Tagsatzung berücksichtigt werden kann, liefert uns nicht den Beweis, daß der Richter nur in diesem Falle der Unzuständigkeit von Amts wegen einschreiten solle. Die Vorschrift des § 239 in fine der ZPO. war, was den § 104 JN. anbetrifft, deswegen unbedingt nötig, weil der § 240, Abs. 2 ZPO. über die Berücksichtigung der oberwähnten Unzuständigkeit erst für die Zeit nach der Abhaltung der ersten Tagsatzung Vorschriften enthält. Diese Meinung bekräftigt auch § 43 JN.⁴⁾

Wird bei der ersten Tagsatzung die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges angemeldet, so wird der Richter diese Einrede als Einrede nicht erledigen können. Dieser Umstand wird aber dem Richter die nötige Veranlassung zur amtswegigen Berücksichtigung dieser Nullität bieten können. Der Richter könnte dies aber nur dann tun, wenn die Unzulässigkeit des Rechtsweges sofort feststellbar und angesichts dessen gleich bei der ersten Tagsatzung zum richterlichen Einschreiten geeignet ist. Wäre dies der Fall, so müßte der Richter die Klage gänzlich oder teilweise wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückweisen. Infolgedessen wäre auch das Anbringen des Belangten, respektive des Klägers bei der ersten Tagsatzung gegenstandslos. Ist die angemeldete Einwendung der Unzulässigkeit des Rechtsweges — der Meinung des Richters nach — unbegründet oder zweifelhaft, so ist zum amtswegigen Einschreiten kein Grund und die Frage kann erst im weiteren Verfahren vom Gerichte geprüft. Die erste Tagsatzung ist nur zur Anmeldung (also nicht zur Erledigung) der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges bestimmt (§ 239, Abs. 1 ZPO.). Diese Verfahrens-

⁴⁾ Im § 118, Abs. 2 GeschO. wird angeordnet, daß wegen Streit-anhängigkeit oder Rechtskraft die Klage, wengleich die hiefür entscheidenden Tatsachen nach den Akten zweifellos feststehen, nicht ohne Anberaumung einer Tagsatzung zurückgestellt werden darf. Die Interpretation der diesbezüglichen Vorschriften seitens des Justizministeriums entspricht der Anschauung, daß der Richter bei der Erledigung der Klage und bei der ersten Tagsatzung die Unzulässigkeit des Rechtsweges zu prüfen berufen ist.

art bekräftigt die Vorschrift des § 239 in fine der ZPO. „Auch von Amts wegen kann eine Erörterung über die letzteren Punkte oder über eine durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigende Unzuständigkeit des Gerichtes bei der ersten Tagsatzung eingeleitet und auf Grund dessen ein Beschluß über die Einstellung des Verfahrens gefaßt werden.“ Aus den Worten des Gesetzes ist sichtbar, daß die Unzuständigkeit des Gerichtes außer den Grenzen des § 104 JN. bei der ersten Tagsatzung nur von Amts wegen berücksichtigt werden kann. Würde eine Einrede in der oben erwähnten Richtung (§ 104 JN.) eingebracht, so wird dieselbe als solche formell nicht erledigt, die eingebrachte Einrede könnte nur eine Veranlassung zur amtswegigen Tätigkeit des Richters bilden. Eine besondere Verhandlung behufs Erörterung der von Amts wegen aufgeworfenen Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges wäre nach dem Wortlaut der §§ 260, Abs. 1, und 398, welche beide lediglich von den „Einreden“ sprechen, unzulässig. Andererseits ist es nicht ausgeschlossen, daß während der abgesonderten Verhandlung nach § 260, Abs. 1 z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichtes die Unzulässigkeit des Rechtsweges ans Tageslicht kommt. In diesem Falle könnte das Gericht von dem § 240, Abs. 3 ZPO. Gebrauch machen.

Während des vorbereitenden Verfahrens kann die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges auftauchen, z. B. bei der Prüfung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes (§ 240 ZPO.). In diesem Falle könnte das festzustellende protokollarische Material die ämtliche Veranlassung zur amtswegigen Tätigkeit des erkennenden Richters bei der Streitverhandlung bilden.

In der ersten Instanz kann die besprochene Frage einen Gegenstand der Prüfung bei der Streitverhandlung bilden. Die speziellen Vorschriften über die Behandlung der Einreden nach § 261 finden auch in dem Falle Anwendung, wenn der Senat die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen aufwirft und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung macht. Das Gericht kann bei der Streitverhandlung die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges mit

dem ganzen Prozeßmaterial zusammen oder als einen abgesonderten Streitpunkt prüfen (§ 189 ZPO.). Die Vorschriften des § 261, Abs. 1 bis 4 haben auch dann Anwendung zu finden, wenn der Senat die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen aufwirft und zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung macht (§ 261, letzter Absatz).⁵⁾ Es ist auch möglich, daß bei der Streitverhandlung im Sinne des § 398 ZPO. das Gericht vor Fällung des Versäumnisurteiles die Überzeugung gewinnt, daß eine Unzulässigkeit des Rechtsweges vorliege.

Wenn das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Rechtsweg unzulässig sei, so soll das ganze Verfahren als nichtig aufgehoben und die Klage mittels Beschlusses zurückgewiesen werden (§ 261, Abs. 1).⁶⁾ Wenn hingegen das Gericht die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen aufwirft und nach durchgeführter abgesonderter Verhandlung über diese Frage die Überzeugung gewinnt, daß die erhobenen Zweifel unbegründet erscheinen, so ist kein Beschluß zu verkündigen oder auszufertigen.⁷⁾ Das Gericht führt die Verhandlung weiter durch, so, als wenn die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges gar nicht aufgetaucht wäre. Das Gericht hat gar keine Veranlassung gehabt, seiner Anschauung nach außen Ausdruck zu geben; es war keine

⁵⁾ Dieser letzte Absatz wurde erst durch die gemeinsame Konferenz eingeführt (Materialien, Bd. II, S. 436). Durch die Worte „die vorstehenden Bestimmungen“ können wir nur die Bestimmungen des § 261 verstehen, da schon im § 260 im letzten Absatze der Gesetzgeber sich derselben Wendung bedient.

⁶⁾ Die Frage, ob, wenn das Gericht bezüglich eines geltend gemachten Anspruches die Unzulässigkeit des Rechtsweges ausspricht, dieser Beschluß in das Urteil aufzunehmen oder besonders auszufertigen sei, ist streitig. Pollak, w. o., S. 350 und 351. Neumann, Kommentar, S. 936 und 937. . . . Nach der Judikatur des OGH. wird die Entscheidung, wenn auch der Beschluß mit dem Urteile umfaßt wurde, als Beschluß, nicht als Urteil behandelt (Bd. XLI, Nr. 2610, Bd. XLII, Nr. 2945, 3016). Zurückweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges in erster und zweiter Instanz in Urteilsform, Unzulässigkeit der dagegen ergriffenen Revision (Bd. XLIV, Nr. 4009).

⁷⁾ Ganz treffend wird die Frage in der Beantwortung der Fragen zu § 261 unter c gelöst.

Einrede, respektive kein Antrag in der Richtung der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu erledigen. Der Richter hat bloß nach amtswegiger Prüfung der von ihm aufgeworfenen Frage die Überzeugung gewonnen, daß keine hinlängliche Grundlage vorliege, um vom Amtswege die Unzulässigkeit des Rechtsweges zu berücksichtigen.

Im Berufungsverfahren wird die Zulässigkeit des Rechtsweges unter Anwendung der Vorschriften der §§ 471, Z. 7, und 477, Z. 6 ZPO. vom Berufungsgerichte geprüft. Der Berufungsrichter ist nach § 462 berechtigt, innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge die Entscheidung der Gerichte erster Instanz zu überprüfen. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Berufungsrichter, obgleich der Berufungsantrag nur auf Abänderung des Urteils lautete, dennoch von Amts wegen die Unzulässigkeit des Rechtsweges in den Grenzen des Gegenstandes der Berufung, also im Umfange der Berufungsanträge zu prüfen, respektive zu berücksichtigen berechtigt ist. Aus dem § 466 ist sichtbar, daß durch die rechtzeitige Erhebung der Berufung der Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteiles im Umfange der Berufungsanträge bis zur Erledigung des Rechtsmittels gehemmt wird. A contrario müssen wir die Überzeugung gewinnen, daß das Urteil, insofern es nicht angefochten wurde, also außerhalb des Umfanges der Berufungsanträge, zur Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist. Dies wäre vor allem aus dem § 13 EO. ersichtlich.⁸⁾ Gesetzlich ist die Anschauung nicht gerechtfertigt, daß die Unzulässigkeit des Rechtsweges grundsätzlich auch außerhalb der Grenzen der Berufungsanträge vom Berufungsrichter zu prüfen und zu berücksichtigen sei. Ist das Verfahren rechtskräftig, wenn auch nur, was einen zur Absonderung geeigneten Teil des streitigen Gegenstandes (§ 466 ZPO. und § 13 EO.) anbetrifft, abgeschlossen, so kann man sich auf die Vorschrift der jederzeitigen Berücksichtigung der Unzulässigkeit des Rechtsweges

⁸⁾ Neumann: „Kommentar zur Exekutionsordnung“, S. 82 und 83. Siehe auch Pollak, w o, Bd. I, S. 520. Auch Schauer: „Die Frage der absoluten Inkompetenz“ (GZ. 1897, S. 188 und 189).

nicht berufen. Dies wäre — nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens — nur möglich unter den Voraussetzungen des § 42 JN., das ist bei der Prüfung der absoluten Inkompetenz durch den Obersten Gerichtshof.⁹⁾

Ähnlich verhält sich die Sache im Revisionsverfahren. Nach § 503, Z. 1 bildet die Nichtigkeit des Verfahrens auf Grund des § 477 einen Revisionsgrund. Eine spezielle Vorschrift über amtswegige Berücksichtigung der Unzulässigkeit des Rechtsweges im Revisionsverfahren ist nicht vorhanden. Dessenungeachtet finden auf Grund der Vorschriften des § 513 ZPO. die Vorschriften der §§ 477, Z. 6, und 478, Abs. 1 auch im Revisionsverfahren Anwendung, was auch dem Sinne des § 42 JN. und dem § 240 ZPO. entspricht. Bei sinngemäßer Anwendung der berufenen Vorschriften soll das Revisionsgericht in den Fällen der Unzulässigkeit des Rechtsweges das Verfahren gemäß § 478, Abs. 1 aufheben und die Klage zurückweisen. Die ämtliche Prüfung im Revisionsverfahren kann nur in den Grenzen der Revisionsanträge stattfinden (§ 504, Abs. 1 ZPO.). Die früheren Ausführungen finden, was die Prüfung der Nullitätsgründe durch das Berufungsgericht anbetrifft, auch im Revisionsverfahren Anwendung.¹⁰⁾ Die Ein-

⁹⁾ Konform Neumann (Kommentar der ZPO.), S. 1254; er behauptet aber auf S. 1213 folgendes: „Wurde die Aufhebung des Urteils in einem bestimmten Teile beantragt, so kann nicht das ganze Urteil aufgehoben werden, wenn auch vom Berufungsgericht ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wird, der sich nicht auf den angefochtenen Teil des Urteils bezieht; eine Aufhebung des ganzen Urteiles auch in dem nicht angefochtenen Teile ist zulässig, wenn die Unzulässigkeit des Rechtsweges, die Streitanhängigkeit und Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urteils wahrgenommen wird, und diese Einreden das ganze Urteil ergreifen. Dies aus dem Grunde, weil diese Einreden gemäß § 240 jederzeit von Amts wegen zu berücksichtigen sind.“ Nach Neumann könnte also in diesem Falle eine *reformatio in pejus* stattfinden. Für die besprochene Ansicht können wir aber in dem Gesetze keine dies zulassende Vorschrift finden. Siehe auch Pollak, Bd. II, S. 516, 520, 524 und 525; Schultzenstein: „Wesen und Grund der Unzulässigkeit einer *reformatio in pejus*“, Zeitschr. für den deutschen Zivilprozeß, Bd. XXXI, S. 12 und 13. Siehe auch S. 39 ff. Beantwortung der Fragen zu § 462, welche sowohl die Berufungsanträge wie auch Revisionsanträge betrifft.

¹⁰⁾ Siehe auch Schultzenstein: „*Reformatio in pejus*“, w. o., S. 12.

bringung eines Rekurses ist auf Grund der Nullitätsgründe des § 477 gesetzlich möglich (§ 514, Abs. 2). Es ist also auch eine Geltendmachung der Unzulässigkeit des Rechtsweges im Wege des Rekurses nicht ausgeschlossen. Es mangelt an einer ausdrücklichen Vorschrift, nach welcher der Richter in dem über den eingebrachten Rekurs eingeleiteten Verfahren die Vorschrift des § 477 ZPO. von Amts wegen anzuwenden hätte. Was den speziell besprochenen Nullitätsgrund des § 477, Abs. 6 (die Unzulässigkeit des Rechtsweges) anbetrifft, so verhält sich die Sache insofern anders, als die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges in den Grenzen der absoluten Inkompetenz ihre Lösung im § 42 JN. findet. Bei der Unzulässigkeit des Prozeßverfahrens als bei einem Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges reicht die Vorschrift des § 240, Abs. 3 JN. aus, um auf Grund des Rekurses das Verfahren von Amts wegen als nichtig aufzuheben. So gut bei Anwendung der Vorschrift des § 42 JN. wie bei jener des § 240 ZPO. müssen wir dem Umstande Rechnung tragen, daß rechtskräftig entschiedene Teile der streitigen Rechtssache keinen Gegenstand der richterlichen Prüfung, respektive Anfechtung bilden können.¹¹⁾ Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Prozeßgegenstand dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte angehört, während des Verfahrens aber akzessorische Fragen entstehen, die der Richter irrig als zivilprozessuale im eigenen Wirkungskreise erledigt. Das Gericht stellt z. B. ein Armutszeugnis aus und erteilt gleichzeitig das Armenrecht. Das Gericht ist in diesem Falle, was die Ausstellung des Zeugnisses anbetrifft, in einen fremden Wirkungskreis geraten¹²⁾ oder z. B. das Gericht hat wegen einer in einem Schriftsatze begangenen Verletzung der schuldigen Achtung nach § 86 ZPO. eine Ordnungsstrafe gegen eine Militärperson verhängt. Hätte die Militärperson in dem letzten Falle den Rekurs bloß bezüglich der Höhe der Strafe ergriffen, so wäre dessenungeachtet das Gericht berechtigt.

¹¹⁾ Siehe auch Schultzenstein, w. o., S. 14.

¹²⁾ Eine Ausnahme könnte das im Sinne des § 65, Abs. 4 ZPO. ausgestellte Armenzeugnis bilden.

die Entscheidung, was die Ordnungsstrafe anbetrifft, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, speziell wegen absoluter Inkompetenz, von Amts wegen aufzuheben. Nach Rechtskraft der Entscheidung der ersten Instanz wäre die Aufhebung des rechtskräftigen Beschlusses nur durch den Obersten Gerichtshof im Sinne des § 42 JN. möglich.¹³⁾ Das wären die häufigsten Gelegenheiten zur Anwendung der besprochenen Vorschrift. Den Vorschriften der §§ 42 JN. und 240 ZPO. entspricht es in vollem Maße, daß der berufene Richter (bei welchem die Rechtssache anhängig ist) die diesbezüglichen Vorschriften „jederzeit“ und „sofort“, also in jeder Lage des Prozesses, anwendet.¹⁴⁾

II. Die Unzulässigkeit des Rechtsweges kann einen Gegenstand der vom Belangten eingebrachten Einrede bilden. Die Einrede kann schon bei der ersten Tagsatzung eingebracht werden (§ 239, Abs. 1). Sie kann aber bei derselben nicht vom Richter als solche erledigt werden (siehe oben S. 91). Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, respektive ein Antrag in dieser Richtung ist auch während der Streitverhandlung möglich (§ 260, Abs. 3 ZPO.). Wird die Einrede (Antrag) der Unzulässigkeit des Rechtsweges eingebracht, so teilt sie die Schicksale aller „privilegierten Einreden“

¹³⁾ Siehe auch Entscheidungen des OGH., Bd. XXXVII, Nr. 986.

¹⁴⁾ Einen lehrreichen Fall finden wir in der E. des OGH., Bd. XXXVI, Nr. 728. Die Sachlage ist folgende: „Der erste Richter hat nach durchgeführter Verhandlung gemäß § 42 JN. die Unzuständigkeit des Gerichtes ausgesprochen. Das Rekursgericht behob den erstrichterlichen Beschluß und verfügte die weitere Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst. Der gegen diese Entscheidung von der Gemeinde B überreichte Rekurs wurde, da er gegen einen Beschluß gerichtet erscheine, wider welchen gemäß Abs. 2 des § 518 ZPO. ein abgesondertes Rechtsmittel versagt ist, und daher nach Maßgabe des § 523 ZPO. schon von demjenigen Gerichte von Amts wegen zurückzuweisen war, bei welchem er überreicht wurde, vom OGH. als unzulässig verworfen, zugleich jedoch nach Zulaß des § 42 JN. die Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung dieser Rechtssache, sowie die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens ausgesprochen und die Klage der klägerischen Firma zurückgestellt.“ In diesem Falle hat ein nicht zulässiges Rechtsmittel dem Obergerichte (Rekursgerichte) die Veranlassung zur Anwendung der Vorschrift des § 42 JN. geboten. Entgegen E. des OGH., Bd. XLI, Nr. 2834.

(§§ 240, 260, 261) und das so gut dann, wenn eine besondere Verhandlung zur Prüfung dieser Einrede eingeleitet würde, wie auch dann, wenn die besprochene Frage einen besonderen Streitpunkt (§ 189 ZPO.), während der kontradiktorischen Verhandlung bilden sollte. Im Berufungs- und Revisionsverfahren kann die Unzulässigkeit des Rechtsweges einen Berufungs-, respektive Revisionsgrund bilden (§§ 467, 477, Z. 6, 503, Z. 1 ZPO.). Schließlich kann die Unzulässigkeit des Rechtsweges im Rekurse geltend gemacht werden (§ 514, Abs. 2 ZPO.).

Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Partei im Sinne des § 42 JN. eine Anzeige bei dem Richter, bei welchem die Sache anhängig ist, erstattet. Eine solche Anzeige, wenn sie auch in sich die Bedingungen eines Rechtsmittels nicht enthalten würde, kann doch eine Veranlassung für den Richter zur ämtlichen Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges bilden. Formell braucht der Richter aber die Anzeige nicht zu erledigen, da sie die Bedingungen einer Einrede, eines Antrages, respektive eines Rechtsmittels in sich nicht enthält.¹⁵⁾

Es könnte ein Zweifel entstehen, wie es sich mit der Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges verhalte, wenn ein rechtskräftiges Zwischenurteil vorliege und die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen oder auf Antrag einer der Streitparteien im weiteren Prozeßverfahren (nämlich, was die Höhe des Betrages, respektive das Klagebegehren anbetrifft) einen Gegenstand der Prüfung bildet. Durch die Erlassung eines Zwischenurteiles — sei es, daß dasselbe den Grund des Anspruches umfaßt, sei es, daß es die Erledigung der Feststellungsanträge nach §§ 236 und

¹⁵⁾ In der Beantwortung der Fragen zu § 514 lesen wir: „Die Anzeige, daß die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen sei, steht dem Beklagten, ins solange das Verfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist (§ 42, Abs. 1 JN.), wann immer offen“. (Gutachten des OGH. zu § 514 ZPO., P. 2) Gegen die Richtigkeit dieser Ausführungen ist nichts einzuwenden. Befremden muß aber die Behauptung, daß das Gutachten des OGH nur von der Anzeige seitens des Belangten spricht. Warum soll es nicht möglich sein, daß der Kläger die Anzeige von der Unzulässigkeit des Rechtsweges in Betreff des z. B. vom Belangten eingebrachten Feststellungsantrages erstattet.

259 ZPO. betrifft — ist das Verfahren, was die entschiedene Frage anbelangt, rechtskräftig abgeschlossen worden (§ 42 JN.). Es könnte in diesem Falle nur der Abs. 2 des § 42 JN. Anwendung finden. Wie verhält sich aber die Sache mit dem weiteren, noch nicht abgeschlossenen Verfahren? Hier liegt kein gesetzlich gerechtfertigter Grund vor, dem Richter auf Antrag oder von Amts wegen das Recht, die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges der Prüfung zu unterziehen, abzusprechen. Falls das Zwischenurteil einen Feststellungsantrag erledigt, wird der Richter bei Berücksichtigung der Unzulässigkeit des Rechtsweges während des weiteren Verfahrens die Klage zurückstellen. Das Begehren der Klage wurde durch das Zwischenurteil in dem besprochenen Falle (§ 393, Abs. 2 ZPO.) gar nicht berührt. Der Richter hat in dieser Richtung freie Hand. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn das Zwischenurteil nur den Grund des Anspruches erledigt (§ 393, Abs. 1 ZPO.). Wenn der Richter in diesem Falle bei dem weiteren Verfahren über die Höhe des streitigen Betrages die Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu prüfen hat, so wird er zwar im Falle der Feststellung der Unzulässigkeit des Rechtsweges das schon gefällte Zwischenurteil nicht aufheben, dessenungeachtet aber das nach dem Zwischenurteil durchgeführte Verfahren als nichtig erklären und die Klage zurückweisen können. Seiner Entscheidung wird in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit keine „noch bindende“ von ihm oder von einem anderen Gerichte gefällte Entscheidung entgegenstehen (§ 42, Abs. 3 JN.). Das Zwischenurteil betreffs des Grundes des Anspruches drückt nur „implicite“ die Zulässigkeit des Rechtsweges aus. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn das Zwischenurteil (was nicht ausgeschlossen ist) gleichzeitig den Beschluß, mit welchem die Abweisung der Einnahme der Unzulässigkeit des Rechtsweges ausgesprochen wird, enthalten würde. Unter dieser Voraussetzung wären die Bedingungen des § 42, Abs. 3 JN. vorhanden.¹⁶⁾

¹⁶⁾ Siehe treffende Bemerkungen bei Horten, Kommentar zur JN., S. 205.

Ad I und II. Das Gericht soll bei der Anwendung des § 42 JN. nur die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte, ohne Angabe welches besondere Gericht, Organ, respektive Behörde zur Entscheidung berufen ist, aussprechen. Anders verhält sich die Sache bei Anwendung des § 475, Abs. 2 ZPO.¹⁷⁾

Das Gericht kann die Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen absoluter Inkompetenz nur unter der Voraussetzung aussprechen, daß dem in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit keine von demselben oder von einem anderen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht. Diese Bestimmung erheischt in mehreren Richtungen eine Aufklärung:

a) Die Entscheidung, welche ein Hindernis zur Anwendung der besprochenen Vorschrift des § 42 bilden könnte, muß von demselben oder einem anderen Gerichte gefällt sein. Die Worte „anderes Gericht“ haben Zweifel¹⁸⁾ in der Richtung verursacht, ob das Wort „anderes“ nur ordentliche Gerichte oder auch besondere Gerichte bezeichnet. Die Zweifel sind nicht gerechtfertigt. Die Worte „anderes Gericht“ bezeichnen nur ordentliche Gerichte. Dies ist vor allem aus den Vorschriften der JN., die nur Bestimmungen für ordentliche Gerichte enthalten, ersichtlich (siehe oben S. 3 und 4). Die Vorschrift des § 1 JN. bezeichnet die ordentlichen Gerichte als „Gerichte“, die anderen Zivilgerichte, Schiedsgerichte usw. umfaßt die berufene Vorschrift mit den Worten „Organe und Behörden“. Es ist ausgeschlossen, daß sich die JN. in der prinzipiellen Vorschrift des § 1 des Ausdruckes „Behörde“, respektive „Organe“ bedient hätte, und in dem besprochenen Falle (§ 42 JN.) mit dem Worte „andere Gerichte“ diese Organe und Behörden umfassen wollte. In den Materialien (Bd. I.

¹⁷⁾ Entscheidungen des OGH., Bd. XXXVII, Nr. 871.

¹⁸⁾ Canstein: „Das Zivilprozeßrecht (Neue Zivilprozeßordnung)“, S. 344, erläutert die Worte „andere“ in dem Sinne, daß das Wort auch besondere Gerichte bezeichnet. Diese Bestimmung soll namentlich dann Anwendung finden, wenn sich ein Gewerbegericht (§ 24 GewGG.), oder ein Börsenschiedsgericht (Art. XXIV EinfG. zur ZPO.), oder das Obersthofmarschallamt usw. mit Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit als unzuständig erklärt hätte. Unserer Ansicht nach finden die Vorschriften des § 24 GewGG. und des Art. XXIV EinfG. zur JN. als spezielle Vorschriften, nicht als Anwendungsfall des § 42 JN. Anwendung.

S. 31), und zwar in der Regierungsvorlage, wird folgender Anschauung Ausdruck gegeben: „Der vorliegende Entwurf enthält weder in Ansehung der über exterritoriale Personen auszuübenden Gerichtsbarkeit eine Bestimmung, noch wird darin das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den besonderen Gerichten berührt, und insbesondere fehlen auch solche Vorschriften über das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu dem Obersthofmarschallamt. Alles dies wird im Einführungsgesetze normiert werden.“ Die Behauptung, daß die Vorschriften der JN. nur auf die ordentlichen Gerichte Anwendung finden, wird durch die Materialien bekräftigt (Bd. I, S. 615). Wir lesen daselbst: „Diese Gerichte (besonderen Gerichte) waren im Art. XIII (EinfG. zur JN.) notwendig anzuführen, weil die JN. nur Vorschriften über ordentliche Gerichte gibt.“¹⁹⁾

b) Die noch bindende Entscheidung muß in derselben Rechtsangelegenheit gefällt worden sein. Wenn die Entscheidung auf die Frage der Kompetenz, respektive Zulässigkeit des Rechtsweges im allgemeinen einen Einfluß ausüben soll,

¹⁹⁾ Im § 7 ZPO. lesen wir folgendes: „Wenn der Mangel der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung oder der Ermächtigung zur Prozeßführung nicht beseitigt werden kann oder doch die hiezu gewährte Frist fruchtlos abgelaufen ist, hat das Gericht erster oder höherer Instanz, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist, die Nichtigkeit des von dem Mangel betroffenen Verfahrens durch Beschluß auszusprechen. Dieser Ausspruch kann nicht erfolgen, wenn demselben in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine von demselben oder von einem anderen inländischen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.“ Der letzte Satz entspricht fast wörtlich der besprochenen Bestimmung des § 42 JN. Siehe auch Materialien, Bd. I, S. 766, wie auch Materialien, Bd. II, S. 347 und 348. Dies bestätigt auch die Beantwortung der Frage zu § 42, Abs. 3, und zu § 7, Abs. 2 ZPO., welche im ganzen Wortlaute unten angegeben wird. Die Beantwortung der Frage verlangt, daß die Entscheidung in derselben Sache, in Beziehung deren es sich um die Unzuständigkeit des Gerichtes handelt, ergangen sei. Siehe auch Schauer: „Zur Frage der absoluten Inkompetenz“ (§ 42 JN.) GZ. 1897, S. 190. Meine Abhandlung: „Von der absoluten Inkompetenz der ordentlichen Gerichte“ (polnisch), in der Zeitschrift für Recht und Volkswirtschaft, Jahrg. 1900, S. 106 ff.; meine „Lehre von den Gerichten und der ZPO.“ (polnisch), Bd. I, S. 227 ff., wie auch Bd. II, S. 28 ff.

so muß sie dieselbe Rechtsangelegenheit betreffen, sonst wäre ja die Entscheidung für den konkreten Fall eine irrelevante Entscheidung. Dessenungeachtet ist es nicht erforderlich, daß die Entscheidung in demselben Prozesse erflossen sei. Dies kann der Fall sein, braucht aber nicht unbedingt zuzutreffen.²⁰⁾

²⁰⁾ Die Konstruktion solcher Fälle bietet manche Schwierigkeiten. Folgender Fall soll als Beispiel dienen: A bringt eine Klage gegen B vor dem Gerichte in X als *forum generale* ein. B erhebt bei der ersten Tag-satzung die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen absoluter Inkompetenz. Bei einer nach § 260 angeordneten, abgesonderten Verhandlung wird der Einrede nicht stattgegeben mit der Begründung, daß die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung der Rechtsangelegenheit zuständig sind. Der Beschluß wird rechtskräftig. Während der kontradiktorischen Verhandlung nimmt der Kläger mit Zustimmung des Belangten die Klage zurück. Bei dieser Sachlage bringt A eine neue Klage gegen B vor einem anderen Gerichte, und zwar vor dem Gerichte in Y als *forum speciale electivum* ein. Das Gericht Y gewinnt bei der Prüfung seiner Zuständigkeit die Überzeugung, daß hier ein Fall der absoluten Inkompetenz vorliege. Dessenungeachtet könnte das Gericht in Y eine solche Entscheidung nicht fällen, da nach § 42, Abs. 3 der zu fällenden Entscheidung eine bindende, von einem anderen ordentlichen Gerichte in derselben Rechtsangelegenheit gefällte Entscheidung entgegenstehe. Siehe auch das Beispiel bei Demelius, *Der neue Z. P.*, S. 42.

Schauer, w. o., S. 190, geht in seinen Ausführungen noch weiter und behauptet: „. . . die präjudizielle Entscheidung nach § 42, Abs. 3 JN. muß dasselbe konkrete Rechtsverhältnis betreffen, wogegen es darauf nicht ankommt, daß die Vorentscheidung zwischen denselben Personen gefällt wurde, welche an der späteren Verhandlung beteiligt sind. Es handelt sich hier nicht um eine subjektive Beziehung der Streitparteien zum Gegenstande, sondern um objektiv feststellbare Qualitäten des letzteren. Wenn etwa zehn Bauern von A wegen Benützung eines Waldweges mit der *actio negatoria* in gesonderten Prozessen belangt werden, so kann sich das Gericht im zweiten Prozesse nicht für die sachliche Inkompetenz erklären, wenn es im ersten Prozesse seine Zuständigkeit anerkannt hat.“ Dies entspricht nicht der auf derselben S. 190 verfochtenen Anschauung, daß die noch bindende Entscheidung dieselbe Frage betreffen und in derselben Angelegenheit gefällt sein muß. Dieser Bedingung entspricht nicht das Beispiel von der *actio negatoria*. Wir haben im Beispiele Schauers mit zehn Prozessen zu tun, in welchen gefällte Entscheidungen nicht für andere Prozesse bindende Kraft haben könnten. Siehe auch Horten, w. o., S. 206. Nach dem Gutachten des OGH. zu § 7, Punkt 2, wurde der folgenden Anschauung Ausdruck gegeben: „Im Falle des § 42 JN. muß eine solche Entscheidung in eben derselben

Die Entscheidung muß denselben Grund der Nichtigkeit betreffen. Falls also die bindende Entscheidung etwa dahin lautete, daß keine Unzulässigkeit des Rechtsweges vorliege, weil die Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit angehöre, so würde dies nicht hindern, daß durch eine andere Entscheidung festgestellt wird, daß die Rechtsangelegenheit deshalb nicht auf den Rechtsweg gehöre, weil sie nicht dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zugeteilt ist. Die Entscheidung muß schon (§ 416, Abs. 2 ZPO.) und noch bindend sein.²¹⁾ Der Gesetzgeber hat den Fall vor Augen, daß die noch bindende Entscheidung feststellt, daß die betreffende Rechtsangelegenheit den inländischen ordentlichen Gerichten angehört. Nur in diesem Falle kann die gefällte Entscheidung der Aufhebung des Verfahrens wegen absoluter Inkompetenz entgegenstehen. Es ist eine Entscheidung nötig, welche den Umstand feststellt, daß die Rechtsangelegenheit dem Wirkungskreise der inländischen ordentlichen Gerichte angehört. Eine Entscheidung, welche nur implicite zu der Vermutung berechtigen würde, daß der Richter die besprochene Frage mit negativem Resultate einer Prüfung unterzogen habe, reicht nicht aus. Die Entscheidung muß durch einen Antrag oder durch eine Einwendung hervorgerufen worden sein. Von Amts wegen kann keine Veranlassung zur Feststellung vorhanden sein²²⁾, daß die Angelegenheit der in-

Sache, bezüglich deren es sich um die Unzuständigkeit des Gerichtes, bzw. um die Nichtigkeit des Verfahrens handelt, ergangen sein; während eine solche Entscheidung im Falle des § 7 ZPO. auch in einer anderen Rechtsache ergangen sein kann, wobei sodann die Parteienrolle, welche die betreffende Person in dieser Rechtsache früher eingenommen hat, nicht weiter in Betracht kommt (Gutachten des OGH. zu § 7 ZPO., P. 2).“ Siehe auch Trzeniecki: „Die Jurisdiktionsnorm“, Tarnopol 1897, S. 105 und 106 (polnisch).

²¹⁾ Schauer, w. o., S. 190. Im Gutachten des OGH. zu § 7 ZPO., Punkt 1, wird verlangt, daß die sich als Hindernis darstellende Entscheidung bereits formell rechtskräftig sei. Dies entspricht nicht dem Wortlaute des Gesetzes und auch nicht dem Wesen der Sache (siehe oben Text). Siehe treffende Bemerkungen Hortens, S. 207; Pantůček: „Organisati a prislušnosti soudni“, Prag 1897, Note 78 und 81.

²²⁾ Siehe Horten, w. o., S. 206.

ländischen ordentlichen Gerichtsbarkeit angehöre. Nur wenn der Richter die absolute Inkompetenz angenommen hätte, könnte er dies von Amts wegen in einer Entscheidung feststellen. Die letztere Eventualität hat aber für die von uns besprochene Frage keine Bedeutung.²³⁾ Wir haben es hier mit der Anwendung des Grundgedankens der Institution der Rechtskraft bei Erledigung einer prozessualen Streitsache zu tun.²⁴⁾ Wenn die besprochene Frage entschieden ist, so soll diese Entscheidung bei Prüfung derselben Streitfrage in derselben Rechtsangelegenheit innerhalb desselben Verfahrens für den Richter bindend sein. Sonst könnte der Richter die schon einmal entschiedene Streitfrage (sachliche Zuständigkeit des Gerichtes, Streitanhängigkeit, Zulässigkeit des Rechtsweges usw.) noch einmal prüfen, was dem Wesen des rationellen Verfahrens und den Vorschriften der §§ 411, 462, Abs. 2, 513, 516 usw. nicht entspricht.²⁵⁾ Eine Ausnahme könnte im Falle der Anwendung der Vorschrift des § 29 in fine der JN. stattfinden. Das Gericht ist durch eine in derselben Rechtssache erflossene Entscheidung so gut in

²³⁾ Anderer Meinung Schauer, S. 190, welcher nicht für notwendig hält, daß der richterliche Ausspruch über die im § 42 JN. bezeichneten Mängel durch einen Parteienantrag veranlaßt worden ist. Dies steht im Widerspruch mit der Beantwortung der Frage zu § 261, P. 4.

²⁴⁾ Grünbaum: „Die bindende Kraft einer Entscheidung über die Zuständigkeit“, Breslau 1910, S. 46 und 50.

²⁵⁾ In den Materialien, Bd. I, S. 56 bis 57, wird die Vorschrift des § 42, Abs. 3 folgendermaßen gerechtfertigt: „. . . dadurch wird der Möglichkeit einer gleichzeitigen doppelten Verhandlung über die Zuständigkeitsfrage, widersprechenden Entscheidungen über die Kompetenz und in letzter Linie einer doppelten Beschwerdeführung in Sachen der Kompetenz vorgebaut.“ Die Motive geben keine juristisch rechtfertigende Aufklärung. Was die Vorschrift des § 7 ZPO. anbetrifft, so wird ihr eine andere Bedeutung als der Vorschrift des § 42 zugeschrieben. Nach der Beantwortung der Fragen zu § 7, P. 2, kann die Entscheidung im Falle des § 7 ZPO. auch in einer anderen Rechtssache ergangen sein. Anderer Meinung Skedel, w. o., S. 176, welcher verlangt, daß bei Anwendung des § 7 die bindende Entscheidung, die in einer anderen Rechtssache gefällt worden ist, doch die gleichen Prozeßparteien betreffen muß. Siehe auch mein Lehrbuch, Bd. II, S. 29. Beachtenswerte Ausführungen enthält Hortens „Kommentar zur ZPO.“, 1908, S. 58.

dem Falle gebunden, wenn die Kompetenz der inländischen ordentlichen Gerichte festgestellt ist, wie auch in dem entgegengesetzten Falle, wenn die Unzuständigkeit des Gerichtes z. B. wegen absoluter Inkompetenz ausgesprochen wird (siehe auch § 46 JN.). Da aber nur der erste Fall für die zu lösende Frage von Bedeutung ist, so wurde vom Gesetzgeber nur dieser Fall im Gesetze berücksichtigt. Wenn der Gesetzgeber demnach die Vorschrift des § 42, Abs. 3 JN. eingeführt hat, so dürfte ihn vor allem der Umstand dazu bewogen haben, daß man den möglichen Zweifel lösen mußte, ob der Richter bei rücksichtsloser Anwendung des Wortlautes des § 42 JN. („in jeder Lage des Verfahrens . . . die Nichtigkeit . . . sofort auszusprechen“), die denselben Grund der Nichtigkeit betreffende Entscheidung bei Seite lassen kann²⁶⁾, wenn auch von einem „anderen Gerichte“ die Entscheidung gefällt wäre.

Schließlich müssen wir zu der Frage Stellung nehmen, was Rechtens ist, wenn ein besonderes Gericht sich deswegen als inkompetent erklärt, weil seiner Meinung nach die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Hat diese Entscheidung für die ordentlichen Gerichte eine bindende Kraft? Es mangelt an einer diese Frage im allgemeinen regelnden Vorschrift.

²⁶⁾ Siehe die E. des OGH. vom 19. März 1901 (Bd. XXXVIII, Nr. 1338). Die rechtskräftige Verwerfung der Einrede der Inkompetenz hat bindende Kraft bei der späteren Meritalentscheidung durch die Rechtsmittelinstanz. Es wird hervorgehoben: „. . . nachdem . . . gemäß § 42 JN. die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens selbst in dem Falle, als es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges überhaupt handelt, seitens der oberen Instanz dann nicht ausgesprochen werden darf, wenn diesem Ausspruch in Ansehung der Nichtigkeit eine von demselben oder von einem anderen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung im Wege steht, muß diese Vorschrift um so mehr dann gelten, wenn es sich bloß um die Frage der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes handelt . . .“ Hingegen hielt sich der OGH. (Bd. XLIV, Nr. 3778 und 3796) dessenungeachtet für berufen, die Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen zu untersuchen, wenn auch die beiden Unterinstanzen die Anwendung der Unzulässigkeit des Rechtsweges verworfen haben. Dies entspricht nicht der Vorschrift des § 42, Abs. 2 JN. (Siehe oben S. 101.) Siehe, was das deutsche Recht anbelangt, treffende Bemerkungen bei Stölzel, w. o., S. 12.

Die Vorschrift des § 46 JN. findet nur bei ordentlichen Gerichten Anwendung. Hingegen haben wir etliche spezielle Vorschriften, welche diese Frage mit Rücksicht auf die Gewerbegerichte (§ 24 GewGG.) und Börsenschiedsgerichte (Art. XXIV EinfG. zur ZPO.) betreffen. In diesen zwei Fällen sollte kein negativer Konflikt entstehen. Wie verhält sich die Sache aber mit den anderen besonderen Gerichten? Die wichtigsten Fälle wollen wir besprechen. Die ständigen, ausschließlich zuständigen Schiedsgerichte könnten wir (in Übereinstimmung mit der Rechtsanschauung des Reichsgerichtes) als ein Glied des Verwaltungsorganismus betrachten. (Siehe oben S. 10.) Die Bestimmung des § I JN. steht dieser Rechtsanschauung nicht entgegen. Die Vorschrift spricht nur von „Organen und Behörden“, die zur Beurteilung von bürgerlichen Rechtssachen berufen sind. Durch diese Bestimmung (§ 1 JN.) ist die Rechtsanschauung nicht ausgeschlossen, daß ein „Organ“ und zu diesen müssen wir die ständigen, ausschließlichen Schiedsgerichte zählen, als ein Glied im Verwaltungsorganismus zu betrachten sei. Durch diese Fassung der Streitfrage ermöglichen wir die Entscheidung eines negativen Konfliktes zwischen ständigen Schiedsgerichten und ordentlichen Gerichten im Wege des Reichsgerichtes (Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, Nr. 142, Art. 2, lit. a). Diese Interpretation bietet den nicht zu leugnenden Vorteil, daß sie der Justizverweigerung im Wege steht.²⁷⁾

²⁷⁾ Das Reichsgericht hat am 15. Jänner 1908, Z. 626 (siehe oben S. 10) der Anschauung Ausdruck gegeben, daß die Bruderladenschiedsgerichte ein Glied im Verwaltungsorganismus bilden. Der durch das Reichsgericht entschiedene Rechtsfall ist für die von uns besprochene Frage so wichtig, daß wir in Kürze den Tatbestand darstellen müssen. Durch Erkenntnis des Schiedsgerichtes vom 30. März 1907 wurde die eingebrachte Klage wegen Inkompetenz zurückgewiesen. Daraufhin hat sich der Kläger durch Klage de praes. 19. April 1907 an das Bezirksgericht . . . gewendet und beantragt, die oberwähnte Bruderlade sei schuldig, ihm die Provision zu vergüten. Das Bezirksgericht . . . hat durch Beschluß vom 22. April die Klage wegen Inkompetenz zurückgewiesen. Der Kläger hat nun die Gelegenheit gegen beide zurückweisenden Entscheidungen, das ist gegen das Erkenntnis des Schiedsgerichtes und gegen den Beschluß des Bezirks-

Für die Entscheidung eines negativen Konfliktes zwischen ordentlichen Gerichten und dem Obersthofmarschallamt als besonderem Gerichte mangeln die nötigen Vorschriften. Es ließe sich aber in dem Umstande ein Ausgangspunkt finden, daß das Obersthofmarschallamt als besonderes Gericht dem Oberlandesgerichte in Wien, respektive dem Obersten Gerichtshof daselbst, in beiden Fällen *jure judicii delegati*, unterliegt. Das Oberlandesgericht, respektive der Oberste Gerichtshof könnte als ordentliches Gericht und *jure judicii delegati* den negativen Konflikt entscheiden.

Auch der Fall eines positiven Konfliktes²⁸⁾ zwischen den ordentlichen und besonderen Gerichten (respektive Behörden oder Organen) ist in den Gesetzen nicht näher besprochen, mit Ausnahme der früher angegebenen Vorschriften. Diese Eventualität ist aber nicht ausgeschlossen, obgleich sie grundsätzlich nicht vorkommen sollte. Hier könnte nach der oben dargestellten Sachlage das Reichsgericht auf Antrag der berufenen Behörde einschreiten, und zwar unter der Voraussetzung, daß die berufene Behörde als Verwaltungs-

gerichtes weiter durch alle Instanzen verfolgt, aber erfolglos. Das Reichsgericht hat den Antrag auf Entscheidung eines negativen Kompetenzkonfliktes vor allem in der Richtung, ob das Reichsgericht kompetent sei, geprüft und hat festgestellt, daß das Schiedsgericht unbeschadet seiner Unabhängigkeit bei der Entscheidung der ihm zugewiesenen Streitigkeiten doch ein Glied im Verwaltungsorganismus sei, und hat angesichts dessen in merito den Kompetenzkonflikt entschieden. Dagegen hat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 18. Oktober 1897, Z. 331 (Sammlung der Entscheidungen Nr. 836) einen verneinenden Kompetenzkonflikt zwischen dem Schiedsgericht der Arbeiter-Unfallversicherungsanstalt und der Verwaltungsbehörde anders entschieden. Das Reichsgericht hat in diesem Falle das Schiedsgericht als Gerichtsbehörde betrachtet und mit Hinweisung auf Art 2 StGG. über Reichsgericht den Fall einer gerichtlichen Prüfung unterzogen.

²⁸⁾ Was die Konflikte anbelangt, wäre auch das Gesetz vom 22. Oktober 1875, RGBl. Nr. 37 für 1896, aufzuzählen. Ein Kompetenzkonflikt zwischen ordentlichen Gerichten und dem Patentgerichtshofe wäre ausgeschlossen, da der letztere sich als eine Rechtsmittelinstanz darstellt. (§ 41, Gesetz vom 11. Jänner 1897, RGBl. Nr. 30, und ME. vom 15. September 1898, RGBl. Nr. 158.) Über das Verhältnis der besonderen Gerichte zu den ordentlichen Gerichten siehe Hellwig, w. o., Bd. I, S. 88 ff., Förster-Kann, w. o., Bd. I, S. 18 ff.

behörde, respektive als ein Glied im Verwaltungsorganismus im Sinne des Staatsgrundgesetzes über das Reichsgericht zu betrachten wäre. In anderen Fällen ist die Frage des positiven Konfliktes nicht geregelt. Außerdem ist zwar nicht ein Kompetenzkonflikt, aber ein Eingreifen in den Wirkungskreis anderer Behörden möglich, z. B. A bringt eine Klage vor dem Bruderladenschiedsgerichte ein, das Schiedsgericht entscheidet den Streit und weist den Kläger mit der Klage aus meritorischen Rücksichten ab. Der Kläger bringt eine Klage vor dem ordentlichen Gerichte ein. Das Verfahren wird eingeleitet. Der Belangte bringt die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges und die Einrede der entschiedenen Streitsache vor. Das Gericht gibt der Anschauung Ausdruck, daß der Rechtsweg zulässig sei und daß keine entschiedene Rechtssache vorliege, da das Schiedsgericht für Bruderladen außer den Grenzen seiner Kompetenz eine dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zugewiesene Rechtssache entschieden hat. Die ordentlichen Gerichte sind zwar nicht berufen, über die Gültigkeit der Erkenntnisse der ständigen, ausschließlich zuständigen Schiedsgerichte zu entscheiden; es kann aber das ordentliche Gericht, mangels einer entgegengesetzten gesetzlichen Vorschrift, in der Prüfung seines Wirkungskreises nicht begrenzt werden. Und zwar ist den ordentlichen Gerichten bei der Prüfung der Einrede der entschiedenen Streitsache die Möglichkeit gegeben, zu untersuchen, ob das Erkenntnis der Schiedsgerichte in den Grenzen der Kompetenz gefällt wurde.²⁹⁾ Dies wäre noch anstandsloser möglich, wenn wir die oberwähnten Schiedsgerichte als Glieder des Verwaltungsorganismus betrachten. Andererseits könnte man die Behauptung verteidigen, daß der im schiedsgerichtlichen Verfahren unterliegende Belangte eine negative Feststellungsklage vor dem zuständigen Gerichte einbringen könnte, wenn er den Standpunkt einnimmt, daß das Schiedsgericht seinen Wirkungskreis überschritten und eine in den Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte gehörige Rechtssache entschieden

²⁹⁾ Siehe auch die treffenden Bemerkungen bei Bernatzik: „Materielle Rechtskraft usw.“, S. 240.

habe. Das ordentliche Gericht wäre nicht zur formellen Entscheidung über die Gültigkeit des gefällten Erkenntnisses berufen, könnte aber dessenungeachtet die Gültigkeit des Erkenntnisses als Vorfrage prüfen und nach § 228 erkennen. Wir hätten hier mit einem anderen Falle als im Art. 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt zu tun.³⁰⁾ (Siehe oben S. 78.) Die Klage würde sich im besprochenen Falle lediglich auf die Vorschrift des § 228 ZPO. stützen. Die oberwähnten Ausführungen sind desto mehr begründet als dann, wenn die besonderen Gerichte ihren Wirkungskreis überschreiten und das Erkenntnis die Rechtskraft erlangen würde, der § 42 JN. zu Gunsten des Wirkungskreises der ordentlichen Gerichte keine Anwendung finden könnte. Dann wären aber die besonderen Gerichte in einer besseren Lage als die ordentlichen Gerichte.³¹⁾

³⁰⁾ Bei der Anwendung der Vorschrift des Art. 15 StGG. über die richterliche Gewalt, bildet die Existenz einer durch die kompetente Verwaltungsbehörde gefällten Entscheidung eine formelle Bedingung — im besprochenen Falle stehen wir auf dem Standpunkte, daß eine nicht kompetente Behörde, resp. Organ den Streitfall entschieden hat.

³¹⁾ Viel zweifelhafter ist der Fall, in welchem ein besonderes Gericht um Rechtshilfe vom Kläger angerufen, bei Prüfung der Frage der unterschiedenen Rechtssache (Urteil eines ordentlichen Gerichtes) die Überzeugung gewinnt, daß das ordentliche Gericht die Grenzen seines Wirkungskreises überschritten hat, und zwar auf Kosten des Wirkungskreises des besonderen Gerichtes. Hat das besondere Gericht das Recht, diese Frage zu prüfen? Die Frage steht im Zusammenhange mit der Frage der sogenannten Kompetenzkompetenz. Hellwig, w. o., Bd. I, S. 88. Siehe auch die belehrenden Bemerkungen Kleinfellers in seiner Kritik des Hellwigschen Lehrbuches (Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. XXXIV, S. 375). Nach § 17 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes entscheiden die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtsweges. Die Landesgesetzgebung ist ermächtigt, „die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden“ zu übertragen. Auf Grund dieser Vorschrift wurden in größeren deutschen Staaten Kompetenzgerichtshöfe eingeführt. Siehe auch Sarwey, w. o., S. 679. Was das französische Recht, speziell was die Kompetenzstreitigkeiten seiner Gerichte und Verwaltungsbehörden anbetrifft, siehe Hauriou, w. o. „Précis de droit etc.“, S. 803ff. Siehe auch H. Berthélemy: „Traité élémentaire de droit administratif“, Paris 1908, S. 879 ff. In den im Reichsrate vertretenen Königreichen und

Dieser bei den ausschließlich zuständigen Schiedsgerichten zutreffende Grundsatz kann auch bei anderen besonderen Gerichten Anwendung finden, insofern spezielle Vorschriften nicht im Wege stehen.

Ländern mangelt es an einer Vorschrift, welche die Kompetenzkompetenz den ordentlichen Gerichten zuteilen würde. Dessenungeachtet können wir nicht den besonderen Gerichten das Recht erteilen, die Urteile der ordentlichen Gerichte in der oberwähnten Richtung zu prüfen. Wenn das Urteil eines ordentlichen Gerichtes nach § 411 für andere Gerichte eine Richtschnur bilden soll und (was die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft) keinen Gegenstand der Überprüfung bilden kann, so können wir dieses Recht auch den oberwähnten Behörden nicht zuerkennen. (Siehe auch Bernatzik l. c.) Wäre das besondere Gericht der Meinung, daß das ordentliche Gericht die Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten hat, so wäre es in der Lage, im ämtlichen Wege die Aufmerksamkeit der zuständigen höheren Behörden auf diesen Umstand zu lenken und dadurch die Anwendung der Vorschrift des § 42 JN. zu ermöglichen, nämlich die Anbringung eines Antrages seitens der kompetenten obersten Verwaltungsbehörde vor dem OGH. Die Vorschrift des § 42, Abs. 2 soll hier das Gleichgewicht einführen.

Bei Besprechung der Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen absoluter Inkompetenz vor Rechtskraft des streitigen Verfahrens müssen wir unser Augenmerk auch auf das Gesetz vom 18. April 1869, RGBl. Nr. 44, über die Organisation des Reichsgerichtes lenken. Aus den Vorschriften der §§ 12 und 13 dieses Gesetzes ist zu ersehen, daß es, wenn die Inanspruchnahme der Kompetenz der Verwaltungsbehörden gegenüber den Gerichten zu einer Zeit geschehen ist, in welcher ein Spruch noch nicht zur Rechtskraft erwachsen war, nicht ausgeschlossen ist, daß die Einbringung eines Antrages beim Reichsgerichte schon nach Rechtskraft des Spruches in der Hauptsache stattfinden kann. Siehe auch Erkenntnis des Reichsgerichtes vom 5. Juli 1893, Nr. 213. (Hye-Glunek Sammlung der Entscheidungen, Nr. 634.) Bis zu diesem Augenblicke war das Gericht nicht genötigt, das Verfahren einzustellen, obgleich die Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit gegenüber dem Gerichte in Anspruch genommen hat. Das Gericht ist bei Beurteilung der seitens der Verwaltungsbehörde in Anspruch genommenen Zuständigkeit an die die gerichtliche Zuständigkeit regelnden Vorschriften gebunden. Der Umstand, daß die Verwaltungsbehörde die Zuständigkeit einer beim Gerichte anhängigen Sache in Anspruch genommen hat, kann für das Gericht eine Veranlassung zur amtswegigen Tätigkeit bilden. Soweit das Gericht bei der amtswegigen Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges nach der JN., resp. ZPO. in gewissen Richtungen beschränkt ist, ist der Richter auch bei Beurteilung der seitens der Verwaltungsbehörde in Anspruch genommenen Zuständigkeit gebunden. Bei dieser Sachlage müßte er auch

Es ist noch die Frage zu erörtern, wie sich die Sache im zweiten Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges verhält, nämlich dann, wenn die Rechtsangelegenheit zwar dem Wirkungskreise der inländischen ordentlichen Gerichte angehört, aber sich nicht als eine zivilprozessuale Sache darstellt. Sollen die Bestimmungen des § 42, Abs. 3 JN. auch auf diesen Fall Anwendung finden? Wenn wir diese Vorschrift als organisches Ganzes betrachten und die Frage nur auf Grund wörtlicher Interpretation lösen wollten, so müßten wir sie verneinen. Dann müßten wir auch der Konsequenz Rechnung tragen, daß die dieselbe Rechtsfrage betreffenden richterlichen Entscheidungen für den Richter keine bindende Grundlage bilden würden, wenn sie auch rechtskräftig wären. Das entspräche aber nicht den allgemeinen Vorschriften der ZPO. über die bindende Kraft der rechtskräftigen Beschlüsse. Angesichts dessen muß die Anschauung verteidigt werden, daß der Grundgedanke des § 42, Abs. 3 JN. auch im zweiten Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges anzuwenden ist. Dem steht nicht entgegen, daß die besprochene Frage im letzten Absatze des zitierten Paragraphen nur in Bezug auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt ist. Eine solche Vorschrift war im Verfahren außer Streitsachen notwendig. Die Einführung desselben Grundsatzes in der JN. für das Verfahren in Streitsachen war angesichts der gleichzeitig eingeführten ZPO. belanglos. Außerdem rechtfertigt der Umstand, daß der besprochene Grundsatz in einem officiosen Verfahren (Verfahren außer Streitsachen) Anwendung findet, um so mehr seine Anwendung im Zivilprozeßverfahren.

der Vorschrift des § 42, Abs. 3 JN. Rechnung tragen. Auf diese Weise muß der Richter im zivilprozessualen Verfahren auf Grund zivilprozessualer Vorschriften das Einschreiten der Verwaltungsbehörde einer Prüfung unterziehen.

§ 3.

Die sogenannte absolute Inkompetenz der ordentlichen Gerichte als Grundlage der Aufhebung des Verfahrens nach rechtskräftigem Abschlusse desselben.

I. Die älteren Vorschriften enthalten Normen, die die Frage der Prüfung der Kompetenz der ordentlichen Gerichte nach rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens behandeln. Diese Vorschriften werfen auf die streitigen Fragen des geltenden Rechtes ein aufklärendes Licht.

Ihnen müssen wir vor allem unser Augenmerk widmen.

Im Jahre 1849 wurde mit der Reichsverfassung vom 6. März im § 102 angeordnet: „Rechtspflege und Verwaltung sollen getrennt und voneinander unabhängig gestellt werden. Über Kompetenzkonflikte zwischen den Verwaltungs- und Gerichtsbehörden entscheidet die durch das Gesetz zu bestimmende Behörde.“¹⁾ Diesem Grundsatz entsprechend wurde in dem Gerichtsorganisationsgesetz vom 14. Juni 1849 (§ 35) angeordnet, daß bis zur Erlassung neuer gesetzlicher Vorschriften Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden durch den Obersten Gerichtshof im gemischten Senate entschieden werden.²⁾ Obgleich im Statut des Obersten Gerichtshofes vom 7. August 1850 (§ 7) die Vorschrift enthalten war, daß die Zusammensetzung dieses gemischten Senates besonders geregelt wird, wurden solche Normen nicht erlassen.

Die JN. vom 18. Juni 1850, welche das Verfassungsgesetz vom 6. März 1849 vor Augen hatte, enthält keine Vorschrift, welche nach Rechtskraft des gerichtlichen Erkenntnisses eine Prüfung in der Richtung der absoluten Inkompetenz seitens der Gerichte zulassen würde (ähnlich dem § 48 JN. vom Jahre 1852³⁾ oder dem § 42 der jetzt geltenden JN.). Die JN. vom Jahre 1850 war konsequent in der Durchführung der

¹⁾ Blaschke: „Die österr. Jurisdiktionsnorm in bürgerlichen Rechtsachen vom 18. Juni 1850“, Graz 1850, S. 155, Bemerkung.

²⁾ Reichsgesetz für das Kaisertum Österreich. Wien. Tendlers Ausgabe 1849, Heft 1, S. 25.

³⁾ Ott: „Deckt Rechtskraft usw.“, S. 347.

leitenden Gedanken des Verfassungsgesetzes vom Jahre 1848. Sie hat dem Umstande, daß die Justiz von der Verwaltung getrennt sein soll und daß ein besonderer Gerichtshof die Kompetenzkonflikte entscheiden wird, Rechnung getragen.⁴⁾

Im Jahre 1852 wurde bei geänderter Staatsverfassung eine neue JN. eingeführt. Diese JN. enthielt im § 48 eine Vorschrift, die die besprochene Frage regelt und die eigentliche Grundlage für den § 42 der jetzt geltenden JN. bildet. § 48 in fine enthält folgende Bestimmung: „... Verhandlungen, welche von dem Zivilrichter irrigerweise über einen zur Militärgerichtsbarkeit oder gar nicht zum Rechtsverfahren, sondern vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand gepflogen werden, sind auch, wenn die Unzuständigkeit erst in höherer Instanz entdeckt wird, von Amts wegen oder, im Falle die Entscheidung zwischen den beiden Parteien bereits rechtskräftig geworden sein sollte, auf Antrag der zur Anfechtung berechtigten Behörde als ungültig aufzuheben.“⁵⁾ Die Stilisierung des § 48 liefert den Beweis, daß

4) Stubenrauch: „Die Jurisdiktionsnorm vom 18. Juni 1850“, Wien 1851. In seinen sehr detaillierten Ausführungen über die Kompetenz der Oberlandesgerichte und über den OGH. (S. 209 und 210) ist die Möglichkeit der Kassierung der rechtskräftigen Urteile nicht aufgezählt. Noch klarer gibt diesem Grundsatz Ausdruck Blaschke: „Die österreichische Jurisdiktionsnorm, w. o., S. 48 und 49. Dasselbst lesen wir auf S. 156: „Nach früheren Gesetzen (HfD. vom 23. Juni 1820) waren derlei Kompetenzkonflikte vom Appellationsgerichte im Einvernehmen mit dem Gubernium . . . von der obersten Justizstelle zu erledigen.“ In dem Alleruntertänigsten Vortrage, den Schmerling am 31. Mai 1850 bei Vorlage der besprochenen JN. erstattet hat, wurde erklärt, daß die JN. vom Jahre 1850 erschöpfende Bestimmungen enthält. Wir lesen dort folgendes: „Dem Richter sind genaue Vorschriften notwendig, damit er nicht eine Rechtssache zurückweise, welche doch in seinen Geschäftskreis gehört. Den Parteien muß klar vorgezeichnet werden, bei welchem Richter sie ihre Rechtssachen anzubringen haben, damit nicht aus der Unsicherheit über diese Frage für sie oft unersetzliche Nachteile entstehen. Diesem Bedürfnisse kann nur ein umfassendes, in alle Besonderheiten des Rechtslebens eingehendes Gesetz genügen.“

5) Die berufene Vorschrift des § 48 JN. gründet sich auf mehrere Hofdekrete, und zwar vom 28. Oktober 1815, Nr. 1187; vom 5. Oktober 1816, endlich vom 23. Juni 1820, Nr. 1669. Diese Hofdekrete bilden die Hauptgrundlage für die Erörterung der Sachlage vor Einführung der neuen

der Gesetzgeber „die Entscheidung zwischen den Parteien bereits als rechtskräftig“ betrachtet. Vom zivilprozessualen Standpunkt haben wir hier mit einem schon

JN. Die wichtigsten Stellen dieser Hofdekrete lauten folgend: Im Dekrete vom 28. Oktober 1815 wird angeordnet, daß, obgleich ein Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, dessenungeachtet, wenn über einen offenbar nicht zum Rechtswege geeigneten Gegenstand ein Urteil gefällt wurde, dasselbe dergestalt nicht in Rechtskraft erwachsen kann, daß solches nicht auf Einschreitung der kompetenten gerichtlichen Behörde von dem Obergerichte aufgehoben werden könnte. Im Hofdekrete vom 5. Oktober 1816 wird unter anderem angeordnet, daß die Appellationsgerichte in jenen Fällen, wo von der politischen Landesstelle sich an dieselben um Aufhebung eines von einem Unterrichter wider bestehende politische höchste Vorschriften geschöpften Spruches verwendet wird, jederzeit der Sache genau auf den Grund sehen und sonach bei vorliegender Nichtigkeit der unterrichterlichen Amtshandlung dieselbe außer Kraft setzen, im entgegengesetzten Falle aber die Gründe, welche dem Ansinnen der politischen Landesstelle entgegenstehen, derselben eröffnen. (Siehe auch: Fischer: „Die Lehre von der Nichtigkeit“, w. o., S. 292.) Schließlich wurde im Hofdekrete vom 23. Juni 1820 (Wessely, Handbuch der G. O., Prag 1839, S. 13) angeordnet: „Bedenkt, eine zwecklose Weitwendigkeit des Verfahrens in allen jenen Fällen zu beseitigen, in welchen über die Zulässigkeit des Rechtsverfahrens Einwendungen oder ämtliche Bedenken dahin erhoben werden sollten, daß der Gegenstand nur zur politischen Amtshandlung geeignet sei, findet man hierüber folgendes anzuordnen: 1. so oft eine erste Gerichtsbehörde dem A. G. die verhandelten Akten zur Entscheidung der Frage vorlegt: ob der Gegenstand zur rechtlichen oder aber zur politischen Amtshandlung geeignet sei? ist darüber sogleich die Wohlmeinung des k. k. Landesguberniums einzuholen. 2. Findet dieses den Fall zur politischen Verhandlung nicht geeignet, so ist darüber die Fortsetzung des Rechtsverfahrens anzuordnen. 3. Findet dagegen das Landesgubernium den Gegenstand zur politischen Verhandlung geeignet, so hat das A. G. den Fall sammt allen Akten und der Äußerung des Landesguberniums gutächtlich der obersten Justizstelle zur weiteren Untersuchung und Entscheidung vorzulegen.“ Auf Grund der berufenen Hofdekrete und auf Grund der allgemeinen, resp. westgalizischen Gerichtsordnung waren vor Einführung der JN. vom Jahre 1850 zwei Wege möglich, nämlich vor und nach der Rechtskraft des gerichtlichen Erkenntnisses. Im ersten Falle ist die Anfechtung seitens der Parteien möglich, resp. kann die Frage des Rechtsweges von Amts wegen auf Grund des Hofdekretes vom 23. Juni 1820 (siehe oben) geprüft werden. Nach der Rechtskraft des Erkenntnisses kann die Prüfung der besprochenen Frage nur auf Grund des diesbezüglichen Antrages der Landesstelle stattfinden. Auf Grund des Hofdekretes vom 5. Oktober 1816 (siehe oben) konnte die Landesstelle bei dem Appellationsgerichte eine

zivilprozessual rechtskräftig beendeten Prozesse zu tun, welcher durch die Parteien nicht angefochten werden darf.⁶⁾ Wenn also dessenungeachtet das rechtskräftige Urteil durch die zur Anfechtung berufene Behörde angefochten werden kann, so ist das schon kein zivilprozessualer Weg mehr, sondern nur eine Remedur zur Wahrung des öffentlichrechtlichen Interesses.

Im Jahre 1869 wurde das Gesetz vom 18. April 1869, RGBl. Nr. 44, über die Einsetzung des Reichsgerichtes veröffentlicht. Es entstand die Frage, in was für einem Verhältnisse dieses Gesetz zur Vorschrift des § 48 „in fine“ der JN. steht. Die Frage war Gegenstand eines wissenschaftlichen Streites, speziell in der Richtung, ob angesichts des ob erwähnten Gesetzes über das Reichsgericht (§ 12) noch der § 48 JN. binde.⁷⁾ Die karge Judikatur des Obersten Gerichts-

Aufhebung nur eines von einem Unterrichter gefällten Urteiles (Bezirksgericht oder Kreisgericht) beantragen. Die Vorschrift sollte eine Sanierung des vitiosen Verfahrens der ersten Instanz nach sich ziehen. Auf Antrag der Verwaltungsbehörde sollte das Appellationsgericht in diesem Falle die Funktion eines Gerichtes des öffentlichen Rechtes übernehmen. Treffend bemerkt Ott, w. o., S. 347: „... Selbstverständlich wäre dagegen nicht bloß nach dem Wortlaute dieses Gesetzes (Hofdekret vom Jahre 1816), sondern auch nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen eine nach Rechtskraft eintretende Vernichtung der eigenen oder sogar obergerichtlichen Enderkenntnisse seitens des Oberlandesgerichtes für unzulässig zu erachten. Wie wollte es aber gerechtfertigt werden, daß trotz der gleichen Rechtskraft einer Sentenz, mag sie in unterster oder oberster Instanz als letzter gefällt worden sein, die Möglichkeit der Kassierung des richterlichen Spruches von dem zufälligen Umstände abhängen sollte, ob sich die Streittheile mit der Entscheidung des zunächst angegangenen Richters begnügt oder im Instanzenzuge die Abänderung des sie beschwerenden Enderkenntnisses angestrebt haben?“ Siehe auch die Ausführungen bei Tezner, w. o., S. 74 ff.

⁶⁾ Siehe Skedl: „Die Urteilsnichtigkeit im österreichischen Prozesse“, Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIV, S. 84.

⁷⁾ Hier ist die vielfach zitierte Abhandlung Otts zu berufen. Ott trachtet in seiner Abhandlung auf ausführlicher historischer und kritischer Basis die These zu rechtfertigen, daß durch das Gesetz vom Jahre 1869 über das Reichsgericht die Vorschrift des § 48 in fine der JN. vom Jahre 1852 außer Kraft getreten sei. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Gesetzgeber dem überzeugenden Gedankengange

hofes hat nach der Einführung des Gesetzes vom Jahre 1869 die aufgeworfene Frage in negativer Richtung gelöst.⁸⁾

In dem Entwurfe einer ZPO. vom Jahre 1881 (Regierungsvorlage) wurde die besprochene Frage nicht berührt.⁹⁾ Dieser

Otts gefolgt wäre, er die Überzeugung gewonnen hätte, daß angesichts des Gesetzes vom Jahre 1869 keine rationellen Gründe bestehen, um die Vorschrift des § 48 in fine der JN. beizubehalten. Die JN. vom Jahre 1850, welche sich auf das Verfassungsgesetz vom 6. März 1848 stützt (siehe oben) bekräftigt Otts Anschauung. Von dieser Frage, welche Lösung die rationellen Grundlagen in der oberwachten Richtung verlangen, müssen wir die Frage, ob der durch das Gesetz vom Jahre 1869 geregelte Gegenstand derselbe sei, welchen der § 48 JN. in fine regelt, unterscheiden. Nur im bejahenden Falle, das heißt nur dann, wenn die zwei besprochenen Gesetze im ganzen oder wenigstens zum Teile sich decken, könnten wir von einer Aufhebung des früheren Gesetzes (§ 48 in fine) durch das neuere Gesetz (vom Jahre 1869) sprechen. Wenn wir diesem Grundsätze Rechnung tragen, so können wir die oben aufgeworfene Frage nicht bejahen. Die beiden Gesetze können nebeneinander bestehen. Hier haben wir mit einem Kompetenzkonflikt vor Rechtskraft der Entscheidung zu tun, dort mit keinem Konflikt, sondern mit einer Kassierung nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses (siehe unten). Derselben Meinung wie Ott sind unter anderem Skedel: „Die Urteilsnichtigkeit im österreichischen Prozeßrecht“, Grünhuts Zeitschr., Bd. XIV, S. 88; Ullmann: „Das österreichische Zivilprozeßrecht“, 3. Aufl., S. 38, Bemerkung 6 u. a. Gegen diese Meinung haben sich geäußert: Bernatzik: „Rechtssprechung usw.“, S. 240, Bem 27; Canstein: „Lehrbuch“ (1893), Bd. I, S. 156, Bem. 87. Siehe auch: Schrutka: „Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung usw.“ (w. o.), S. 42. Die Einführung der neuen JN. (§ 42) unterstützt die Meinung, daß beide besprochenen Gesetze nebeneinander bestehen können. In dem gemeinsamen Berichte zur ZPO. (Materialien, II, S. 340) wurde hervorgehoben, daß „eine Anfechtung in jenen Fällen zu gestatten sei, die nicht schon durch den § 42 des Reichsgesetzes gedeckt sind“. Siehe auch Materialien, Bd. I, S. 610.

⁸⁾ Siehe die bei Ott, w. o., S. 354, besprochenen Entscheidungen des OGH.

⁹⁾ Im § 60, Abs. 3 lesen wir: „In allen Fällen, in welchen das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Angelegenheit dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte entzogen ist oder daß für die Rechtsache ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist, hat das Gericht seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens in jeder Lage des Rechtsstreites sofort von Amts wegen auszusprechen. Dieser Ausspruch kann jedoch nicht mehr erfolgen, wenn demselben in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine von dem Gerichte selbst oder von einem höheren Gerichte gefällte, noch bindende Ent-

Entwurf enthält nur Vorschriften, welche gänzlich der Anschauung entsprechen, daß die aufgeworfene Frage nur als Frage eines Konfliktes zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu regeln sei. Dies war konsequent, rationell und dem wissenschaftlichen Standpunkte entsprechend.

Mit dieser Sachlage, mit den in der Literatur (Ott) verteidigten Ansichten hätte die Regierungsvorlage zu der jetzt verbindenden JN. (1895) rechnen sollen. Leider folgte sie der früheren JN. (§ 48).¹⁰⁾ In den Motiven zur Regierungsvorlage wurde die Einführung der Vorschrift von der Anfechtbarkeit rechtskräftiger Entscheidungen wegen sogenannter absoluter Inkompetenz nicht gerechtfertigt (Materialien, Bd. I, S. 55). Die Regierungsvorlage legte sich von der Wichtigkeit der Frage, von der Zweifelhafteit des wissenschaftlichen Problems keine Rechenschaft ab. Die Vorschrift wurde als etwas ganz natürliches, als dem Wesen des Zivilverfahrens entsprechendes, eingeführt.

Wenn wir den § 43 der Regierungsvorlage der JN. (siehe

scheidung entgegensteht.“ Und in den Motiven heißt es: „Die Normen, welche die Entscheidung über die den inländischen Gerichten gegenüber anderen Behörden zukommende Kompetenz betreffen, können nicht einen Gegenstand des vorliegenden Entwurfes bilden. Die Lösung der Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und anderen Behörden, welche im Geltungsgebiete dieses Gesetzes ihren Sitz haben, ist gesetzlich geregelt.“

¹⁰⁾ § 43 der Regierungsvorlage, Abs. 1 bis 3, lautet (Materialien, Bd I, S. 7): „Sowie das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Angelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte entzogen ist, hat es in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorausgegangenen Verfahrens sofort von Amts wegen durch Beschluß auszusprechen. Das gleiche hat seitens der Gerichte höherer Instanz zu geschehen, wenn der Mangel erst hier offenbar wird. Sollte der Mangel erst nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens offenbar werden, so ist die Nichtigkeit dieses Verfahrens über Antrag einer der Parteien oder der zur Bestreitung berechtigten Behörde von demjenigen Gerichte mittels Beschluß auszusprechen, welches die letzte Entscheidung in der Sache gefällt hat. Ein Ausspruch im Sinne des Abs. 1 und 2 kann nicht erfolgen, wenn demselben in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine von demselben oder von einem höheren Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.“

unten) mit dem § 48 der früheren JN. vergleichen, so können wir mehrere wichtige Unterschiede feststellen:

1. Die Vorschrift des § 43 der Regierungsvorlage beabsichtigt die Aufhebung des Verfahrens unter anderem auch dann, wenn die Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen ist.

2. Die Annullierung der rechtskräftigen Entscheidung soll nicht nur auf Antrag der berechtigten Behörde, sondern auch auf Antrag der Partei zugelassen werden. Ein Antrag der Partei sollte möglich sein, nicht eine Rechtsmittelklage. Der Antrag konnte in beliebigem Termine vorgelegt werden.

3. Die Aufhebung der rechtskräftigen Entscheidung war durch den Umstand bedingt, daß in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit keine von demselben oder von einem höheren Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht.

Diese Vorschrift der Regierungsvorlage unterlag in den parlamentarischen Beratungen einer Anzahl von Änderungen. Vor allem wurde die Entscheidung über die Nichtigkeit des durchgeführten gerichtlichen Verfahrens nach Rechtskraft desselben dem Wirkungskreise des Obersten Gerichtshofes zugeteilt (Materialien, Bd. II, S. 591). Andererseits wurde die Möglichkeit der Anfechtung einer rechtskräftigen Entscheidung durch einen Parteiantrag ausgeschlossen. Diese so wichtige Änderung trachten die Motive der gemeinsamen Konferenz zu rechtfertigen.¹¹⁾

¹¹⁾ Die Ausführungen sind so wichtig, daß wir jene Motive ihrem ganzen Wortlaute nach folgen lassen (Materialien, Bd. II, S. 340): „Die Änderung im § 42 bezieht sich auf den Fall, wenn erst nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens offenbar wird, daß die Angelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte überhaupt entzogen ist. Die Regierungsvorlage und in Übereinstimmung mit derselben die Ausschußanträge des Abgeordnetenhauses ließen in diesem Falle die Nichtigkeit des Verfahrens auf Antrag einer der Parteien oder auf Antrag der zur Bestreitung berechtigten Behörde eintreten. Die Herrenhauskommission konnte sich dem Bedenken, welches die unbedingte Anfechtbarkeit eines richterlichen Spruches wegen Zugehörigkeit der Sache zur Kompetenz einer Administrativbehörde erweckt, nicht verschließen, erkannte jedoch andererseits auch für notwendig, eine Anfechtung in jenen Fällen zu gestatten, die nicht schon durch den § 12 des Gesetzes über Reichsgerichte ge-

Schließlich wurde noch die Änderung eingeführt, daß statt den Worten „höhere Gerichte“ im dritten Absatze des § 43 „andere Gerichte“ eingesetzt wurde. Angesichts dessen wurde die Anwendung der besprochenen Vorschrift von dem Umstande bedingt, daß keine von demselben oder von einem anderen Gerichte in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit gefällte, noch bindende Entscheidung entgegensteht. (Siehe Materialien, Bd. I, S. 690.)

II. Die Vorschrift des § 42 JN. kommt in Anwendung, wenn der Mangel erst nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens offenbar wird. Die Worte „offenbar wird“ stehen in einem scheinbaren Widerspruche mit der Vorschrift des § 42, Abs. 3 JN. (siehe die früheren Ausführungen S. 101), nach welchem ein Ausspruch des Gerichtes nach Rechtskraft nicht erfolgen kann, wenn demselben in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine von demselben oder einem anderen Gerichte gefällte, noch bindende Entscheidung gegenübersteht; denn, wenn die Entscheidung entgegenstehen soll, so kann man behaupten, daß die Frage der Nullität (sogenannte absolute Inkompetenz) vor der Rechtskraft offenbar war. Die Stilisierung stellt sich nicht als glücklich dar. — Dem Wesen der Sache nach unterscheidet der Gesetzgeber zwei Stadien, während welcher die Existenz der absoluten Inkompetenz festgestellt wird. Der Gesetzgeber spricht nicht von der Prüfung der oberwähnten Nullität, er hat vor Augen nur ihre Existenz „als solche“ und stellt sich die Frage, was für eine Stellung vor der Rechtskraft des Verfahrens und was für eine Stellung nach der Rechtskraft desselben der Richter einnehmen soll, wenn die Existenz vor, respektive

deckt sind. Die beiden sich hier gegenüberstehenden Interessen wurden durch die am zweiten Absatze vorgenommenen Änderungen auszugleichen versucht.

Um die Richtersprüche, bzw. die durch dieselben festgestellten Rechtsverhältnisse nicht einer zu häufigen Anfechtung auszusetzen und andererseits die Möglichkeit zu eröffnen, begründeten Anfechtungen stattzugeben, wurde beschlossen, daß das Bestreitungsrecht bloß der obersten Verwaltungsbehörde, in deren Geschäftskreis die Rechtssache angeblich fällt, zuzustehen und die Entscheidung über das Vorhandensein dieser nach dem heutigen Sprachgebrauche absoluten Inkompetenz dem OGH. vorbehalten bleiben soll.“

nach der Rechtskraft der Entscheidung wahrgenommen wird. Die Frage der Prüfung der besprochenen Nullität ist Gegenstand der Besprechung in verschiedenen Paragraphen, wie §§ 230, 239, 240, 260, 477 usw. Zur Anwendung der besprochenen Vorschrift ist lediglich der Oberste Gerichtshof auf Antrag der obersten Administrativbehörde berufen. Der Oberste Gerichtshof kann aber das Verfahren nicht aufheben, wenn ihm ein Ausspruch des Obersten Gerichtshofes oder eines anderen Gerichtes, was den Grund der Nullitätskraft betrifft, entgegensteht.

Da der Abs. 3 des § 42 JN. ebenso vor der Rechtskraft wie auch nach der Rechtskraft des Verfahrens Anwendung finden soll („ein Ausspruch im Sinne des Abs. 1 und 2 . . .“), so können wir keinen Grund finden, dieser Bestimmung eine andere Bedeutung vor und eine andere nach der Rechtskraft des Verfahrens zuzuschreiben.¹²⁾ In weiterer Ausführung dieses Gedankens könnte der Oberste Gerichtshof auf Grund des diesbezüglichen Antrages das Verfahren aufheben, wenn die Nichtexistenz der sogenannten absoluten Inkompetenz im ersten Stadium nicht festgestellt wurde. Das wäre der Fall, wenn die besprochene Frage im allgemeinen mangels einer Einrede, respektive eines Antrages keiner Prüfung unterlag, wie auch in dem Falle, wenn das Gericht von Amts wegen die Prüfung der Frage unternommen hat, schließlich aber kein Erkenntnis in dieser Richtung fällte. Der letzte Fall wäre vorhanden, wenn das Gericht die Überzeugung gewonnen hat, daß die gehegten Zweifel grundlos waren. (Siehe die „Beantwortung der Fragen“ zu § 261 ZPO., P. 4.) In beiden Fällen wurde die Existenz der Nullität nicht festgestellt, demzufolge wurde dieselbe im ersten Stadium nicht offenbar. Bei dieser Sachlage könnte der Oberste Gerichtshof, wenn sonst die gesetzlichen Bedingungen zutreffen, nach § 42, Abs. 2 JN. vorgehen. Wenn dagegen ein Gericht einem Antrage, respektive einer in der Richtung des § 42 JN. eingebrachten Einrede nicht stattgibt, so kann der Oberste Gerichtshof im Sinne des § 42, Abs. 2

¹²⁾ Siehe unten die Bemerkung, S. 121.

das Verfahren nicht aufheben, da nach § 42, Abs. 3 dem Aus-
spruche in Ansehung des Grundes der Nichtigkeit eine ge-
richtliche Entscheidung entgegenstände.¹³⁾

¹³⁾ Neumann, im Kommentar (S. 132 und 133) steht auf dem Standpunkte, daß es sich nicht um die Entdeckung des Mangels handelt, sondern daß erst nach Abschluß des Verfahrens klar wird, daß dieser Mangel vorliege. Dies wäre mit der im Texte dargestellten Sachlage konform. Auf S. 134 lesen wir aber: „Es wird . . . zulässig sein, daß der OGH. über Antrag der obersten Administrativbehörde zunächst den rechtskräftigen Beschluß und dann das Verfahren in der Hauptsache als nichtig behebt.“ Dies ist nicht richtig; bevor der OGH. das Verfahren aufhebt, muß er vor allem als absolute Bedingung den Umstand prüfen, ob die Vorschrift des § 42, Abs. 3 dem nicht im Wege stehe. Im Falle der OGH. die entgegenstehende Entscheidung aufheben und dann das Verfahren als nichtig erklären könnte, hätte der § 42, Abs. 3 JN. keine spezielle Bedeutung. Wie können wir von einer bindenden Entscheidung nach § 42, Abs. 3, welche ein Hindernis sein soll, sprechen, wenn der OGH. kurzweg die Entscheidung aufheben kann und dann auch das ganze Verfahren? Bei dieser Sachlage müßten wir im allgemeinen den Standpunkt annehmen, daß der Abs 3 des § 42 JN. nach Rechtskraft keine Anwendung finde, was doch dem klaren Wortlaute des § 42, Abs. 3 nicht entspricht. Schauer (w. o., S. 191). wünscht die oben dargestellte Meinung vom Standpunkte des öffentlichen Interesses zu verfechten. Wir lesen bei ihm, S. 191: „Wenn das öffentliche Interesse die Kassierung eines rechtskräftigen Erkenntnisses zu rechtfertigen vermag — und dafür lieferte die Bestimmung des § 42, Abs. 2 JN. einen sicheren Beweis — dann ist nicht einzusehen, weshalb die Gründe für die Anwendung dieses radikalen Heilmittels angesichts der Vorentscheidung verblassen sollen. Ganz im Gegensatze zu der beschränkten Rechtskraftwirkung des Urteils würde hier der rechtskräftigen Entscheidung eine Wirkung auf das öffentliche Interesse zukommen, das im Privatrechtsstreite überhaupt nicht Gelegenheit hatte, sich geltend zu machen.“ Schauer steht auf dem Standpunkte, daß das öffentliche Interesse eine solche Interpretation verlangt. Unserer Meinung nach bildet die Macht der Rechtskraft eines gerichtlichen Erkenntnisses eine festere Schranke des öffentlichen Interesses, als die rigoristische und rücksichtslose Durchführung der Kompetenzvorschriften über den Wirkungskreis der einzelnen Behörden seitens des Staates mit schroffer Übergehung der gerichtlich rechtskräftig entschiedenen Rechtssache. Auch das Gesetz über die Einsetzung des Reichsgerichtes gibt der Anschauung Ausdruck, daß eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung einen Kompetenzkonflikt ausschließt (§ 12, Gesetz vom 18. April 1869, w o) Wenn also das Gesetz in § 42, Abs. 2 JN. unter bestimmten Bedingungen sogar nach der rechts-

Der Oberste Gerichtshof kann vom § 42, Abs. 3 nur nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens Gebrauch machen. Diese Worte können wohl nicht die Bedeutung haben, daß die Beendigung des Verfahrens mit einem Urteile stattfinden muß. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Verfahren ausnahmsweise eine andere Frage als das Begehren der Klage, respektive eines Feststellungsantrages betrifft, z. B. die Frage der Erteilung des Armenrechtes oder die Frage der Auflegung einer Geldstrafe während des Prozesses¹⁴⁾ usw. Die

kräftigen Beendigung des Verfahrens die Überprüfung der Frage der Kompetenz der ordentlichen Gerichte erlaubt, so müssen wir dies als ausnahmsweise Vorschrift betrachten und strikte, nicht extensiv interpretieren. Nach der Anschauung der oberwähnten Prozessualisten wäre es möglich, daß der OGH. als dritte Instanz die Zulässigkeit des Rechtsweges festgestellt und der Anschauung Ausdruck gegeben hätte, daß keine absolute Inkompetenz vorliege. Dessenungeachtet könnte nach der oberwähnten Anschauung der OGH. seine eigene Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Anwendung des § 42, Abs. 3 JN. aufheben und bei derselben Sachlage auf Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen absoluter Inkompetenz erkennen! (Siehe oben S. 101.) Siehe auch Pollak (S. 243, Bem. 15), welcher Zweifel ausspricht, ob nach Rechtskraft des Verfahrens der OGH. auf Antrag der berufenen Verwaltungsbehörde vom § 42, Abs. 2 JN. Gebrauch machen kann, wenn die Rechtsangelegenheit der inländischen Gerichtsbarkeit nicht angehöre. Der Wortlaut des § 42 bekräftigt diese Ansicht nicht. Siehe die bei Pollak berufene Literatur.

¹⁴⁾ E. des OGH. am 1. Mai 1900, Z. 6167 (Entscheidungen, Bd. XXXVII, Nr. 986): „Ein Offizier wurde gegen § 202 ZPO. vom Gerichte wegen in einem Schriftsatze begangener Verletzung der schuldigen Achtung nach § 86 ZPO. zu einer Ordnungsstrafe verfällt; über Antrag des Kriegsministeriums (im Einvernehmen mit dem Landesverteidigungsministerium) hat der OGH. die Strafverfügung gemäß § 42 JN. aufgehoben.“ E. des OGH. vom 15. April 1903, NF., Bd. XL, Nr. 2314, Schadenersatzklage gegen einen Tierarzt wegen Versehens bei der Amtshandlung nach § 35, Abs. 2 TierSG. Der OGH. hat auf Grund des § 42 JN. auf Antrag der obersten Administrativbehörde das Verfahren als nichtig aufgehoben unter Verfügung gleichzeitiger Zurückstellung der Klage an den Kläger. Die E. des OGH., Bd. XLV, Nr. 4164, hat der Rechtsanschauung Ausdruck gegeben, daß nach erfolgter Geltendmachung des Lohnanspruches der Dienstboten vor der politischen Behörde der Rechtsweg unzulässig sei. In dem konkreten Falle hat der Kläger binnen 30 Tagen nach Auflösung des Dienstverhältnisses eine Entscheidung der politischen Behörde erwirkt. Der Kläger hat nach Ablauf der 30 Tage beim Gerichte die Klage ein-

aufgeworfene Frage wurde endgültig rechtskräftig erledigt und erst nach rechtskräftiger Erledigung derselben, eventuell während des schwebenden Prozesses, wurde die Frage auf Grund der besprochenen Vorschriften Gegenstand der Prüfung seitens des Obersten Gerichtshofes.

Der Oberste Gerichtshof entscheidet auf Antrag der obersten Administrativbehörde. Die oberste Verwaltungsbehörde vertritt die öffentlichen Interessen. Der Oberste Gerichtshof nimmt in diesem Falle lediglich die Stellung eines Kassationshofes an. Derselbe kann nur die Nichtigkeit des Verfahrens wegen absoluter Inkompetenz aussprechen, respektive dem Antrage der Administrativbehörde nicht stattgeben. Der Oberste Gerichtshof entscheidet keinen Konflikt, er nimmt nicht die Stellung des Reichsgerichtes nach Rechtskraft des Verfahrens ein. Er ist kein Gerichtshof des öffentlichen Rechtes zur Entscheidung von Konflikten. Der Oberste Gerichtshof kann nur den Antrag der obersten Verwaltungsbehörde abweisen, respektive das Verfahren aufheben. Er kann nur über den Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte entscheiden mit bindender Kraft für dieselben. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes hat aber keine Bedeutung für andere Behörden, was die Kompetenzfrage anbetrifft. Ihm steht die Kompetenzkompetenz nicht zu. Ihm stehen nicht dieselben Rechte zu, wie dem Reichsgerichte. Der Oberste Gerichtshof hebt das gefällte Urteil, respektive die Entscheidung auf und entscheidet, daß die inländischen ordentlichen Gerichte nicht kompetent sind. Der Oberste Ge-

gebracht und ein rechtskräftiges Urteil erlangt. Auf Antrag des Ministers des Innern hat der OGH. in Anwendung des § 42, Abs 2 JN. die Nichtigkeit des Prozeß- und Exekutionsverfahrens ausgesprochen. Die Entscheidung ist nicht richtig, vor allem hat der OGH. den Art. 15 StGG. über die richterliche Gewalt nicht berücksichtigt (JB. Nr. 130; siehe auch Ott: „Zivilprozeßordnung“ (tschechisch) S. 27), welcher Artikel in diesem Falle vor allem Anwendung finden müßte. Andererseits ist die Behauptung, daß das Gericht unzuständig sei, nicht treffend, denn gerade nach Ablauf der oberwähnten 30 Tage sind die oberwähnten Gerichte zuständig. Wenn also der OGH. den oberwähnten Art. 15 nicht anwenden wollte, so wäre nur die Annahme der rechtskräftig entschiedenen Streitsache möglich. In diesem Falle aber könnte der § 42, Abs. 2 JN. keine Anwendung finden.

richtshof kann zwar in der Begründung seiner Entscheidung der Anschauung Ausdruck geben, daß eine konkret angegebene Art der Behörden zur Erledigung der Rechtssache zuständig sei, dessenungeachtet hat dies aber keine bindende Kraft für die nach der Anschauung des Obersten Gerichtshofes kompetenten Behörden. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtsanschauung der obersten Verwaltungsbehörde, welche die Grundlage des Antrages der obersten Administration beim Obersten Gerichtshofe bildete, auch für die derselben unterstehenden Unterbehörden grundsätzlich den leitenden Gedanken bei der Beurteilung ihrer Zuständigkeit bilden wird. Dies gibt aber noch keine Sicherheit dafür, daß kein Konflikt zwischen Gerichtsbehörden und anderen Behörden entstehen wird. Die Rechtsanschauung der obersten Verwaltungsbehörde, welche einen Antrag vor dem Obersten Gerichtshof stellt, wird nicht immer eine rechtliche Schranke für die Unterbehörden bei der Beurteilung ihrer Zuständigkeit bilden. Praktische Fälle sollen unsere Rechtsthese beleuchten; z. B.: Nach Rechtskraft des Urteiles wird offenbar, daß die Rechtsangelegenheit nicht dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte angehöre, sondern den Schiedsgerichten für Bruderladen zugewiesen ist. Auf Grund des Antrages des Ministeriums für öffentliche Arbeiten wird in Anwendung des § 42, Abs. 2 und 3 JN. das rechtskräftige Verfahren als nichtig aufgehoben, da die Rechtsangelegenheit dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte nicht angehöre. Es ist sogar nicht ausgeschlossen, daß der Oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen der Anschauung ganz klar den Ausdruck gibt, daß die Rechtsangelegenheit dem Wirkungskreise der Schiedsgerichte für Bruderladen angehöre. Infolgedessen bringt der Kläger die Angelegenheit vor das Schiedsgericht für Bruderladen. Das Schiedsgericht für Bruderladen ist nicht an die rechtliche Anschauung des Obersten Gerichtshofes gebunden. Der § 46 JN. hat hier keine sinngemäße Anwendung. Das Schiedsgericht für Bruderladen vertritt das ordentliche Gericht und ist, obgleich wir in demselben nur ein Glied im Verwaltungsorganismus erblicken, doch, was die Prüfung der Zuständigkeit und Ent-

scheidung der Hauptsache betrifft, gänzlich von der Rechtsanschauung der oberen Verwaltungsbehörden unabhängig. Die Schiedsgerichte finden ihre Basis und Kraft in gesetzlichen Vorschriften. Was die Judikatur anbetrifft, sind sie unabhängige Gerichte. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß das Schiedsgericht für Bruderladen sich als unzuständig erklärt und die Angelegenheit angesichts eines negativen Konfliktes einen Gegenstand der Beurteilung seitens des Reichsgerichtes bilden würde. (Siehe oben S. 106 die Entscheidung des Reichsgerichtes beim negativen Konflikt zwischen einem ordentlichen Gerichte und Schiedsgerichte für Bruderladen.) Wenn also das Reichsgericht bei der Entscheidung des negativen Konfliktes erkennt, daß die ordentlichen Gerichte zuständig sind, so wird ungeachtet der Anwendung des § 42 JN. das ordentliche Gericht „wiederum“ zuständig und die Entscheidung des Reichsgerichtes wird für die ordentlichen Gerichte bindende Kraft haben. Aber auch ohne Entscheidung eines Konfliktes könnte die Sache noch vor die ordentlichen Gerichte, ungeachtet der Anwendung des § 42 JN., durch den Obersten Gerichtshof zurückkommen; z. B.: In einem gegen das Ärar gerichteten Prozesse um Schadenersatz wird nach Rechtskraft des Urteiles offenbar, daß die Rechtsangelegenheit einen Anspruch einer Person an eines der Königreiche und Länder oder an die Gesamtheit derselben als Grundlage hat, welcher zum Austragen im ordentlichen Rechtswege nicht geeignet ist (Art. 3, lit. a des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über das Reichsgericht). Auf Antrag der berufenen obersten administrativen Behörde wird das Verfahren in Berücksichtigung der dargestellten Sachlage als nichtig aufgehoben. Das Reichsgericht, um Rechtshilfe im Sinne des Art. 3, lit. a des bezogenen Gesetzes angerufen, teilt nicht die Anschauung des Obersten Gerichtshofes und erklärt sich als inkompetent. Die Entscheidung des Reichsgerichtes wäre nach Art. 4 des oberwähnten Gesetzes für die ordentlichen Gerichte bindend. Auf diese Art und Weise käme die Rechtsangelegenheit wieder vor die ordentlichen Gerichte zurück.

Der Oberste Gerichtshof hebt das durchgeführte Verfahren zwar auf, aber nur mit der gleichen Wirkung, wie wenn dies

eines der ordentlichen Gerichte während des Verfahrens täte. Der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes wird keine größere Wirkung und Kraft zu teil als einer Entscheidung eines anderen Gerichtes des Privatrechtes. Nur die Handhabung der Rechtsangelegenheit nach Rechtskraft gibt dem Obersten Gerichtshofe die ausnahmsweise Stellung eines Kassationshofes.

Der Oberste Gerichtshof ist nur berufen, den § 42 auf Antrag einer obersten Administrativbehörde anzuwenden. Dies wären die einzelnen Ministerien, respektive der Landesauschuß. Zwar spricht das Gesetz nicht von der berufenen administrativen Behörde, dies entspricht aber dem Gedanken, daß nur die berufene Behörde den Wirkungskreis der ihr unterstehenden Behörden zu schützen das eigentliche Interesse hätte. Berufen sind die inländischen Ministerien, außerdem auch die gemeinschaftlichen, denn auch bei denselben könnten Eingriffe in den Wirkungskreis der ihnen unterstehenden Behörden eintreten, andrerseits stellen sie sich auch als oberste Verwaltungsbehörden dar.¹⁵⁾ Es ist nicht zweifelhaft, daß der Antrag der obersten Verwaltungsbehörde keine bindende Kraft für den Obersten Gerichtshof hat. Der letztere hat erst zu beurteilen, ob die Rechtsanschauung der obersten Verwaltungsbehörde gerechtfertigt ist.¹⁶⁾

¹⁵⁾ Siehe auch die E. des OGH. bei Anwendung des § 42 JN. (w. o., S. 122), in welchem Falle das Kriegsministerium im Einverständnis mit dem Landesverteidigungsministerium den Antrag vor dem OGH. im Sinne des § 42 JN. gestellt hat.

¹⁶⁾ In einem Falle könnte ein Zweifel entstehen, nämlich wenn das Justizministerium im Sinne des § 42, Abs. 2 JN. mit einem Antrage auftritt, daß das Verfahren aufzuheben sei, weil die Rechtsangelegenheit dem Wirkungskreise der ausländischen Gerichte angehöre. (Siehe in dieser Richtung die bei Pollak, w. o., Bd. I, S. 243 erhobenen Zweifel.) Nach § 48 JN. sind dem Justizministerium Zuständigkeitsstreitigkeiten mit ausländischen Gerichten oder Behörden anzuzeigen. Bis zu dessen Erklärung über das in Beziehung zu anderen Staatsgebieten entsprechende Verhalten haben die inländischen Gerichte solche Verfügungen zu treffen, welche § 48 JN. als dringend nötig erscheinen. Die Erklärung des Justizministers ist für das inländische Gericht bindend. Diese Vorschrift könnte

Schließlich müssen wir das Verhältnis der Vorschriften der JN. und speziell des § 42 JN. zu den Vorschriften über das Reichsgericht, im Falle eines Konfliktes zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden besprechen. Als Hauptunterschiede müssen wir folgende anführen:

1. Nach § 12 des Gesetzes vom 18. April 1869 kann die nach dem Gesetze berufene Verwaltungsbehörde unter der Voraussetzung den Antrag bei dem Reichsgerichte stellen, daß die betreffende Verwaltungsbehörde in der vor dem Gerichte anhängigen Sache zu einer Zeit gegenüber dem betreffenden Gerichte die Zuständigkeit in Anspruch genommen hat, in welcher ein Spruch in der Hauptsache noch nicht in Rechtskraft erwachsen war.¹⁷⁾ Wenn also in dem besprochenen Augenblicke die Rechtsangelegenheit, was die Hauptsache anbetrifft, rechtskräftig entschieden wäre, so könnte der Antrag seitens der berufenen Verwaltungsbehörde dem Reichsgerichte nicht vorgelegt werden. Der Umstand, ob das Gericht die Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Erkenntnis ausdrücklich bestätigt hat oder die Frage gar nicht geprüft hat, ist belanglos. In dem Umstande, daß eine Rechtsangelegenheit bei einem ordentlichen Gerichte rechtmäßigerweise anhängig gemacht wurde, also implicite die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte angenommen wurde, ist schon ein hinlänglicher Grund zum

wohl in Kompetenzstreitigkeiten, was die örtliche Zuständigkeit anbetrifft, Anwendung finden, und zwar in Verlassenschafts-, Vormundschafts-, Exekutions- und anderen Angelegenheiten, kaum aber im Zivilprozeßverfahren (Pollak, l. c.). Der § 48 hat den Fall vor den Augen, wo es sich um das Verhalten der inländischen Gerichte handelt. Wenn wir aber annehmen würden, daß während des Streites (!) der Justizminister eine Erklärung im Sinne des § 48 abgegeben hätte, so wäre dieselbe für das betreffende Gericht bindend und in dieser Richtung müßte sie auch der OGH berücksichtigen. Dies fände aber auf den Antrag des Justizministeriums nach § 42 JN. keine Anwendung. Derselbe ist keine Erklärung nach § 48 JN. Entgeg. Meinung Schauer, w. o., S. 188.

¹⁷⁾ Ähnlich in Deutschland im Falle der Einführung der Kompetenzgerichtshöfe in einzelnen Staaten. Siehe § 17, Z. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes. (Siehe auch oben S. 109, Anm)

Konflikte mit einer Verwaltungsbehörde.¹⁸⁾ Es ist nicht ausgeschlossen, daß während der 60 Tage, die zur Anbringung des Antrages bei dem Reichsgerichte festgestellt sind, die Rechtsangelegenheit inzwischen bei Gericht in Rechtskraft erwächst. Dies bildet keinen Grund dafür, daß das Reichsgericht zur Entscheidung des Konfliktes (§ 13 des oberwähnten Gesetzes) nicht zuständig wäre. Angesichts dessen wäre nicht ausgeschlossen, daß die betreffende Verwaltungsbehörde nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens im Sinne des § 42 JN. einen Antrag stellt, obgleich die berufene Verwaltungsbehörde nach § 12 des Gesetzes vom 18. April 1869, Nr. 44, die Zuständigkeit bei dem Gerichte, bei welchem die Rechtssache anhängig ist, in Anspruch genommen hat. Der Oberste Gerichtshof müßte vor der Erledigung des Antrages die betreffenden Prozeßakten abverlangen. Aus diesen würde der Oberste Gerichtshof feststellen können, daß die Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit bei den ordentlichen Gerichten in Anspruch genommen hat. Dieser Umstand an sich selbst wäre noch kein Hindernis zur Erledigung des Antrages seitens des Obersten Gerichtshofes. Falls aber aus den Akten schon sichtbar ist, daß ein diesbezüglicher Antrag seitens der Verwaltungsbehörde dem Reichsgerichte vorgelegt wurde, so ist es klar, daß nach § 13 des oberwähnten Gesetzes das weitere Verfahren eingestellt und die beteiligten Parteien davon verständigt werden müßten. In dem letzten Falle müßte der Oberste Gerichtshof den Antrag der Verwaltungsbehörde zurückstellen, da die Streitfrage den Gegenstand des zuständigen Kompetenzgerichtshofes bildet.

Beim Reichsgericht ist entscheidend, daß in dem Augenblick, in welchem die betreffende Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit beim ordentlichen Gerichte in Anspruch nahm, die Rechtsangelegenheit, was die Hauptsache anbetrifft, noch nicht rechtskräftig entschieden war. Der Umstand, ob die Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte von demselben ausdrücklich bejaht wurde oder nicht (siehe oben),

¹⁸⁾ Siehe die E. des RG. vom 19. Jänner 1903, Z. 416 ex 1902, Bd. XII, Nr. 1156.

ist ohne Bedeutung. Die umgekehrte Sachlage finden wir, wenn der Oberste Gerichtshof nach § 42 JN. handelt. Das ordentliche Gericht kann nicht nur die Frage der absoluten Inkompetenz in dem Falle, wenn der Mangel erst nach rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache offenbar wird, prüfen, sondern auch dann, wenn es sich um rechtskräftige Entscheidung einer Nebensache handelt, bei welcher die Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte den Gegenstand der Prüfung bildet. In dem besprochenen Falle konnte das Urteil in der Hauptsache noch nicht gefällt worden sein. (Siehe oben die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, S. 122.) Eine rechtskräftige Entscheidung eines anderen Gerichtes (siehe oben S. 101) im Sinne des § 42 JN. kann für den Obersten Gerichtshof bindende Kraft haben. Für das Reichsgericht bildet die eigentliche Grenze die Rechtskraft des Spruches in der Hauptsache, für den Obersten Gerichtshof bildet die Grenze die rechtskräftige (respektive noch bindende) Entscheidung über die Frage der Zuständigkeit der inländischen ordentlichen Gerichte unter der Voraussetzung, daß die übrigen gesetzlichen Bedingungen erfüllt wurden.

2. Beim Reichsgerichte haben wir mit einem Konflikt der Behörden wie auch mit einem in diesem Konfliktfalle einzuleitenden Verfahren zu tun. Der Oberste Gerichtshof ist bei der Anwendung der besprochenen Vorschrift an keine bestimmte Verfahrensart gebunden. Es ist nur ein Antrag seitens der obersten Administrativbehörde nötig, andererseits soll der Oberste Gerichtshof, wenn der Antrag vorliegt, offiziös vorgehen. Zweifellos muß er die betreffenden Prozeßakten abverlangen, wonach er ohne Mitwirkung der Streitpartei über die Gültigkeit des Verfahrens in der Richtung der absoluten Inkompetenz entscheidet. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Oberste Gerichtshof Erhebungen einleitet, ob nicht ein „anderes“ Gericht im Sinne des § 42, Abs. 3 JN. eine noch bindende Entscheidung gefällt hat. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes hat bei der Anwendung der Vorschrift des § 42 JN. eine rechtsändernde Bedeutung, sie hat eine Bedeutung einer konstitutiven Entscheidung (bei Klagen gegen Prozeßmaßnahmen; siehe oben S. 52 und 53).

3. Der Antrag muß binnen 60 Tagen nach Inanspruchnahme der Zuständigkeit seitens der Verwaltungsbehörde bei dem ordentlichen Gerichte, dem Reichsgerichte, vorgelegt werden. Der Oberste Gerichtshof ist nach § 42 JN. zur Anwendung der besprochenen Vorschrift ohne Rücksicht auf den Zeitablauf von der Rechtskraft des abgeschlossenen Verfahrens berufen. Im Falle der Anwendung des § 42 JN. ist die Befugnis der berufenen Verwaltungsbehörde durch keine Frist beschränkt. Diese in dieser Richtung qualifizierte Nulltat richtfertigt den Schluß, daß vom gesetzlichen Standpunkte aus das öffentliche Interesse im Falle der absoluten Inkompetenz in einem größeren Maße als in den Fällen der Nichtigkeitsklage oder der Wiederaufnahmsklage berührt wird.

Die Aufhebung des Verfahrens seitens des Obersten Gerichtshofes ohne Begrenzung der zeitlichen Distanz von dem durchgeführten, rechtskräftigen Prozesse kann unzählbare Schäden in den Rechtssphären der Parteien nach sich ziehen. Die Rechte des Klägers konnten inzwischen verjahren, die Exekution ist schon durchgeführt worden und kann nicht rückgängig gemacht werden, die erlassene rechtskräftige Entscheidung konnte für eine ganze Reihe von anderen Prozessen von präjudizieller Wirkung gewesen sein; die besprochene rechtskräftige Entscheidung konnte die Grundlage zur Zurückweisung der Klage in einem anderen Prozesse wegen rechtskräftig entschiedener Rechtssache bilden usw. Die Sache kann sich noch mehr bei konstitutiven Urteilen komplizieren. Wenn wir annehmen, daß der Antrag so spät vorgelegt wurde, daß bei dieser Sachlage schon die Rechte verjährt sind, so muß man zugeben, daß wir mit einer wahren Verwüstung in einer ganzen Reihe von individuellen Rechtssphären zu tun haben können, die sich nicht etwa auf die Rechtssphäre der streitenden Parteien, sondern auch auf die Rechtssphäre dritter, im guten Glauben handelnder Personen erstrecken kann.

Die Vorschrift des § 42 JN. soll — so schien es wenigstens — eine Remedur, ein Sicherheitsventil zur Schonung des öffentlichrechtlichen Interesses bilden. Es entsteht aber

ein begründeter Zweifel, ob es den wohlgeordneten, rechtlichen Verhältnissen des Rechtsstaates entspräche, daß die durch rechtskräftige Urteile geregelten Rechtsverhältnisse möglicherweise nach Jahren aus Kompetenzrücksichten einer wesentlichen Änderung unterliegen. Wenn solche Momente zur Wahrung der Kompetenz der Verwaltungsbehörden, bei welchen die Zweckmäßigkeitserücksichten eine große Bedeutung haben, zu rechtfertigen wären, so ist die Einführung einer solchen Vorschrift bei den jetzigen Verhältnissen in vielen Fällen, wo das Verwaltungsverfahren immer mehr in einen rationell geregelten Verwaltungsrechtsweg übergeht, sogar vom Standpunkte der Kompetenzfrage nicht von entscheidender Wichtigkeit. Desto weniger ist die besprochene Vorschrift gerechtfertigt, wenn die Anwendung des § 42 JN. auch in einem Falle möglich ist, wo die Rechtsangelegenheit nicht von den Verwaltungsbehörden, sondern von den besonderen Gerichten erledigt wurde. Ist auch hier das rechtliche Interesse in so hohem Maße in Anspruch genommen? Ist das Maßgebende für die Aufhebung des Verfahrens nach Rechtskraft der Entscheidung, ob dieses oder jenes Gericht des „Privatrechtes“ die Entscheidung gefällt hat?

Was immer für einen Standpunkt man gegenüber der Vorschrift des § 42, Abs. 2 einnehmen mag, die breiten Grenzen des Anwendungsgebietes der oberwähnten Vorschrift (Aufhebung der Entscheidungen der besonderen Gerichte), wie auch der Mangel einer präklusiven Frist zur Einbringung des Antrages seitens der obersten administrativen Behörde wären doch nicht zu rechtfertigen.



