

Vaterländisches Archiv für das Herzogthum Lauenburg

Erster Band. Ratzeburg. Verlag der Buchhandlung von H. Linsen. 1857

III.

Zur Würdigung des Werthes der Actenverschickung bei Lauenburgischen Gerichten.

Von Herrn Advokat C. MEYER in Lauenburg.

Das Institut der Actenverschickung hat in unserm größern und engeren Vaterlande, namentlich seit der Reception des Römischen Rechts, eine so ausgedehnte Anwendung gefunden, daß es im Laufe der Zeit vielfach die Aufmerksamkeit der gesetzgebenden Gewalt auf sich gezogen hat und durch dieselbe manchen Beschränkungen unterworfen worden ist. Es ist für ganz Deutschland durch Bundesbeschluß in Criminal- und Polizeistraf-Sachen abgeschafft, und in unserm Ländchen regelmäßig auf die Leuterungs-Instanz beschränkt.

Diese Verhältnisse, - die Aufhebung des Instituts gerade in dem Theile der Rechtswissenschaft, der die Spruchbehörden mit der größten Verantwortlichkeit belastet, und die Beschränkung desselben in Civilsachen auf die Fälle, wo bereits das ordentliche Gericht eine Entscheidung abgegeben, - sind wohl geeignet, die Frage nach der Zweckmäßigkeit der Acten-Versendung überhaupt anzuregen. Für uns kommt noch der Umstand hinzu, daß unsere größeren Nachbarländer dieselbe in älterer und neuerer Zeit abgeschafft haben und wir uns Rechenschaft darüber abzulegen

1857/3 - (83)

1857/3 - 84

haben, ob dieser Ausnahme-Zustand in unserm Ländchen ein Vorzug ist, oder aber ein Uebelstand, zu dessen Beseitigung wir nur bisher nicht die nöthigen Kräfte haben aufwenden mögen; um so mehr, als die streitenden Theile bei unsern Gerichten mit wahrhaft aufopferndem Eifer diese verhältnißmäßig kostspielige Procedur ergreifen, um ihre Ansprüche noch einmal auf die Probe zu stellen.

Von der Beantwortung dieser Frage muß vor Allem ein Moment als gänzlich ungehörig ausgeschieden werden, obwohl es häufig bei derartigen Erörterungen als sehr gewichtig in die Wagschale geworfen wird; - ich meine den Schluß von der häufigen Benutzung eines *remedii* auf dessen Zweckmäßigkeit, auf ein Bedürfniß der Praxis darnach. Es ist gewiß nichts verkehrter, als dieses Argument, da nur zu häufig Rechthaberei und Rabulisterei, wo nicht noch schlimmere Motive die Rechtsinstitute mißbrauchen, und am Ende die leuterirende Parthei wenig darnach fragen wird, ob das nun erkennende Gericht auch die nöthige Garantie für eine noch bessere Entscheidung, als die impugnierte gewährt, wenn sie nur Aussicht hat, ihre angeblich verletzten Rechte zur Geltung zu bringen. - Zur richtigen Lösung des Problems dürfte allein eine Prüfung der generischen Verschiedenheit der hier in Betracht kommenden außerordentlichen Spruch-Collegien von den ordentlichen Gerichten, und der hieraus sich ergebenden Schlußfolgerungen für probate Dijudicatur der Processe führen, bei dem hier vorgesteckten Ziele, unter vorzugsweiser Erwägung der speciell Lauenburgischen Verhältnisse.

Als Hauptunterschied der auswärtigen Spruch-Collegien von den ordentlichen Landes-Gerichten dürfte der hervorzuheben sein, daß bei der *transmissio actorum* eben nicht der ordentlicher Weise zuständige Gerichtshof, sondern ein Collegium solcher Rechtsgelehrter richtet, deren Beruf in der theoretischen Ausbildung des Rechts besteht, und zwar nicht immer eines und desselben Collegii,

1857/3 - 84

1857/3 - 85

sondern eines für jeden Fall speciell aus den vielleicht Hunderten von juristischen Facultäten oder Schöffenstühlen in Deutschland zu bestimmenden. - Damit ist eo ipso schon eine Verletzung des sonst als *palladium* unpartheiischer Justiz geltenden Grundsatzes: Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden, gegeben. Niemand soll seinem ordentlichen Richter entzogen werden, weil bei der Verschiedenartigkeit der Ansichten in der Rechtsanwendung verschiedene Richter auch verschiedenes Recht sprechen und der, der für specielle Fälle specielle Gerichte einsetzen könnte, einen ungehörigen Einfluß auf die Entscheidung der Processe ausüben würde. Ist

es bei der Actenverschickung ein Anderes? Allerdings bestimmt hier der ordentliche Richter die Facultät, welche im speciellen Falle entscheiden soll, und er ist in dieser Bestimmung dadurch beschränkt, daß seine Wahl nur auf eine deutsche Juristen-Facultät fallen darf; aber damit ist die Schwäche der Sache nur gemildert, nicht gründlich gehoben. Andererseits vermehrt gerade diese Beschränkung auf Juristenfacultäten die Bedenklichkeiten, weil es die Berufspflicht der Professoren ist, die Resultate ihrer Rechtsstudien zu lehren und zu veröffentlichen. Und gerade dies bietet die Gelegenheit, durch die Wahl einer bestimmten Facultät auf eine gewünschte Entscheidung hinzuwirken, da von einer Facultät, deren Coryphäen sich für eine bestimmte Ansicht ausgesprochen haben, auch eine Entscheidung in diesem Sinne zu erwarten steht. Am bedenklichsten aber steht die Sache bei uns, weil hier vermöge der Beschränkung der Actenverschickung auf die Leuterungs-Instanz gerade die Gerichte die rechtsprechende Facultät zu bestimmen haben, deren Entscheidung der letzteren in der Leuterungs-Instanz zu wiederholter Prüfung vorgelegt werden soll. Ein Richter aber muß so gewiß für das von ihm gesprochene Urtheil eingenommen sein, als man bei ihm den Wunsch voraussetzen darf, daß das von ihm als Recht Erkannte auch zur Geltung gelange. Daß er zu diesem Zwecke von der

1857/3 - 85

1857/3 - 86

ihm freistehenden Wahl des nun erkennenden Gerichts vollen Gebrauch macht, ist nicht mehr, als natürlich, selbst ganz abgesehen von dem Mißtrauen in die Unbefangenheit des *judex a quo*, welches in dem Satze: *judex semel gravans semper gravans*, Ausdruck gefunden hat.

Man könnte einwenden, den Partheien werde ja kein Gericht aufgedrungen, einmal weil die eine Parthei meistens selbst darauf antragen müsse, wenn die Sache transmittirt werden solle und dann, daß den Partheien durch das *ius eximendi* eine Concurrrenz bei der Wahl der Spruchbehörde in der Leuterungs-Instanz eingeräumt sei. Ersteres kann aber vor Allem nur in so weit Berechtigung haben, als es sich um die leuterirende Parthei handelt, die andere als die obsiegende wird nie freiwillig ihr Recht noch einmal dem Risiko einer Entscheidung unterwerfen, und, was die Hauptsache ist, wenn der unzufriedene Theil

auch auf *transmissio actorum* antragen muß, so hat noch immer die vorige Instanz die Wahl des nun erkennenden Gerichts und damit eben einen nicht geringen Einfluß auf die Prüfung seiner Entscheidung, der dadurch, daß die eine Parthei ihn veranlaßt hat, nicht zu einem rechtmäßigen wird. Das *jus eximendi* aber, wodurch von jeder Seite regelmäßig drei Facultäten recusirt werden können, kann gegenüber der Menge von Universitäten, deren Deutschland sich zu erfreuen hat, doch in der That nicht in Anschlag gebracht werden; ja es soll grundsätzlich nicht in Betracht kommen, da die Facultät, auf welche die Wahl gefallen, zur Vermeidung jeden denkbaren ungehörigen Einflusses Seitens der Partheien, diesen bis nach dem Eingange des Urtheils verborgen bleiben soll, und dieser Zweck nicht erreicht werden könnte, wenn es den Partheien gestattet wäre, eine solche Anzahl von Facultäten zu recusiren, daß sich die *in concreto* gewählte leicht errathen ließe.

Ein zweiter, mit dem ersten zusammenhängender Unterschied ist der, daß bei der Actenverschickung zumeist, bei uns immer,

1857/3 - 86

1857/3 - 87

eine auswärtige, nicht demselben Rechtsgebiete wie die Litiganten angehörige Behörde Recht spricht. Und dies ist der Cardinal-Punkt, der für das Lauenburgische allein schon so stark wiegt, daß es auffallen könnte, warum noch kein Versuch vorliegt, das ganze Institut aus unserm Proceßverfahren zu beseitigen. Die erste Bedingung einer gerechten Entscheidung ist zweifelsohne die, daß der Richter das Recht kennt, unter welchem die streitenden Theile leben. Welche Facultät in Deutschland hat sich aber wohl je ernstlich um unser Particularrecht bekümmert? So klein unser Ländchen ist, so haben wir doch verhältnismäßig viele Gerichte, die gesetzgebende Gewalt hat sich im Laufe der Zeiten mehr, als anderswo mit dem Wechsel des Regentenhauses geändert, auch ist der Reception des Römischen Rechts bei uns nicht immer eine genaue Prüfung vorausgegangen, ob und wie weit die einheimischen Institute der Anwendung Römischer Rechtssätze fähig sind,

S. darüber u. A. ROTTECK's und WELCKER's Staats-Lexikon s. v.: Sachsen-Lauenburgische Verfassungssache;

- diese Verhältnisse unter Andern werden es erklären, daß wir ein eben so complicirtes Particularrecht haben, als andere größere deutsche Staaten, deren Particularrechte in bändereichen Systemen bearbeitet sind. Gleichwohl ist fast Nichts geschehen, um die Kenntniß unseres Rechts über die Grenzen unseres Landes zu verbreiten. Unsere 7 Bände Verordnungen enthalten so viel Obsoletes und andererseits wieder so viele Lücken, daß aus ihnen nur der geringste Theil unseres Particularrechts geschöpft werden kann, und laden ihrer innern und äußern Beschaffenheit nach keineswegs zu einer systematischen Bearbeitung ein. Das Meiste beruht auf Statuten, Gewohnheitsrecht und Praxis, die nur unsern Gerichten und den Interessenten bekannt sind. Man würde daher vergeblich in den Darstellungen des gemeinen deutschen Rechts auch nur nach der geringsten Berücksichtigung unseres Particularrechts suchen. Was in einzelnen Abhandlungen
1857/3 - 87

1857/3 - 88

sich zerstreut findet, ist wenig und häufig ungenau oder jetzt unbrauchbar. Auch der PAULSEN'sche Versuch einer systematischen Darstellung unsers Privatrechts ist so überaus oberflächlich und dürftig, daß er das totale Uebersehen, das ihm von unsern Juristen zu Theil wird, vollkommen verdient (beiläufig bemerkt, soll er dadurch entstanden sein, daß der Verfasser auf einer Durchreise bei einzelnen Lauenburgischen Gerichten und Anwälten sich gelegentlich nach unserm Rechtszustande erkundigt und die gesammelten Notizen compilirt hat). Das wenige, von kompetenter Seite Gelieferte, was wirklich noch brauchbar, z. B. die umfassende Darstellung des Lauenburgischen Meierrechts vom Land-Syndikus WALTER, ist leider nur Manuscript geblieben und selbst den wenigsten einheimischen Juristen zugänglich.

Wie ist bei dieser Sachlage eine richtige Entscheidung auswärtiger Spruchbehörden, denen alle Gelegenheit fehlt, sich mit unserm Sonderrechte bekannt zu machen, in Lauenburgischen Sachen denkbar! Ich will gar nicht von unsern vielen Observanzen, von unserm Gewohnheitsrechte sprechen, - diese sind, der Natur der Sache nach, jedem nicht im Gerichtsbezirke domicilirten Gerichte unzugänglich, und der Nachtheil, der der Rechtspflege aus deren Unkenntniß mit Rücksicht auf den Grundsatz: *jura novit curia* erwachsen muß, fällt zu sehr in die Augen, um einer weitem Erörterung zu bedürfen. Man

kann den Facultäten auch nicht einmal eine oberflächliche Kenntniß unseres geschriebenen Rechts zumuthen, denn dasselbe bietet zu wenig wissenschaftliches Interesse dar, wird wenigstens von zu vielem Wichtigern in den Hintergrund gedrängt, als daß die nur ausnahmsweise und nebenher bei unsern Rechtssachen beteiligten Collegien von der Existenz unserer Verordnungen Kunde erhalten sollten.

Unsere ältere Gesetzgebung hat diesen Mangel auch recht wohl gefühlt und deßhalb in vielen, das Criminal-Recht betreffenden Verordnungen, ohne Zweifel in der Absicht, um wenigstens

1857/3 - 88

1857/3 - 89

in diesem wichtigsten Theile des Rechtsgebiets sicher zu sein, daß der Richter das Hauptgesetz über den betreffenden Gegenstand auch kenne, - andere, nicht so unmittelbar den Gegenstand betreffende Gesetze und die Entscheidungen in Civil-Processen überließe sie ihrem Schicksale, - ausdrücklich verfügt, daß die betreffende Verordnung, wenn ein darunter zu subsumirender Rechtsfall zur Entscheidung an auswärtige Spruch-Behörden gelange, den letzteren zur Kenntnißnahme zugestellt werden solle. Wollte man aber damit diesem Uebelstande gründlich abhelfen, so müßte in jedem Falle unser gesamtes geschriebenes Recht an die Facultät mittransmittirt werden, denn man kann nicht im Voraus wissen, auch nicht der vorher in der Sache entscheidende Richter, von welchen Erwägungen das Erkenntniß in der Leuterungs-Instanz ausgehen wird; wer kann wissen, wohin die frühern Facultäts-Erkenntnisse geführt hätten, wenn das urtheilende Gericht das Speciellere unseres Rechtszustandes gründlich gekannt hätte, denn *minima circumstantia* (hier jede anscheinend noch so unbedeutende Norm unseres Particularrechts) *variat jus*. Freilich hat der *judex a quo* die erforderliche Kunde unseres geschriebenen Rechts gehabt, aber theils hat derselbe vielleicht nur stillschweigends die einschlägigen Normen unseres Sonderrechts vorausgesetzt, theils soll das *judicium ad quod* nicht erst aus dem angefochtenen Erkenntniß erfahren, welche besondere Normen im concreten Fall zur Anwendung kommen können, sondern die Prüfung einer abgegebenen Sentenz setzt vielmehr eine selbständige Kenntniß des Rechts voraus, nach dem der *judex a quo* zu entscheiden hatte.

Ein fernerer Unterschied zwischen der Facultät und einem ständigen Richter ist auch der, daß bei der *transmissio actorum* überall kein Gerichtshof, sondern eine Anzahl Rechtsgelehrter, deren Beruf in der Förderung der Rechtstheorie besteht, die richterlichen Funktionen versieht. Hieraus folgen aber für eine

1857/3 - 89

1857/3 - 90

Facultätsentscheidung alle Schwächen, die nothwendig mit der großen Kluft, die zwischen der Theorie und Praxis des deutschen Rechts bis jetzt noch obwaltet, verbunden sind. Die Theoretiker beschwerten sich über die zu geringe Beachtung der Theorie bei der Führung unserer Processe, und die Praktiker belächeln so oft die Spitzfindigkeiten, zu denen ein Hinwegsetzen über die Gestaltung, die die Theorie im praktischen Leben gewinnt, immer führen muß. Dabei ist es unvermeidlich, daß die Universitäten, die sich als Monopol der juristischen Weisheit zu betrachten gewohnt sind, im Eifer des Besserwissens selbst da zum Reformiren geneigt sind, wo wirklich nur Uebung im Rechtsprechen und unbefangene Würdigung der Verhältnisse das Urtheil dictirt haben. In der Praxis gelten die Universitär-Erkenntnisse als etwas ganz Unberechenbares, und in meiner noch jungen Praxis bin ich von älteren, gewiegten Juristen oft gewarnt worden, mich nicht zu sehr auf die Gediegenheit der Erkenntnisse, gegen welche Remedur auf dem Wege der Actenverschickung versucht ist, zu verlassen, da die Facultäten nur zu häufig ihre Weisheit durch wunderliche Entscheidungen an den Tag zu legen suchten. - Durch dieses Mißverhältniß wird denn auch der unverkennbare Vorzug, den die Actenverschickung immer hat, nämlich der, daß die Entscheidung von Gerichtsbeisitzern ausgeht, die einerseits nicht in der geringsten Beziehung zu den Partheien stehen, die die Partheien nur wie Zahlen oder Buchstaben ansehen und daher unpartheiisch sein müssen, andererseits auch ihres Berufs wegen vorzugsweise wissenschaftlich durchgebildet sind, - völlig wieder paralysirt. Was hilft es den Partheien, ob der Richter ihnen wegen unwillkürlicher Vorliebe für eine Parthei Unrecht thut, oder weil er sich im Glanze seines Wissens zeigen will, oder weil er keine Uebung in der Aburtheilung streitiger Fälle hat. Zudem mangelt es uns wenigstens in der Oberinstanz nicht an gewissenhafter und gründlicher Prüfung unserer Rechtssachen; wer dies nicht

1857/3 - 90

1857/3 - 91

aus dem Inhalte der bisherigen Entscheidungen hat kennen lernen können, wird es aus dem Umfange unseres Ländchens schließen können, da dasselbe nicht so viele Rechtssachen in die Oberinstanz bringen kann, um unserm Oberdicasterio die zu allseitiger Erwägung von Rechtssachen erforderliche Zeit zu beschränken.

Endlich unterscheidet sich die Instanz bei der *transmissio actorum* auch dadurch von dem ordentlichen Richter, daß erstere nicht unserer einheimischen Gesetzgebung unterworfen ist. Kein einheimisches Gesetz kann der Facultät die Pflicht auferlegen, die Justiz sportelsfrei für uns zu administriren, und es muß daher Jeder, der bei uns auf Actenverschickung anträgt, vor derselben einen nicht unbedeutenden Vorschuß zur Deckung der Urtheils-Kosten einzahlen. Hierzu sind aber außer den eigentlichen Armenpartheien häufig selbst solche nicht im Stande, denen ein Armuths-Attest vorenthalten wird, und es tritt hier demnach das traurige Resultat ein, daß die Actenverschickung nur für Bemittelte zugänglich ist, mit andern Worten: während eine wohlhabende Parthei die ihr ungünstige Entscheidung der Ober-Instanz oder eines Untergerichts noch bei einer Facultät zur Prüfung vorlegen kann, muß eine weniger bemittelte Parthei von diesem Versuche, ein günstiges Urtheil zu erlangen, abstehen, weil sie den Kosten-Vorschuß nicht aufbringen oder nicht entbehren kann. Ein Baum, der solche Früchte trägt, muß aber schon in der Wurzel verdorben sein.

Wollen wir daher auch annehmen, daß die entscheidende Behörde bei der Actenverschickung das Recht unbeirrt durch ungehörige Einflüsse sprechen will, - gewiß ist, daß sie es nicht kann, weil ihr die Möglichkeit genommen ist, das Recht, wonach wir leben, kennen zu lernen. Die erste Bedingung einer angemessenen Justizverwaltung ist aber ein Richter, der das Recht, wonach er richten soll, auch kennt. - Streben wir daher, und möge namentlich Jeder, dem eine thätige Mitwirkung bei unserer Gesetzgebung vergönnt ist, streben nach der Beseitigung einer uns

1857/3 - 91

1857/3 - 92

aus andern Zeiten überkommenen Institution, die der Grundpfeiler aller Rechtspflege entbehrt, die die Partheien ihrem ordentlichen Richter entzieht, die einen Richter an dessen Stelle setzt, der nicht Recht sprechen kann, weil er das Recht, wonach zu entscheiden er berufen wird, nicht kennt, und der die richterlichen Funktionen nur als Nebengeschäft anzusehen genöthigt ist; und endlich einer Institution, welche dem Armen nicht gleiches Recht mit dem Wohlhabenden gewährt!