

Die Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozessrecht

Autor(en): **Troller, Alois**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **64 (1945)**

PDF erstellt am: **25.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896284>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozessrecht.

Von Dr. Alois Troller, Rechtsanwalt in Luzern.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel. Das System der Prozesseinreden.	
§ 1. Der Begriff der Prozesseinreden	58
§ 2. Prozessvoraussetzungen — Sachurteilsvoraussetzungen	64
§ 3. Zerstörliche (peremptorische) und verzögerliche (dila- torische) Prozesseinreden	76
2. Kapitel. Die Luzerner Prozesseinreden in Gesetz und Praxis.	
§ 4. Die geschichtliche Entwicklung der Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozess	83
§ 5. Die einzelnen Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozess	91
A. Die zerstörlichen Einreden.	
I. Die zerstörlichen, nichteinlässlichen Einreden.	
1. Die Einrede der Klageverjährung	91
2. Die Einrede der beurteilten Sache	92
3. Die Einrede des gerichtlich beurkundeten Ver- gleiches	93
II. Die zerstörlichen Einreden, die in einlässlicher Antwort geltend gemacht werden müssen.	
1. Die materiellrechtlichen Einreden	93
2. Die prozessualen peremptorischen Einreden	
a) Die Einrede der Klageanerkennung	93
b) Die Einrede der mangelnden Parteifähig- keit	94
B. Die verzögerlichen Einreden.	
I. Die verzögerlichen, nichteinlässlichen Einreden.	
1. Die mangelnde Zuständigkeit des Gerichts	94
2. Die Einrede des Stellvertretungsbesitzes	97
3. Die Einrede der gerichtlichen Hinterlegung	99
II. Die verzögerlichen, einlässlichen Einreden.	
1. Die Sachurteilsvoraussetzungen	99
a) Mängel hinsichtlich des Gerichts	99
b) Mängel hinsichtlich der Parteien	100
c) Mängel hinsichtlich der Sache	100
d) Mängel hinsichtlich prozessualer Vorkehren	101
2. Die zivilrechtlichen verzögerlichen Einreden und Einwendungen	101

§ 6. Die Geltendmachung und gerichtliche Behandlung der Einreden.	Seite 101
A. Die zerstörlchen Einreden.	
I. Die Geltendmachung durch die Parteien	102
1. Die nichteinlässlichen zerstörlchen Einreden	102
2. Verbindung der einlässlichen und nichteinlässlichen Antwort	102
3. Die Erhebung der zerstörlchen Einreden in der einlässlichen Antwort	102
II. Die Behandlung der zerstörlchen Einreden durch das Gericht	103
B. Die verzögerlichen Einreden.	
I. Die Erhebung durch die Parteien.	
1. Die nichteinlässliche Antwort	104
2. Die einlässliche Antwort	104
II. Die Behandlung der verzögerlichen Einreden durch das Gericht.	
1. Dilatorisch-nichteinlässliche Einreden	105
2. Verzögerliche Einreden in der einlässlichen Antwort	106
3. Berücksichtigung des Mangels von Sachurteilsvoraussetzungen durch das Gericht von Amtes wegen	108
§ 7. Kritik	108

1. Kapitel.

Das System der Prozesseinreden.

§ 1. Der Begriff der Prozesseinreden.

Die Prozesseinreden bilden eine der Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten gegenüber dem durch schriftliche oder mündliche Klage vorgetragene Angriff des Klägers:

1. Der Beklagte kann die tatsächliche oder die rechtliche Begründetheit der Klage bestreiten.

Im ersteren Falle macht er geltend, dass die Darstellung der Begebenheiten, aus denen der Kläger die Rechtsfolgen ableitet, unrichtig ist, dass der Beklagte z. B. den Vertrag nicht abgeschlossen oder die schädigende Handlung nicht begangen hat, dass ihn kein Verschulden trifft.

Die zweite Argumentation beruft sich auf einen Fehler in der Subsumtion der Tatsachen unter die gesetzlichen Bestimmungen; sie wendet sich gegen die Gesetzesanwendung, Gesetzesauslegung oder bringt ähnliche Einwendungen vor.

In beiden Fällen befasst sich der Beklagte eingehend mit der Klage und behauptet deren materielle Unbegründetheit. Diese Art der Verteidigung ist die häufigste.

2. Muss der Beklagte die Begründetheit der Klage anerkennen, glaubt er aber seinerseits Ansprüche gegenüber dem Kläger zu haben, so wählt er zur Verteidigung den Gegenangriff, den er in Form konnexer Gegenforderungen in der Rechtsantwort¹⁾ oder in einer besonderen Widerklage vornimmt. Handelt es sich bei den vom Kläger erhobenen und vom Beklagten entgegengesetzten Ansprüchen um Geldforderungen, so ist jeweilen mit dem Gegenangriff zugleich bis zur Höhe des klägerischen Anspruches, sofern die beklagte Forderung dazu ausreicht, die Verrechnungseinrede²⁾ verbunden. Der Beklagte macht in diesem Umfange die Tilgung des klägerischen Anspruchs geltend. Er anerkennt die vormalige Existenz der klägerischen Forderung, beruft sich aber auf den nachherigen Untergang. Damit nähern wir uns der vorliegend interessierenden Verteidigungsart.

3. Unter Einreden verstehen wir im Zivilprozessrecht Vorbringen der Beklagten, die unter Anerkennung der Richtigkeit der Klagedarstellung und der gestützt auf die

¹⁾ Ein konnexer Gegenanspruch mit ausgesprochenem Verteidigungscharakter ist die Anfechtung des Rechtsgeschäftes, aus dem der Kläger Rechte ableitet. Er wird oft als Einrede bezeichnet, wohl zu Unrecht. Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903, S. 317.

²⁾ v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, S. 20 und 27, bezeichnet die Geltendmachung der Verrechnung nicht als Einrede, sondern als Ausübung eines der peremptorischen Einrede nahe verwandten Gestaltungsrechts. Der Sprachgebrauch hat jedoch diese feineren Unterschiede in der Terminologie der neueren Dogmatik noch nicht beachtet.

selbe vorgenommenen rechtlichen Deduktionen neue Tatsachen oder Rechtsgründe geltend machen, welche die Wirkung der klägerischen Argumente aufheben oder hemmen³⁾.

Diese Vorbringen können:

a) rechtshindernd wirken, indem sie z. B. einen Hinderungsgrund für das Entstehen des klägerischen Rechts anführen (Fehlen der Handlungsfähigkeit, Verstoss gegen die guten Sitten, zivilrechtlicher Wucher, Täuschung, Simulation);

b) rechtsaufhebende Folgen haben, wenn sie das Erlöschen des einmal entstandenen klägerischen Rechts dartun (Erfüllung, Erlass, Unmöglichkeit der Leistung, Wegfall der Bereicherung⁴⁾).

In diesen beiden Fällen beruft sich der Beklagte auf ihm günstige Tatsachen. Sind sie aus der Darstellung des Klägers zu entnehmen, so hat sie der Richter ebenfalls zu beachten⁵⁾, da sie damit ein Teil des Prozessstoffes geworden sind, der von beiden Parteien zusammengetragen wird. Diese tatsächlichen Vorbringen, durch welche der Beklagte das Nichtentstehen oder den Untergang des klägerischen Rechts dartun will, werden in der modernen Rechtssprache mit dem technischen Ausdruck „Einwendungen“ be-

³⁾ Vgl. dazu Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprocessrechts, Leipzig und Heidelberg 1873, S. 234: „Hiernach ist denn eine Einrede im Sinne des heutigen Processrechts eine neue, selbständige Behauptung thatsächlicher oder auf Thatsachen zurückzuführender Art, welche geeignet ist, den Klageanspruch zurückzuweisen...“; Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, S. 156 ff.; Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, Berlin 1841, S. 160 f.; Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Heidelberg 1838, S. 164 f.; Bayer, Vorträge über den ordentlichen Zivilprocess, München 1869, S. 566 ff.; v. Tuhr, S. 22 ff.; Oser-Schönenberger, Kommentar OR, Vorbem. zu Art. 1—67, N. 47.

⁴⁾ v. Tuhr, S. 22 f.

⁵⁾ v. Tuhr, S. 24; Oser-Schönenberger, Vorbem. zu Art. 1—67, N. 48.

zeichnet⁶⁾. Ihnen stehen die zivilrechtlichen Einreden gegenüber, durch die der Beklagte

c) eine rechtshemmende Wirkung herbeiführt. Mit der zivilrechtlichen Einrede macht der Beklagte eine ihm vom Gesetz gewährte Befugnis geltend, die geforderte Leistung zu verweigern (Berufung auf Verjährung, die Einrede des nichterfüllten Vertrages, Vorausklage, des Retentionsrechts⁷⁾).

Prozessual ist von Bedeutung, dass der Richter Einreden nicht selber aus dem Tatsachenfundament des Streites herausgreifen darf, sondern die prozessuale Willenserklärung des Beklagten abwarten muss. Wenn eine z. B. offensichtlich verjährte Forderung eingeklagt wird, hat sie der Richter zuzusprechen, wenn der Beklagte nicht die Einrede der Verjährung erhebt⁸⁾.

Die zivilrechtlichen Einreden werden in

aa) dauernde (peremptorische) Einreden, die das Recht gewähren, eine Leistung ein für allemal zu verweigern (Verjährung, Mängel der Kaufsache), und

bb) aufschiebende (dilatorische) Einreden, welche eine vorübergehende Verweigerung der geschuldeten Leistung ermöglichen (Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Vorausklage), eingeteilt⁹⁾.

Diese Einteilung ist nicht mit derjenigen des Prozessrechts zu verwechseln, das ebenfalls von peremptorischen und dilatorischen Einreden spricht, dabei aber einen weiteren Kreis von prozessualen und zivilrechtlichen Vorbringen erfasst, was unten näher dargelegt wird.

Die aufgezeichnete Differenzierung wird in unseren Zivilgesetzen nicht beachtet, so bezeichnet OR. Art 18,

⁶⁾ v. Tuhr, S. 23; Oser-Schönenberger, a. a. O., N. 47.

⁷⁾ v. Tuhr, S. 22 ff.; Oser-Schönenberger, a. a. O., N. 45—52.

⁸⁾ v. Tuhr, S. 25; Oser-Schönenberger, a. a. O., N. 48; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 46 f.

⁹⁾ v. Tuhr, S. 27; Oser-Schönenberger, a. a. O., N. 50 f.; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 272 f.

Abs. 2, eine typische Einwendung als Einrede¹⁰⁾. Oser-Schönenberger nennt die Einwendungen einen Oberbegriff der Einreden¹¹⁾.

Im Rahmen der Einreden ist noch die letzte, wichtige Verteidigungsmöglichkeit des Beklagten anzuführen:

d) der mit prozessrechtlichen Argumenten geführte Kampf gegen die materielle Behandlung der Klage, die Sacherwahrung und das Urteil in der Sache. Diese Verteidigungsweise hat mit den zivilrechtlichen Einreden das gemeinsam, dass nicht die Klagetatsachen bestritten werden. Sie unterscheiden sich aber von ihnen durch den wesentlichen Unterschied im rechtlichen Fundament und der rechtlichen Wirkung ihrer Geltendmachung:

aa) Die zivilrechtlichen Einreden basieren auf der materiellrechtlichen Grundlage des Verhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten. Sie wenden sich gegen die zivilrechtliche Durchsetzbarkeit des klägerischen Anspruchs. Bei der Prüfung ihrer Begründetheit muss der Richter das Tatsachenmaterial würdigen; die Einrede der Verjährung kann nur beurteilt werden, wenn die Darstellung des Klägers über den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung mit den beklagtischen Behauptungen über den Zeitablauf verglichen wird; die Einrede des nichterfüllten Vertrages macht nicht nur die Beschäftigung mit dem Inhalt des Vertrages, sondern auch mit der Beachtung desselben durch den Kläger nötig. Gegenüber der Leugnung des Klagefundamentes ergibt sich nur der Unterschied, dass aus dem Prozessstoff einzelne Tatsachen herausgegriffen werden; belegen diese die Begründetheit der Einrede, so kann über die andern Streitpunkte hinweggegangen werden. Die zivilrechtlichen Einreden bewirken eine beschränkte richterliche Sacherwahrungstätigkeit. Das abweisende Urteil schafft im Umfang dieser Prüfung Rechtskraft; solange dasselbe tatsächliche

¹⁰⁾ v. Tuhr, S. 23.

¹¹⁾ Oser-Schönenberger, a. a. O., N. 47.

Fundament von Klage und Verteidigung besteht, ist eine Wiederaufnahme des Prozesses für den Kläger aussichtslos. Die gutgeheissenen peremptorischen Einreden der Verjährung und der Verrechnung befreien den Beklagten für immer; die Berufung auf den nichterfüllten Vertrag oder die Vorausklage solange, als der Kläger die fehlenden Handlungen nicht vorgenommen: die Lieferung nicht erbracht, den Schuldner nicht betrieben hat.

bb) Die prozessualen Einreden lassen den gesamten materiellrechtlichen Fragenkomplex beiseite; sie wollen den Richter an der Beschäftigung mit demselben verhindern. Ihr rechtliches Fundament ist nur das Prozessrecht; durch das Prozessrecht hindurch können dann materiellrechtliche Fragen bedeutsam sein: die Parteifähigkeit setzt die zivilrechtliche Anerkennung als Persönlichkeit oder die Gleichsetzung mit einer solchen (Kollektivgesellschaft) voraus; die Prozessfähigkeit ist nur dem Handlungsfähigen gegeben. Diese rein prozessuale Verteidigung unterscheidet sich mehr von jeder materiellrechtlichen Verteidigung, auch vom Vorbringen zivilrechtlicher Einreden, als die letzteren von der Bestreitung des Klagefundaments oder der Geltendmachung von Gegenansprüchen. Das völlige Auseinanderfallen der zivilrechtlichen und prozessrechtlichen Verteidigung verlangt die klare Scheidung der Prozesseinreden in materiellrechtliche und prozessrechtliche. Das Berufen auf die letzteren ist logisch die erste Verteidigungsart des Beklagten, in ihrer praktischen Bedeutung hingegen steht sie allen andern nach, so dass die Erwähnung an letzter Stelle gerechtfertigt ist. Die Zahl der Prozesserledigungen aus formellen Gründen ist im Verhältnis zur materiellen Abweisung klein. Wenn hier trotz der Erkenntnis der grundlegenden Verschiedenheit die einredeweise Verteidigung zivilrechtlicher und prozessrechtlicher Natur zusammengefasst wurde, so geschah dies mit Rücksicht auf die Systematik der Luzerner ZPO.

§ 2. Prozessvoraussetzungen — Sachurteilsvoraussetzungen.

1. Mit den prozessualen Einreden macht der Beklagte das Fehlen einer Voraussetzung geltend, ohne die das Gericht in der Sache nicht urteilen darf. Der Beklagte bestreitet die Zulässigkeit des durch die Klage eingeleiteten Verfahrens. Er beruft sich auf Mängel: 1. hinsichtlich des Gerichts (Fehlen der sachlichen, örtlichen oder funktionellen Zuständigkeit); 2. der Parteien (mangelnde Partei- oder Prozessfähigkeit); 3. der Sache (res iudicata, Litispendenz); 4. prozessualer Vorkehren (Unrichtige Abfassung der Klage, Fehlen des Sühnevorstandes)¹²⁾.

2. Durch Bülow¹³⁾ wurde in der Prozessliteratur für diese Voraussetzungen, von denen die sachliche Behandlung abhängig ist, die Bezeichnung Prozessvoraussetzungen eingeführt. Bülow, der das Prozessrechtsverhältnis in den Mittelpunkt seines Systems stellte, vertrat die Ansicht, dass durch die Pflicht des Beklagten, sich materiell mit der Klage zu befassen, das Prozessrechtsverhältnis und somit ein Prozess entstehe. Er nahm also den Begriff Prozessvoraussetzung im wörtlichen Sinne¹⁴⁾. Heute wendet ihn die Prozessrechtswissenschaft in der Bedeutung der Voraussetzung einer Entscheidung zur Sache an¹⁵⁾. Man ist sich darüber im klaren, dass mit der Klage der Prozess, das

¹²⁾ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Berlin 1927, S. 250; J. Goldschmidt, Zivilprozessrecht, Berlin 1929, S. 87; Stein, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 8. und 9. Auflage, 1. Bd., Tübingen 1906, S. 631.; Berner ZPO, § 192, dazu Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kt. Bern, Kommentar, Bern 1937, § 192, N. 1; Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im schweizerischen Zivilprozessrechte, Z. f. schw. R., Bd. 41, S. 282.

¹³⁾ Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868, S. 5 ff.

¹⁴⁾ Bülow, Die Lehre..., S. 1 ff.; Bülow, Klage und Urteil, Berlin 1903, S. 61.

¹⁵⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905, S. 55; Rosenberg, S. 248 f.

Streitverfahren eingeleitet wird und dass gerade im Laufe dieses Prozesses die erste wichtige richterliche Handlung die Prüfung der Frage ist, ob die Voraussetzungen zu einem Urteil in der Sache vorliegen. Die Prozessvoraussetzungen sind Gegenstand der richterlichen Kognition im Prozess und können daher nicht dessen Voraussetzung sein¹⁶⁾.

Der Streit, ob die Prozessvoraussetzungen die Zulässigkeit des Prozesses oder nur die Zulässigkeit der materiellen Behandlung der Sache bedingen, ist rein terminologischer Natur. Insbesondere bringt das Hineinziehen des Prozessrechtsverhältnisses in die Diskussion um die Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden nur eine unnötige Komplikation und Bereicherung der Kontroversen¹⁷⁾. Für die Lehre von den Prozessvoraussetzungen ist es ohne jede Bedeutung, ob das Prozessrechtsverhältnis nur unter den Parteien besteht (Kohler), zwischen dem Staat (dem Gericht) und den Parteien (Hellwig) oder schliesslich dreiseitig zwischen Staat (Gericht) und Parteien und zugleich zwischen den Parteien (so u. a. Rosenberg). Bedeutungslos ist unserem Problem auch der Disput, ob das Prozessrechtsverhältnis Rechte und Pflichten schaffe¹⁸⁾ oder nur Rechtslagen, welche die Parteien nicht zum Handeln zwingen, aber bei ihrer Nichtbeachtung (z. B. Nichteinreichung einer Rechtsantwort) für die säumige Partei nachteilige Folgen haben¹⁹⁾.

Für unsere Betrachtung empfiehlt es sich, diese Differenzierungen des Gelehrtenstreites um das Prozessrechtsverhältnis — sie haben für die analytische Betrachtung des Prozessrechtes sicherlich einen bedeutenden Wert — beiseite zu lassen²⁰⁾.

¹⁶⁾ Rosenberg, S. 248; Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, I. Teil, Leipzig 1912, S. 251; J. Goldschmidt, S. 4.

¹⁷⁾ Sauer, Die Grundlagen des Prozessrechts, Stuttgart 1919, S. 109, S. 175 ff.

¹⁸⁾ Rosenberg, S. 302 ff.

¹⁹⁾ Goldschmidt, S. 4.

²⁰⁾ Das Prozessrechtsverhältnis wird denn auch von bedeutenden Prozessualisten als für die Systematik des Prozessrechts

Uns genügt die Feststellung, dass mit der Klageeinreichung die Beziehungen zwischen Kläger und Gericht, mit der Klagezustellung ferner auch diejenigen vom Gericht zum Beklagten und vom Kläger zum Beklagten begründet sind. Der Kläger kann nach der Einreichung der Klage nicht mehr ohne gewisse Folgen (Kostentragung) die Klage zurückziehen; das Gericht muss tätig werden; der Beklagte hat die ihm zugestellte Klage zu beantworten, geschehe dies im schriftlichen oder mündlichen Verfahren, wenn er nicht Versäumnisfolgen auf sich nehmen will, und zwar auch dann, wenn er die materielle Behandlung des Streites als unzulässig erachtet²¹⁾. So wie wir im Gegensatz zu Bülow²²⁾ und seinen Anhängern alle durch das Verfahren begründeten Beziehungen als Prozessrechtsverhältnis betrachten und bezeichnen und nicht erst die mit der Sachbehandlung entstandenen, also den Namen Prozessrechtsverhältnis auf das ganze Verfahren und nicht nur einen Abschnitt beziehen, so nennen wir im Gegensatz zu Bülow auch das ganze Verfahren Prozess²³⁾. Diese Terminologie entspricht der Verwendung des Ausdruckes in der schweizerischen Theorie und Praxis, zugleich aber auch weitgehend in der deutschen Doktrin und Gerichtssprache²⁴⁾.

bedeutungslos betrachtet: Rosenberg, S. 302; Weissmann, Zivilprozessrecht, Bd. 1, Stuttgart 1903, S. 385; Goldschmidt, S. 4.

²¹⁾ Vgl. Rosenberg, S. 303.

²²⁾ Bülow, Die Lehre..., S. 1 ff.; Weissmann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Leipzig 1884, S. 113; anderer Ansicht dann im Zivilprozessrecht, S. 385, wo Weissmann nun ebenfalls das durch die Klage eingeleitete Verfahren in seiner Totalität als Prozess bezeichnet.

²³⁾ Bülow selber ist auch nicht konsequent. Er spricht davon, dass beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung dem Beklagten selber ein Recht auf Prozessabweisung zustehe durch ein Urteil, durch welches das Gericht jede Art von Sachentscheidung ablehnt. (Bülow, Klage und Urteil, S. 61.)

²⁴⁾ Matti, Zivilprozessrecht, S. 1020: „Zivilprozess bedeutet somit das gerichtliche Verfahren in privatrechtlichen Streitigkeiten“;

Unter Prozess verstehen wir sowohl die gesetzliche Normierung des Verfahrens, in dem Personen vor dem Zivilrichter ihre privatrechtlichen Streitigkeiten austragen, als auch das Verfahren selbst. Diese Verwendung des Begriffes „Prozess“ hat sich in der Schweiz so eingebürgert, dass jede andere Anwendung unnütze Missverständnisse erzeugen muss. Man wird weder einem Richter noch einem Anwalt unter Berufung auf gewisse Lehrmeinungen zumuten können, seinen Sprachgebrauch zu ändern und erst dann das Verfahren als Prozess zu bezeichnen, wenn die Verhandlung zur Hauptsache beginnt. Daher ist unsere oben gemachte Feststellung, dass das Vorhandensein der „Prozessvoraussetzungen“ im Prozess selbst geprüft werden müsse, im Sinne unseres Sprachgebrauches richtig. Hingegen wird durch sie die Frage gestellt, ob der Ausdruck „Prozessvoraussetzungen“ glücklich gewählt ist. Nachdem die damit bezeichneten prozessualen Erfordernisse zur Behandlung in der materiellen Streitfrage gerade nicht die Vorbedingungen des Zustandekommens eines Prozesses sind, ist der Ausdruck falsch und irreführend. Man könnte ihn weiter dulden, wenn er sich in unserer Rechtssprache als *Terminus technicus* derart eingebürgert hätte, dass jeder Jurist ohne weiteres weiss oder wissen sollte, was damit gemeint ist. Das Prozessrecht ist jedoch eine der entlegeneren Domänen unserer Jurisprudenz; die nähere Bekanntschaft vermittelt in der Regel die Praxis. Die Sprache der Spezialisten wird weit weniger Allgemeingut als im Gebiet des materiellen Rechts. Wir müssen daher darauf bedacht sein, möglichst klare Ausdrücke zu wählen. Kann eine Wortbildung nicht alles umfassen, so ist es besser, das typischste Merkmal herauszugreifen, als eine Fehlbezeichnung weiterzudulden. Die sog. „Prozessvoraussetzungen“ sind die Erfordernisse, welche die Prozessrechte für das Sachurteilsverfahren auf-

Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1. Bd., Leipzig 1885, S. 30; Hellwig, System, S. 2; Rosenberg, S. 1 f.; J. Goldschmidt, S. 1.

stellen. Diese wesentlichste Aufgabe bezeichnet klar und eindeutig der von Goldschmidt gewählte Ausdruck „Sachurteilsvoraussetzungen“²⁵⁾.

Auch andere Autoren verwenden den Begriff Prozessvoraussetzungen im Sinne der Sachurteilsvoraussetzungen. Matti spricht von Prozessvoraussetzungen, sagt aber, das geschehe im Sinne der Sachentscheidungsvoraussetzungen²⁶⁾. Leuch definiert die Prozessvoraussetzungen als die Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht in die Lage kommt, ein Urteil in der Sache zu fällen²⁷⁾. Stein sagt: „Die Fähigkeit, ein Urteil in der Sache zu ergeben, die erstrebte Rechtsschutzhandlung zu gewähren oder aus sachlichen Gründen zu verweigern, hat aber der Prozess nur dann, wenn gewisse Voraussetzungen seiner rechtlichen Existenz gegeben sind, die sog. Prozessvoraussetzungen.“ „Die Prozessvoraussetzungen sind als positive Bedingungen des Sachurteils von derjenigen Partei zu beweisen, die am Erlasse des Sachurteils interessiert ist...“²⁸⁾ Alle diese Erläuterungen des Begriffes der Prozessvoraussetzung stellen die Sachurteilsvoraussetzung in den Vordergrund. Es hätte daher auch für diese Autoren näher gelegen, ihn als Bezeichnung zu wählen, statt nur die Erklärung darauf aufzubauen.

Sachurteils- und Sachentscheidungsvoraussetzungen sind Synonima, die wie Urteil und Entscheidung nebeneinander gebraucht werden können. Da aber Urteil eher auf die letzte Entscheidung in einer Instanz hinweist, während Entscheidung mehr richterliche Beschlüsse im Laufe des Verfahrens bezeichnet, ist der Begriff „Sachurteilsvoraussetzung“ vorzuziehen.

Rosenberg²⁹⁾ hält am Ausdruck „Prozessvoraussetzung“ fest, um der jetzt schon verwirrenden Fülle von

²⁵⁾ Goldschmidt, S. 4.

²⁶⁾ Matti, S. 1058.

²⁷⁾ Leuch, § 191, N. 1.

²⁸⁾ Stein, Kommentar, § 274 I.

²⁹⁾ Rosenberg, S. 249.

Wortbildungen für diesen Begriff keinen neuen hinzuzufügen. Für uns scheidet — es wurde oben dargetan — diese Ueberlegung aus, weil bei uns der Begriff „Prozessvoraussetzung“ noch nicht Heimatrecht erworben hat. Rosenberg³⁰⁾ betrachtet überdies die Wortbildung „Sachurteilsvoraussetzung“ als nicht voll erschöpfend, wenn sie auch die wesentlichste Wirkung, die Zulässigkeit der Entscheidung zur Sache, ausdrücke; die Prozessvoraussetzungen seien zudem auch Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Klage und der Sachverhandlung. Nun sind aber die Zulässigkeit der Klage und der Sachverhandlung ihrerseits Voraussetzungen des Urteils zur Sache; sie sind Vorstufen. Ihre Voraussetzungen können wir daher ohne Zögern als Sachurteilsvoraussetzungen bezeichnen, womit dieser Einwand von Rosenberg dahin fällt. Schmid³¹⁾ anerkennt, dass der Begriff „Sachentscheidungs voraussetzung“ auf die für den Praktiker wesentlichste Eigenschaft der Prozessvoraussetzung hinweise; er bringe aber zugleich „die kaum der falschen Vorstellung entrissenen konstitutiven Elemente des Prozessrechtsverhältnisses“ in Gefahr, falsch verstanden zu werden. „Denn wenn die Nichtzulässigkeit (im oben bezeichneten Sinne) der Sachverhandlung beim Fehlen der Prozessvoraussetzungen auch die für den Praktiker grösste Bedeutung haben mag, so ist es doch eine eigentlich erst sekundäre Folge des Nichtzustandekommens des Prozessrechtsverhältnisses. Das Wesen der Prozessvoraussetzungen ist aber in erster Linie, dass sie die *conditiones sine quibus non* sind für den gesamten Prozess. Aus diesem Grunde ist es zu begrüßen, dass die von Sauer gebrauchte Neubezeichnung von Lehre und Gesetzgebung nicht übernommen wurde³²⁾.“ Schmid opfert die auch nach seiner

³⁰⁾ Rosenberg, S. 248.

³¹⁾ Schmid, Die fristlichen Einreden nach aargauischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1940, S. 15 f.

³²⁾ Schmid scheint Sauer falsch zu interpretieren; gerade Sauer lehnt den Begriff „Sachurteilsvoraussetzungen“ für „Prozessvoraussetzungen“ ab, s. unten § 2, 3 c.

Ansicht für den Praktiker aufschlussreiche „Sachurteilsvoraussetzung“ dem Prozessrechtsverhältnis, dessen Bedeutung wir in diesem Zusammenhang verneinten.

3. Die deutsche Doktrin hat aber nicht nur die besprochenen Ausdrücke zur Wahl gestellt. Bei der analytischen Behandlung des Prozesses wurden noch feinere Unterscheidungen herausgearbeitet, die den Einblick des Spezialisten fördern mögen, die systematische Erfassung des Rechtsinstitutes aber nur hindern und die praktische Anwendung in Gesetz und Gerichtspraxis erschweren.

a) Hellwig unterschied zuerst Prozessvoraussetzungen und Klagevoraussetzungen³³⁾, sprach dann aber später von Klageerhebungserfordernissen und Klagevoraussetzungen³⁴⁾. Die Klageerhebungserfordernisse bedeuten ihm die Anforderungen, welche hinsichtlich der Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung gestellt werden, denen der Kläger bei genügender Aufmerksamkeit immer genügen kann: die Erfordernisse der formell korrekt erhobenen Klage³⁵⁾. Sie bilden die von uns genannte Gruppe der Sachurteilsvoraussetzungen betreffend die prozessualen Vorkehren. Nur im Zusammenhang mit der Hellwigschen Klagerechtstheorie ist seine Einteilung der Klagevoraussetzungen verständlich: Er unterscheidet materielle und prozessuale Klagevoraussetzungen: „Allgemeine prozessuale Klagevoraussetzungen — vielfach Prozessvoraussetzungen genannt — werden hier diejenigen genannt, von denen es abhängig ist, dass auf die (formell korrekt erhobene) Klage über die Hauptsache — den Prozessgegenstand — entschieden werden kann. Nur dies, also die Art der Entwicklung des Prozessverhältnisses, bedingen sie, nicht aber dessen Existenz³⁶⁾.“ Hiezu rechnet Hellwig die Parteifähigkeit, das Prozessführungsrecht, die Zuständigkeit des Gerichts, die Gerichtsbarkeit, die Zulässigkeit

³³⁾ Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 53 ff.

³⁴⁾ Hellwig, System, S. 247 ff.

³⁵⁾ Hellwig, System, S. 249.

³⁶⁾ Hellwig, System, S. 251.

des Rechtsweges usw. Wir haben diese Voraussetzungen unter den Gruppen der Mängel hinsichtlich des Gerichts, der Parteien und der Sache zusammengefasst.

Bei der Kategorie der formellen Klagevoraussetzungen macht Hellwig noch eine weitere Unterteilung, indem er den Begriff der Prozesseinreden als in besonderen Fällen aufschlussreich weiterverwenden will. Er versteht darunter diejenigen Ablehnungsgründe, die vom Beklagten geltend gemacht werden müssen, damit der Richter sie beachten darf (Einrede der Litispendenz, des Schiedsvertrages). Wie die privatrechtliche Einrede das Recht sei, eine an sich geschuldete Leistung zu verweigern und dadurch den zivilen Anspruch unwirksam zu machen, so sei die prozessrechtliche Einrede das Recht, einer Entscheidung über die Hauptsache zu widersprechen und so einen Prozess, der an sich stattfinden könnte, abzulehnen³⁷⁾. Für die Geltendmachung des Mangels von Klagevoraussetzungen, der vom Richter von Amtes wegen beachtet werden müsse, solle in Anlehnung an den Sprachgebrauch die Bezeichnung Einwendung gebraucht werden. Privatrechtliche Klagevoraussetzungen sind Hellwig das Vorhandensein des Rechtsschutzgrundes zur Zeit der Klage, des Rechtsschutzinteresses (Feststellungsinteresses, Interesse an einer zukünftigen Leistung) usw. somit der prozessualen Anerkennung eines Klagerechts zur Durchsetzung des materiellrechtlichen Anspruchs³⁸⁾. Als Folge des Fehlens der Klageerhebungserfordernisse lässt Hellwig die Abweisung des Prozesses, des Fehlens der formellen Klagevoraussetzungen, die Abweisung der Klage als unzulässig eintreten³⁹⁾.

Die Theorie Hellwigs ist zu kompliziert, um in der Praxis Eingang zu finden. Im Resultat ergibt sich dasselbe wie bei der Behandlung der Voraussetzungen als Sachurteilsvoraussetzungen. Seine Unterscheidungen verwischen zudem den Unterschied zwischen den prozessrechtlichen

³⁷⁾ Hellwig, System, S. 252.

³⁸⁾ Hellwig, System, S. 254 ff.

³⁹⁾ Hellwig, System, S. 253 f.

Voraussetzungen der zulässigen Klage und den materiellen der begründeten Klage.

b) Rosenberg unterscheidet im Rahmen der Prozessvoraussetzungen Prozesshindernisse und Prozessvoraussetzungen. Die letzteren dürfen nicht fehlen, wenn der Prozess zulässig sein soll, die ersteren nicht vorliegen; die Prozessvoraussetzungen sind vom Gerichte in jeder Lage des Rechtsstreites von Amts wegen zu beachten, die Prozesshindernisse nur auf Rüge des Beklagten, der damit in der Regel spätestens mit der Einlassung auf die Hauptsache präkludiert ist ⁴⁰⁾. Prozessvoraussetzungen sind nach Rosenberg z. B. die Zuständigkeit des Gerichtes, die Prozessführungsbefugnis der Parteien, ihre Partei- und Prozessfähigkeit, die Zulässigkeit des gewählten Verfahrens; als Prozesshindernis bezeichnet er die Einrede der Schiedsgerichtsklausel, der mangelnden Sicherheit für die Prozesskosten, der mangelnden Kostenerstattung ⁴¹⁾. Es trägt zur Kenntnis des Prozessrechtes bei und ist notwendig, sich dessen bewusst zu sein, dass der Mangel von Sachurteilsvoraussetzungen zum Teil von Amts wegen beachtet werden muss, zum Teil aber von den Parteien ihr Fehlen geltend zu machen ist. Die von Rosenberg vorgenommene Unterscheidung bringt aber ebenfalls die klare Gegenüberstellung der Voraussetzungen für die Sachentscheidung, die im prozessualen Recht wurzeln, und derjenigen der materiellen erfolgreichen Klage in Gefahr.

c) Am eingehendsten hat Sauer ⁴²⁾ die theoretische Analyse der Prozessvoraussetzungen nach ihrem Wesen und ihren Wirkungen im modernen Prozess durchgeführt. Er geht in seiner Einteilung von der Wirkung des Fehlens der Prozessvoraussetzungen aus — diesen Terminus behält er als Oberbegriff bei — und unterscheidet: aa) Merkmale, bb) Voraussetzungen, cc) Zweck ⁴³⁾.

⁴⁰⁾ Rosenberg, S. 247 ff.

⁴¹⁾ Rosenberg, S. 250 f.

⁴²⁾ Sauer, Grundlagen des Prozessrechts.

⁴³⁾ Sauer, S. 148 ff.

aa) Merkmale sind nach Sauer „die Existenz von Gericht und Partei sowie die Gerichtsbarkeit und die Parteifähigkeit“⁴⁴⁾. Ihr Fehlen hat seiner Ansicht nach die Ungültigkeit des Prozesses zur Folge, denn sie sind die wesentlichen Merkmale (Begriffsmerkmale) des Prozesses.

bb) Die Voraussetzungen hingegen sind nicht ein begrifflich notwendiger Bestandteil des Prozesses. Sie liegen ausserhalb des bedingten Gegenstandes, was sich aus dem Sinn der Voraussetzung ergibt. Diese Prozessvoraussetzungen i. e. S. definiert Sauer als „diejenigen Voraussetzungen, die vorhanden sein müssen, damit ein Prozess sein Ziel, die Bewährung des objektiven Rechts, erreicht“⁴⁵⁾. Ihr Mangel macht den Prozess unzulässig.

cc) Den Prozesszweck erfasst Sauer als Prozessvoraussetzung i. w. S., weil ohne diesen kein wirksamer Prozess zustandekommen kann⁴⁶⁾: Scheinprozess zu Lehrzwecken usw. Ein solches Verfahren bleibt, auch wenn alle wesentlichen Formen beachtet werden, ohne jede reale Wirkung im Sinne des Prozessrechts. Der Richterspruch verliert seinen Sinn. Die praktische Bedeutung dieser Fälle ist aber wohl sehr klein.

Auf dieser Einteilung baut Sauer seine Lehre von den Prozessvoraussetzungen auf und entwickelt sie durch mehr als 500 Seiten hindurch. Die gewonnenen Erkenntnisse sind dem Prozessualisten sehr wertvoll; der Gesetzgeber und der Praktiker finden in dieser Lehre jedoch nicht das Rüstzeug, um das Problem der Prozessgestaltung in der ihnen adäquaten Art zu bewältigen.

Aus der Ueberfülle des Stoffes greifen wir nur noch Sauers Angriff gegen den Begriff der Sachurteilsvoraussetzungen heraus. Sauer will den Begriff der Sachurteilsvoraussetzung dann gelten lassen, wenn man damit festhält, dass die Voraussetzung sich auf den Prozess als Ganzes bezieht. Hingegen dürfe man nicht nur an die Voraus-

⁴⁴⁾ Sauer, S. 151.

⁴⁵⁾ Sauer, S. 151.

⁴⁶⁾ Sauer, S. 167 ff., 504.

setzung des Sachurteils denken. Zu diesen gehören noch andere Voraussetzungen, die nicht zugleich Prozessvoraussetzungen sind, wie die mündliche Verhandlung und wiederum notwendige Vorbedingungen für diese. Sauer sieht den Kreis der Sachurteilserfordernisse als unübersehbar. Der Begriff Sachurteilsvoraussetzung scheint ihm daher ungeeignet, den Platz der Prozessvoraussetzung einzunehmen. Praktisch sei die Auffassung der Prozessvoraussetzung als Sachurteilsvoraussetzung auch deshalb bedenklich, weil der massgebliche Zeitpunkt, in welchem sie vorhanden sein müssen, auf das Ende des Prozesses verlegt werde. „Die Prozessvoraussetzungen sind eben nicht Sachurteilserfordernisse, sondern — da sie schon zu Beginn des Prozesses vorliegen müssen und die materielle Gestaltung der Sache bedingen — Sachgestaltungsvoraussetzungen⁴⁷⁾.“ Dieser Argumentation ist derselbe Einwand entgegenzusetzen, den wir oben den Gründen von Rosenberg entgegenhielten: Der Richter und die Parteien betrachten den Prozess nicht im Geiste einer kritischen Analyse. Für sie besteht nur die eine wesentliche Vorfrage: Kann das Verfahren wegen prozessualer Mängel nicht durchgeführt werden oder sind die Voraussetzungen für die Abklärung der materiellen Begründetheit der geltend gemachten Ansprüche gegeben? Die Sacherwahrung und ihre Auswertung im Urteil — mögen auch die einzelnen Abschnitte noch so mannigfaltig sein — erscheinen in dieser Perspektive als ein Weg, der nach seinem Endziel, dem Sachurteil, benannt wird.

4. Eine diesen Verfeinerungsbestrebungen entgegengesetzte Tendenz zeigt Pollak⁴⁸⁾, der den Begriff der Prozessvoraussetzungen für das geltende Recht überhaupt nicht anerkennen will. Man müsse sagen, dass die Zivilprozessgesetze Gültigkeitsbedingungen eines Prozesses

⁴⁷⁾ Sauer, S. 152.

⁴⁸⁾ Pollak, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes, I. Teil, Wien 1930, S. 109 f.

nicht kennen; jeder Zivilprozess sei gültig, bis er als ungültig erklärt werde, ganz gegen das Wesen einer Bedingung. Vom Begriff, Wesen und vom gleichmässigen Wirken der Prozessvoraussetzungen sei im geltenden Zivilprozessrecht nichts vorhanden; dies mit Recht, denn ein darauf aufgebautes Prozesssystem wäre um seines Mangels an Prozessökonomie und seiner Erleichterung der Prozessschikane willen unbrauchbar. Dem ist entgegenzuhalten, dass Pollak die Zulässigkeit und die Gültigkeit des Verfahrens verwechselt⁴⁹⁾. Die meisten Sachurteilsvoraussetzungen haben nur einen Einfluss auf das Urteilen dürfen des Gerichts, nicht auf das Urteilen können. Zum Wesen der Sachurteilsvoraussetzungen gehört es nicht, dass ihr Mangel einen Sachentscheid verhindert, sondern dass er, wenn er vom Gericht entdeckt wird und von Amtes wegen zu beachten ist, oder wenn ihn eine Partei releviert, bei gesetzesmässigem Vorgehen des Gerichtes zu einer Abweisung ohne Entscheidung in der Hauptsache führen soll.

5. Wir können somit den Begriff „Sachurteilsvoraussetzungen“ als dogmatisch klar und praktisch wertvoll verwenden. Er zeigt unmissverständlich die wichtige Trennung der prozessualen Verteidigung von der materiellrechtlichen an und erfüllt damit die ihm zugeordnete Funktion⁵⁰⁾.

⁴⁹⁾ Vgl. dazu Rosenberg, S. 249.

⁵⁰⁾ Auch Bülow hat später die Prozessvoraussetzungen im Sinne der Sachurteilsvoraussetzungen angewendet: „Es fragt sich vor allem anderen, ob in dem vorliegenden Falle überhaupt eine Sachentscheidung, sei es nun eine Verurteilung oder Freisprechung, ergehen kann und darf. Hiezu ist erforderlich, dass sämtliche Vorbedingungen, welche das Prozessrecht für die Zulässigkeit eines auf Aburteilung der *res iudicanda* abzielenden Verfahrens aufstellt, ob die Prozessvoraussetzungen, z. B. Zuständigkeit des Prozessgerichts, Prozessfähigkeit der Parteien, Ermächtigung des für die Partei auftretenden Prozessvertreters, vorliegen.“ (Bülow, Klage und Urteil, S. 61.)

§ 3. Zerstörliche (peremptorische) und verzögerliche (dilatatorische) Prozesseinreden.

1. Die zivilrechtliche und prozessuale Einredenterminologie geht auf das römische Recht, auf seinen Begriff der *exceptiones peremptoriae* und *dilatatoriae* zurück. Die Bedeutung dieser Bezeichnung im römischen Recht weicht jedoch von derjenigen im heutigen Zivilrecht und im Prozessrecht (soweit es sie noch verwendet) ab.

a) *Peremptoriae* oder *perpetuae* wurden im römischen Recht diejenigen *exceptiones* genannt, die der *actio* unter allen Umständen entgegenstanden, deren Wegfall durch Zeitablauf oder Aenderung des Tatbestandes der Kläger nicht erwarten konnte (*exceptio doli*). Die *exceptiones dilatatoriae* oder *temporales* hemmten die erfolgreiche Klage nur vorübergehend, sei es, dass durch Zeitablauf oder durch Einwirkung auf das Tatsachenfundament des Streites das Hemmnis zu beseitigen war⁵¹⁾ (*exceptio pacti in diem*). Beide Arten von Exzeptionen bezogen sich auf die materiellrechtliche Grundlage des klägerischen Anspruchs⁵²⁾. Soweit sie die vorprozessuale Rechtslage, die virtuelle Verteidigungsmacht des Beklagten betrafen, sind sie mit den heutigen zivilrechtlichen Einreden identisch. Der wesentliche Unterschied besteht in der prozessualen Geltendmachung und ergibt sich aus der Eigenart des Formularverfahrens. Wurde die Einwendung, welcher der Prätor in der Formel das Gewand der *exceptio* verlieh, schon im Prüfungsverfahren vor dem Prätor, dem Verfahren *in iure*, in welchem die Kognition des Magistraten sehr weit ging, als *liquid* befunden, so wies der Prätor die Klage ab, ohne dass es zur *litis contestatio* und damit zum Verfahren *in iudicio* kam; es fand eine *denegatio actionis* statt⁵³⁾.

⁵¹⁾ Keller, *Der römische Zivilprocess und die Aktionen*, Leipzig 1852, S. 149; Savigny, S. 175 f.; Wetzell, S. 164; Bayer, S. 570; Bülow, *Die Lehre*, S. 261 ff.

⁵²⁾ Bülow, *Die Lehre*, S. 17, 258 ff.

⁵³⁾ Keller, S. 148; Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 106, S. 43 f.

Erfolgte aber die Aufnahme der Einwendung als *exceptio* in die Formel und ihre Prüfung im Verfahren in *iudicio*, so wirkte sich die Gutheissung der *exceptiones peremptoriae* und *dilatoriae* gleich aus; auch die *exceptio dilatoria* verhinderte in diesem Falle die Wiederaufnahme des Verfahrens für alle Zeiten, weil die *litis contestatio* die prozessuale Konsumtion der Klage bewirkte und die Formel den *iudex* nur zur definitiven Lossprechung oder zur Verurteilung ermächtigte⁵⁴). Diese prozessuale Unterscheidung gegenüber der Wirkung der peremptorischen und dilatorischen Einreden des heutigen Zivilrechts beruht also nicht auf dem materiellen Recht, sondern auf der Eigenart des römischen Prozesses; die Idee der rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Wirkung ist bei den römischen Exzeptionen und den heutigen zivilrechtlichen Einreden dieselbe.

b) Diejenige Kategorie der Prozesseinreden, die wir als Sachurteilsvoraussetzungen ausgesondert haben und die in den Prozessrechten vor allem als zerstörlische und verzögerliche Einreden bezeichnet sind, waren im römischen Formularprozess nicht Exzeptionen, sondern Einwendungen, bei denen es keine *peremptoriae* und *dilatoriae* gab; so z. B. die gerichtsablehnenden Einwendungen, die uns später als *exceptiones fori declinatoriae* begegnen⁵⁵). Die prozessualen Voraussetzungen der Klagegewährung wurden vom Prätor im Verfahren in *iure* geprüft⁵⁶).

3. Nachdem der *ordo iudiciorum* und damit die Zerteilung des Prozesses in das Verfahren in *iure* und in *iudicio* der *extraordinaria cognitio* Platz gemacht, und da ein und derselbe Richter die Vor- und Hauptfragen zu entscheiden,

⁵⁴) Wetzell, S. 570; Keller, S. 150; Schmidt, S. 45.

⁵⁵) Bayer, S. 571; Keller, S. 150; a. A. Savigny, S. 175, der auch auf blosse Prozessregeln gegründete Einreden zu den *exceptiones peremptoriae* und *dilatoriae* rechnete.

⁵⁶) Schmidt, S. 44; Etter, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1926, S. 5 ff.

über die materielle Begründetheit des Anspruchs und die prozessuale Zulässigkeit seiner Geltendmachung zu befinden hatte, ging der eigentliche Sinn der *exceptiones peremptoriae* und *dilatoriae* verloren. Die Aufnahme der Exzeptionen in die Kompilation Justinians konnte im geänderten Prozess die alte Bedeutung nicht zurückgeben und das entschwundene Verständnis nicht mehr wecken. Im *corpus iuris* verstand man unter *exceptio* jede Einrede, welche einer Klage entgegengestellt wurde⁵⁷⁾.

4. Die heutige Gestalt der zerstörliehen (*peremptorischen*) und verzögerlichen (*dilatatorischen*) Prozesseinreden ist auf eine missverständliche Deutung des römischen Rechts durch die Glossatoren zurückzuführen⁵⁸⁾. Wir können uns nur mit den allerwesentlichsten Punkten der Entwicklung befassen. Die Lehre der Exzeptionen im mittelalterlichen und gemeinrechtlichen Prozess gehört zu den umstrittensten und verwirrendsten Gebieten der Rechtsgeschichte⁵⁹⁾. Die Entwicklungslinie müssen wir immerhin zu verfolgen suchen, da das uns beschäftigende Institut des Luzerner

⁵⁷⁾ Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses, München 1835 S. 84 ff., 108.

⁵⁸⁾ Wach, Handbuch, S. 28; Bülow, Die Lehre, S. 18 ff.

⁵⁹⁾ Albrecht, S. 111: „Der hier zu behandelnde Zeitabschnitt bietet von dem Zustand unserer Lehre ein sehr trübes Bild; beinahe nichts als Fehler und Irrthümer; überall Widersprüche, nirgends ein fester Anhaltspunkt; die Behandlung weit ausgedehnt, das Ergebnis sehr gering.“ S. 127: „Nicht leicht bietet überhaupt eine Materie des röm. Rechts unter der Behandlung des Mittelalters eine so leidige Gestalt dar, als die Lehre der Exceptionen, beziehungsweise die Eintheilung derselben in *facti* und *iuris exceptiones*. Die so ganz falsche Auffassung des röm. Rechts, die scholastischen Deductionen, die zahllosen Widersprüche, in welche sich die Interpreten verfangen, ihre Unentschiedenheit und die Ungleichheit unter ihnen selbst musste jede sichere Basis verhindern. Gewissenhaftere Autoren der späteren Zeit bekannten sogar freimüthig die Unmöglichkeit ein, den wahren Unterschied der eigentlichen Exzeptionen von den Civileinreden herzustellen; die leichtfertigeren aber beklatschten die Sache als leere römische Subtilitäten und setzten sich dagegen in Humor.“

Prozesses aus dem mittelalterlichen Prozess herausgewachsen ist und nur durch ihn verstanden werden kann. Zugleich gewinnen wir auch das Verständnis für die andern kantonalen Prozessgesetze, die noch nicht unter dem Einfluss der modernen Doktrin die Prozesseinreden eliminiert haben.

a) Der Ursprung der peremptorischen prozesshindernden Einreden geht auf die Ansicht der Glossatoren zurück, dass die *exceptio rei transactae* im römischen Prozess eine prozesshindernde Wirkung besessen habe. Sie kamen zu diesem Schlusse, weil in einigen Stellen davon die Rede ist, dass, wenn über eine Sache einmal ein Vergleich abgeschlossen wurde, dieselbe für immer als abgetan betrachtet werden könne. Das römische Recht verstand darunter aber nur die materielle Wirkung; auch war mit dem Hinweis, diese Einrede könne vor der *litis contestatio* vorgebracht werden, lediglich die allgemeine Regel erwähnt, wonach jede *liquide exceptio* das Verfahren in iure verhinderte. Die Glossatoren sahen aber nun in dieser Stelle über die *exceptio rei transactae* eine Sonderregel, die ihr prozesshindernde Wirkung verleihe⁶⁰⁾. Es lag nahe, dieselbe Wirkung der *exceptio rei iudicatae* zuzuerkennen und sie hierauf auf die *exceptio rei finitae* auszudehnen, wobei die letztere überhaupt auf jede Beendigungsweise einer Obligation bezogen wurde (*solutio, acceptilatio, novatio*), also ohne Rücksicht darauf, ob die Obligation schon Gegenstand eines Rechtsstreites war oder nicht⁶¹⁾. Es entstand ein grosser Disput, welche Einreden als prozesshindernd betrachtet werden sollen, worauf man schliesslich allen peremptorischen Einreden unter der Bedingung, dass sie sofort liquid gemacht würden, diese Eigenschaft zuerkannte⁶²⁾.

b) Neben dieser Entwicklung der peremptorischen Einrede von ihrer materiellrechtlichen Bedeutung zur prozessualen Funktion vollzogen die Glossatoren ebenfalls in

⁶⁰⁾ Albrecht, S. 120.

⁶¹⁾ Albrecht, S. 121.

⁶²⁾ Albrecht, S. 123; Wach, S. 28.

irrtümlicher Auslegung römischer Quellen die Schöpfung der dilatorischen Prozesseinrede⁶³). Indem die römischen Quellen von einem *differe actionem*, d. h. vom materiellen Hemmen der Klage sprachen, fassten die Glossatoren dies als Verhinderung des Verfahrens in iudicio, als Hinderungsgrund für die Verhandlung zur Sache auf und betrachteten damit die *exceptio dilatoria* als prozessuale Bestimmung⁶⁴). Den dilatorischen Einreden wurden auch solche materiell-rechtlicher Natur zugezählt: *exceptio plurium litis consortium*, *deficientis legitimationis ad causam*, *iuris retentionis* usw.⁶⁵). Daneben aber wurden mit diesem Begriff insbesondere die Einwendungen bezeichnet, welche die Art und Weise der Prozessführung betrafen⁶⁶): die Sachurteilsvoraussetzungen. Die Erledigung der dilatorischen Einreden erfolgte in einem Vorverfahren; erst nachdem über die Richtigkeit einer Einrede erkannt war, konnte der Hauptprozess beginnen⁶⁷).

c) Diese Teilung des Prozesses in das Vorverfahren, die *praeparatoria iudicii*, das durch die formelle Litiskontestation vom Hauptverfahren getrennt war⁶⁸), und das Hauptverfahren erklärt die Bedeutung der peremptorisch und dilatorisch nichteinlässlichen Antworten. Durch das Vorschützen einer im Vorverfahren zu behandelnden zerstörlchen oder verzögerlichen Einrede verhinderte der Beklagte die Litiskontestation und somit die Klagebeantwortung.

⁶³) Wetzell, S. 944; Bülow, Die Lehre, S. 19 ff.

⁶⁴) Albrecht, S. 208 f.; Bülow, Die Lehre, S. 21; Etter, S. 11.

⁶⁵) Albrecht, S. 209.

⁶⁶) Albrecht, S. 209.

⁶⁷) Albrecht, S. 208; Wach, Handbuch, S. 28; Etter, S. 11.

Wie weit germanische Prozessregeln, welche die Vorwegnahme der formellen Einwendungen kannten, zu denen sie auch den Mangel der Aktiv- und Passivlegitimation zählten (Wach, Handbuch, S. 29), diese Entwicklung beeinflussten, was Etter (S. 11) als erwiesen betrachtet, ist nicht genügend abgeklärt.

⁶⁸) Wach, Handbuch, S. 28.

Im mittelalterlichen Prozess war dem Beklagten die Möglichkeit, die Einlassung auf die Klage zu verweigern, höchst wertvoll. Nach der vollzogenen Litiskontestation zerlegte der Kläger die im Klage libell enthaltene Geschichtserzählung in einzelne Punkte, *interrogationes*, zu denen sich der Beklagte im mündlichen Verfahren und nachher auch im schriftlichen nur mit einem kurzen Ja oder Nein äussern konnte; er war von einer Erläuterung und Ergänzung seiner Antworten ausgeschlossen. Was er weiter darlegen wollte, musste er als Exzeptionen vorbringen, für die er beweispflichtig war⁶⁹). Damit hatte der Kläger es in der Hand, die Verteidigung weitgehend zu erschweren. Dieses artikulierte Verfahren wurde vom kanonischen Recht und auch von den Reichsgesetzen übernommen⁷⁰). Das Vorbringen der Exzeptionen, vor allem aber auch der prozesshindernden Einreden, war daher für den Beklagten nicht nur eine Erleichterung, indem er sich von der Behandlung des ganzen Prozessstoffes befreien konnte, sondern unter Umständen geradezu die Voraussetzung einer erfolgreichen Verteidigung. Das erklärt uns die eingehende Behandlung der Prozesseinreden und ihre grosse Bedeutung.

4. Der Jüngste Reichs-Abschied brachte *de lege lata* eine ganz andere Situation; er liess die artikulierte Klage und Antwort fallen und schrieb die heute allgemein geläufige Form der übersichtlichen Geschichtserzählung durch den Kläger und die Tatsachendarstellung des Beklagten vor. Die Klageantwort musste der Beklagte mit allen dilatorischen und peremptorischen Einreden spätestens an der ersten Gerichtsverhandlung abgeben (§ 37⁷¹). Mit diesem Gesetz, das die strenge *Eventualmaxime* einführte, war die Bedeutung der prozesshindernden Einreden theoretisch weitgehend aufgehoben. Nur die *forideklinatorischen* Einreden konnten den Beklagten von andern Erklärungen

⁶⁹) Albrecht, S. 149 ff.

⁷⁰) Albrecht, S. 151 f.; Bülow, Die Lehre, S. 22.

⁷¹) Albrecht, S. 159 ff.; Bülow, Die Lehre, S. 23; Schmidt, S. 91.

zur Sache befreien⁷²⁾. Die Praxis widersetzte sich aber mit Erfolg der Durchführung dieser Bestimmungen und hielt im Prinzip, wenn auch mit einigen Schwankungen, an dem alten System der Prozesseinreden fest⁷³⁾.

Den Zustand, wie er in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Praxis bestand und von der Doktrin erfasst wurde — er ist für unser Problem von besonderer Bedeutung — schildert Martin: „In der Regel sollte die erste Verteidigung des Beklagten gegen die Klage gleich auch eine Einlassung enthalten und, selbst wohlbegründete, verzögerliche Einreden befreien gewöhnlich nicht von einer wenigstens eventuellen Einlassung. Jedoch fällt diese Verpflichtung des Beklagten bei den die Einlassung hindern den Einreden, im weiteren Sinne, hinweg, zu welchen auch diejenigen verzögerlichen Einreden gehören, welche entweder wesentliche Fehler der Ladung oder des Klagschreibens darstellen, oder bei denen, wenn sie begründet sind, eine eventuelle Antwort unnütz werden würde. Diesen ist ferner die Einrede eines spoli, durch ein Privilegium, zugesellet. Ausserdem befreien alle zerstörlischen Einreden, welche sofort liquid oder wenigstens nach Art des Executiv-Processes liquidabel sind und die Klage in ihrem ganzen Umfange aufheben, als eigentlich Einlassungshindernde Einreden gleichfalls von der Kriegsbefestigung. Indessen bleibt die eventuelle Antwort nicht selten, auch bei dem Anscheine solcher Befreiungen rathsam⁷⁴⁾.“

5. Wir werden uns bei der Behandlung der konkreten Regelung im Luzerner Prozess darüber Rechenschaft geben, ob das Beibehalten dieser Jahrhunderte alten Frucht eines Gelehrtenirrtums, der durch die Verwechslungsmöglichkeit der zum Teil sehr ähnlichen und doch wieder weit verschiedenen Begriffe die Rechtsdogmatik und -praxis erschwert, gerechtfertigt ist, oder ob auch das Luzerner Recht dem Beispiele der neuen Zivilprozessgesetze und -wissenschaft

⁷²⁾ Schmidt, S. 91.

⁷³⁾ Albrecht, S. 172 ff.; Bayer, S. 574 f.

⁷⁴⁾ Martin, S. 285, Original z. T. Sperrdruck.

folgen und von den zerstörliehen und verzögerlichen Einreden abrücken sollte⁷⁵⁾).

2. Kapitel.

Die Luzerner Prozesseinreden in Gesetz und Praxis.

§ 4. Die geschichtliche Entwicklung der Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozess.

Im wesentlichen entspricht die heutige Normierung der Einreden im Luzerner Prozess dem Stande der gemeinrechtlichen Prozesswissenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

1. Die erste gesetzliche Regelung der Prozesseinreden enthielt die Luzerner Prozessordnung vom Jahre 1836, die eine einlässliche und nichteinlässliche Antwort unterschied und für deren Abfassung nähere Vorschriften aufstellte⁷⁶⁾. Es wurden peremptorische und dilatorische Einreden (Verweigerung der Einlassung für ein und allemal oder nur für dermalen) zugelassen⁷⁷⁾. Für dermalen konnte die Antwort „wegen jedes Mangels, der sich hinsichtlich des Gerichtes oder der Parteien oder der Klage“ zeigte, verweigert werden. Die einlässliche Antwort wurde bis zur Behebung des gerügten Mangels verweigert⁷⁸⁾. Damit waren also die eigentlichen prozessualen Einreden, die wir heute als Sachurteilsvoraussetzungen bezeichnen, als dilatorische Einreden angeführt. Obwohl Irrtümer in bezug auf die materiellrechtliche Natur einzelner Einreden bestanden, so die Behandlung der Aktiv- und Passivlegitimation⁷⁹⁾,

⁷⁵⁾ Für ihr Fallenlassen trat schon Albrecht ein, S. 213.

⁷⁶⁾ Pfyffer, Gesetz über das Civil-Rechtsverfahren im Kt. Luzern, Luzern 1851, Kommentar, S. XI f.

⁷⁷⁾ Pfyffer, Der Rechtsfreund für den Kanton Luzern, Luzern 1842, S. 273.

⁷⁸⁾ Pfyffer, Der Rechtsfreund, S. 275.

⁷⁹⁾ Die Einrede des Mangels der Sachlegitimation wurde von den Prozessualisten der damaligen Zeit allgemein derjenigen der fehlenden Prozesslegitimation gleichgesetzt: vgl. Mittermaier,

war sich der Gesetzesredaktor Kasimir Pfyffer der Unterscheidung der prozessualen und materiellen dilatorischen Einreden bewusst. Der gemeinrechtlichen Lehre folgend wurde das gemeinsame Vorbringen aller verzögerlichen Einreden verlangt; dieses diene zur Abkürzung des Prozesses⁸⁰). Als peremptorische oder zerstörlische Einreden wurden die Verjährung und die rechtskräftige Beurteilung der gleichen Lage anerkannt⁸¹). Pfyffer hatte nur die ihm

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung, II. Beitrag, Bonn 1821, S. 100; Martin, S. 59 ff.; Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, Bonn 1835, S. 142 f., bezeichnet den Mangel der Aktivlegitimation sogar als Nichtigkeitsgrund, der in jeder Lage des Prozesses, selbst bei der Hilfspollstreckung, geltend gemacht werden könne und vom Richter auch von Amtes wegen beachtet werden müsse.

Die späteren gemeinrechtlichen Lehrbücher lehnen diese Ansicht ab und betonen die materiellrechtliche Natur der Sachlegitimation: Bayer, S. 65 ff.; Wetzell, S. 155 f.

⁸⁰) Pfyffer, Der Rechtsfreund, S. 275. Die Vorschrift des gemeinsamen Vorbringens der dilatorischen Einreden geht auf den JRA. (§§ 37 ff.) zurück. Vgl. Martin, S. 168; Mittermaier, 82. Die Vorschrift bestand schon im kanonischen Recht, Linde, S. 248.

Trotz der strengen Eventualmaxime des JRA. wurden im Vorbringen der Einreden einige Ausnahmen zugestanden, welche die Praxis rasch bereicherte: Mittermaier, S. 82; Bayer, S. 574 f.; Martin, S. 285 f.

⁸¹) Pfyffer, Der Rechtsfreund, S. 276. Die Einrede der *res iudicata* war als peremptorisch allgemein anerkannt; sie geht auf den canonischen Prozess zurück (Bayer, S. 634 ff.; Linde, S. 254). Hingegen ist die Einrede der Verjährung in den gemeinrechtlichen Lehrbüchern nicht unter den peremptorischen Einreden aufgeführt. Es wird immer nur von den peremptorischen Einreden im allgemeinen gesprochen, ohne diese speziell zu nennen. Als Quelle stützte man sich nur auf das kanonische Recht (c. 1. in 6to 2. 3.), wo von der *exceptio de re iudicata, transacta seu finita* die Rede ist; über die Tragweite der *exceptio de re finita* konnte man sich aber nicht einigen (Bayer, S. 634 ff.; C. L. Goldschmidt, *Litiscontestation und Einreden*, Frankfurt 1812, S. 53). Es ist daher unzutreffend, wenn Etter die Behandlung der peremptorischen Einreden im Luzerner Prozess nach der Lage des kanonischen und

am wichtigsten erscheinenden Einreden aufgenommen, wobei er sich wohl von den im Studium empfangenen Lehren leiten liess. Seiner Ansicht nach war die Zahl der peremptorischen Einreden grösser, als er im Gesetz anführte; das geht aus seinem Kommentar zur ZPO von 1851 hervor: „Bei Anbringung einer zerstörliehen Einrede wird über die Begründetheit oder Unbegründetheit einer Klage gar nicht eingetreten, sondern behauptet, dass das Klagerecht unter den obwaltenden Umständen nicht mehr geltend gemacht werden könne. Man nennt diese Einreden auch prozesshindernde. Das Gesetz zählt dieser Einreden drei auf⁸²⁾.“ Damit wies er darauf hin, dass das Gesetz nur drei peremptorische Einreden herausgegriffen habe. Die Erklärung für diese Zurückhaltung gibt sein Vorwort, in welchem er das Gesetz vom Jahre 1850 als ein mageres Gebilde bezeichnete. Ein vollständigeres Werk hätte aber nach seinen Erfahrungen beim Gesetzgeber kaum Gnade gefunden, deshalb habe er ein kürzeres Gesetz vorgezogen, wobei der Gesetzgebung durch die Wissenschaft nachgeholfen werden solle⁸³⁾.

Im Verfahren von 1836 wurden die zerstörliehen Einreden durch Urteile unter Aufstellung einer Rechtsfrage entschieden: Sie konnten, wenn es sich um eine appellable Sache handelte, durch Appellation weitergezogen werden. Die verzögerlichen Einreden waren Gegenstand eines rekurralen Erkenntnisses (Vorfragenentscheides), das mit Rekurs angefochten werden konnte⁸⁴⁾. Der Rekurs sollte

nicht des gemeinen Prozesses als gegeben erachtet. Der kanonische Prozess war eine der Hauptquellen des gemeinen Rechts, die mit dem römischen Recht und den Reichsgesetzen Gleichberechtigung hatte; zudem hatten die letzteren das Institut der Einreden ziemlich vollständig aus dem kanonischen Recht übernommen (C. L. Goldschmidt, S. 50). Das kanonische Recht wiederum basierte insbesondere in der Normierung der Einreden auf den Schriften der Glossatoren (Albrecht, S. 128.)

⁸²⁾ Pfyffer, Kommentar, S. 39.

⁸³⁾ Pfyffer, Kommentar, S. XIV ff.

⁸⁴⁾ Pfyffer, Der Rechtsfreund, S. 282.

in der Regel nur in appellablen Fällen eingereicht werden. Als Ausnahme wurde ein Kompetenzentscheid betrachtet⁸⁵).

2. Die Regelung der Einreden im Verfahren von 1836 wurde mit wenigen Ergänzungen in die ZPO von 1850 übernommen (§§ 101, 102, 103, 107, 108).

a) Den zerstörlchen Einreden, die zur Antwortverweigerung berechtigten, wurde diejenige des abgeschlossenen Vergleiches zugefügt.

b) Als Antwortschluss der peremptorisch nichteinlässlichen Antwort wurde der Antrag: „dass der Kläger mit seiner Klage für ein und allemal abgewiesen werde“, vorgeschrieben (§ 101). Die zerstörlchen Einreden konnten aber auch in der einlässlichen Antwort als Abweisungsgrund erhoben werden⁸⁶).

c) Die Einrede des Vergleiches wurde nicht auf den gerichtlichen Vergleich beschränkt, sondern ging aus allen Fällen hervor, wenn „früher ein Streit zwischen dem Kläger und dem Beklagten statt hatte, darüber ein Vergleich abgeschlossen wurde, und nun der Kläger mit einer Klage über den gleichen Streitgegenstand wieder auftritt⁸⁷.“

d) Unter dem Marginale „verzögerliche Einreden“ liess § 102 die Antwortverweigerung für dermalen wegen jeden Mangels, der sich hinsichtlich des Gerichts oder der Parteien oder der Klage zeigte, bis zu seiner Behebung zu. Abs. 2 verlangte das gemeinsame Vorbringen der verzögerlichen Einreden, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf die Kompetenz des Gerichts bezog, die „vor allem aus entschieden werden soll“. Der Antwortschluss hatte zu lauten, „dass der Beklagte dermalen nicht angehalten werden könne, einlässlich zu antworten“. Pfyffer bedauerte,

⁸⁵) Pfyffer, Der Rechtsfreund, S. 314.

⁸⁶) Pfyffer, Kommentar, S. 39.

⁸⁷) Pfyffer, Kommentar, S. 39; Max. VI, Nr. 267. (Als Maximen werden die obergerichtlichen Entscheidungen bezeichnet. Sie sind in Bänden gesammelt, die jeweilen ein Jahrzehnt umfassen.)

die dilatorischen Einreden nicht näher im Gesetz anführen zu können — aus dem oben erwähnten Grunde — und holte das in wissenschaftlicher Ergänzung des Gesetzes, wie er selber schrieb⁸⁸⁾, in den Erläuterungen nach. Zutreffend führte Pfyffer dort aus, dass die dilatorischen Einreden sich nicht gegen das Klagerecht selbst, sondern nur gegen die Art und Weise richten, wie der Kläger sein Klagerecht geltend mache. Der Beklagte, welcher mit einer zerstörlischen Einrede siege, habe den Prozess gewonnen; derjenige aber, der mit einer dilatorischen Einrede den Sieg davontreibe, könne gleichwohl den Prozess noch verlieren, wenn der Kläger seine Rechtsverfolgung gehörig einrichte⁸⁹⁾.

e) Auch nach dem Gesetz von 1850 wurden die peremptorischen Einreden durch Endurteil, wenn nötig nach vorgängigem Beweisverfahren, die dilatorischen Einreden hingegen durch Vorfragenentscheid erledigt (§§ 107 f.).

f) Schon im Jahre 1852 erachtete das Obergericht eine Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen über die Behandlung dilatorischer Einreden als notwendig. § 1 der obergerichtlichen Verordnung gestattete dem Beklagten, die einlässliche Antwort ohne Präjudiz eventuell der nichteinlässlichen Antwort in einer besonderen Schrift beizulegen⁹⁰⁾. Die §§ 2 und 4 schrieben dem Richter vor, dass er dem Beklagten nach Abweisung der dilatorischen Einrede eine peremptorische Frist zur Einreichung der einlässlichen Antwort anzusetzen habe.

3. Der revidierte Prozess vom Jahre 1895 übernahm zum grössten Teil die Regelung der Prozesseinreden aus dem alten Verfahren. In der Behandlung der verzögerlichen Einreden erfolgte eine Präzisierung durch die Vorschrift, dass deren Beurteilung ohne Ladung der Parteien nach Abschluss des Schriftenwechsels in einem Vorfragenentscheid zu erfolgen habe.

⁸⁸⁾ Pfyffer, Kommentar, S. XIV, XVI.

⁸⁹⁾ Pfyffer, Kommentar, S. 40.

⁹⁰⁾ Weber, Gesetz über das Luzernische Civil-Rechtsverfahren, S. 171.

Als Ballast brachte die Revision in den §§ 92 und 93 die Befreiung des Beklagten von der Einlassung durch Berufung auf Stellvertretungsbesitz und gerichtliche Hinterlegung⁹¹⁾.

4. Wie Gewährsleute dem Verfasser mitteilten, war die nachteiligste Folge der besprochenen Regelung eine Unzahl von nichteinlässlichen Rechtsantworten wegen dilatorischer Einreden. Da das Gesetz die zur nichteinlässlichen Rechtsantwort berechtigenden verzögerlichen Einreden nicht anführte, wurden alle möglichen Einreden als dilatorische vorgebracht. Dabei lag in gewissem Umfang eine Notwehr der Beklagten vor. Das Gesetz von 1850 (§§ 81 ff.) gewährte nur eine 14tägige Frist zur Einreichung der Rechtsantwort. Wurde diese nicht gewahrt, so hatte der Gerichtspräsident den Beklagten von Amtes wegen in eine Busse von Fr. 12 zu verfallen und unter Androhung des Kontumazialverfahrens eine weitere Frist von 14 Tagen anzusetzen. Die ZPO von 1895 verlängerte wohl die Antwortfrist auf 20 Tage, liess aber bei ihrer Nichtbeachtung ohne die Möglichkeit einer Fristerstreckung das Versäumnisverfahren eintreten. In komplizierteren Prozessen war es nun den Beklagten oft nicht möglich, diese kurzen Fristen zu wahren. Den notwendigen Zeitgewinn verschaffte ihnen die nichteinlässliche Antwort.

5. a) Die revidierte ZPO von 1913, die heute in Geltung ist, änderte das Institut der Prozesseinreden vor allem im Hinblick auf diesen Mangel ab. Die Verweigerung der Antwort für dermalen wird in § 115 auf drei Fälle beschränkt: 1. Anfechtung der Zuständigkeit des Gerichtes, 2. Berufung auf Stellvertretungsbesitz und 3. Berufung auf gerichtliche Hinterlegung. Als Antwortschluss ist wiederum die Formel aufgestellt, „dass der Beklagte nicht gehalten werden könne, einlässlich zu antworten“ (§ 115,

⁹¹⁾ Pfyffer, Kommentar, S. XIV, hatte bedauert, die Benennung des Auktors nicht aufnehmen zu können; er hatte aber das gemeinrechtliche Institut in seiner prozessualen Funktion im Auge, das nicht übernommen wurde, vgl. darüber unten § 5, B I. 2.

Abs. 2). „Alle andern verzögerlichen Einreden wegen Mängeln hinsichtlich der Parteien oder der Klage sind immer mit der einlässlichen Antwort zu verbinden.“ (§ 115, Abs. 3.) Damit ist der Missbrauch der dilatorischen Einreden zur Erstreckung der Antwortfrist eliminiert. Der Beklagte kann aber auf diesen Ausweg auch gut verzichten, weil die 20tägige Antwortfrist „in besonders umfangreichen Fällen“ bis auf 60 Tage erstreckt werden kann (ZPO § 105). Die Gerichte handhaben diese Vorschrift sehr elastisch. Eine Fristerstreckung um 20 Tage wird normalerweise auch ohne besondere Gründe gewährt. Die 60tägige Frist aber wird nicht nur wegen der Schwierigkeit des Falles sondern auch wegen Hinderungsgründen, die ihren Ursprung in der Person der Partei oder ihres Vertreters haben, zugebilligt; ein Beweis für die Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen betreffend Verhinderung wird in der Regel nicht verlangt.

b) Die zerstörlischen Einreden wurden beibehalten. Die Einrede des abgeschlossenen Vergleiches ist in § 114, Ziff. 3, auf den gerichtlich abgeschlossenen Vergleich eingeschränkt worden. Die im Prozess von 1850 nicht erwähnte, von der Praxis aber geduldete Geltendmachung der peremptorischen Einreden in der einlässlichen Antwort⁹²⁾ hat § 114, Abs. 3, *expressis verbis* ausgesprochen; § 117 der ZPO von 1895 hatte die Einrede der beurteilten Sache nur in der nichteinlässlichen Antwort zugelassen.

c) Eine kleine Änderung wurde auch an der Behandlung der dilatorischen Einreden durch das Gericht vorgenommen. Während der Entscheid über die Begründetheit der verzögerlichen Einrede nach § 136 ZPO von 1895 immer rekurrabel war, wenn eine Kompetenzfrage entschieden wurde, oder der Prozess appellabel war, wird der Rekurs ohne Rücksicht auf die Appellabilität des Falles immer dann zugelassen, wenn durch den Entscheid über Mängel, die in den einlässlichen Rechtsschriften gerügt worden

⁹²⁾ Pfyffer, Kommentar, S. 39.

sind, der Fortgang der einlässlichen Verhandlungen gehemmt wird (§ 127). Die Weiterziehung des vorfrageweisen Kompetenzentscheides bleibt an dieser Stelle unerwähnt, ist aber in den §§ 17 und 52 festgehalten.

6. Die letzte Entwicklung der Luzerner Prozesseinreden geht nicht auf einen gesetzgeberischen Erlass, sondern auf eine Weisung des Obergerichtes zurück. Zahlreiche unrichtig abgefasste Prozessschriften, Fehlentscheide der Amtsgerichte, unbegründete Rekurse und Beschwerden liessen die fehlende Vertrautheit der Gerichte und Anwälte mit dem System der Prozesseinreden erkennen. Das Obergericht beschloss daher, in Form einer Weisung die Grundzüge für die Behandlung der Prozesseinreden festzulegen (Max. VIII Nr. 201 v. 21. Dezember 1933). Sie basiert auf den vorherigen Entscheiden. Neben der Erläuterung des Gesetzestextes wurden seine Formvorschriften ergänzt.

Diese ausführliche obergerichtliche Weisung hatte einen vorzüglichen Erfolg. Die unrichtige Anwendung der Prozesseinreden durch die Gerichte und Parteien ging in kürzester Zeit rasch zurück; heute sind Verstösse gegen dieses Institut nicht häufiger als andere prozessuale Schnitzer. Wie kompliziert aber die Materie ist, erfahren Anwälte und Gerichte fortwährend. Auch die geübten Prozesspraktiker müssen, wenn derartige Fragen zu behandeln sind, immer wieder von neuem bei der berühmt gewordenen Maxime VIII, Nr. 201, Rat holen.

Immer mehr machen zudem die Parteien von der Möglichkeit Gebrauch, die zerstörlischen und verzögerlichen Einreden in der einlässlichen Antwort vorzutragen⁹³⁾.

⁹³⁾ Diese Entwicklung mag auch § 13 der Gebührenordnung begünstigt haben. Dem Anwalt wird bei der Beschützung einer nichteinlässlichen Einrede ohne Verhandlung in der Hauptsache $\frac{1}{3}$ — $\frac{2}{3}$ des Honorars zugesprochen, das nach der Durchführung des Prozesses in der Hauptsache vorgesehen ist.

§ 5. Die einzelnen Prozesseinreden im Luzerner Zivilprozess.

A. Die zerstörlchen Einreden.

I. Die zerstörlchen nichteinlässlichen Einreden.

1. Die Einrede der Klageverjährung.

Diese Prozesseinrede beruft sich auf die durch Zeitablauf untergegangene prozessuale Durchsetzbarkeit des klägerischen Anspruchs. Sie stützt sich auf die Vorschriften des materiellen Rechts⁹⁴⁾ und erfasst zwei zivilrechtlich ähnliche Tatsachen- und Rechtskomplexe, die oft nicht auseinandergehalten werden; die Sprache unserer Gesetze begünstigt die Vermischung:

a) Unter der Klageverjährung versteht das Gesetz einerseits die Anspruchsverjährung im Sinne von OR Art. 127 ff. und den einschlägigen Spezialvorschriften. Macht der Kläger eine verjährte Forderung geltend, so kann der Beklagte in der peremptorisch nichteinlässlichen Antwort die zivilrechtliche Einrede der Verjährung erheben; sie wird damit als prozessuale Einrede anerkannt. Die Sacherwahrung hat so weit zu erfolgen, als die Ueberprüfung der Begründetheit dieser Einrede es erheischt.

b) Die Klageverjährung erfasst dann auch die Klage- und Anspruchsverwirkung, welche in zahlreichen Fällen als Verjährung bezeichnet sind (ZGB Art. 137, Abs. 2, 521, 533 usw.).

Prozessual ist bei der Unterscheidung dieser beiden Arten der Einrede der Klageverjährung von Bedeutung, dass der Richter die Klageverwirkung von Amtes wegen beachten, die Anspruchsverjährung aber nur auf Antrag des Beklagten aussprechen darf⁹⁵⁾.

Die Einrede der Klageverjährung gehört zu der materiellen Verteidigung. Sie steht nicht der Zulässigkeit der Klage, sondern der Begründetheit des Anspruchs entgegen; sie ist eine zivilrechtliche Einrede oder Einwendung und kein Geltendmachen des Mangels einer Sachurteilsvoraussetzung.

⁹⁴⁾ v. Tuhr, S. 603.

⁹⁵⁾ v. Tuhr, S. 557.

2. Die Einrede der beurteilten Sache.

Das Gericht darf sich mit einer Streitfrage nicht mehr befassen, wenn über denselben Streitgegenstand und zwischen denselben Parteien ein rechtskräftiges Urteil erlassen wurde. Dies ist geradezu eine vom Bedürfnis des Rechtsfriedens gebotene „naturrechliche“ Prozessnorm. Das Nichtbeurteiltsein der Streitfrage ist eine Sachurteilsvoraussetzung. Die mehr theoretischen Probleme um die Rechtskraft des Urteils — materielle oder prozessuale Wirkung⁹⁶⁾ — interessieren hier nicht. Bedeutsam ist hingegen die Frage, ob das Gericht die Rechtskraft eines entgegenstehenden Urteils von Amtes wegen oder nur auf erhobene Einrede hin beachten darf. Bei der Einreichung einer mit der Einrede der beurteilten Sache begründeten nichteinlässlichen Antwort wird dieser Punkt nicht Gegenstand der Diskussion, wohl aber dann, wenn zur Sache geantwortet wurde. Leuch nimmt für das Berner Recht die absolute Wirkung der Rechtskraft an, indem das Gesetz das Fehlen derselben zur Prozessvoraussetzung mache. Eine solche Entscheidung ist aus dem Luzerner Prozess nicht abzuleiten. Im Interesse der Prozessökonomie, des Rechtsfriedens und der gerichtlichen Würde wird man aber auch für unser Recht dem Gericht die Befugnis zugestehen, das Wissen um ein rechtskräftiges Urteil in derselben Sache, sofern es aus den Prozessakten hervorgeht, zu berücksichtigen. Schwerer ist die Frage zu beantworten, ob es dies auch dann tun darf, wenn die Kenntnis nicht aus dem Prozessstoff, sondern aus der ausserhalb desselben liegenden Erfahrung der Richter geschöpft wird; dieser Exkurs in das Gebiet der Verhandlungsmaxime würde uns zu weit vom Wege führen. Die Einrede der abgeurteilten Sache kann der Beklagte in der Regel nur dann erheben, wenn er Prozesspartei war oder der Universalsukzessor einer solchen ist, nicht aber als Singularsukzessor in das umstrittene Recht⁹⁷⁾.

⁹⁶⁾ Vgl. Leuch, Kommentar, § 192, N. 11.

⁹⁷⁾ Max. VIII, 203; Leuch, Kommentar, § 192, N. 11 c. Rosenberg, S. 478, anerkennt unter bestimmten Voraussetzungen

3. Die Einrede des gerichtlich beurkundeten Vergleiches.

Der im Laufe eines Prozesses zwischen den Parteien zur Erledigung des Rechtsstreites abgeschlossene und dem Gericht zur Protokollierung übermittelte Vergleich schafft betreffend eine Neuaufnahme des Streites ebenso Rechtskraft wie das Urteil. Hingegen kann der Vergleich wegen Willensmängeln angefochten werden⁹⁸⁾. Liegt ein Vergleich im Sinne dieser Bestimmung zwischen den Prozessparteien oder ihren Rechtsvorgängern vor, so fehlt eine Sachurteilsvoraussetzung.

II. Die zerstörlischen Einreden, die in einlässlicher Antwort geltend gemacht werden müssen.

1. Die materiellrechtlichen Einreden.

Da das Gesetz die Einrede der Verjährung, den Prototyp einer zivilrechtlichen Einrede als Prozesseinrede geschaffen hat und ihre Geltendmachung in der nichteinlässlichen Antwort zulässt, muss man auch den andern peremptorischen zivilrechtlichen Einreden und Einwendungen die Natur von Prozesseinreden für den Luzerner Prozess zuerkennen, wenn sie im Sinne von § 1 Ziff. 3 zuvor der Verteidigung dienstbar gemacht werden. Ihre prozessuale Funktion tritt jedoch nicht weiter hervor, weil sie keine andere Art des gerichtlichen *Procedere* bewirken als die übrigen materiellen Verteidigungsgründe.

2. Die prozessualen peremptorischen Einreden.

a) Die Einrede des Prozessabstandes.

Diese Einrede ist der *exceptio rei iudicatae* und der *exceptio rei transactae* nah verwandt. Ebenso wie bei der Berufung auf ein rechtskräftiges Urteil oder den gerichtlich beurkundeten Vergleich wird die rechtskräftige Erledigung

die Wirkung der Rechtskraft für den Singularsukzessor gegenüber dem Rechtsgegner seines Rechtsvorgängers; ebenso J. Goldschmidt, S. 156.

⁹⁸⁾ Leuch, Kommentar, § 397, N. 5. BGE 60 II 261; Max. VII, 575; VI, 402; V, 716; IV 893; I, 655.

eines Prozesses geltend gemacht. (§ 326 ZPO gewährt der gerichtlichen Prozessabstandserklärung für das Vollstreckungsverfahren dieselben Wirkungen wie dem rechtskräftigen Urteil⁹⁹⁾. Da aber die Prozessabstandserklärung nicht neben der Beurteilung oder dem Gerichtsvergleich genannt ist, kann sie nicht als nichteinlässliche Einrede anerkannt werden.

b) Die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit.

Die Parteifähigkeit der Litiganten ist eine unerlässliche Voraussetzung der Zulässigkeit einer materiellen Sachbehandlung, sogar der Gültigkeit einer solchen. Je nachdem ob der Mangel behebbar ist (Klage einer nicht im Handelsregister eingetragenen AG) oder nicht geheilt werden kann (Klage einer Erbengemeinschaft), handelt es sich um eine dilatorische oder peremptorische Prozesseinrede. Ihr ist im Gegensatz zu der vom Luzerner Obergericht vertretenen Auffassung die Einrede der Nichtexistenz einer Person gleichzustellen¹⁰⁰⁾. Wenn eine Person nicht existiert, so kann sie nicht Partei sein. Diese Verneinung ist die direktere als die vom Obergericht angenommene Bestreitung der Passivlegitimation oder der Begründetheit der Klage.

B. Die verzögerlichen Einreden.

I. Die verzögerlichen nichteinlässlichen Einreden.

1. Die mangelnde Zuständigkeit des Gerichts.

a) Die Rüge der mangelnden Zuständigkeit ist wohl die praktisch wichtigste Prozesseinrede; sie hat auch das Luzerner Obergericht von allen Prozesseinreden am meisten beschäftigt¹⁰¹⁾. Ihre Bedeutung wird dadurch unterstri-

⁹⁹⁾ Max. VIII, 182.

¹⁰⁰⁾ Max. VIII, 767. Vgl. dazu Stein, Kommentar, § 50 V. „Die Parteifähigkeit endet mit dem Verluste der Rechtsfähigkeit, sonst — z. B. bei Behörden — mit der Existenz des Rechtssubjektes.

¹⁰¹⁾ Max. VIII, 487: Zuständigkeit der Gerichte bei Streitigkeiten um Korporationsnutzen; VIII, 599: Zuständigkeit bei Kom-

chen, dass gegen alle Kompetenzentscheide der untern Gerichtsbehörden der Rekurs zulässig ist, sofern „der Entscheid in einer Vorfrage gefällt wird“ (ZPO § 52)¹⁰²⁾. Die Zuständigkeit ist eine Sachurteilsvoraussetzung. Ihr Vorhandensein ist vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen¹⁰³⁾. Es hat auch, entgegen dem übereinstimmenden Willen der Litiganten, bei ihrem Fehlen die Klageabweisung¹⁰⁴⁾ vorzunehmen¹⁰⁵⁾.

petenzprozessen nach § 377 ZPO; VIII, 699: Einfluss des Wohnsitzwechsels des Beklagten auf die örtliche Zuständigkeit; VIII, 670: Keine Begründung der örtlichen Zuständigkeit für das Hauptbegehren durch Nebenbegehren; VIII, 671: Trotz Ausschluss des ordentlichen Richters durch Gerichtsstandsklausel Bejahung von dessen Zuständigkeit, wenn anzunehmen ist, dass der vereinbarte Richter seine Zuständigkeit verneint, weil keine der Prozessparteien in dessen Kanton Wohnsitz hat.

¹⁰²⁾ Gegen die Verneinung der Zuständigkeit durch den Friedensrichter als Versöhnungsrichter kann die zivilprozessuale Beschwerde wegen Rechtsverweigerung eingereicht werden. Wird die Klage aber eingereicht trotz der Verneinung der Zuständigkeit durch den Friedensrichter, so hat dieser, wenn das Gericht seine Zuständigkeit bejaht, nachträglich trotz seinen Zweifeln die Vornahme des Sühneversuchs zu ermöglichen. Gegen Kompetenzentscheide des Friedensrichters als Spruchrichter steht der Rekurs zur Verfügung (Max. VIII, 25).

¹⁰³⁾ Die Sachlage ist in der Luzerner Praxis dadurch etwas kompliziert, dass das Gericht, soweit nicht zwingende örtliche Gerichtsstände gegeben sind, seine ordentliche Zuständigkeit von Amtes wegen prüfen kann, aber dazu nicht verpflichtet ist. Da jedoch die Prüfung, ob nicht ein zwingender Gerichtsstand das Urteilen in der Sache verbiete, immer vorgenommen werden muss, kann man doch allgemein sagen, dass auch die örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen ist.

¹⁰⁴⁾ Betr. Klage- oder Prozessabweisung, Nichteintreten usw. vgl. unter § 7.

¹⁰⁵⁾ Max. VIII, 489: Bei stillschweigender Einlassung soll das Gericht die Zuständigkeit nur dann verneinen, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, so z. B., wenn der sich Einlassende über die Tragweite der Einlassung nicht orientiert war; Max. VIII, 570: Enthält die Gerichtsstandsvereinbarung keinen Verzicht auf den verfassungsmässigen Richter, so kann der ordentliche Richter nicht unter Berufung auf § 51 ZPO seine Unzuständigkeit aus-

b) Unter die Einrede der mangelnden Zuständigkeit fällt nach Luzerner Recht wohl auch die Berufung auf die nicht gegebene Gerichtsbarkeit¹⁰⁶⁾. Wenn die Luzerner ZPO den Mangel der Gerichtsbarkeit nicht ausdrücklich als nichteinlässliche Einrede anerkennt, so wird dies auf eine irrtümliche Identifizierung mit der Rüge des Zuständigkeitsmangels und nicht auf den Willen, diese den andern formellen Einreden zuzugesellen, zurückzuführen sein. Wie Leuch ausführt, wird die Prozessvoraussetzung der Gerichtsbarkeit meistens für das Verfahren von derjenigen der örtlichen Zuständigkeit nicht unterschieden¹⁰⁷⁾. Es wäre nun sinnwidrig, den weit schwereren Mangel der Gerichtsbarkeit in der Geltendmachung ungünstiger zu behandeln als die Einrede der Inkompetenz. Zwar besteht zwischen diesen beiden Sachurteilsvoraussetzungen ein wesentlicher Unterschied. Bei der Zuständigkeit handelt es sich um die Verteilung der Streitigkeiten an im Wesen gleichartige Gerichtsbehörden, währenddem die Gerichtsbarkeit die Grenze im Hinblick auf die Jurisdiktionsgewalt des Staates im interstaatlichen Verkehr und die generellen Rechtspflegefunktionen im Rahmen des Staates selber zieht¹⁰⁸⁾.

Das Fehlen der interstaatlichen Gerichtsbarkeit tritt öfters in familienrechtlichen Streitigkeiten von Ausländern hervor, die sich in der Schweiz aufhalten¹⁰⁹⁾.

sprechen; vgl. dazu auch Max. VII, 87: das Gericht hat seine Unzuständigkeit gleich bei Beginn des Prozesses auszusprechen; Max. VII, 659: Sachliche Zuständigkeitsnormen haben zwingenden Charakter und sind der Parteidisposition entzogen.

¹⁰⁶⁾ In Max. VIII, 487, hat das Obergericht die Frage nach der Gerichtsbarkeit (zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Streitfrage) unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit behandelt. So auch für das deutsche Recht Stein, Kommentar § 274, III, 1.

¹⁰⁷⁾ Leuch, Anm. vor § 2.

¹⁰⁸⁾ Leuch, Anm. vor § 2; Stein, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928, S. 71 ff.; Rosenberg, S. 19 ff.

¹⁰⁹⁾ BGE 54, II, 225, 340.

Innerstaatliche Konflikte über die Gerichtsbarkeit können sich vor allem in der Abgrenzung von zivil- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten ergeben.

Die Wirkung des Fehlens der Sachurteilsvoraussetzungen der Gerichtsbarkeit und der Zuständigkeit ist ebenfalls verschieden: Im ersteren Falle tritt bei Nichtbeachtung durch das Gericht Nichtigkeit des Urteils, im zweiten Falle dessen Anfechtbarkeit ein. Das von einem Zivilgericht erlassene Urteil in einer Strafsache zeitigt keine Wirkungen; das vom inkompetenten Gericht gefällte Urteil über die Gültigkeit eines Testamentes wird mangels Anfechtung rechtskräftig.

2. Die Einrede des Stellvertretungsbesitzes.

Die in § 75 ZPO geregelte und in § 115 als nichteinlässlich anerkannte Prozesseinrede ist das verstümmelte und dadurch jeden prozessualen Sinnes entbehrende gemeinrechtliche Institut der *nominatio* oder *laudatio auctoris*. Dass der Gesetzgeber dieses meinte, geht aus der Einreihung unter den IV. Titel: „Von der Beteiligung Dritter am Prozesse“, hervor. Nach gemeinem Prozessrecht konnte der Detentor einer unbeweglichen Sache, welcher hinsichtlich derselben mit einer dinglichen Klage belangt wurde, sich von der Einlassung der Klage durch die sofortige Nennung seines Urhebers befreien. Hierauf wurde die Klage diesem ohne vorheriges Anhören des Klägers zugestellt. Durch die Klagebeantwortung trat er als *procurator in rem suam* des Nominans in den Streit ein; er konnte sich, da letzterer Beklagter blieb, nicht auf ein ihm zustehendes *Privilegium fori* berufen¹¹⁰). Wenn auch das Grundprinzip dieses Institutes auf der Leugnung der Passivlegitimation des Beklagten beruhte, daher materiell war, so hatte es doch durch die Einbeziehung des *nominatus auctor* eine prozessrechtliche Bedeutung erhalten. Der Kläger hatte den Vorteil, den durch den Besitz des Nominans unrichtig eingeleiteten Prozess nicht noch einmal von vorn beginnen

¹¹⁰) Renaud, S. 122 ff.; Bayer, S. 150 ff.; Wetzell, S. 56 ff.

zu müssen; der Beklagte konnte sich gegenüber dem Eigentümer ohne weiteres befreien.

Die prozessrechtliche Wirkung des Eintrittes von Dritten in den Prozess ist in § 75 aufgegeben. Er bestimmt nur, dass derjenige, welcher eine Sache in fremdem Namen besitzt, sich von der Einlassung auf die gegen ihn gerichtete Klage dadurch schützen kann, dass er dem Kläger denjenigen, in dessen Namen er besitzt, nennt und sich über seinen blossen Stellvertretungsbesitz ausweist. Der Beklagte beruft sich auf die ihm fehlende legitimatio ad causam, auf die mangelnde Passiv- oder Sachlegitimation. Diese Prozesseinrede der fehlenden Passivlegitimation als Einrede materieller Natur berechtigt aber, wie das Obergericht wiederholt festgestellt hat — der Irrtum taucht immer wieder auf —, nicht zum Nichteintretensantrag oder gar zur nichteinlässlichen Antwort¹¹¹⁾. Es ist nun recht widerspruchsvoll, diesen Sonderfall der mangelnden Passivlegitimation als nichteinlässliche verzögerliche Einrede zu behandeln. Man kann nicht einmal einen prozessualen Vorteil erkennen. Die ganze Verteidigung des Beklagten besteht in der Leugnung der Passivlegitimation. Ob er dies in der einlässlichen oder der nichteinlässlichen Antwort tut, bleibt sich für ihn gleich. Beharrt der Kläger auf der Durchsetzung seines Anspruchs gegenüber dem Beklagten, so muss das Beweisverfahren durchgeführt werden. Der Vorteil der Erledigung in einem Vorentscheid ist unwesentlich und wiegt den Mangel der systematisch und prozessrechtlich verfehlten Bestimmung nicht auf. Zudem ist ihre Anwendung äusserst selten. Überdies fehlt diesem Verteidigungsgrund die dilatorische Natur, da keine Änderung der Passivlegitimation durch Zeitablauf oder eine Handlung des Klägers bewirkt werden kann. Vollständig verfehlt ist die Aufnahme des Institutes unter den Titel der Beteiligung Dritter am Prozess¹¹²⁾.

¹¹¹⁾ Max. VIII, 201, I B, I 2; VII, 567.

¹¹²⁾ Die deutsche ZPO hat in § 76 die Urheberbenennung aufgenommen, sie aber in prozessualen Sinne als eine besondere Art der Streitverkündung gestaltet, Stein, § 76 I.

3. Die Einrede der gerichtlichen Hinterlegung.

Die Bestimmung des § 76, dass der von mehreren Klägern für denselben Anspruch ins Recht gefasste Beklagte das Streitobjekt zu wessen Rechts deponieren kann, ist sowohl im Teil, welcher von der Beteiligung Dritter am Prozess handelt, als auch in der Gesellschaft der Prozesseinreden ebenso fehl am Platz, wie die Einrede des Stellvertretungsbesitzes. Der Beklagte schützt keinerlei Einwendungen prozessualer Natur vor; er stellt nur die Aktivlegitimation der mehreren Ansprecher als unabgeklärt und ungewiss dar. Aus dem Grunde wählt er die ihm durch das materielle Recht (OR Art. 96) gewährte Erfüllungsart und befreit sich so von seiner Leistungspflicht¹¹³⁾. Diese Art der Verteidigung des Beklagten oder, besser gesagt, der Klagenanerkennung ist vom Institut der Prozesseinreden weit entfernt. Der Beklagte anerkennt ja gerade den geltend gemachten Anspruch, spricht sich für dessen prinzipielle Begründetheit aus und überlässt es den Ansprechern, ihre Aktivlegitimation abzuklären.

Auch diese Einrede ist keineswegs dilatorisch.

II. Die verzögerlichen einlässlichen Einreden.

1. Die Sachurteilsvoraussetzungen.

Das Gesetz spricht in § 115 Abs. 3 nur von allen andern verzögerlichen Einreden hinsichtlich der Parteien oder der Klage; es will aber damit offensichtlich sämtliche Mängel, die das Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen angehen, erfassen.

a) Mängel hinsichtlich des Gerichts.

Neben der oben behandelten Einrede der mangelnden Zuständigkeit oder Gerichtsbarkeit können die Beschlussunfähigkeit des Gerichtes¹¹⁴⁾ oder das Mitwirken eines *iudex inhabilis* und eines *iudex suspectus* als fehlende Sachurteilsvoraussetzungen eine Rolle spielen.

¹¹³⁾ Oser-Schönenberger, Art. 96; v. Tuhr, S. 484 f.

¹¹⁴⁾ Max. VIII, 306.

b) Mängel hinsichtlich der Parteien.

Darunter fallen das Fehlen der Parteifähigkeit, wenn es behoben werden kann, der Prozessfähigkeit, der rechtsgültigen oder ausgewiesenen Vertretung, der berechtigten Intervention¹¹⁵⁾.

Zu Unrecht betrachtet das Obergericht die in § 59 ZPO erwähnte Einrede der mehreren Streitgenossen als prozessuale Einrede¹¹⁶⁾. Gemäss § 59 hat der für das Ganze in Anspruch genommene Beklagte dem Kläger beim Vorliegen einer aktiven oder passiven Streitgenossenschaft und beim Fehlen eines Solidarverhältnisses unter Nennung der Streitgenossen die Einrede der mehreren Streitgenossen entgegenzuhalten. Unterlässt er dies, so wird er als Solidarschuldner behandelt. Die volle Wirkung dieses Institutes ruht im materiellen Recht. Die Geltendmachung oder Nichterhebung der Einrede hat nur Einfluss auf die Behandlung des Beklagten als Solidarschuldner; es wird beim Schweigen des Beklagten in diesem Punkte die Frage der Begründetheit der Klage dem Beweisverfahren entzogen; eine prozessuale Folge im Sinne der einredeweisen Verteidigung tritt nicht ein.

c) Mängel hinsichtlich der Sache.

Wichtig ist die Anrufung der Litispendenz¹¹⁷⁾. Das Fehlen des genügenden Streitinteresses als Sachurteilsvoraussetzung beschäftigt die Gerichte oft bei Feststellungsklagen¹¹⁸⁾; wenn auch das materielle Recht das Fundament bildet, so ist das Interesse an der Feststellungsklage doch eine Sachurteilsvoraussetzung¹¹⁹⁾.

¹¹⁵⁾ Leuch, Kommentar, § 192, N. 7; Matti, Ueber die Streitgenossenschaft nach dem Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918, Bern 1924, S. 67.

¹¹⁶⁾ Max. VIII, 201, I B, II 2; VIII, 833; VII, 714.

¹¹⁷⁾ Max. VII, 308.

¹¹⁸⁾ Max. VIII, 572; VII, 335, 370.

¹¹⁹⁾ Vgl. Leuch, Ist die allgemeine Feststellungsklage eidgenössischen Rechts im Sinne von Art. 56 OG oder kantonalen Rechts?, SJZ., Bd. 36.

d) Mängel hinsichtlich prozessualer Vorkehren.

Oft wird die Abfassung der Klage gerügt: *exceptio libelli obscuri*, die Einrede der mangelnden Substantiierung und Spezifikation¹²⁰⁾, somit Verstösse gegen die Regeln des § 101 ZPO. Als unheilbar wurde vom Obergericht früher das Fehlen des Friedensrichtervorstandes behandelt; nach der geänderten Praxis kann jedoch diese Sachurteilsvoraussetzung noch im Laufe des Verfahrens nachgeholt werden¹²¹⁾. Schwierigkeiten bereitet nicht selten die Frage der Zulässigkeit der objektiven und subjektiven Klagehäufung¹²²⁾.

2. Die zivilrechtlichen verzögerlichen Einreden und Einwendungen.

Für sie trifft das oben über die zerstörlchen einlässlichen Einreden materieller Natur Gesagte ebenfalls zu.

§ 6. Die Geltendmachung und gerichtliche Behandlung der Prozesseinreden.

Das Durcheinander von Sachurteilsvoraussetzungen und zivilrechtlichen Einreden wirkt sich notwendigerweise bei der prozessualen Geltendmachung durch die Parteien und der gerichtlichen Beurteilung aus. Die in ihrer rechtlichen Voraussetzung und Wirkung heterogenen Einreden liessen keine systematische klare Regelung zu. Wie schon oben erwähnt wurde, konnte der damit geschaffenen Wirrnis nur die in Max. VIII 201 erlassene obergerichtliche Weisung Herr werden. Die nachfolgenden Darlegungen basieren auf dieser Maxime; sie wird daher nicht immer von neuem angeführt.

¹²⁰⁾ Max. VIII, 200, 306.

¹²¹⁾ Max. VII, 556.

¹²²⁾ Max. VIII, 24, 490, 768.

A. Die zerstörlchen Einreden.

I. Die Geltendmachung durch die Parteien.

1. Die nichteinlässlichen zerstörlchen Einreden.

Die nichteinlässliche Antwort befasst sich nur mit der Einrede und lässt alle andern Verteidigungsgründe weg. Der Antwortschluss ist durch § 114 ZPO vorgeschrieben: „Der Kläger sei mit seiner Klage für ein und allemal abzuweisen“. Mit Recht wird die Klageabweisung verlangt¹²³⁾ und nicht nur die Befreiung von der Einlassung. Das „für ein und allemal“ könnte jedoch ohne Einbusse der Deutlichkeit des Begehrens weggelassen werden. Jedes rechtskräftige Urteil schafft für den Streitpunkt ein für allemal Recht. Wird ein Antwortschluss mit einer anderslautenden, jedoch gleichgerichteten und dem Inhalt der nicht einlässlichen Antwort übereinstimmenden Formel versehen, so kann dies dem Beklagten nichts schaden; nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen ist der Sinn eines Antrages und nicht der Wortlaut allein massgebend¹²⁴⁾.

2. Verbindung der einlässlichen und nichteinlässlichen Antwort.

Das Nebeneinander der beiden Antwortbegründungen in einer Rechtsschrift ist zulässig. Die Trennung muss durch zwei Abschnitte zum Ausdruck kommen, deren jeder mit dem entsprechenden Antwortschluss zu versehen ist.

3. Die Erhebung der zerstörlchen Einreden in der einlässlichen Antwort.

Alle zerstörlchen Einreden können in beliebiger Reihenfolge in der einlässlichen Antwort neben den andern Verteidigungsgründen vorgebracht werden. Der Antwortschluss kann allgemein auf Abweisung lauten. Im beschleunigten Verfahren sind die zerstörlchen und verzögerlichen Einreden nur im einlässlichen Verfahren zugelassen (§ 329 Abs. 1 ZPO)¹²⁵⁾.

¹²³⁾ Darüber unten in § 7.

¹²⁴⁾ Leuch, Kommentar, § 157, N. 3.

¹²⁵⁾ Max. VIII, 572.

II. Die Behandlung der zerstörlischen Einreden durch das Gericht.

Die zerstörlischen Einreden werden, ob sie in der nicht-einlässlichen Antwort oder in der einlässlichen erhoben wurden, vom Gericht in einem Endurteil, also nicht durch prozessualen Vorentscheid behandelt.

1. Zur Behandlung der in der peremptorisch nicht-einlässlichen Antwort vorgebrachten Einreden findet dasselbe Vorgehen statt wie beim einlässlichen Verfahren. Zu den peremptorischen Einreden, die gemäss § 114 ZPO nicht in der nichteinlässlichen Antwort erhoben werden sollen, darf das Gericht nach obergerichtlicher Vorschrift in diesem Verfahren nicht Stellung beziehen, was wohl nur heissen soll, dass ihre Begründetheit nicht zu prüfen ist; ihre Unzulässigkeit wird nicht stillschweigend übergangen werden können.

Während sonst das Gericht vor der Urteilsfällung die zu behandelnden Streitpunkte in eine Rechtsfrage zu fassen hat, die nach dem Begehren der Parteien formuliert wird, ist hier eine komplizierte Regelung vorgeschrieben: „Hat sich der Beklagte auf die Klage einzulassen, oder ist er für ein und allemal von der Einlassung zu entbinden und der Kläger mit seiner Klage abzuweisen.“

Das Urteil ist ein Haupturteil, gegen das dieselben Rechtsmittel zur Verfügung stehen wie gegen ein Sachurteil¹²⁶⁾.

Wird der Beklagte zur Einlassung verhalten, so wird mit dem Urteil die Aufforderung zur Einreichung einer einlässlichen Antwort verbunden.

Wurden die geltend gemachten zerstörlischen Einreden als unzulässig befunden, so ist es zu halten, wie wenn eine Antwort überhaupt nicht eingereicht worden wäre; der Beklagte wird unter Androhung des Versäumnisverfahrens nach § 122 ZPO vorgeladen. Das Obergericht verhängt damit gegenüber demjenigen, der aus Unwissenheit oder

¹²⁶⁾ Auch wenn die Einlassung verfügt wird, Max. VII 695.

Trölerei eine unzulässige Einrede vorbringt, eine prozesuale Sanktion, währenddem die unbegründete Einrede keine derartige Folge hat. Diese Differenzierung ist nicht überzeugend.

2. Wenn die zerstörlchen Einreden in der einlässlichen Antwort vorgebracht werden, so ist das Verfahren durchzuführen, welches bei der materiellen Behandlung des Streites vorgesehen ist. Das Obergericht hat empfohlen, vorerst die Begründetheit der Einreden zu prüfen und darüber Beweis zu führen. Erachtet das Gericht die Einreden als begründet, so hat es die Klage unter Ausserachtlassen der übrigen Verteidigungsgründe abzuweisen. Gelangt es zur Abweisung der Einreden, soll kein Teilurteil gefällt werden; dazu ist im Endurteil Stellung zu beziehen.

B. Die verzögerlichen Einreden.

I. Die Erhebung durch die Parteien.

1. Die nichteinlässliche Antwort.

In der nichteinlässlichen Antwort werden vom gesamten Verteidigungsmaterial des Beklagten nur die Einreden der Unzuständigkeit, des Stellvertretungsbesitzes und der gerichtlichen Hinterlegung herausgegriffen.

Der ausserhalb des Gebietes des Kantons Luzern wohnhafte Beklagte kann, wenn er die Zuständigkeit oder die Gerichtsbarkeit des Luzerner Richters bestreiten will, ohne förmliche Antwort mit einem blossen Protest gegen die Durchführung des Prozesses das Gericht zu einem Kompetenzentscheid veranlassen. Der Beklagte hingegen, welcher im Kanton Luzern Domizil hat, muss die Einrede der Unzuständigkeit formrichtig in der schriftlichen oder mündlichen Antwort erheben, wenn er sich nicht den Folgen der Versäumnis aussetzen will¹²⁷⁾.

Als Schluss der dilatorisch nichteinlässlichen Antwort sieht das Gesetz vor: „dass der Beklagte nicht gehalten werden könne, einlässlich zu antworten“. Auch diese

¹²⁷⁾ Max. VII, 242.

Formel könnte durch das Begehren um Abweisung der Klage ersetzt werden¹²⁸⁾.

Die Verbindung der nichteinlässlichen mit der einlässlichen Antwort ist gleich dem Verfahren bei der Geltendmachung der zerstörlchen Einreden zulässig.

2. Die einlässliche Antwort.

Die unter Ziff. 1 erwähnten verzögerlichen Einreden können, alle andern verzögerlichen Einreden müssen in der einlässlichen Antwort erhoben werden. Da somit nur die peremptorischen Einreden der *res iudicata*, des gerichtlichen Vergleiches und die dilatorischen der Unzuständigkeit in nicht einlässlicher Antwort erhoben werden können, der Mangel aller andern Sachurteilsvoraussetzungen, die weit zahlreicher sind, im einlässlichen Verfahren releviert werden muss, ist das Hauptgewicht der prozessualen Verteidigung in dieses verlegt. Welcher Antwortschluss den verzögerlichen Einreden in der einlässlichen Antwort entsprechen soll, sagt das Gesetz nicht. Gebräuchlich ist der Antrag auf Nichteintreten; richtiger und einfacher ist auch hier das Begehren um Abweisung der Klage.

II. Die Behandlung der verzögerlichen Einreden durch das Gericht.

1. Dilatorisch nichteinlässliche Einreden.

Das Gericht hat diese Einreden ohne vorgängige Parteiverhandlung in einem Entscheid über die Vorfrage: „Hat sich der Beklagte einzulassen, oder ist er dermalen von der Einlassung zu entbinden“, zu erledigen. Als Parteiverhandlung ist die Hauptverhandlung anzusehen. Die Parteien können, soweit Beweiserhebungen über die Begründetheit der Einreden notwendig sind, zu Vorverhandlungen vor Gericht zitiert werden¹²⁹⁾.

¹²⁸⁾ Unten § 7.

¹²⁹⁾ Neben Max. VIII, 201, auch VIII, 838. Dabei dürfen im Vorverfahren nicht Schlüsse gezogen werden, welche den Entscheid in der Sache selber präjudizieren, z. B. bei der Beurteilung der Zuständigkeit über die Rechtsnatur der Klage, Max. VIII, 199, 115.

Der Entscheid des Gerichts ist in allen Fällen rekurrabel; Entscheide des Gerichtspräsidenten sind es hingegen nur dann, wenn die Zuständigkeit behandelt wurde¹³⁰⁾.

Das Vorbringen von unzulässigen dilatorischen Einreden in der nichteinlässlichen Antwort hat ebenfalls die bei den peremptorischen Einreden besprochene Folge der Nichtbeachtlichkeit und der Vorladung des Beklagten unter Androhung des Versäumnisverfahrens.

2. Verzögerliche Einreden in der einlässlichen Antwort.

Das Vorgehen des Gerichtes ist für die Behandlung der Rüge der mangelnden Sachurteilsvoraussetzungen (nach ZPO formelle Einreden) und der zivilrechtlichen dilatorischen Einreden verschieden:

a) Wenn das Gericht den Mangel von Sachurteilsvoraussetzungen anerkennt, hat es in einem Vor- oder Zwischenentscheid nach §§ 114 Abs. 4, 127 ZPO die „nötigen Verfügungen“ zu treffen: insbesondere Rückweisung der Klage zur Verbesserung oder Nichteintreten. Kann der erstere Weg gewählt werden, so ist er dort am Platz, wo die Klageabweisung die Klageverwirkung nach sich ziehen müsste (OR 139)¹³¹⁾. Die Aufstellung einer Vorfrage betrachtet das Obergericht als überflüssig; auf jeden Fall ist die für das nichteinlässliche Verfahren gebräuchliche Formel: „Ist der Beklagte von der Einlassung zu entbinden“ (wiederum eine Variante gegenüber dem vom Obergericht angegebenen Wortlaut, s. Ziff. 1 zuvor) zu vermeiden. Das Gericht wird aber doch die Problemstellung als Vorfrage umschreiben müssen, laute sie nun auf Abweisung zur Zeit, angebrachtermassen, oder Nichteintreten.

Mit Ausnahme des Zuständigkeitsentseides — gegen ihn ist der Rekurs immer möglich — sind diese Vorentscheide des Gerichtes nur dann rekurrabel, wenn sie den

¹³⁰⁾ Max. VIII, 204.

¹³¹⁾ Betreibungsrechtliche Klagefristen sind jedoch mit der Rückweisung der Klage zur Verbesserung verwirkt; so unter Berufung auf die bundesgerichtliche Praxis und Jäger, Max. VII, 703.

Fortgang der einlässlichen Verhandlung hemmen. Fordern aber Gründe der Zweckmässigkeit und Prozessökonomie eine letztinstanzliche Stellungnahme zur Begründetheit einer dilatorischen formellen Einrede, so kann der abweisende Entscheid, welcher den Fortgang des Verfahrens nicht hemmt, mit Beschwerde angefochten werden¹³²).

Glaut das Gericht, die formelle Einrede sei unbegründet, so kann es trotzdem einen Vorentscheid fällen, was bei Zuständigkeitsfragen zu empfehlen ist; es kann aber auch das Vorhandensein der Sachurteilsvoraussetzung erst im Endurteil behandeln; dieses hat dann weder eine Vorfrage aufzunehmen, noch einen Nichteintretensantrag zu diskutieren, sondern über die Klageabweisung zu befinden.

b) Verzögerliche Einreden materieller Natur (Stundung, Vorausklage usw.) dürfen erst nach der Hauptverhandlung behandelt werden. Aus prozessökonomischen Gründen mag es sich empfehlen, sie auf ihre Begründetheit zu prüfen, bevor über die andern Verteidigungsmittel Beweis geführt wird; oft ist es zwar besser, alle Beweise durchzuführen, insbesondere dann, wenn die Zeugen an einer Tagfahrt einvernommen werden können.

Als materielle Einrede nennt das Obergericht die Berufung auf die mangelnde Aktiv- oder Passivlegitimation; diese Klassifizierung ist unrichtig; der Beklagte, welcher dem Kläger die Aktivlegitimation abspricht oder seine Passivlegitimation bestreitet, wendet sich gegen die Existenz des geltend gemachten Anspruchs an und für sich und behauptet nicht gegenüber dem prinzipiell begründeten Anspruch das Vorliegen einer rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Wirkung¹³³): — ob wir einer materiellen Einrede gegenüberstehen, könnte dann diskutiert werden, wenn der Mangel der Aktiv- oder Passivlegitimation auf einen Wechsel des Berechtigten oder Verpflichteten zurückgeführt würde.

¹³²) Max. IX, 113.

¹³³) Vgl. oben § 1, Ziff. 3.

3. Berücksichtigung des Mangels von Sachurteilsvoraussetzungen durch das Gericht von Amtes wegen.

Unabhängig von der verteidigungsweisen Geltendmachung des Fehlens von Prozessvoraussetzungen und vor dieser hat der Gerichtspräsident ihr Vorhandensein von Amtes wegen zu prüfen: Dies wurde betreffend Zuständigkeit oben ausgeführt. Die Vergewisserung über die rechtsgültige Vollmacht macht § 56 ZPO dem Gerichte zur Pflicht, das bei ihrem Fehlen eine Frist zur nachträglichen Beibringung zu setzen hat¹³⁴). Wurden unordentliche oder die gesetzlichen Formvorschriften verletzende Rechtsschriften eingereicht, so hat der Gerichtspräsident das Doppel, statt es der Gegenpartei zuzustellen, an die Partei unter Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung zurückzuweisen. Erhebt die Partei Einspruch, so sind die Akten dem Gericht zum Entscheid vorzulegen. Wird die vom Präsidenten oder dem Gerichte gesetzte Frist nicht gewahrt, so ist es zu halten, wie wenn eine Rechtsschrift überhaupt nicht eingereicht worden wäre (ZPO § 98).

§ 7. Kritik.

1. Das System der gemeinrechtlichen Prozesseinreden, dem die Luzerner ZPO in behaglicher Breite Raum gibt und zu dessen Erläuterung sie freigebig Vorschriften zur Verfügung stellt — man denke an die formulierten Antwortbegehren und Rechtsfragen; in allen andern Fällen haben sie die Parteien und Richter selber zu finden, mag es auch noch so schwer fallen, wie z. B. in Erbschaftsprozessen — hat Gesterding „ein Monstrum, welches die Rechtswissenschaft entstellt, verwirrt und schändet“ genannt¹³⁵). Bülow bezeichnet das Wort „Prozesseinrede“ als „einen von Grund aus falschen und kranken Begriff, der die wichtigsten Theile des Civilprocessrechts verdeckt und an jeder

¹³⁴) Max. VIII, 401.

¹³⁵) Zitiert in Bülow, Die Lehre, S. 15, Anm. 16.

gesunden Entwicklung verhindert“¹³⁶). Heusler trat entschieden für das Fallenlassen der gemeinrechtlichen Prozesseinreden und deren Ersetzen durch die Prozessvoraussetzungen ein¹³⁷); zum Einredensystem der Luzerner ZPO sagt er: „Auf eine Kritik dieser Bestimmungen kann füglich verzichtet werden¹³⁸).“

2. Diesen Kritiken wird derjenige, welcher den mühsamen Weg durch diesen Aufsatz gegangen ist, gerne zustimmen. Der Irrtum einiger gelehrter Köpfe des frühen Mittelalters belastet ganz unnötig unser juristisches Denken. Und zwar gibt er nicht nur den Prozessualisten zu schaffen; er belästigt im Gegenteil vor allem die Praktiker. Sie müssen sich immer von neuem mitten im Drang der Geschäfte des Alltags mit der Duplizität der zivilrechtlichen und prozessualen Einreden, den zu Unrecht den formellen beigegebenen materiellen Einreden, die nicht einmal solche sind (Stellvertretungsbesitz und Hinterlegung), abmühen, die vorgeschriebenen Antwort- und Rechtsfragenformeln beachten. Sie schleppen den überflüssigen Ballast der peremptorischen und dilatorischen nichteinlässlichen Einreden.

Die Beachtung des oben dargelegten Prinzips, dass zwischen der prozessualen Verteidigung im Hinblick auf die formelle Zulässigkeit der Klage und ihrer materiellen Begründetheit klar unterschieden wird, fördert das Verständnis für die prozessuale Funktion der Verteidigung und erleichtert die Prozessführung im Einzelfall. Eine solche Regelung wird nach ihrem Grundsatz und ihrer Wirkung von jedem verstanden, währenddem das heutige System ohne Spezialstudien unerfassbar bleibt. Dass seine Beseitigung keine Lücken hinterlassen würde, zeigt die oben an-

¹³⁶) Bülow, Die Lehre, S. 16; das Urteil Albrechts haben wir oben festgehalten, § 3, Anm. 9.

¹³⁷) Heusler, Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden, S. 280 ff.; Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, S. 82 ff.

¹³⁸) Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz, S. 89.

geführte Tatsache, wonach die nichteinlässlichen Antworten schon recht selten geworden sind.

Der eine oder andere mag einwenden, das heutige System biete bei all seinen Mängeln dem Beklagten Vorteile, indem es ihm unter Umständen die unnötige Mühe der einlässlichen Verteidigung erspare, wenn er mit einer nichteinlässlichen Einrede durchdringen könne. Dies wird nur für die Einrede der mangelnden Zuständigkeit zutreffen. Kann sich der Beklagte auf ein rechtskräftiges Urteil berufen oder einen gerichtlich beurkundeten Vergleich anführen, so ist die Situation geklärt; er kann sich in der Regel auf das Durchdringen dieser Vorbringen verlassen. In den übrigen Fällen der nichteinlässlichen Einreden aber muss er doch eingehend zur Klage und ihrer Begründetheit Stellung beziehen, auch bei der Einrede der Verjährung. In der Instruktion legt überdies der Klient dem Anwalt meistens den Fall in allen Einzelheiten dar. Wenn aber der Anwalt die Sache genau kennt, so bereitet die Sachdarstellung keine grosse Mühe. Unnötige Weiterungen im Beweisverfahren kann das Gericht verhüten. Deutlicher als diese theoretischen Erwägungen spricht die praktische Erfahrung. Die zürcherische, bernische, aargauische, österreichische und italienische Zivilprozessordnung, um einige moderne Kodifikationen zu nennen, haben auf die nichteinlässliche Antwort verzichtet und die Prozessvoraussetzungen an Stelle der gemeinrechtlichen Prozesseinreden gesetzt¹³⁹⁾. Von kompetenter Seite wurde dem Verfasser mitgeteilt, dass z. B. in Bern der Verlust der nichteinlässlichen Antwort von keiner Seite je als Mangel und Hemmnis der Verteidigung empfunden wurde.

3. Die sehr wünschenswerte Änderung der Luzerner ZPO kann nur eine Revision des Gesetzes bringen. In der Zwischenzeit könnten jedoch Vereinfachungen durch die Praxis bewirkt werden. Die wesentlichste besteht im Nicht-

¹³⁹⁾ Die aargauische Prozessordnung spricht von fristlichen Einreden, meint aber damit die Sachurteilsvoraussetzungen (Heusler, der Zivilprozess der Schweiz, S. 88; Schmid, S. 90 f.).

gebrauch der nichteinlässlichen Antworten; diese passive Korrektur wird, wie schon ausgeführt, fleissig vorgenommen.

Die andere gilt der Formulierung der Antwortschlüsse durch die Parteien und der Rechts- und Vorfragen durch die Gerichte. Der alte Kanzleistil sollte einer richtigen Ausdrucksweise Platz machen. Wenn eine Klage materiell nicht durchdringen kann, ist sie unbegründet, auch wenn ihr die Einrede der Verjährung, des Stellvertretungsbesitzes oder der gerichtlichen Hinterlegung entgegensteht. Eine Zufügung ist nicht notwendig. Eine solche Klage wird wie jede andere als unbegründet abgewiesen, demgemäss hat auch der Antrag zu lauten. Vor allem kann bei der Behandlung der Berufung auf den Stellvertretungsbesitz oder die gerichtliche Hinterlegung jeder Hinweis auf die dermalige Abweisung entbehrt werden, da ihnen, wie oben angeführt, der dilatorische Charakter fehlt. Eher könnte man sich fragen, ob nicht den echten dilatorischen zivilrechtlichen Einreden im Urteilsdispositiv durch eine Zufügung zur Abweisung Rechnung zu tragen wäre, indem sie zur Zeit oder dermalen ausgesprochen wird, eventuell um die zeitliche Beschränkung der Rechtskraft, d. h. die Änderungsmöglichkeit der Situation hinsichtlich der Sache zu skizzieren. Dies wäre unschädlich, ist aber nicht nötig, weil der Umfang der Rechtskraft eines Urteils doch nur an Hand der Motive überprüft werden kann.

Mannigfaltiger sind die Redewendungen, welche auch heute noch zur Geltendmachung der prozessualen Unzulässigkeit der Klage durch die Parteien und Guttheissung der Begehren durch das Gericht verwendet werden: Die schweizerische Rechtssprache, auch diejenige des Bundesgerichts, liebt die Redewendung: „Auf die Klage sei nicht einzutreten; ... wird nicht eingetreten.“ Sie spricht die Verneinung der materiellen Behandlung aus. Sprachlich wird die Verbindung von „auf“ und „eintreten“ jeden Nichtjuristen stören. Warum sie daher nicht fallen lassen? Zudem ist sie nicht genau; im Umfange der Feststellung des das Eintreten verhindernden Mangels wird eben doch ein-

getreten. Die Formeln, welche die Rück- oder Abweisung der Klage aussprechen, sind richtiger und prozessual klarer. Das Berner Gesetz lässt in § 194 beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung die Rückweisung der Klage ohne Prüfung von deren Begründetheit eintreten. Die von den Gerichten verwendete Formel entspricht dem Gesetzestext¹⁴⁰⁾. Den Ausdruck Rückweisung wird man aber besser für diejenigen Fälle reservieren, in welchen die Klage zur Verbesserung zurückgewiesen wird. In den andern ist das Wort „Abweisung“ am Platz. Hellwig spricht von Prozessabweisung¹⁴¹⁾. Nachdem wir aber auch den Teil des Verfahrens, in welchem die Abweisung erfolgt, als Prozess bezeichnen¹⁴²⁾, ist dieser Ausdruck für unser Recht nicht verwendbar. Rosenberg¹⁴³⁾ und Goldschmidt sagen „Klageabweisung“, die Klage werde als unzulässig abgewiesen. Diese Formel ist allen andern vorzuziehen. Die Aufnahme des Wörtchens „unzulässig“ ist nicht notwendig, bringt aber keine sprachliche Belastung und trägt zur begrifflichen Klarstellung des Abweisungsgrundes bei. Es ist auf jeden Fall der alten Wendung „angebrachtermassen“, „so wie angebracht“, das heisst in der eingereichten Form, vorzuziehen.

An diesem Punkte könnte wenigstens die Vereinfachung im Gebiet der Luzerner Prozesseinreden fortgesetzt werden. Die Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften über diese Formeln durch die Parteien würde nicht die Unbeachtlichkeit ihrer Anträge zur Folge haben, ihr Ausserachtlassen durch das Gericht keinen Kassationsgrund schaffen.

¹⁴⁰⁾ Leuch, Kommentar § 194, N. 2.

¹⁴¹⁾ Hellwig, System, S. 253.

¹⁴²⁾ Vgl. oben § 2.

¹⁴³⁾ Rosenberg, S. 251.

¹⁴⁴⁾ J. Goldschmidt, S. 87, 151.