

J. G.  
C. G.

Richterliches Fragerecht

und

# eidliche Parteienvernehmung.

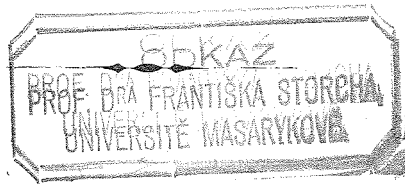


Eine Studie zum Civilproceß-Entwurfe

von

**Dr. Emil Ott,**

k. k. Hofrath und Universitätsprofessor.



Wien 1894.

Manz'sche k. und k. Hof-Berlags- und Universitätsbuchhandlung.

## Inhalts-Übersicht.

Einleitung: Nothwendigkeit eingreifender richterlicher Proceßleitung im mündlichen Verfahren. . . . . S. 5

I. Gedrängte Skizze der Entwicklung des richterlichen Fragerechts im gemeinrechtlichen Civilproceß; seine Keime für das moderne mündliche Verfahren im französischen Proceßrechte und in der Proceßordnung für Genf und Freiburg; Gestaltung desselben in den Proceßgesetzen für Baden (1831, 1851, 1864), für Hannover (1850) und für Bayern (1869) als den betreffs der Rechtsentwicklung in Deutschland einflußreichsten, sodann in den Entwürfen für den deutschen Bund 1866 (für Preußen 1864), für den norddeutschen Bund 1870 und für das deutsche Reich 1872. Schicksale des richterlichen Fragerechts bei dem Zustandekommen der deutschen C. P. D. 1877 und in den Entwürfen für Oesterreich (1867, 1870, 1876, 1881, 1893). Charakteristik seines Wesens. . . . . S. 8

II. Eidliche Einvernahme der Parteien als Zeugen in England, Schottland und Nordamerika; Einwendungen dagegen und deren Entkräftung; Unterscheidung zweier Formen: einmal mündlicher Abhörung, sodann der Vorlage schriftlicher Zeugnisse unter Eidsgarantie. . . . . S. 23

III. Rechtfertigung der Zulassung der Parteien zum Zeugnisse aus juristischen und praktischen Gesichtspunkten. Ueberwiegende Vortheile hiebei gegenüber dem normirten Beweiseide. . . . . S. 31

IV. Versuche zur Beseitigung der Eidessnoth: Völlige Verwerfung der Beweiseide im Canton Zürich und Appenzell und in Rußland; Palliativmittel in Frankreich durch möglichste Einschränkung derselben und in Deutschland seit der Reichs-C. P. D. 1877 durch Beseitigung der wichtigsten Uebelstände gemeinrechtlicher Eidespraxis. Versuch in Bayern, unter Aufrechterhaltung des normirten Eides gemeinrechtliche mit neuzeitlichen Rechtseinrichtungen zu verschmelzen, beeinflusst durch die Praxis französischer Gerichte und deren Codification in der Genfer P. D. Eidliche Abhilfe durch Aufnahme eidlicher Parteienabhörung im österr. Bagatelverfahren 1873 und in den C. P.-Entwürfen 1876, 1881, sowie in dem beantragten mündlichen Summarverfahren 1888. Würdigung der dagegen von D e m e l i u s, F i e r i c h und C a n s t e i n erhobenen Einwendungen und von ihnen gemachten Vorschläge. Befürwortung dieser Proceßeinrichtung: M e n g e r, v. H a r r a j o w s k y. Abwehr gegen B ä h r's scharfen Angriff auf den österr. Entwurf 1893. Aufnahme der eidlichen Parteienabhörung in die Pr. D. für Bosnien und Herzegovina 1883 und in das Gesetz über summarisches Verfahren in Ungarn (1893). . . . . S. 37

V. Würdigung der Bestimmungen des jüngsten Entwurfs über eidliche Parteieinvernahme. Subsidiarität dieses Beweismittels und ihre Tragweite. Keine Beweissicherung. Zulassung von Amtswegen. Beweissthema, auch Wissen von einem Umstande. Zulässigkeit in Besitz- und Ehestreitigkeiten. Ausnahmeweise Unanwendbarkeit der Einvernahme einer Partei. Modification der Bestimmungen des Bagatellverfahrens betreffs der Anwendbarkeit der Parteieinvernahme bei Rechtsstreitigkeiten juristischer Personen. Beweisangebot und Zulassung, Spaltung der Beweisaufnahme in eine uneidliche Abhörnung beider Streittheile und eine allenfalls hinzutretende eidliche Bestätigung der gemachten Aussage seitens einer einzigen Partei. Gründe der Ablehnung einer Aussage. Wegfall der im Bagatellverfahren zugelassenen eidlichen Abhörnung des Gegners und Rechtfertigung dessen. Vortritt des Beweispflichtigen bei der eidlichen Abhörnung; Ausnahmen hievon. Entkräftung der dagegen vorgebrachten Bedenken B ä h r's und P e t e r s e n's. Discrepanz zwischen uneidlicher und eidlicher Aussage. Eideserlassung? Kostenfrage. Keine Zwangsmittel behufs Erscheinens und Vernehmung der Partei; Rechtsfolgen der Weigerung in beiden Beziehungen. Bedeutung des Todes der zur Aussage erböhrigen Partei Einfluß des Berufungsverfahrens. Wiederaufnahmeklage bei falscher eidlicher Aussage der Partei. Schlußwort. . . . . S. 48



Zu den schwierigsten Aufgaben der Gestaltung des Civilprocesses zählt es, das Verhältniß der Freiheit der Parteien zur Gewalt des Richteramtes in einer Weise zu ordnen und zu regeln, welche ihr Wesen, den Zweck ihrer Bethätigung und die Bedeutung dieser beiden den Proceß constituirenden Elemente gleichmäßig berücksichtigt und ihnen den natürlichen freien Spielraum gewährt.

Geht man davon aus, daß der Richter ebenso Geschick wie Eifer besitze, um ungeachtet widersprechender Parteiausführungen der wahren Sachlage auf den Grund zu kommen, ohne jemals den Schein dem Sein vorzuziehen oder gar voreingenommen schon während des Streites an einer bestimmten Auffassung festzuhalten, und meint man, daß die Parteien bald geblendet von dem eigenen Interesse, bald wegen mangelnder Bildung oder aus Geschäftsunkenntniß die volle Wahrheit nicht sagen wollen oder zu sagen nicht vermögen, dann möchte man vielleicht dem Richter, sobald nur seine Hilfe angerufen wurde, die Macht ertheilen, alles Erforderliche vorzukehren, um dem wirklichen Rechte zum Siege zu verhelfen durch ein Endurtheil, das dem vorliegenden, von ihm zu erhebenden Thatbestand thunlichst entspricht. Die Gastbarkeit für die möglichste Uebereinstimmung der factisch bestehenden Rechtslage mit der richterlich anerkannten trifft hier den Richter. Wenn aber im Gegensatz zu dem vorstehend entwickelten Gesichtspunkte angenommen wird, daß die Parteien selbst vollkommen befähigt und beflissen sein werden, dem Richter mit ihren Ausführungen ohne alle Streiterverschleppung die Grundlagen eines sachentsprechenden gerechten Urtheiles zu gewähren, dann wird man kaum zögern dürfen, dem Richter lediglich die Rolle eines Kampfrichters einzuräumen, dagegen den Streittheilen alle Sorge und Aufmerksamkeit für eine möglichst rasche und vollständige Streiterörterung, damit aber auch die Verantwortlichkeit für die Realisirung des materiellen Rechts durch richterliche Hilfe zu überlassen.

Es bedarf keiner eingehenderen Auseinandersetzungen, um zu erkennen, daß die Voraussetzungen beider Modalitäten niemals vollends zutreffen. Als verfehlt erwies sich sowohl das System der allgem. preuß. Gerichtsordnung, die den ersteren Gesichtspunkt mit zielbewußter Consequenz und Energie zur Geltung gebracht hatte, aber auch das

System unbedingter Herrschaft der Parteien im Proceffe, das von der französischen Legislative rückhaltslos durchgeführt worden war.

Sollen die Klippen beider Extreme glücklich umschifft werden, so muß der Kurs mitten durch eingehalten werden. Im Rechtsstreite dürfen die Parteien nicht zu bloßen Schachfiguren in der Hand des ein Kampfspiel besorgenden Richters herabsinken; es darf aber auch der Richter nicht zum theilnahmslosen Zuschauer an dem Turnier werden, trotzdem Wind und Sonne zwischen den Kämpfern ungleich vertheilt und die Waffen nicht kampfgemäß sind.

Die Freiheit, welche die Partei im Rechtsstreite beanspruchen kann, muß im Einklange stehen mit der Rechtsordnung. Wird ihr dieses Maß der Bethätigung innerhalb der gesetzten Schranken verweigert und die freie Bewegung dadurch verkümmert, so wird Unrecht geübt von der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung berufenen öffentlichen Autorität. Setzt sich dagegen die Freiheit selbst über die ihr gezogenen Grenzen hinweg, so wird sie zum Mißbrauche gestatteter Willensäußerung und hiemit ebenfalls zum Unrechte. Das freie Verfügungsrecht der Parteien soll ungeschmälert anerkannt sein und seine Konsequenzen müssen voll zur Geltung gebracht werden. Nicht minder muß aber das höhere Gesetz der Rechtsordnung Geltung finden, das wahrer Sittlichkeit zu dienen bestimmt ist.

Ebenso irrig, wie weitverbreitet ist die Anschauung, der Rechtsstreit sei ein Ringen, wo alle Art von Verschlagenheit und Täuschung zulässig seien, wenn sie nur zum Siege führen. Bewußtes Lügen, Entstellung der Wahrheit und listige Zurückhaltung gelten als gestattete Mittel der Streitführung. Was unsittlich ist, kann vom Rechte nicht als erlaubt erklärt werden. Staatlicher Rechtsschutz knüpft sich an die Voraussetzung redlichen Kampfes um's Recht.

Endziel jedes Rechtsstreites ist die Verwirklichung des mit Klage in Anspruch genommenen Rechtes. Soll das geltend gemachte Recht durch richterliches Urtheil anerkannt werden, muß es vom Richter erkannt werden können. Die Rechtsbeziehungen als nicht sinnenfällige Erscheinungen vermögen aber nur erfaßt zu werden durch Klärlegung der tatsächlichen Voraussetzungen, an deren Zutreffen das Gesetz das Entstehen oder Vergehen der Berechtigung bindet. Wahrheit bei Anführung der entscheidenden Thatfachen, Offenheit bei Äußerung hierüber und Redlichkeit bei Läugnung derselben sind die unerläßlichen Grundlagen eines richtigen und gerechten Erkenntnisses. Denn kein Mittel zu unredlichem Erwerb und unehrlicher Bereicherung ist der Proceß, vielmehr nur eine Rechtsinstanz zur Erhaltung von Eigen und zum Schutze vollberechtigten Genusses des Erworbenen. Darum darf er nur sein: ein Kampf um's Recht auf dem Felde der Wahrheit, kein Würgen des Rechtes im Schlupfwinkel der Lüge und der Irreführung.

Es soll der Richter als Organ der Staatsgewalt bei der Streitführung seitens der Parteien nicht in eine bloß passive Stellung zurückgedrängt sein; ihm muß vielmehr das Befugniß zu selbstthätigem Eingreifen beigelegt werden, um das strittige Verhältniß in seinem vollen Anfange rein und unentstellt ermitteln zu können. Damit wird er weder in die mißliche und das Vertrauen in seine Unparteilichkeit gefährdende Position eines Anwalts beider Theile gebracht, noch weniger in eine mit seinem Berufe und seiner Würde gleich unvereinbarliche Lage versetzt, als stummer, machtloser Zuseher dem vielleicht ränkevollen Treiben der Parteien assistiren zu müssen. Es wird aber hiebei auch den nächst Betheiligten die beste Gewähr geboten, daß Kläger und Beklagter im eigenen, somit vollen und ganzen Interesse alles zur Rechtsbewahrung und Rechtsvertheidigung Dienliche uneingeschränkt anführen und ihre Verfügungsgewalt unbeeinflusst bethätigen können, ohne daß zu befürchten wäre, daß das getheilte, weil beiden Streittheilen gleichmäßig zugewendete Interesse des Richters an der Erhebung des Thatbestandes ihre Dispositionsfreiheit im Geringsten verkümmern würde.

Von der Ueberzeugung geleitet, daß die einfachsten und die sittlichen Ideen in allen menschlichen Einrichtungen die bewährtesten sind, weist die Proceßgesetzgebung der Neuzeit dem Richter eine weitgehende und tiefeingreifende Einflußnahme auf den Streitverlauf zu.

Ausgehend von dem Postulate, daß der Proceß auf sittlicher Grundlage sich entwickeln und aufbauen müsse, wird den Parteien die Wahrheitspflicht auferlegt, aber auch Schutz gegen mißbräuchliche Ausbeutung der Offenheit des Gegners durch freie Würdigung der Tragweite des Geständnisses dargeboten, endlich gekliffentliches Verhehlen und Verhüllen der Wahrheit als Chicane behandelt.

Damit im Einklange steht die Berechtigung des Richters, zum Zwecke zureichender Aufklärung über das Streitverhältniß ein Fragerecht gegenüber den Parteien auszuüben, um aufzuhellen, was in deren Vorträgen unklar und ungenau geblieben, und zu ergänzen, was bei ihren Ausführungen unvollständig erschienen war.

Dient nun ein derartiges Recht zur Klarstellung der Behauptungen, so reicht dasselbe doch nicht zu, um deren Richtigkeit zu erhärten. Wenn die Feststellung der behaupteten Thatfache in Frage steht gegen erhobenen Widerspruch und andere Auskunftspersonen oder Sachen nicht zur Hand sind, muß an die Gewissenhaftigkeit der Streittheile appellirt werden. Unter allen Gesetzgebungen des Festlandes hat Oesterreich zu allererst den normirten Beweis eid eingetauscht gegen eine eidliche Parteivernehmung, wohlbewußt dessen, daß bei freier Beweiswürdigung der Unterschied zwischen Partei und Zeuge nicht in voller Schroffheit festgehalten werden muß und eingedenk der natürlichen Pflicht jedes Streittheiles, der von dem

Gerichte die e n d g i l t i g e Regelung in Verwirrung gerathener Rechtsbeziehungen fordert, diesem hierüber die volle und ganze ihm bekannte Wahrheit zu eröffnen.

Dem richterlichen Fragerechte und der eidlichen Vernehmung der Parteien nach dem Entwurfe einer C. P. O. vom Vorjahre sollen die nachfolgenden Erörterungen gewidmet sein.

## I.

In keinem Gebiete des Rechtes hat irrige Auffassung geltender Rechtsvorschriften in der Doctrin und mißverständliche Anwendung derselben in der Praxis größere Verheerungen angerichtet, als im Gerichtsverfahren. Nirgends ist aber auch größere Vorsicht bei rechtsvergleichenden Studien anzuwenden, wie bei Würdigung von Rechtseinrichtungen verschiedener Proceßsysteme. Es darf das äußerlich Aehnliche nicht als verwandt oder gleichartig behandelt werden, wenn der Formgleichheit nicht Wesenseinheit zur Seite steht. Durch Verkennung der Tragweite positiver Vorschriften ist in den angedeuteten Richtungen arg gesündigt worden betreffs des richterlichen Fragerechts.

Es ist hier nicht der Ort, darzulegen, wie die im römischen älteren Proceße zur Grundlage der actiones interrogatorias dienenden Fragen über Legitimationspunkte je später, um so häufigere und allgemeinere Anwendung fanden, bis ein Emblema Tribonianis ihnen für den justinianeischen Rechtsgang eine völlig geänderte Rolle zuwies. Auch darf in diesen Blättern nicht entwickelt werden, wie der canonische Proceß, beherrscht von dem Streben, die gründlichste Erörterung der Streitsache auf dem Boden der Wahrheit zu gewährleisten, nebst Aufnahme der durch christliche Anschauungen beeinflussten Calumnieneide des spätrömischen Gerichtsverfahrens dem Fragerechte ursprünglich nur zur Klarstellung der Sachlegitimation eine Heimstätte gewährte, bald aber daselbe ohne irgend welche Beschränkung anerkannte und es im Positionalverfahren unter Aufstellung einer correlaten Antwortspflicht als Brücke zum Beweise benützte. Außer Betracht muß bleiben, welches Wirrsal von Meinungen unter den mittelalterlichen Rechtsauslegern in diesen Beziehungen entstand, wie selbst der Altmeister des canonischen Proceßrechtes am Ende des XIII. Jahrhunderts *Durantis* in den öden Streit der Meinungen eingriff, bis endlich an der Wende des Jahrhunderts (1298) das päpstliche Gesetzbuch *Bonifac* des VIII. denselben beilegte. Unerörtert bleibe, wie seit diesem Zeitpunkte die Statutargesetzgebung und die Lehre der *auctores practici* das einheimische ältere Gerichtsverfahren auch jenseits der Alpen unmerklich, aber wesentlich im Sinne des völlig entwickelten Positionalverfahrens und der zum Theile damit zusammenhängenden Vertheilung der Beweislast umgestalteten. Nicht soll es schließlich unsere Aufmerksamkeit fesseln, wie im gemeinrechtlichen Proceße das Positionalverfahren anfänglich

zäh festgehalten, endlich im jüngsten Reichsabjehde 1654 dem Ansturme sächsischer Juristen erlag. Der Gegenwart allein soll hier der Blick sich zuwenden und die Darstellung des historischen Entwicklungsganges des richterlichen Fragerechtes an anderer Stelle erfolgen.

Die lebendigere und schleunigere Bewegung in allen Verhältnissen der menschlichen Gesellschaft unserer Tage gibt naturgemäß den Anstoß zu dem Bemühen, die schwierigsten Aufgaben auf die einfachste und rascheste Weise zu lösen. Wie die Postkutsche und der Frachtenwagen von der Landstraße verschwanden, um den Personen- und Frachtenverkehr auf die raschen Betrieb ermöglichenden Schienenwege zu leiten, so wird auch das mit Acten schwer beladene schriftliche Verfahren von dem Proceßplane schließlich weichen, um der leichtbeschwingten mündlichen Streiterörterung überall Raum zu schaffen.

Historische Erinnerungen an den ehemaligen Rechtszustand im Heimatlande und freiheitliche Bestrebungen wirkten zusammen, um in den ersten Jahrzehnten unseres Jahrhunderts in Deutschland den Wunsch nach einer Proceßreform im Sinne eines mündlich-öffentlichen Verfahrens wachzurufen, der bald auch in Oesterreich lebhaften Wiederhall fand.

Seit die Proceßordnung für Hannover vom 8. November 1850 die richtige Bahn beschritten hatte, reihten sich in rascher Folge Reformversuche und Proceßentwürfe an einander, um dem neugefalteten Verfahren in den einzelnen deutschen Landen Geltung zu verschaffen, bis das Werk in der deutschen Reichs-Proceßordnung vom 30. Jänner 1877 seine Krönung fand.

Leider ist es trotz wiederholter Anläufe in Oesterreich bisher nicht geglückt, die unabweisliche Proceßreform in ein actuelles Stadium zu bringen. Mögen somit wenigstens die reichen Erfahrungen, welche zahlreiche Versuche und die endlich gelungene Neugestaltung des Proceßrechtes im Nachbarreiche in Fülle bieten, stets so nachhaltig und dienstbar bleiben, wie sie der jüngste Entwurf mit zielbewußter und sicherer Hand zu verwerthen verstand.

Die in den Tagen der Begeisterung erklärliche, überschwängliche Hochschätzung der Mündlichkeit und ihrer vermeintlichen Wunderwirkungen mußte nach den anderwärts gemachten Erfahrungen einer nüchternen Würdigung Platz machen. *Mündliche Streitverhandlung* und *schriftliche Festhaltung des Streitergebnisses* — nicht der wechselnden Phasen des Streites — schließen einander nicht aus, hängen vielmehr ebenso innig zusammen, wie im täglichen Rechtsverkehr durch Wechselrede gepflogene Unterandlungen und endlicher Vertragsabschluß in Urkundsform. Autoritative Ingerenz des Richters ist beim Rechtsstreit schon mit Rücksicht auf die ihm obliegende Beurkundungspflicht ebenso selbstverständlich, wie ausschließliche Bethätigung der Willensautonomie der vertragschließenden Theile beim schriftlich zu Stande gekommenen Rechtsgeschäft.

Die Mündlichkeit des Verfahrens führt naturgemäß zu einer der Wahrheit zumeist entsprechenderen Darstellung des strittigen Vorfalles, als es bei wohlbedächtigter Niederschrift aller Ausführungen der Fall wäre. Nach einem bekannten Aussprüche des berühmten Dialectikers *Quinctilian* (*Institutiones oratoriae* XII, 1) verräth sich dort bald die Verstellung. Denn Kraft und Schwung der Worte erlahmen und der Fluß der Rede stockt, wenn die Worte Ersonnemes und Vorgeschildertes vorbringen, statt das Erlebte und in der Erinnerung Bewahrte wiederzugeben. Dieser natürlichen Spannkraft des Erinnerungsvermögens ist gewiß ein größerer Einfluß auf die Wahrheitsliebe der Streittheile bei Gerichtsverhandlungen beizumessen, als der Deffentlichkeit des Verfahrens, welche im Strafproceß nicht die erhofften Resultate für den Sieg der Wahrheit ergab. Die Controle der Wahrheitsliebe und Offenheit der Streittheile seitens der im Gerichtssaale Anwesenden wird in der Regel überflüssig oder unzureichend sein. Nur in Ausnahmefällen, wo die Streitsache oder die Persönlichkeit der Beteiligten das Interesse weiterer Kreise an dem Verlaufe und Ergebnisse des Proceßes erregen, wird anzunehmen sein, daß die directe oder durch Zeitungsmittelungen vermittelte Kenntnißnahme der Deffentlichkeit auf eine stärkere Bethätigung der Wahrheitspflicht wohlthätigen Einfluß nehmen werde.

Die mündliche Darlegung der rechtsbegründenden und rechtsaufhebenden Thatfachen wird nach dem natürlichen Gange der Dinge an sich zu einer correcteren Darstellung führen. Denn schwierig ist es, erdichtete Vorgänge in allen Einzelheiten während der ganzen Verhandlung stets in gleich präciser Weise festzuhalten, ohne in Abweichungen und Widersprüche zu dem früher darüber Ausgeführten zu verfallen.

Es ist zweifellos, daß im mündlichen Verfahren dem Richter die Leitung der Verhandlung vorbehalten bleiben muß, soll sie nicht in „endloses Debattiren“ und „rechtshaberisches Gezänke“ ausarten. Als passendste Regel darüber, inwieweit der Richter in die Verhandlung eingreifen soll, ist aufzustellen, daß er zwar jeden Angriff und Gegenangriff, sowie jede Abwehr solcher zuzulassen habe, ohne aber hierbei etwa wie eine willenlose Maschine oder nach *Sintenis'* (Erläuterungen zu *Vinde's* Lehrbuch, S. 538) plastischer Darstellung gar „gleich einer Sägemühle“ zu fungiren. Soweit es die durch das Sachbegehren der Parteien gezogenen Grenzen zulassen, hat der Richter für erschöpfende allseitige Erörterung des Streitstoffes Sorge zu tragen. Fragen zur Aufklärung undeutlicher und unvollständiger Behauptungen sowie gegnerischer Erklärungen hierüber zu stellen, ist er nicht etwa bloß befugt, vielmehr hiezu verpflichtet. Als ein Hilfsmittel behufs zureichender eigener Information des Richters über das im Proceße entscheidende Thatfachen-

materiale bezeichnete das richterliche Fragerecht schon eine anonym erschienene Broschüre eines Hannoveraner Juristen 1839: Gedanken über Gegenstände des Civilprocesses (S. 16). Offenbar stand dieses Schriftchen unter dem Einflusse jener mächtigen Bewegung, die nach den deutschen Freiheitskriegen für die Einführung des in Frankreich geltenden Gerichtsverfahrens lebhaft thätig war, gefördert durch die günstigen Erfolge der Praxis deutscher Gerichte in den Rheinprovinzen und durch die eifrige Befürwortung des dort geltenden Verfahrens seitens der preussischen Justiz-Immediatcommission 1818, wozu sich die warme Parteinahme *Mittermaier's* als des unermüdlischen Vorkämpfers für ein öffentlich-mündliches Verfahren in seinem „Archiv für civilistische Praxis“ mit durchschlagendem Erfolge gesellte. Als Prototyp der anzustrebenden Proceßreform galt das jenseits des Rheins herrschende Recht mit Berücksichtigung der bei dessen Aufnahme im Genfer Canton von dem tüchtigen Juristen *Bellot* vorgenommenen Verbesserungen. Hierin liegt die Rechtfertigung dafür, wenn die hier in Kürze veruchte Darstellung der genetischen Entwicklung des Fragerechtes im jüngsten österreichischen Entwurfe einer C. P. D. ihren Ausgangspunkt von dem französischen Proceßrechte nimmt.

Auf den durch die *Ordonnance* von *Villers-Cotterets* 1539 (*Rebuffus*: *Ordonnances* 1554, II. Bd., S., 644) geschaffenen und in den Proceßcodex *Louis XIV.* vom Jahre 1667 (Titel X., Art. 1.—10) herübergenommenen Grundlagen fußt das Fragerecht des *Code de procédure* 1806 (Titel XV, § 325—334), rückfichtlich dessen der Regierungsvertreter *Bérin* in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 14. April 1806 erklärte, sein Ursprung reiche zum *droit écrit*, d. h. zu dem römisch-canonischen Proceße hinab. Aus dem Positionalverfahren der canonistischen Praxis waren auf französischem Boden die *Interrogatoires sur faits et articles* entsprossen, welche den Proceßgegner zu klarer Aeußerung über die Aufstellungen des ausführungsverpflichteten Streittheiles in dessen und des eigenen Anwalts Abwesenheit drängten. Ursprünglich galten Richtertheinen des zur Aeußerung Vorgeladenen oder Antwortverweigerung als Geständniß, während im *Code de procédure* eine Milderung dieser Rechtsfolgen insoweit eintrat, daß sie nunmehr nach richterlichem Ermessen als ein solches betrachtet werden können.

In der Befugniß des Richters, bei dieser Abhörung auch Fragen von Amtswegen über einzelne, den Rahmen der erbetenen Einvernahme überragende Thatumstände stellen zu dürfen, die ihm auch das dermal geltende Recht (Tit. XV., § 333) wahr, ist der Ansaß des richterlichen Fragerechtes im französischen Proceße zu erblicken. Leider hat das Erforderniß besonderen Antrages und specieller Zulassung der Einvernahme, sowie deren Vornahme in nicht öffentlicher Gerichtssitzung oder vor einem bestellten oder ersuchten Richter auf Grund der im Zulas-

fungsbefehle bereits angegebenen Fragen den praktischen Werth dieser Institution äußerst beeinträchtigt. Vornehmlich fand sie im Rechtsleben häufigere Anwendung bei Streitigkeiten, bei welchen der im französischen Rechte (§ 1341, Code civil) beliebte Ausschluß des Zeugenbeweises in Rechtsfachen höheren Werthes (über 150 Francs) den Wunsch nach einem commencement de preuve par écrit wachrief, welches in dem über die Ergebnisse der Einvernahme aufgenommenen Protokolle erblickt wurde, um als Basis des sodann zulässigen Zeugenverhörs zu dienen (§ 1347 code civil).

In Handelsfachen ist gegenüber dem ängstlich gehüteten Principe ausschließlicher Parteiherrschaft über den Proceßstoff dennoch der richtige Gedanke zum Durchbruche gekommen, daß es das natürlichste Mittel zur Aufklärung der Sachlage sei, die Parteien selbst von Amtswegen zur Aufklärung vorzuladen und einzuvernehmen (§ 428 Code de proc.). In gemeinen Rechtsfachen galt es früher nach *Boucenen's* Mittheilung (tom. II, Nr. 283) als ein Eingriff in die Vorrechte der Anwälte, wenn die Parteien in Person zur Verhandlung geladen wurden, weshalb die im § 119 dem Proceßgerichte allgemein zugemessene Befugniß, das persönliche Erscheinen der Parteien zu verfügen (comparution des parties) mangels einer ausdrücklichen Hervorhebung der im § 428 nur dem Handelsrichter zuerkannten Berechtigung für die Streitauflösung wenig Gewinn brachte. Vielmehr dauerte es längere Zeit, ehe die Praxis, insbesondere von *Pigeau* (S. 241) und *Caré* (Qu. 502) beeinflusst, jene Vortheile aus der vom Gesetze ungenügend normirten Einrichtung zu ziehen wußte, welche *Seligmann* in seiner von der Académie des sciences morales et politiques zu Paris preisgekrönten Schrift über die erforderlichen Reformen des Gerichtsverfahrens 1855 mit den Worten kennzeichnete: Autant la comparution sera utile pour la découverte de la vérité, autant l'interrogation des parties sur faits et articles sera propre à favoriser le mensonge! Dieser charakteristische Ausdruck bildete die Richtschnur für den 1870 vom Staatsrath ausgehenden Entwurf einer C. P. O. Man beseitigte die letztere Rechtseinrichtung, während der comparution des parties eine zweckmäßige Gestalt gegeben wurde.

Die treffliche Umarbeitung des französischen Gerichtsverfahrens für den Canton Genf vom 29. September 1819, bei welcher *Bellot* alle hervorgekommenen Mängel zu beseitigen und die Grundsätze des französischen Proceßrechts consequent durchzuführen bestrebt war, vereinigte (§§ 160—172) beide besprochenen Rechtseinrichtungen des der Gegenpartei und des dem Richter eingeräumten Fragerechts zu einem Ganzen in rationeller Weise, welchem Beispiele die Gerichtsordnung für den Canton Freiburg vom 12. October 1849 (§§ 310—322) folgte. Zweckmäßigerweise entfiel die vorgängige Mittheilung der

Thatfachen, worüber gefragt werden soll, weiters wurde den Parteien das Recht gegeben, sich wechselseitig zu befragen. Auch Abhörnung einer Partei in Abwesenheit der anderen, aber vorbehaltlich nachheriger Confrontation, fand Ausnahme. Endlich durfte der Richter über alle Umstände propres à la manifestation de la vérité seine Frage stellen und es mußte die Abhörnung vor dem erkennenden Gerichte selbst stattfinden. (Vgl. *Harrajosky*, Parteienvernehmung, S. 3, 147, 149.)

Ein eindringliches richterliches Fragerecht, von Amtswegen geübt und durch die Zulässigkeit einer Gegenüberstellung der Proceßgegner verstärkt, war hiemit anerkannt worden. Als in Deutschland mit der Proceßordnung für Baden vom 31. December 1831 der Versuch unternommen wurde, den Kern des gemeinen Proceßrechtes durch Beimischung verschiedener, dem französischen Verfahren entlehnten Formen aufzufrischen, zeigte sich sogleich das richterliche Fragerecht auf der Bildfläche. Im mündlichen Verfahren sollte der Richter den Parteien durch besondere Verfügung eröffnete Fragen vorlegen können über „erhebliche, zur Streitfrage gehörige Thatumstände, die von den Parteien vorgetragen sind, denen es aber noch an der erforderlichen Bestimmtheit und Vollständigkeit fehlt“ (§ 338). Dieses Recht stand ihm zu sowohl im Laufe der Verhandlung, seit der Revision der Proc. O. vom Jahre 1851 zumal auch bei völlig unterbliebener oder ausweichender Erklärung des Gegners über rechtserhebliche Behauptungen (§ 277), als selbst nach geschlossenem Verfahren. Auch konnte erforderlichen Falles sogar eine besondere Tagfahrt hierzu angeordnet werden. Vorbehalten blieb die Möglichkeit, die Beantwortung allenfalls durch Bevollmächtigte abzugeben. Bei den im Jahre 1851 und 1864 vorgenommenen Revisionen der Proceßordnung wurde an diesen grundlegenden Bestimmungen nichts geändert. Als ein bedeutsamer Fortschritt war es jedoch bei der Reform vom Jahre 1851 zu begrüßen, daß die Pflicht der Partei zum Erscheinen, sofern deren persönliche Vernehmung für erforderlich erachtet wird, hier zum ersten Male in Deutschland zur Anerkennung gelangte (§ 302).

In richtiger Erfassung der dem Richter zukommenden Leitung der mündlichen Streitverhandlung hat die Proceßordnung vom 8. November 1850 für Hannover das dem Richter zugestandene Fragerecht in eine Fragepflicht verstärkt. Der dort eingenommene Standpunkt blieb trotz mancher Schwankungen für die Rechtsentwicklung in Deutschland entscheidend. Das erwähnte Proceßgesetz wies die Richter an (§ 111), durch sachgemäße Fragen dahin zu wirken, daß „eine klare Ansicht der den Parteivorträgen zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse“ gewonnen werde, und gebot, im Falle verweigerter oder unbestimmter Aeußerungen über erhebliche Behauptungen der Gegenseite von Amtswegen eine bestimmte Erklärung darüber unter der sonst eintretenden Annahme eines Geständnisses abzufordern.

Wurde durch diese Bestimmungen dem richterlichen Fragerechte



die Bedeutung gewährleistet, welche ihm begriffs- und zweckgemäß zukommt, so kann es nicht Wunder nehmen, wenn die Proceßordnung für Bayern vom 29. April 1869 auf der Bahn fortschritt, welche die deutsche Legislative gewiesen hatte, trotzdem durch das bayerische sogenannte Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 (Art. 14, 15) festgesetzt war, bei Anordnung des Civilverfahrens die Gestaltung des französischen Proceßes in der bayerischen Pfalz zum Vorbilde zu nehmen. Die veraltete Proceßeinrichtung des interrogatoire sur faits et articles wurde ihrer Schwerfälligkeit wegen gerne fallen gelassen, und die comparation des parties in Anlehnung an die erwähnten Proceßgesetze und den unten zu besprechenden preussischen Entwurf freier gestaltet (§ 154 ff.). Eine zu billigende Neuerung war es gegenüber dem den Richter bindenden hannoveranischen Rechte, wenn die Regelung der Ausbleibensfolgen dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wurde, was dem Principe freier Beweiswürdigung allein entspricht.

So bedeutend die Entwicklung des richterlichen Fragerechtes in der Gesetzgebung dreier Territorien ist, welche auf den Ausbau und die endliche Gestaltung des Proceßrechts Deutschlands den mächtigsten Einfluß nahmen, bedarf es noch behufs Ergänzung der hier entworfenen Skizze einer Bedachtnahme auf die wichtigsten C. P. Entwürfe. Das in allen deutschen Landen lebhaft und dringend empfundene Bedürfnis nach einer eingreifenden und umfassenden Reform des civilgerichtlichen Verfahrens bewog die deutsche Bundesversammlung zu der Einsetzung einer Commission zur Berathung einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung in Hannover, deren emsige und erfolgreiche Arbeiten kurz vor dem Zusammenbruche des alten deutschen Bundes 1866 zum Abschlusse gekommen sind. Der dem Schooße dieser Vereinigung überaus tüchtiger Proceßkenner und Praktiker Deutschlands entsprungene Entwurf (II. Lesung §§ 137—139) hat dem Verhandlungsleiter die Pflicht auferlegt und allen Gerichtsbesitzern das Recht zugestanden, durch Befragung der Parteien und ihrer Proceßbevollmächtigten dahin zu wirken, daß „ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt“ werden. Zur Beseitigung allfälliger Zweifel wurde ausdrücklich erklärt, es sei über Gerichtsbeschluß die Vorladung einer in der Gerichtsitzung nicht anwesenden Partei behufs ihrer Einvernahme zulässig; in Ausnahmefällen sogar deren Abhörnung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter nicht minder statthaft. Bei verweigert oder unbestimmter Beantwortung sollte die Frage als auf die dem Gegner vortheilhaftere Weise beantwortet angesehen werden. Ein in erster Lesung beibehaltener Zusatz, daß die Vorladung allenfalls auch unter Umgehung des Proceßbevollmächtigten unmittelbar der von ihm vertretenen Partei zugestellt werden könne, wurde bei der zweiten Lesung gestrichen in der Erwägung, daß in einer solchen Verfügung etwas Verlegendes für den Anwalt liege.

In wörtlicher Uebereinstimmung mit dem besprochenen Entwurfe hat die württembergische Pr. O. vom 3. April 1868 (Art. 201 bis 203) das richterliche Fragerecht normirt. Ueber Vorschlag der Commission der Abgeordnetenversammlung fand nur der Zusatz in das Gesetz Aufnahme, daß diese Anordnungen auch auf Minderjährige, welche das Alter der Pubertät erreicht haben, sowie auf gerichtlich erklärte Verschwender in Ansehung ihrer eigenen Handlungen und Wahrnehmungen, sowie auf die gesetzlichen Vertreter anderer, unter Curatel stehenden und der juristischen Personen, endlich der diesen gesetzlich gleichgestellten Gesellschaften des Handelsrechts Anwendung finden sollen.

Preußen, welches den Berathungen der hannoverschen Conferenz schmollend ferngeblieben war, hatte inzwischen (1864) einen Entwurf der Pr. O. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von vier ausgezeichnet befähigten Juristen fertigstellen lassen, der durch consequente Durchführung aller als richtig erkannten Grundsätze, durch Erfassung des Zusammenhanges aller Consequenzen der angenommenen Grundsätze unter einander, sowie durch Präcision und Eleganz der Form unter ähnlichen Versuchen hoch hervorragte. Doch litt derselbe an dem Cardinalfehler, daß hiemit statt einer Reform des gemeinen Proceßrechtes eine Reception des französischen Verfahrens zu einer Zeit beabsichtigt wurde, zu welcher man in dem Heimatlande des code de procédure eben daran ging, diese „mangelhafteste der Napoleonischen Rechtsschöpfungen“ einer gründlichen Ueberarbeitung zu unterziehen.

Zu den Materien, bezüglich deren die Verfasser des preussischen Entwurfes die Anordnungen des französischen Rechtes mit Scharfblick und Geschick umgestalteten, zählt das richterliche Fragerecht. Diesem wußten sie die Tragweite und Bedeutung zu sichern, die durch Combination der comparation des parties mit den Machtbefugnissen, welche die hannoversche Proceßordnung von 1850 diesfalls dem Richter sicherte, zu gewinnen war (§§ 262—264). Nur darin leider folgte das erwähnte Operat nicht dem letzteren Gesetze, daß das Fragerecht zu einer Fragepflicht erhoben worden wäre. Als die in dem preussischen Entwurfe beantragten Bestimmungen in das bereits oben besprochene Proceßgesetz Bayerns 1869 Eingang fanden, schritt dieses bezüglich der Rechtsfolgen einer verweigerten oder undeutlichen Beantwortung mit Recht darüber hinaus, daß der Richter die betreffende Frage bloß als auf die dem Gegner vortheilhafteste Weise beantwortet ansehen könne, versiel aber auch nicht in das andere Extrem, daß der Richter, wie der hannoversche Entwurf wollte — dies sogar müßte, vielmehr stellte es die Würdigung der Contumazfolgen ohne alle Beschränkung dem richterlichen Ermessen anheim.

Seit die Bestrebungen nach politischer Einigung Deutschlands durch Schaffung des norddeutschen Bundes ihr nächstes Ziel erreicht hatten, galt es als unabweisliche Pflicht des neuen staatlichen Gebildes,



die Vielgestaltigkeit im Rechtsverfahren im Interesse des Verkehrs durch ein einheitliches Proceßgesetz zu beseitigen. Um das Erstrebte schleunigst zu erreichen, wurde das Operat der hannoverschen Bundescommission zur Grundlage des Entwurfes für den norddeutschen Bund (1870) genommen und die schlechtweg recipirten Bestimmungen über richterliches Fragerecht (§ 311) nur in Einzelheiten stylistisch geändert und durch die Anordnung ergänzt, daß, falls zum Behufe der Fragenstellung an die Partei deren Vorladung nöthig wird, dieselbe persönlich geladen werden müsse. Hiemit wurde ein Vorgehen geradezu vorgeschrieben, dessen bloße Zulässigkeit in der hannoverschen Commission mit Erfolg bekämpft worden war.

Eine kurze Spanne Zeit lag zwischen dem Abschlusse der den sogenannten norddeutschen Entwurf betreffenden Arbeiten und der Inangriffnahme eines Entwurfes der C. P. D. für das durch die Ereignisse des Jahres 1870—71 nunmehr vollends geeinigte deutsche Reich. In richtiger Erkenntniß der unbedingt gebotenen Rechtseinheit im Gerichtsverfahren hat die deutsche Reichsverfassung die für dieses Rechtsgebiet zu erlassenden Satzungen zum Gegenstande gemeinsamer Gesetzgebung erhoben.

Trotz Widerstrebens eines durch die wechselvollen Geschehnisse des deutschen Reiches großgezogenen Particularismus und des berechtigten conservativen Sinnes aller Juristen, der häufig in zähe Vertheidigung des durch tägliche Übung Gewohnten ausartet, ist die große Justizreform baldigst zum glücklichen Abschlusse gebracht worden. Der unter persönlicher Theilnahme des Ministers Dr. L e o n h a r d t im preussischen Justizministerium 1871—2 fertiggestellte Entwurf bedeutete den endlichen Sieg der von diesem trefflichen Kenner des hannoverschen Proceßes mit überzeugungsvoller Wärme und nie erlahmender Ausdauer verfochtenen Grundsätze heimischen Rechtes. In raschem Fortschreiten vollzog sich die Durchberathung des legislativen Operates in den verfassungsmäßig hiezu berufenen Körperschaften, das am 30. Jänner 1877 sanctionirt, mit 1. October 1879 in Kraft trat.

Ein bloß facultatives Fragerecht des Vorsitzenden und der Beisitzer, begegnet uns im § 126 des deutschen Entwurfes, jedoch unter Ausschluß jedes von der Partei gegenüber dem Gegner unmittelbar auszuübenden Fragerechtes. Der lediglich in den Motiven ausgesprochene Gedanke, daß es Pflicht des Gerichtes sei, das Fragerecht auszuüben, wenn dazu Anlaß vorliegt, fand durch Beschluß der Justizcommission des Reichstages passenderweise Ausdruck in der imperativen Fassung der gesetzlichen Vorschrift (§ 130). Mit Recht wurde gegen eine Vernachlässigung dieser Richterpflicht kein Rechtsmittel gewährt, da sonst der Behelligung der Behörde von Seiten einer ränkevollen und streitsüchtigen Partei Thüre und Thor geöffnet wäre. Die Folge der Nichtbeantwortung ist, im Anschlusse an die zweckmäßige Bestim-

mung der bayerischen Proceßordnung, der Beurtheilung des Gerichtes nach freiem Ermessen überlassen worden.

Der Entwurf trug Bedenken, dem Gerichte die Befugniß beizulegen, das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke der Befragung zu verfügen, indem dies einen Eingriff in die persönliche Freiheit und in die Dispositionsrechte der Partei involvire, übrigens das Bedürfniß directer Befragung der Parteien selten hervortrete, einem tüchtigen Anwaltsstande gegenüber den Schein des Mißtrauens erwecken könnte, endlich die mit Durchführung des Erscheinungszwanges erforderliche, umständliche und zeitraubende Proceßur angesichts der freien Beweiswürdigung wohl überflüssig erscheine. Trotz lebhafter Bekämpfung gelangte jedoch die von der Justizcommission des Reichstages beantragte Bestimmung in's Gesetz (§ 132), daß das Gericht — also freilich nicht der Vorsitzende allein — das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen könne.

Wenden wir nunmehr den Blick dem Entwicklungsgange zu, welchen die hier beleuchtete Proceßeinrichtung in den zahlreichen Versuchen zur Regelung des öffentlichmündlichen Gerichtsverfahrens in Oesterreich genommen hat, so können wir mit Befriedigung darauf hinweisen, daß bereits in den Grundzügen einer bürgerlichen P. O. 1861 (§§ 17—19) das dem Gerichte und den Parteien zugestandene Fragerecht Verwendung fand, um im Streite entscheidende Thatfachen in's Klare zu stellen. Ein beachtenswerthes Vertrauensvotum für die Anwälte lag darin, daß den Rechtsvertretern ein unmittelbar auszuübendes, den Parteien selbst jedoch nur das durch den Vorsitzenden vermittelte Fragerecht eingeräumt wurde. Sogar eine Vorladung der Partei behufs der Abhörung wurde für zulässig erklärt. Als Zugeständniß konnte die Antwortverweigerung ebenso wie das Nichterscheinen angesehen werden. Die Begründung der erwähnten Grundzüge erhoffte von der hierin enthaltenen „Anerkennung des Wahrheitsprincips“ eine Befreiung von den Auswüchsen des „bestehenden Widersprechungs-systems“ als Zweideutigkeiten, absichtlichen Unbestimmtheiten zc.

In gleich zuversichtlicher Weise hat der österreichische Delegat und Präsident der hannoverschen Bundescommission Dr. R i z y in einer Denkschrift über einige Hauptfragen betreffend die neue bürgerliche Proceßordnung (1862) bei Erörterung des Mündlichkeitsprincips des richterlichen Fragerechtes als eines Mittels gedacht, durch welches „dem überwuchernden Systeme der Chicanen und der Umtriebe, des muthwilligen oder rein formalistischen Widersprechungs-systems“ erfolgreich entgegengetreten werde.

Als sodann Hand an's Werk gelegt wurde und mit dem Referentenentwurfe vom Jahre 1866 die Sisyphusarbeit begann, die demnächst in dem Staatsgrundgesetze über die richterliche Gewalt vom 21. De-

cember 1867, R. G. Bl. Nr. 144, Art. 10, verfassungsrechtlich functionirten Principien der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens in's Leben einzuführen, griff man mit gutem Grunde auf das Werk der hannoverschen Commission zurück, so daß die §§ 135—137 dieses Entwurfes die §§ 137—139 des hann. Entw. wörtlich wiedergaben. Insbesondere wurde auch an den dort normirten Rechtsfolgen der Antwortverweigerung festgehalten, ohne Rücksicht auf eine von der Wiener Advocatenkammer gegebene Anregung (Motive S. 38), diese Rechtsnachtheile in das Ermessen des Richters zu stellen. In letzterem Punkte wäre eine Verbesserung freilich erwünscht gewesen.

Mit unwesentlichen Modificationen gelangte dieser Entwurf im December 1867 als Regierungsvorlage an das Abgeordnetenhaus. Binnen knapp zwei Jahren beendete der zu dessen Prüfung gewählte Ausschuß seine Beratungen. Die Ausschußanträge wurden mit einigen unerheblichen Abänderungen, die im Wesentlichen ein Zurückgehen auf die Regierungsvorlage bedeuteten, vom Abgeordnetenhaus im März 1870 in dritter Lesung erledigt, ein Erfolg, dessen kein späterer legislatorischer Versuch gleicher Art mehr theilhaftig ward!

Charakteristisch für den Geist, welcher damals den C. P. Ausschuß beherrschte, ist ein von ihm befürworteter monströser Zusatzantrag zu den, obigem Referentenentwurfe von 1866 adäquaten Bestimmungen über das richterliche Fragerecht. Die Rechtsfolge der Antwortverweigerung sollte nämlich dann nicht eintreten, wenn die zum Zwecke persönlicher Befragung vorgeladene Partei eine mündliche oder eighändig unterfertigte Erklärung des Inhaltes des Inhabes abgibt, sie berufe sich auf die Angabe ihres Bevollmächtigten. Einen derartigen Vorschlag bezeichnete der Ausschuß noch als Cautel, „um die Ausdehnung des Fragerechtes bis zur förmlichen persönlichen Inquisition der Partei gegen deren Willen zu verhindern!“ Mit vollster Berechtigung trat im Hause ein ausgezeichnete Praktiker solch' einem Versuche, „dem richterlichen Vorladungsworte der Partei den Garaus zu machen“, mit der Bemerkung entgegen, „daß keine Partei bei Uebergabe des Proceßes es verweigern werde, in einer lithographirten Vollmacht oder sonstwie eine ähnliche Erklärung auszustellen.“ Den Ausschlag gegen eine so verhängnißvolle Abänderung der Regierungsvorlage gab die entschiedene Verwahrung des Justizministers Dr. Herbst, infolge deren das Haus den Zusatzantrag des Ausschusses fallen ließ.

Die bald nach der Uebermittlung des Entwurfes an das Herrenhaus erfolgte Auflösung des Abgeordnetenhauses bewog das Justizministerium, nach Ueberprüfung der Ergebnisse der bisherigen Beratungen einen mit Berücksichtigung derselben festgestellten, zweiten Entwurf der C. P. O. im November 1870 dem Herrenhause vorzulegen. Ehe jedoch betreffs der von der Commission dieses Hauses aufgeworfenen

Vorfrage, ob mit Rücksicht auf das Princip des Proceß- und Executionsbetriebes durch die Parteien das Institut vom Gerichte unabhängiger Gerichtsvollzieher durch Gerichtsschreiberämter zu ersetzen wäre, trotz kräftigen Eingreifens des Justizministers Habietinek, die Entscheidung fiel, übergang die Sorge für die Weiterführung des Werkes der Justizreform in die Hände Glaser's. Wofür dieser als Lehrer mit Eifer und Wärme stets eintrat, das war er nun als Staatsmann mit Ausdauer und Geistesstärke bestrebt, in's Rechtsleben einzuführen. Um für die große Reform die erforderliche Ruhe und Muße zu gewinnen, wurde mit einer Novelle vom 16. Mai 1874 den drückendsten Mängeln der geltenden C. O. abgeholfen, die möglichst kostlose Einbringung kleinerer Forderungen durch die Gesetze über Mahn- und Bagatellverfahren (1873) erleichtert und in dem letzteren ein Versuchsfeld zur Erprobung des mündlich-öffentlichen Verfahrens geschaffen. Gestützt auf die in Deutschland mit dem Entwurfe für das deutsche Reich 1872 inzwischen zum Abschlusse gediehenen Reformversuche wurde erst 1876 der dritte Entwurf im Abgeordnetenhaus eingebracht, woran der Schöpfer unserer Strafproceßordnung in hervorragendem Maße selbst mitgearbeitet hatte.

Die hier aufgenommenen Bestimmungen über richterliches Fragerecht (§ 214) entstammten dem deutschen Entwurfe § 126 mit der Abweichung, daß in Gemäßheit eines von der C. P.-Commission des Abgeordnetenhauses 1870 ausgesprochenen Wunsches und in Uebereinstimmung mit den Anordnungen des Strafprocesses und des Bagatellverfahrens auch den Parteien und deren Vertretern ein selbstständiges Fragerecht anstatt der nach dem deutschen Entwurfe ihnen bloß vorbehaltenen Anregung richterlicher Fragen eingeräumt blieb. Darin wurde aber über den Rahmen des deutschen Entwurfes hinausgegriffen, daß außer dem Fragerechte dem Vorsitzenden noch die Befugniß zugemessen wurde, selbst in anderer Weise auf die nothwendigen Ergänzungen und Erläuterungen aufmerksam zu machen. Man erwog, daß es manchmal angemessener sein wird, „das aufzuklärende Verhältniß in einer Weise zu bezeichnen, welches die Form der Frage vermeidet“. Eine wichtigere Abweichung von den älteren österreichischen Entwürfen lag aber darin, daß die persönliche Vorladung der Partei seitens des Gerichtes behufs Aufklärung des Sachverhaltes nicht als zulässig erklärt wurde. Befand sich der Glaser'sche Entwurf in diesem Punkte mit dem deutschen Entwurfe in Harmonie, so waren dennoch die Gründe für ein gleiches Vorgehen in beiden legislativen Versuchen wesentlich verschiedene.

In Deutschland waren es die Interessen der Parteien und ihrer Anwälte, denen hiemit Rechnung getragen werden sollte; in Oesterreich dagegen fiel das vermeintliche Interesse rationeller Proceßgestaltung diesfalls in die Waagschale. Denn es hieng die Ablehnung der Zulässig-

keit persönlicher Vorladung der Partei behufs Fragenstellung zu bloßer richterlicher *I n f o r m a t i o n* damit zusammen, daß man, dem Vorbilde des Bagatellverfahrens folgend, nunmehr im gerichtlichen Verfahren überhaupt die eidliche Parteieneinvernahme als Mittel zur endlichen richterlichen *U e b e r z e u g u n g* von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen verwenden wollte. Mit der Einführung dieser Einrichtung des Beweisrechtes hielt man es für unvereinbar, „die Parteien in einem früheren Proceßstadium unter Androhung von Rechtsnachteilen vorzuladen, wodurch Fragen hervorgerufen werden können, in denen für die Parteien ein Gewissenszwang entsteht“. So gerne wir dieses Motiv als beachtenswerth und deshalb die scharfe Scheidung des richterlichen Fragerechtes von der eidlichen Einvernahme der Partei als dringend geboten anerkennen, können wir nicht der weiteren Aufstellung beipflichten, daß die zu postulirende Identificirung der Partei mit ihrem Bevollmächtigten die Möglichkeit eines Gegensatzes zwischen ihnen ausschliesse und daß das Gericht sich in allen Fällen durch Befragung der Bevollmächtigten die wünschenswerthe vollkommene Klarheit verschaffen könne. Eine Umfrage bei Praktikern dürfte leider eine Bestätigung der in den citirten Motiven festgehaltenen Voraussetzung kaum ergeben.

Bei der neuerlichen Vorlage des durch die Bestimmungen über Sicherungs- und Executionsverfahren ergänzten und in einzelnen Details abgeänderten *G l a s e r*'schen Entwurfes im Jahre der Säcularfeier der Josephinischen *W. D.* seitens des damaligen Leiters des Justizministeriums, Baron *P r a ž á k*, blieb das Fragerecht unberührt. Trotz der wörtlichen Reproduktion des einschlägigen Paragraphs in der Regierungsvorlage von 1881 finden es deren Motive für geboten, im Gegensatz zu dem in der Begründung der Vorlage *G l a s e r*'s schroff betonten Standpunkte der Identificirung der Partei mit ihrem Anwalte, ausdrücklich dessen zu gedenken, daß das Fragerecht als Ausfluß der Proceßleitungsbefugniß auch gegenüber von Parteien Anwendung finden dürfe, welche in Begleitung ihrer Vertreter zu einer Verhandlung erschienen sind. Augenscheinlich geschieht dies behufs Vermeidung von Mißverständnissen, die in dem Schweigen des Gesetzes hierüber ihre Wurzel finden könnten.

An der Klippe parlamentarischer Behandlung scheiterten beide letzterwähnten Entwürfe. Angesichts der unabwieslichen Nothwendigkeit endlicher Herbeiführung eines den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Gerichtsverfahrens durfte die Justizverwaltung in ihrem Bestreben nach einer Reform des Civilprocesses nicht erlahmen. Die mißlungenen Versuche mußten vielmehr zu verdoppeltem Einsatze der Kräfte anspornen. So brachte denn das Vorjahr den jüngsten Entwurf, dessen *F a c t u r* auf den ersten Blick erkennen läßt, daß bewährte altösterreichische Proceßgebilde mit den Gestaltungen des modernen Gerichtsverfahrens

harmonisch verbunden wurden, daß bloße Consequenzen eines starren Principis häufig überwiegenden Zweckmäßigkeitsrückichten weichen mußten und daß endlich der Proceßverschleppung und dem Hänfiewesen mit Erfolg der Kampf erklärt worden ist. In letzterer Richtung hat der gründliche Kenner des Proceßrechtes, der an der Wiege des jüngsten Entwurfes gestanden, mit ebenso sicherer Hand die „schuldhafte Partei-handlung“ an der Wurzel zu fassen gewußt, wie er sie vor wenig Jahren (1885) scharf zu zeichnen verstanden hatte.

Ein Entwurf, der durch ein strammeres Proceßleitungsrecht dem Lebenselemente des Rechtsstreites, nämlich der Parteienautonomie, eine wirksame und möglichst unbehinderte Entfaltung gewährleisten wollte, mußte dem richterlichen Fragerecht seine volle Kraft sichern. In richtiger Erfassung der bei einem mündlichen Verfahren unabweisbaren materiellen Proceßleitung hat der jüngste Entwurf dem Richter die Macht ertheilt, „Alles heranzuziehen, was ihm nach den *B e r h a n d l u n g s e r g e b n i s s e n* für die Proceßentscheidung von hervorragender Bedeutung und Wichtigkeit zu sein scheint“. Sicherlich an erster Stelle wird die richterliche Parteienbefragung neben dem auch hier festgehaltenen Rechte der directen Fragenstellung seitens der Partei an den Gegner (§ 200) dazu beitragen, daß ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches vorgebrachten erheblichen Umstände klargestellt und ergänzt werden (§ 198). Gegen die umfassendste Ausnützung desselben innerhalb der Sachanträge der Parteien kann nicht der mindeste Einwand erhoben werden, insbesondere kann auch die vom Entwurfe neuerlich aufgenommene Verpflichtung der Parteien, zu diesem Behufe über gerichtliche Vorladung persönlich erscheinen zu müssen (§ 199 Zahl 1), nicht beanständet werden. Vollends ist es zu billigen, daß dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt, je nach der Lage des Falles beide Parteien oder nur einen der Streittheile zu berufen. In Consequenz des die Verwerthung des gesammten tatsächlichen Proceßmaterials durchdringenden Grundsatzes freier richterlicher Beweiswürdigung mußte die Abwägung der Bedeutung einer Antwortverweigerung dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben (§ 282), mag sie sich auch in dem Richtersehen einer ordnungsmäßig zwecks ihrer Befragung vorggerufenen Partei äußern. Um so mehr wird dies gelten, wenn es sich um die Beurtheilung der Wirkung einer undeutlichen, trotz Mahnung unklar bleibenden Beantwortung handelt. Die letzterwähnten Folgesätze sind aus § 282 zu erschließen, in welchem wohl nur infolge eines Druckfehlers das Citat des § 198 entfiel.

Ein directer Erscheinungszwang wird nicht statuir, gewiß zutreffenderweise, da die *E r k l ä r u n g s p f l i c h t* der Partei im Erörterungsverfahren nicht gleichkömmt der *A u s k u n f t s p f l i c h t* eines Dritten behufs Beweiserbringung.

Erwägt man die Gestaltung des richterlichen Fragerechtes im jüngsten Entwurfe, so ist den Bestimmungen desselben beizupflichten. Als ein Ausfluß der Dispositionsmaxime muß es nach den überzeugenden Ausführungen des geistreichen Altmeisters deutschen Proceßrechtes, *Planck*, (Lehrbuch, II § 97) anerkannt bleiben, daß es den Parteien allein zusteht, zu bestimmen, wie viel Thatfachenmaterial und welche Thatumstände insbesondere sie dem Richter vorlegen wollen, obwohl hiebei seitens des Gerichtes mit Zug von der Annahme ausgegangen werden kann, daß beide Theile alles zur Erreichung des von ihnen angestrebten Sieges Dienliche anzuführen beabsichtigen. Nicht beeinflussen darf das Gericht die Streittheile in diesem Punkte, gewiß aber soll es ernstlich bemüht sein, daß das von der einen Seite Vorgebrachte klar vorgetragen werde, um von dem Gegentheile ohne Gefahr eines Mißverständnisses deutlich beantwortet werden zu können. In mancherlei Richtung kann die Klarheit vermißt werden. Undeutlich ist die Aeußerung, wenn sie ihre Tragweite nicht erkennen läßt, unverständlich, wenn ihr ein Gedankeninhalt überhaupt nicht zu entnehmen ist, unvollständig, wenn zur Erreichung des von der Partei angestrebten Zieles mit der bezüglichen Behauptung noch weitere Aufstellungen von Thatfachen verbunden werden müßten.

Klar wie die Behauptung, soll aber auch deren Beantwortung sein, nicht ausweichend und unbestimmt. Naheliegenden Rücksichten der Proceßleitung entspricht es, die nach beiden Richtungen wünschenswerthe Klarheit baldigst herbeizuführen, um den zweckmäßig gegliederten Proceßstoff in seinen einzelnen Gruppen rasch erledigen und hiemit ehestens zur Schöpfung eines möglichst sachentsprechenden Urtheils gelangen zu können.

Durch Handhabung des Fragerechtes wird das Gericht nicht einen Zuwachs des in Verhandlung stehenden Materials, vielmehr nur eine Läuterung desselben bewirken. Ueber allen Zweifel wird hiedurch erhoben, welche erheblichen Thatfachen angeführt wurden, welches ihr Gehalt und Umfang ist und inwieweit dieselben zugestanden oder bestritten sind. Richterliche Mitwirkung äußert sich somit nur zum Zwecke der möglichst erschöpfenden und vollkräftigen Bethätigung der dem Angreifer obliegenden Ausführungsverbindlichkeit und der dem Angegriffenen auferlegten Erklärungspflicht innerhalb der ihrer Erfüllung in dem concreten Falle durch den Parteivillen gezogenen Grenzen. Wenn der richterlichen Frage, die auf intensivere Entfaltung dieser ungenügend geübten Pflichten abzielte, von Seite des Gefragten Passivität entgegengesetzt wird, so muß ein derartiges Vorgehen regelmäßig den Verlust eben jener Vortheile zur Folge haben, deren Gewinn erwartet werden durfte, falls durch entsprechende Antworten zweckgemäße Thätigkeit bewiesen worden wäre.

Besondere Beachtung verdient die richterliche Fragestellung an

den persönlich vorgerufenen Angegriffenen bei der besonders angeordneten Einvernahme.

Offenbar wird zu diesem Auskunftsmittel gegriffen werden, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß das Vorbringen des Proceßbevollmächtigten nicht dem Willen der Partei entspreche, wenn also nicht so sehr Aufklärung einer unklaren Aeußerung desselben, als des wirklichen Sachverhalts in Frage kommt. Hier ist nun davon auszugehen, daß die abzugebende Erklärung, wenn sie des Angreifers Behauptung nicht in Abrede stellt, einen zweifachen Charakter (*Planck*: Lehrbuch, I §§ 61, 64) besitzt wird, nämlich einen rechtsgeschäftlichen als Verzicht, indem der Angegriffene die einem Angriffe zur Stütze dienenden Thatfachen als richtig gelten läßt und damit ihrer richterlichen Prüfung entsagt, sodann den Charakter der Auskunftsertheilung, daß ein dem Erklärenden nachtheiliger Umstand wahr sei. Verfügungs- und Zeugnißfähigkeit sind hiebei gleichmäßig thätig; bei Parteien jedoch, denen es an der Proceßfähigkeit gebricht, ohne daß sie zugleich zeugnißunfähig wären, wird in der abzugebenden Erklärung nur das letztere Element enthalten sein.

Dabei wird aus dem Gebiete der Sacherörterung herübergegriffen in jenes der Beweiserbringung. Die Partei, welche gerufen wurde, um eine rechtliche Erklärung abzugeben, wird zur Auskunftsperson. Aber auch in den Regelfällen, wo nämlich eine besondere Ladung an den Streittheil zu persönlichem Erscheinen nicht erst erlassen wurde, wird die bejahende Aussage, das Eingeständniß der Wahrheit gegnerischer Behauptungen, die Verzichtserklärung absorbiren und sie überwiegen.

Ist dies anzuerkennen, so drängt sich die Erwägung auf, ob und inwieweit neben dieser allgemein anerkannten Parteienbefragung eine direct Beweiszwecken zu dienen bestimmte, selbst eidliche Einvernahme der Parteien im österreichischen Rechte fernerhin zugelassen werden soll. Um diese Frage auf zureichender Grundlage erörtern und lösen zu können, muß der Blick vorerst der unter dem Namen einer Abhörnung der Parteien als Zeugen bekannten Institution des Beweisrechtes zugewendet werden.

## II. \*)

Aus dem brittischen Inselreiche kam die eidliche Parteienabhörnung nach Oesterreich. Trozdem in England frühzeitig die

\*) Als Materialien für nachstehende Ausführungen wurden benützt die Mittheilungen im Archiv für civil. Praxis Bd. 34 S. 128; Bd. 35 S. 132, 139; Bd. 39 S. 293; Bd. 48 S. 436; in der kritischen Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft Bd. 25 S. 15; Bd. 26 S. 235; Bd. 27 S. 105, 339; Bd. 28 S. 246; *Garrasowsky*: Vorbereitung des mündlichen Verfahrens S. 23, 31, 42; desselben: Parteienvernehmung und Parteieneid S. 28, 64; *Ernst Schuster*: Bürgerliche Rechtspflege in England S. 111; *Fierich* in *Grünhuts* Zeitschrift Bd. 16 S. 166.

Lehre des römischen Rechtes an der Oxford'schen Hochschule treffliche Pflege fand, gewann das einheimische Recht in Wäldern das Uebergewicht. Das Gerichtsverfahren vor den ständigen obersten Gerichtshöfen, sowie die Formen, in denen die Verhandlungen sich vor den *judices itinerarii* (*justices of eyre*) abwickelten, beruhten auf Uebung und heimischer Sahrung, während bis in unsere Tage nur bei den geistlichen und bei dem Admiraltätsgerichte der römisch-canonische Proceß zur Anwendung gelangte.

Das englische Proceßverfahren war wegen seiner langwierigen Dauer, seines schleppenden Ganges und der hiebei aufzuwendenden großen Kosten halber seit langer Zeit ein dankbares Object für die Reformthätigkeit der Legislative. Hatte doch schon Dickens in seinem trefflichen Romane *Bleakhouse* die im Proceße eingestifteten Mißbräuche packend geschildert.

Es gelang erst nach mehr als zwanzigjährigen Kämpfen — von minder bedeutenden Theilreformen abgesehen — durch die Parlamentsacte vom 5. August 1873 (36 et 37 Vict. cap. 66) die Gerichte gemeinen Rechtes (*the common pleas*) mit den Billigkeitsgerichten (*court of chancery*) zu einem obersten Tribunal zu vereinigen und zu verschmelzen. Gleichzeitig wurde die Gleichförmigkeit des Verfahrens in den bis dahin streng gesonderten Sachen des gemeinen Rechtes und in Billigkeitssachen angebahnt, indem die kurz zuvor durchgeführten Verbesserungen des gemeinrechtlichen Verfahrens hiebei als maßgebend betrachtet wurden.

Bei den Gerichtshöfen des gemeinen Rechts war seit altersher daran festgehalten worden, daß Niemand Zeuge sein konnte, der irgend ein Interesse an dem Ausfalle des Streites hatte. Insbesondere wurden als unzulässige Zeugen jene behandelt, welche infolge eines ungünstigen Streitausganges erlag- oder regresspflichtig werden mußten. Der Anwalt des Gegners, welchem die Aussagen eines solchen Zeugen zum allfälligen Nachtheile gereichen sollten, durfte an den zur Zeugenschaft Aufgerufenen die zur Feststellung des erwähnten Interesses an der Sache dienlichen Fragen stellen (*examination on the voir dire*). Bald änderten sich jedoch die Rechtsanschauungen bezüglich der Zulässigkeit einer Einvernahme von Zeugen, die an dem Streitausfalle interessiert waren. Als nämlich mit dem Gesetze vom 26. August 1846 besondere Grafschaftsgerichte für kleine Schulden (*small debts*) ursprünglich bis zu dem Höchstbetrage von 20 Pf. Sterling, später seit dem Gesetze vom 14. August 1850 bis zur Höhe von 50 Pf. eingeführt wurden, gestattete das Recht (§ 83 Ges. 1846), daß die Streittheile sich gegenseitig eidlich betreffs derjenigen Ereignisse und Handlungen befragen dürfen, welche für die Entscheidung der Rechtsfrage von Erheblichkeit sind. Man ging hiebei von der Erwägung aus, daß dem Gerichte keine Quelle zu entziehen sei, woraus

es die volle Ueberzeugung von der Wahrheit zu schöpfen vermag, und daß Alles angewendet werden müsse, um der materiellen Wahrheit das Uebergewicht über die bloß formelle zu sichern.

Mit einem Gesetze vom 7. August 1851 fand dieses Fragerecht unter Eidesgarantie als bereits bewährte Proceßeinrichtung seine nähere Entwicklung in Anbetracht dessen, daß von 60 darüber einvernommenen Grafschaftsrichtern nur ein einziger seine Stimme dagegen abgegeben hat. Alle übrigen rühmten einmüthig deren vortheilhafte Wirkungen und betonten zugleich, wie sehr damit muthwillige Proceßführungen hintangehalten und das ganze Verfahren vereinfacht werde. Eine kurze Skizze des dabei zu beobachtenden Vorganges möge hier Raum finden.

Die Einvernahme geht in der Art vor sich, daß die von der Partei zu stellenden Fragen vorerst dem Richter vorgelegt werden, dem es obliegt, nach vorgängiger Befragung des Gegners über die Zulässigkeit der beabsichtigten Anfrage zu entscheiden. Falls der Richter es gestattet, können die Parteien einander unmittelbar oder durch ihre Vertreter eidlich befragen. Als mit dem Gesetze vom 5. Juli 1865 den Grafschaftsgerichten ein namhafter Theil der bis dahin vor den Billigkeitsgerichten verhandelten Rechtsachen zugewiesen wurde, war dies ein nicht mißzuverstehender Wink, daß sich das bereits im Jahre 1846 bei der ursprünglichen Einführung der Grafschaftsgerichte vorgeschriebene Verfahren einschließlich der eidlichen Abhörung der Parteien als Zeugen vollends bewährt habe. Im gegentheiligen Falle wäre eine Competenzausdehnung dieser Gerichte widersinnig gewesen.

Schon bevor in England die geschilderte Reform mit dem Gesetze vom 7. August 1854 in's Werk gesetzt worden war, hatte die Gerichtsordnung für New-York vom 10. Juli 1851, welche den Dualismus zwischen Gerichten gemeinen Rechts und Billigkeitsgerichten früher als im Mutterlande beseitigte, die Sache in ähnlicher Weise geregelt. Doch bestand der beachtenswerthe Unterschied, daß hier der Vertreter nicht bloß dem Gegner, sondern sogar der von ihm selbst vertretenen Partei vor Gericht Fragen vorlegen durfte, ferner, daß die Befragung schon vor Streitbeginn für zulässig erklärt wurde. Auch Streitgenossen konnten als Zeugen auf diesem Wege einvernommen werden. Schwieg die befragte Partei rücksichtlich der an sie gestellten Anfrage, so „verlor sie die Klage, beziehungsweise die Einrede“, d. h. das Gericht beachtete letztere nicht, sondern verfuhr derart, als ob sie überhaupt nicht vorhanden sei. Außerdem verfiel die nicht antwortende Partei in Strafe, da sie durch ihr Vorgehen die dem Gerichte schuldige Ehrfurcht verletzt hatte. Bei der mit Gesetz vom 1. August 1871 erfolgten Amendirung der G. O. erlitten diese Vorschriften keine wesentliche Aenderung.

Die eben hervorgehobenen Anordnungen fanden Eingang in die



G. D. von Indiana 1852 und dienten auch in der Niederlande als Vorbild bei Abfassung des Entwurfes einer Pr. O. 1865. Die Aufnahme in die G. D. von New-York ist deshalb von Bedeutung, weil die processualen Vorschriften dieses Gesetzes fast in den gesammten vereinigten Staaten Nordamerikas galten, da nur in Louisiana das französische und in Texas das spanische Recht in Geltung verblieben.

In dem Heimatslande der eidlichen Parteienabklärung, in England, bewährte sich dieselbe auf das beste, wie aus einer am 19. Februar und 27. März 1853 im Hause der Lords abgegebenen Erklärung des Lord-Oberrichters Campbell zu entnehmen ist. In seinem und seiner Kollegen Namen trat er hiefür ein. Bald forderte auch die Kammer der Rechtsanwälte in Edinburg mit Erfolg deren Einführung in Schottland, wo diese Einrichtung einen überaus günstigen Boden vorfand. Denn der Schiedsleid wurde in diesem Lande herkömmlich nicht durch Beschwörung eines normirten Eidesjages abgelegt, sondern in der Art, daß nach eidlicher Zusicherung wahrheitsgemäßer Antworten seitens des Delaten der Deferent diesen über die entscheidenden Umstände einvernahm, der Delat außerdem unaufgefordert Erklärungen abgab, und der Richter von amtswegen die zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienenden Fragen stellte. Bei eigenen Handlungen des Delaten war die Ablehnung der Antwort ausgeschlossen; bei Unglaubwürdigkeit desselben sollte die Zulassung des Eides verweigert werden. Diese Behandlung des Eides bereitete die Reform vor, welche sich mit dem Gesetze vom 9. Mai 1853 vollzog. Diefemnach wurde die Abklärung der Parteien als Zeugen zugelassen, zugleich aber erklärt, daß die von ihrem Gegner eidliches Zeugniß fordernde Partei demselben den weiterhin aufrecht erhaltenen Schiedsleid über den Gegenstand der Vernehmung nicht auftragen dürfe. Gegenüber solchen legislativen Erfolgen, denen noch die Aufnahme der eidlichen Parteienabklärung in die für das Verfahren vor den Bundesgerichten der nordamerikanischen Freistaaten maßgebenden sogenannten revidirten Statuten (§ 858) beizuzählen ist, soll freilich nicht verschwiegen werden, daß die Bewährung der eidlichen Parteieneinvernahme in ihrer Heimat zum Theile darauf zurückzuführen ist, daß tüchtige Juristen, wie insbesondere die hervorragenden Bearbeiter des englischen Rechts, Starkie und Dowling, das Richteramt innehatten und sich sonach die neue Proceßeinrichtung trefflicher Handhabung erfreute.

Die immer und überall zu Tage tretende Erscheinung, daß neue Einrichtungen im gerichtlichen Verfahren einen zähen Kampf bestehen müssen mit den Vertretern des Gewohnten und Eingelebten, blieb auch hier nicht aus. Die Bekämpfung der bis dahin unbekanntem eidlichen Parteienabklärung gestaltete sich um so lebhafter, je schärfer dieselbe mit den landläufigen Anschauungen über den Zeugenbeweis in Gegensatz trat und je sorgfältiger und vorsichtiger selbstverständlich diese Proceß-

institution in der Praxis zu handhaben war, wenn sie die erwarteten Vortheile bringen sollte.

In England und Amerika erhoben sich dawider zahlreiche Gegner; und am Continent äußerte sich selbst der begeisterte und beredete Anwalt jeder zweckmäßigen Neuerung im Gebiete des gerichtlichen Verfahrens, Rittermaier, anfänglich mißtrauisch und mehr als reservirt. Die zuverlässigste Lehrmeisterin, Erfahrung, sollte bald auch ihn überzeugen und der bewährten Einrichtung in dem früheren Zweifler einen warmen Befürworter gewinnen. Die wichtigsten der erhobenen Einwendungen gipfelten in nachstehenden Erwägungen:

1. Nach Einführung der eidlichen Einvernahme der Parteien als Zeugen werde das Rechtsbewußtsein des Volkes getrübt werden, da man seit Jahrhunderten gewöhnt sei, unter Zeugen lediglich an der Streitfache nicht selbst interessirte Auskunftspersonen zu begreifen und nun werde die Partei, also die am Ausgange des Processes zumeist und direct interessirte Person, als Auskunftsperson verwendet. Dagegen ist zu bemerken, daß diese Befürchtung höchstens im Uebergangsstadium, ehe die neue Einführung im Volksbewußtsein Wurzel fassen konnte, mit Grund erhoben werden mag. Aber selbst während dieses Zeitraumes wird angemessene Belehrung seitens des Richters die befürchteten Gefahren verschwinden machen. Ähnliche Bedenken einer Verirrung der Rechtsanschauungen im Volke machten sich seinerzeit gegen die Einführung des Mahnverfahrens geltend. Durch entsprechende Aufklärung des Publicums (Justiz-Min. Erl. vom 6. Juni 1873, Z. 6699, Absatz VI) ist es aber gelungen, denselben zu begegnen. — Schließlich beweist die oben erwähnte Einwendung allzu viel und entbehrt somit beweisender Kraft, da aus der angeführten Rücksicht einer etwa möglichen Verdunkelung des Rechtsbewußtseins jeder Fortschritt in der Gesetzgebung auszuschließen wäre. Volksanschauungen oder, richtiger gesagt, Vorurtheile der Menge haben leider auch das Beweisrecht ungünstig beeinflusst, wie an späterer Stelle näher auszuführen ist.

2. Bedeutsamer schien der Einwurf, daß nunmehr die Zahl falscher Eide in's Unendliche wachsen müsse. Es wurde ausgeführt, daß die Partei erregt von der Verhandlung vor Gericht, beherrscht von Leidenschaft und heitrt von falscher Scham leicht einen erheblichen Unstand über Befragen eidlich bestätigten werde, welchen sie bei kühler Erwägung als unwahr hätte erkennen müssen. Dazu komme noch, daß manchmal die Ueberzeugung von ihrem guten Rechte einzelne Parteien zu objectiv falschen eidlichen Aussagen verleiten werde. Gewichtige Bedenken müßte die eidliche Parteienabklärung erregen, wenn diese Einwendungen zutreffend wären. Dem ist aber nicht so. Kein gewissenhafter Richter wird eine aufgeregte, durch den Streit erhitzte Partei eidlich einvernehmen, vielmehr die Verhandlung behufs dessen vertagen.

Die letzterwähnte Besorgniß aber hat bei den normirten Eiden, die wörtlich nach der Eidesformel abgelegt werden müssen, viel größere Berechtigung als bei der eidlichen Einvernahme der Partei als Zeuge, wobei die erhebliche Thatsache durch eine Reihe von Fragen im Einzelnen erhoben wird, somit bei objectiv unwahrer Beantwortung unbedingt Widersprüche hervorkommen.

3. Mit lebhafter Betonung wurde dargelegt, daß bei dieser Proceßeinrichtung die Ungleichheit der Streittheile, deren möglichste Behebung die Veranlassung und das Ziel des eingeführten Advocatenzwanges gewesen sei, ihr volles Schwergewicht äußern werde. Denn es sei klar, daß ein intelligenter, gewandter und wohlüberlegter Gegner es unschwer bewirken werde, daß der Richter sein ruhiges Gebahren und nüchternes Auftreten bei Beantwortung der gestellten Fragen als ein Zeichen der ihn beherrschenden Wahrheitsliebe und Rechtsschaffenheit betrachten werde, während sein verschämter, unerfahrener, der Bildung und der Formen socialen Verkehrs ermangelnder Gegner durch ein unsicheres und täppisches Benehmen vor dem Richter Zweifel wachrufen müsse, ob er seinen Anspruch nach Recht und Wahrheit erhob oder sich nur einen unrechtmäßigen Vortheil verschaffen wollte. Nicht geläugnet mag es werden, daß dieser Einwand nicht ohne Bedeutung ist. Dennoch dürften sich die befürchteten Uebelstände nicht in dem scharf pointirten Umfange einstellen, wenn erwogen wird, daß ein erfahrener Richter genügende Menschenkenntniß besitzen muß, um Routine und Befangenheit zu erkennen und passend abzuschätzen. Auch darf nicht übersehen werden, daß im Streite nicht selten jede der Parteien zum Theile im Rechte ist und eben dem Richter die Aufgabe zufällt, zu entscheiden, an wessen Seite Recht und Wahrheit überwiegen. Schließlich darf mit Zuversicht erwartet werden, daß ein Richter lediglich nach sorgfältiger Erhebung aller maßgebenden objectiven Momente und nicht unter dem Einflusse einer gewandten, formvollendeten Aeußerung, somit eines bloß subjectiven flüchtigen Eindrucks sein Urtheil abgeben werde.

4. Es wird weiters ausgeführt, Aeußerungen eines Streittheiles über erhebliche Umstände seien im Proceße stets äußerst verdächtig, wenn sie zu seinem Vortheile lauten; es gezieme somit der Gesetzgebung nicht, ihn durch Zulassung zur Einvernahme der Versuchung und Gefahr einer falschen eidlichen Aussage auszusetzen. Diese Einwendung geht von der Annahme aus: quisquis praesumitur malus, donec probetur bonus, welche selbst im privaten Verkehr sicherlich allgemeine Gültigkeit für sich nicht beanspruchen kann, um so minder daher für die Gesetzgebung maßgebend sein darf. Abgesehen davon bemerkt eine derartige Auffassung gar nicht, daß neben dem moralischen Momente auch rechtlichen Rücksichten Beachtung geschenkt werden müsse. Letztere fordern aber, daß auch der Fragesteller zur Einvernahme zugelassen werde, weshalb dessen bloße Anwesenheit eine genügende Mahnung an den

Befragten, der Wahrheit volle Rechnung zu tragen, sein und nach Umständen zu einem energischen Eingreifen behufs Erreichung dieses Zweckes die Gelegenheit bieten wird.

5. An letzter Stelle sei des Bedenkens gedacht, daß den Parteien durch die Vorladung zur eidlichen Abhörnung Unbequemlichkeiten, Geschäftsveräumnisse und Kosten erwachsen, nachdem sie durch Bestellung eines Proceßvertreters alles zur zweckmäßigen Streitführung Erforderliche vorgeesehen hatten. Dem gegenüber genügt zur Entfräntung die Erwägung, daß eine gerechte, möglichst sachgemäße Entscheidung des Streiters stets das Ziel aller Proceßführung bleiben muß und so nach ein jedes diesen Erfolg ermöglichende Mittel anzuwenden sei. Die hiemit für die Parteien etwa verbundenen Schwierigkeiten können um so weniger Beachtung finden, als die Proceßaction im eigensten Interesse derselben sich vollzieht, daher auch ihre volle Mitwirkung billigerweise beansprucht werden darf. Uebrigens werden bei Leistung von Parteieiden die gleichen Unannehmlichkeiten hervortreten. — Es soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, daß amerikanische Praktiker der Gesellschaft für Gesetzesreform in London darüber Mittheilung machten, daß sich die eidliche Parteienabhörnung nicht bewährt habe. Doch ist es bekannt, daß ein Gesetz durch seinen bloßen Bestand nicht die erwünschten Erfolge erzielen kann, wenn Diejenigen, denen dessen Vollziehung und Handhabung anvertraut wurde, es an dem erforderlichen Verständnisse und an dem nöthigen Pflichteifer fehlen lassen. Vergewegenwärtigt man sich das Bild amerikanischer Justizzustände, wie es wiederholt von unbefangenen Beobachtern entworfen wurde, so dürfte das oben erwähnte Votum ausgezeichnete Rechtskenner Englands als das gewichtigere und maßgebende festgehalten werden bei Würdigung des legislativen Werthes der hier behandelten Rechtseinrichtung.

Den sprechendsten Beleg für deren Bewährung in der Praxis bietet die C. P. D. für Massachusetts in Nordamerika vom 22. Mai 1851. Dieses Proceßgesetz versuchte es auf einem anderen Wege, das Zeugniß der Streittheile über maßgebende Thatumstände zu beschaffen, indem es statt eidlicher Einvernehmung vor Gericht sich mit der Ausstellung und Beschwörung eines schriftlichen Zeugnisses begnügte. Unverkennbar knüpfte diese Rechtsentwicklung an die sogenannten Affidavit des englischen Rechtes an, welche jedoch vor der Vereinigung der Billigkeitsgerichte mit den Gerichten gemeinen Rechtes (1873) im contradictorischen Verfahren nur bei ersteren üblich waren. Die näheren Weisungen enthält das Gesetz in §§ 99 bis 110, wie folgt: Jeder Streittheil darf, so lange das Instructionsverfahren dauert und die Sache der Jury noch nicht vorgelegt ist, der Gerichtskanzlei Fragen betreffs erheblicher Thatumstände oder Urkunden überreichen, worüber der Gegner eidlich einvernommen werden soll. Die



Beantwortung erfolgt sodann in der Weise, daß der Gegner seine Aeußerung über die an ihn gestellten Fragen schriftlich unter eigenhändiger Fertigung abgibt, dieselbe eidlich erhärtet und längstens binnen 10 Tagen nach Zustellung der Fragen in der Gerichtskanzlei niederlegt. Um jeden Mißbrauch dieses Fragerechtes zu verhüten, wird ausdrücklich verordnet, daß der Fragensteller oder sein Anwalt verpflichtet seien, der Fragestellung die eidliche Versicherung beizufügen, aus der wahrheitsgetreuen Beantwortung processualen Vortheil zu erhoffen und nicht etwa durch Ausübung dieser Befugniß Verschleppungen des Verfahrens herbeiführen zu wollen. Die vom Gegner abgegebenen Antworten entsprechen in ihrer Reihenfolge den gestellten Anfragen und können zur näheren Aufklärung mit einer ausführlicheren Begründung versehen sein. Ist eine Antwort nicht klar genug, so verordnet das Gericht eine Ergänzung oder Detaillirung der abgegebenen Aeußerung. Läßt die zur Beantwortung verpflichtete Partei die ihr gesetzlich ausgemessene Frist fruchtlos verstreichen, so wird, falls der Kläger sich dessen schuldig machte, Rücktritt von der Klage angenommen, falls es jedoch betreffs des Beklagten zutrifft, Contumazfolge eintreten. Bei der mündlichen Verhandlung hat jeder Streittheil die Möglichkeit, die früher erwirkte Aeußerung des Gegners als Beweis zu benützen; freilich darf letzterer, sofern nur ein Theil seiner Aussage zur Verlesung gebracht wurde, auf Mittheilung derselben ihrem ganzen Inhalte nach dringen. Passend ist endlich die Anordnung, daß der Gegner nicht zur Antwort gehalten ist, wenn deren Abgabe ihn der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen könnte.

Die vorstehend geschilderte Gestaltung der Benützung von Aussagen einer Partei für die Beweisführung begegnete in England um so lebhafterem Interesse, als hier üblicherweise durch eidlich bestätigte schriftliche Erklärungen dem Richter alle tatsächlichen Voraussetzungen eines Begehrens darzuthun waren, worüber die Entscheidung ohne Anhörung des Gegners erfolgen sollte. Dadurch wird es leicht erklärlich, daß mit dem Gesetze vom 12. August 1854 (17 et 18 Victoria cap. 125) anlangend weitere Reformen des Verfahrens und die Erweiterung der Befugnisse der Gerichtshöfe zu Westminster, dann in den Palzgrafschaften Lancaster und Durham die erwähnten Vorschriften betreffs Ausstellung und Beschwörung schriftlicher Zeugnisse der Parteien über im Rechtsstreite entscheidende Umstände Aufnahme fanden. Falsch wäre es aber, hieraus schließen zu wollen, daß die englische Legislative diese Form des Parteizeugnisses acceptirte, weil sich vielleicht die mündliche Anhörung als unpassend und unzweckmäßig erwiesen hätte. Die Form schriftlicher Aeußerung wurde nur mit Rücksicht auf das weite Gebiet gewählt, auf welches sich die Gerichtsbarkeit der erwähnten Tribunale erstreckte, da die Vorladung der Parteien zu mündlicher Einvernahme mit allzu großen Kosten verbunden gewesen wäre. Das englische Gesetz

ist gegenüber der P. O. von Massachusetts insoweit strenger, daß es in der Antwortverweigerung eine Verlesung der dem Gerichte gebührenden Achtung (contempt of the Court) erblickt und dementsprechend mit Strafen vorgeht, um die Abgabe der Aeußerung zu erzwingen. Selbst die Vorführung vor Gericht wird unter gewissen Voraussetzungen als zulässig erachtet (§§ 51, 53—57 cit. G.), worin sich die eben charakterisirte Auffassung klar wieder spiegelt. Nachdem sich die Vereinigung der Gerichte gemeinen Rechtes und der Billigkeitsgerichte zu einem höchsten Gerichtshofe vollzogen hatte (1873), wurde mit der Judicature-act vom Jahre 1875 die dargestellte Rechtseinrichtung näher geregelt, insbesondere dem richterlichen Ermessen überlassen, zu beurtheilen, welche Thatfachen auf diesem Wege bewiesen werden können, und dem Gegner gestattet, den Aussteller des schriftlichen eidlichen Zeugnisses einem Kreuzverhöre zu unterziehen. Die jüngste Gestalt fand die vorstehend erwähnte Art der Vernehmung des Gegners über vorgelegte Fragestücke in den Rules of the Supreme Court 1883 (in Order XXXI Discovery and Inspection). In jeder Rechtsache können nämlich mit gerichtlicher Erlaubniß, — in Schadensersatzprocessen wegen Betrug oder Vertrauensmißbrauch selbst ohne diese — beide Streittheile nach Einbringung ihrer ersten Proceßschrift Fragen schriftlich vorlegen, über welche sich der Gegner binnen 10 Tagen unter eidlicher Bestätigung (affidavit) zu äußern hat. Irrelevante, d. h. nicht auf Streitpunkte des Processes bezügliche Fragen bleiben außer Betracht. Derartige Fragenstellung ist auch gegenüber den Vertretern von Körperschaften, Gemeinden und Gesellschaften zulässig. Einwendungen gegen die Pflicht zur Beantwortung einzelner gestellten Fragen sind in die Aeußerung über die übrigen aufzunehmen. Bei Unterlassung der Beantwortung oder Unvollständigkeit derselben kann, nach allfälliger Wiederholung der gerichtlichen Weisung, die Rechtsfolge der Fiction des Abstandes von der Klage, beziehungsweise des Verzichtes auf die Vertheidigung eintreten oder Haft als Zwangsmittel verhängt werden.

Soll über den Werth der dargestellten Rechtseinrichtung ein unparteiisches Urtheil gefällt werden, so dürfte kaum ein sichererer Weg zum Ziele führen als eine im Nachstehenden skizzirte Vergleichung der Vortheile, welche sie gegenüber den Parteieiden gewährt.

### III. \*)

Eine Gesetzgebung, welche sich für das Princip der freien Beweiswürdigung entschied, kann grundsätzlich keinen Anstand nehmen, die

\*) Vgl. v. Bar, Recht und Beweis im Civilproceß, S. 125; desselben Gutachten für den VIII. deutschen Juristentag S. 12; Glaser, gesammelte kleinere Schriften II, S. 109; Lippmann, normirter Eid, S. 10; Mengeser, Zulässigkeit neuen Vorbringens, S. 134; Schneider, richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes, S. 163, 172; v. Canstein

Streittheile selbst zum Zeugnisse zuzulassen, trotzdem sie das größte Interesse an dem schließlichen Ausfalle des Streites besitzen. Sie thut recht daran, denn es wird nicht gelängnet werden können, daß nicht Jedermann im Kampfe zwischen Gewissenhaftigkeit und Vermögensvortheil sich für den letzteren entscheidet. Auch darf nicht in Abrede gestellt werden, daß das Vermögensinteresse mit ungleicher Schwere einwirken kann auf die Proceßpartei, je nachdem dieselbe ein bonus pater familias oder vielleicht ein gerichtlich erklärter Verschwender oder ein dem Concurrenz entgegengehender Schuldner ist. Nicht minder wird andererseits zugegeben werden müssen, daß Regresspflichtige der Streittheile weit weniger Glaubwürdigkeit verdienen, als diese selbst und dennoch als Vertretungsleister unbeanstündet entscheidende Eide ablegen, ja sogar nach der jüngsten Recension der a. G. D. für Ungarn 1852 (§ 238) vom rückgriffsberechtigten Proceßtheil auch blos zur Eidesleistung herangezogen werden durften.

Will ein Proceßrecht bei Aufnahme des gedachten Beweisprincips bewirken, daß das Gericht der Wahrheit möglichst nahe komme, so muß es dem Richter alle geeigneten Beweisquellen erschließen, somit auch allenfalls die Gewissenhaftigkeit und Wahrheitsliebe eines Streittheiles, wenn andere Mittel zur Feststellung des wahren Standes der Dinge nicht zur Hand sind. Dem ehrlichen Gegner wird die Gelegenheit zu eingehender Auseinandersetzung der obwaltenden Sachlage erwünscht und dem Gerichte diese Aufklärung des bestrittenen Sachverhaltes werthvoller sein, als die durch Leistung eines Eides mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerens erfolgende Beweisvereitelung bezüglich des maßgebenden Vorfalles. Geseht wäre es, einer schwankenden Präsumtion der Unwahrheit, wie sie ein Ignoranz- oder Glaubenseid nur bieten kann, ein größeres Gewicht beizulegen, als der naheliegenden Möglichkeit voller Wahrheitserforschung durch eidliche Einvernahme der Proceßpartei. Gestatten die Geseze, auf Herausgabe von Urkunden, Augenscheinobjecten und auf Herbeischaffung von Grundlagern zur Handschriftenvergleichung zu dringen, um mit diesen dem Gegner abgerungenen Mitteln ihn selbst zu überweisen, so kann es nicht beanständet werden, ihm wahrheitsgetreue Angaben über entscheidende Thatumstände abzufordern, falls ein anderes Beweismittel nicht zu Gebote steht. In beiden Fällen soll der Gegner wider sich selbst Zeugniß geben; dort mit der Schrift oder Sache, hier mit dem Wort und mit seiner eigenen Persönlichkeit.

Es kann sonach nicht behauptet werden, die Einvernahme der Partei als Zeuge verstoße gegen die ratio juris. Werden aber die praktischen Consequenzen in Betracht gezogen, so zeigt es sich

und Kleinfeller in ihren Gutachten für den XXII. deutschen Juristentag, S. 28, 100; Petersen, Sonderabdruck aus Bd. IV, Heft 3 des sächsischen Archiv für bürgerl. Recht und Proc., S. 10.

bald, daß die schwierige Frage, wie die eigene Aussage der Partei als Beweismittel verwerthet werden könne, auf diesem Wege leichter zu lösen sei, als durch Zulassung des Haupteides. An erster Stelle kommt zu berücksichtigen, daß der Parteieneid in einem auf dem Principe freier Beweiswürdigung fußenden Proceßsysteme keinen Eingang finden sollte, da derselbe lediglich ein Mittel zur formalen Beendigung des Streites, keineswegs jedoch ein Behelf zur Feststellung des wahren Sachverhaltes ist.

Im Gegensatze zu der rein formellen Bejahung oder Verneinung des Beweissatzes, welche das Wesen des Haupteides ausmacht, müssen die Parteien bei der Vernehmung als Zeugen Thatumstände unter Eid genau angeben, über deren Tragweite weder sie, noch der Richter in Zweifel bleiben können, weil nicht eine unverrückbar formulierte Behauptung bejaht oder verneint werden soll, sondern eine Thatsache nach allen ihren Details kargelegt werden muß. Jeder Versuch — wie bisher häufig — durch vieldeutige Eides-textirungen unredlichem Rückhalt (Mentalreservation) Raum zu schaffen, wird hier zu Schanden.

Es verschwinden die mannigfachen Controversen über die Bedeutung der dem Eide des Delaten beizufügenden Formel: „seines Wissens und Erinnerens“ (§ 206 a. G. D.), da die Partei eidliche Zeugenschaft abzulegen, somit darüber auszusagen hat, was ihr überhaupt in der Sache bekannt ist und wovon sie verlässliche Kenntniß gewann. Selbstverständlich hat sie als Zeuge auch den Wissensgrund klar zu legen, womit dem Richter die Beurtheilung ihrer Glaubwürdigkeit gesichert wird. An Stelle des jeden objectiven Beweiswerthes ermangelnden Eides über Anschauungen, Meinungen und Auffassungen des Delaten tritt eine eingehende Aufklärung des Sachverhaltes unter Benützung der außerdem zu Gebote stehenden Beweismaterialien, z. B. Aufzeichnungen, Mittheilungen Dritter u. s. w. Es entfällt aber auch die indirecte Beeinflussung des Parteizeugnisses von Seiten des Richters, die bei der bisher festgehaltenen Nothwendigkeit der Ablegung des Beweiseides „im Sinne des Gerichtes“ (§ 3 Ges. vom 3. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 33), den Schwurpflichtigen häufig nicht minder nöthigte, der Form das Wesen zu opfern, wie es auch die Unabänderlichkeit der rechtskräftigen Eidestextirung nicht selten bewirkte. Bei Erhebung des Beweiseides durch Parteizeugniß wird dem Eidesmißbrauch passend entgegengetreten werden können durch Ausschließung jener Partei von der Einvernahme, welche offenbar von der entscheidenden Thatsache keine Kenntniß besitzen kann, jedoch kaum geögert hätte, einen aufgetragenen Eid abzuschwören, indem sie sich die Formel „des Wissens und Erinnerens“ für einen Ignoranzeid zurecht legte. Andererseits wird die Bekanntschaft

mit der wahren Sachlage, die dem gesetzlichen Vertreter der proceßunfähigen Partei infolge gepflegener gewissenschaftlicher Nachforschungen eigen ist, durch dessen Einvernahme für die Streitentscheidung verwerthet werden können, trotzdem nicht bloß dessen „eigene Handlungen“ (§ 207 a. G. D.) in Frage kommen. Bei Aufnahme dieser Proceßeinrichtung statt des Beweiseides beheben sich auch die unzähligen Zweifel, welche das Eidesrecht mit Rücksicht auf juristische Personen vornehmlich betreffs der Frage erfüllten, ob Deferent oder Delat die schwurpflichtigen Personen auszuwählen hätten. Hat das materielle Recht den juristischen Personen die Rechtsfähigkeit zugestanden, so mußte es ihnen nothwendigerweise auch die Handlungsfähigkeit und damit die Möglichkeit, einen rechtlich bedeutsamen Willen zu äußern, einräumen. Das Handeln des berufenen gesetzlichen Vertreters zu Gunsten oder zum Schaden der Gesamtpersönlichkeit bedingt für das Proceßgebiet die Vertretungsbefugniß der gedachten Vertreter auch insoweit, daß deren Erinnerung und Wissen bei ihrer Einvernahme als Zeugen für oder gegen die vertretene juristische Person verwerthet werden soll.

Nicht minder zahlreich waren die Streitfragen, welche bei Benützung des Eides in Rechtsachen mehrerer Streitgenossen, insbesondere für den Fall der an sie erfolgten Eidesauftragung, hervortreten. Soll Stimmenmehrheit maßgebend sein oder bei widersprechenden Erklärungen dem Richter die Entscheidung zustehen oder endlich die Frage über Annahme und Rückschiebung in der Frage über die Eidesleistung ganz aufgehen? Durch die natürlichste Form der Wahrheitsforschung, nämlich durch Benützung der Zeuenschaft der Streitgenossen verschwinden auch die einschlägigen Controversen. Die Streitgenossenschaft, welche die gleichzeitige Verhandlung mehrerer Proceße ermöglichen und hiemit im Bereiche des formellen Rechtes Vortheile bringen soll, wird nach Aufnahme eidlicher Parteienabklärung nicht mehr zur Ursache der Sachfälligkeit und damit materiellen Rechtsverlustes werden, wenn ein einziger der zahlreichen Streitgenossen das Allen gegenüber behauptete Factum guten Glaubens eidlich nicht in Abrede zu stellen vermag.

In gleicher Weise wird durch eidliche Einvernahme in Proceßen von Handelsgesellschaften der — von Actiengesellschaften abgesehen — ungelösten Streitfrage ein Ende gemacht, wer Namens derselben urtheilsmäßige Eide zu leisten habe. Es entfallen ferner die Nachteile, welche aus der häufig behaupteten Unzulässigkeit der Eidesauftragung an des Meineides strafgerichtlich überwiesene Gegner für den Beweispflichtigen hervorkamen. Bekanntlich wurden Ansprüche canonischer Rechtsquellen über die Ausschließung solcher Personen vom richterlichen Notheide in der gemeinrechtlichen Doctrin verallgemeinert, damit aber für den Meineidigen ein Vorrecht

geschaffen, dem beschwerlichen Eideszwange selbst zu entinnen und dem Gegner das einzige Beweismittel zu rauben. Unter der Geltung der freien Beweiswürdigung kann wohl der eidlichen Einvernahme des Gegners einer Proceßpartei, die vordem einmal des falschen Eides strafgerichtlich überwiesen wurde, nichts im Wege stehen.

Fallen die Beweiseide, so fällt mit ihnen auch die Gewissensvertretung (§ 204 a. G. D.) mit den unzähligen Controversen über die hiezu verwendbaren Beweismittel und über die allfällige Zulässigkeit des Eides des Beweispflichtigen bei deren Mißlingen. Es verschwinden ferner die Schwierigkeiten, denen im Rechtsleben die Anwendbarkeit der für den Todesfall des Eidespflichtigen im § 233 a. G. D. aufgestellten Fiction manchmal begegnet. Von geringerer Bedeutung ist es neben diesen Vortheilen, daß die zahllosen Streitigkeiten in Proceßen darüber ihr Ende finden werden, ob die Eidesauftragung eine durch Eid erweisliche Thatsache betreffe, z. B. eine geschwidrige strafbare Handlung, oder ob der Eid des Delaten ein Glaubens- oder Ignoranzeid sei u. Schließlich ist es nicht ohne Gewicht, daß alle die Fragen durch Rechtsmittel gegen das Endurtheil ventilirt und letztere zur Proceßverschleppung mißbraucht werden konnten, was fernerhin gegenstandslos wird.

Den voranstehenden Erwägungen, welche die Zulässigkeit der Parteienabklärung in Anlehnung an den Zeugenbeweis nicht im Widerspreche mit der ratio juris fanden, wohl aber zahlreiche praktische Rücksichten ausführten, die hierin einen passenden Ersatz für Beweiseide erblicken lassen, wird ein gewichtiger Einwand entgegen gesetzt: dem Rechtsbewußtsein des Volkes widerstrebe es, in den Streittheilen Zeugen zu erblicken.

Es mag zugegeben werden, daß im Volke bis heute unbewußt die mittelalterliche Rechtsanschauung fortlebt, daß bei Abgang anderer Beweismittel der Kläger „sein Recht zu beschwören“ und der Beklagte „die Schuld abzuschwören“ habe. Jeder Richter und Rechtsfreund wird sich hievon in unzähligen Fällen überzeugt haben. Daher rührt es auch, wenn der Laie so häufig den Gegensatz des Eides über rechtsbegründende und rechtsaufhebende Thatsachen zu jenem über Berechtigung und Nichtschuld überfiehet und im guten Glauben Eide antritt, die er auszuschwören nicht vermag, nachdem ihm die Tragweite der Eidesformel von Seite des Richters aufgeklärt wurde. Beeinflusst von der berührten Rechtsanschauung müssen Gemüths Hinterhalte und dem eigenen Gewissen angehänger Zwang dann manchmal die Entscheidung bringen an dem Scheidewege, wo es gilt, zwischen subjectiver Rechtsüberzeugung und objectiver Rechtsbelehrung zu wählen. Leider fällt die Wahl zumeist zum Nachtheile des wahren Rechtes, aber freilich zu

Gunsten Desjenigen aus, der (nach Schneider a. a. D. S. 175) seine Sache „auf der Gabel“, d. h. den drei Schwurfingern hat!

In ähnlicher Weise wie der Satz: „ein Zeuge, kein Zeuge“ auf der irrigen Verwechslung des Zeugen mit dem Eideshelfer beim Volke beruht, ist das Sprichwort, daß „Niemand in eigener Sache Zeuge sein könne“, vielleicht daraus entstanden, daß der Beklagte nach deutschem (sächsischen) Rechte (vgl. Kleinfeller, Geschichtliche Entwicklung des Thatsacheneides S. 15) gegenüber der sogenannten Klage mit Beweis dem Anspruche nur durch seinen Eid mit Eideshelfern entgegen gehen konnte und im letzteren Falle der Kläger diesen Eid des Beklagten durch seinen Eid mit Zeugen überbieten durfte.

Wie wenig Rückhalt eine diesem Volksipruche entsprechende Rechtsanschauung im praktischen Leben besitze, erhärtet die tägliche Erfahrung. Denn nach Verlust des Rechtsstreites infolge eines Eidschwures des Gegners sucht der Sachfällige zumeist Abhilfe gegen die Ergebnisse des Civilrechtsweges auf dem Strafrechtswege. In der Strafsache wegen Meineides erfolgt jedoch nicht selten die Verurtheilung auf Grund der Aussagen des Privatbetheiligten, zumal wenn dieser vordem im Civilproceß als Deferent dem nun verurtheilten Delaten gegenüber gestanden war.

Sollte die oben erwähnte Parömie: *nemo testis idoneus in causa propria* zum vollen Siege gelangen, so müßte die Gesetzgebung nicht vor deren Consequenzen zurückschrecken und der französischen Jurisprudenz Gefolgschaft leisten. In Frankreich wird nämlich im Hinblick auf die Ausschließung des Beweises, daß der Gegner falsch geschworen habe, für das Verdict des Civilproceßes (Art. 1363 code civil), auch im Gebiete des Strafverfahrens dem hierwegen Sachfälligen als Privatbetheiligten nicht der Zutritt gestattet und sogar die Benützung eines von der Staatsanwaltschaft erwirkten Strafurtheiles zur Umstoßung des früheren Civilerkenntnisses für unzulässig betrachtet. (Glaser I. c. II, S. 166). Hält aber die Volksüberzeugung das Zeugniß des sachfälligen Proceßtheiles zur strafgerichtlichen Ueberweisung des auf Grund seines Eides vordem zum Siege gelangten Gegners für möglich und zureichend, wo doch der Verlust der Freiheit und Unbescholtenheit auf dem Spiele steht, so kann sie die Zeugenschaft der Proceßpartei im Rechtsstreite füglich nicht beanstanden, wo es sich nur um Gut und Geld handelt. Die gegentheilige Behauptung wäre geradezu absurd.

Die berechnigte Schonung der Rechtsüberzeugung darf nicht in ein Respectiren einer auf Rechtserinnerungen beruhenden Voreingenommenheit ausarten; sonst käme man vielleicht auch dazu, schwangere Frauen von der Pflicht zur Eidesleistung loszuzählen, weil sie ehemals (Siegel: Erholung und Wandelung S. 30) die Befugniß hatten, den Schwur vor Gericht zu verweigern!

## IV.

Die Gegner der eidlichen Parteienabklärung können es nicht bestreiten, daß der Vorkämpfer für französisches Proceßrecht (Zink, Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilproceß I, S. 537) den Parteieid nicht ohne Grund, wenn auch vielleicht etwas zu scharf, gekennzeichnet habe als einen Handgriff für Streitsucht und Proceßkunst, zugeschnitten zu einem hohlen Ruchknacker, den man mechanisch in die Formulirung steifer Urtheile einkeimt. Sie geben zu, daß der herrschenden Eidesnoth gegenüber unbedingt Abhilfe nöthig sei. Hält man jedoch Umschau nach den Mitteln, von denen alles Heil erwartet wird, so dürfte sich keines der in Vorschlag gebrachten bewähren, wenn man nicht eben zur eidlichen Parteienabklärung greifen will.

Die Radicalcur, welche in Zürich seit dem XVI. Jahrhunderte versucht, endlich gemäß des organischen Gesetzes die Justiz betreffend vom Jahre 1831 Art. 57 und gemäß der Proceßordnung vom 30. October 1866 durch Verwerfung des normirten Parteieides mit Ausnahme von Paternitätsproceßen vorgenommen wurde, war dort ungefährlich, weil die persönliche Befragung der Parteien unter strafgesetzlich sanctionirter Wahrheitspflicht die Aufgabe zu erfüllen vermag, welche anderwärts dem Parteieide zufällt. Trotz der eifrigen Befürwortung dieser Einrichtung pro lege ferenda in der jüngsten Darstellung des Schweizer Beweisrechtes (Schurter, S. 415) dürfte sie wenige Anhänger finden, da doch nur in Appenzell dem Beispiele Zürichs gefolgt wurde (Harrasowsky S. 165, 178).

Rußlands Proceßordnung vom 20. November 1864 warf gleichfalls den Schiedseid über Bord (Art. 485), läßt jedoch den zwischen den Parteien vereinbarten Eid als Beendigungsmittel des Rechtsstreites in weitem Umfange zu. Bei Proceßen aus mündlich unter vier Augen geschlossenen Verträgen und aus Rechtsverletzungen ohne Zeugen fehlt es hienach an irgend einem Beweismittel. Von des Gegners Entgegenkommen läßt sich aber in solchen Fällen, wenn es überhaupt schon zum Streite kam, blutwenig erhoffen.

Zu solch' energischem Eingriffe wie im Norden entschloß sich die Gesetzgebung des Westens Europas, Frankreich, nicht; nur Palliativmittel brachte sie in Anwendung durch den Urkundenzwang in allen den Werth von 150 Francs übersteigenden Sachen (Art. 1341 code civil) und durch Verwerfung des Ignoranzides (Art. 1359 code civil) mit Ausnahme des Falles, daß Witwen und Erben zu schwören verbunden sind über ihr Wissen um Schulden des Erblassers, die binnen einer besonders kurzen Verjährungsfrist nach bürgerlichem (Art. 2275 code civil) oder Handelsrecht (Art. 189 code de commerce) verjähren. Die Jurisprudenz engte daneben noch das Gebiet der Eideszulässigkeit insoferne ein, daß sie Eide über schimpf-

liche oder strafbare Handlungen ganz ausschloß (Bar l. c. S. 141). Eine vom Cassationshofe gebilligte Praxis ging noch weiter, indem sie dem Proceßgerichte die Befugniß einräumte, einer selbst erheblichen Eideszuschiebung je nach Ermessen des Gerichtes Folge zu geben oder sie außer Berücksichtigung zu lassen (Motive zum Entwurfe der deutsch. R. G. P. D. S. 353).

In Deutschland hatte der hier heimische kritische Sinn frühzeitig die dem Parteieide anhaftenden Mängel erkannt und auf deren Beseitigung gedrungen. Trotz eines wuchtigen Angriffes von Bar (Recht und Beweis im Civilproceße, 1867, S. 125 ff. und in einem für den achten deutschen Juristentag erstatteten Gutachten) hat der Parteieid von Praktikern verteidigt nicht blos auf dem erwähnten Juristentage, sondern auch in den drei auf einander folgenden Entwürfen einer C. P. D. für den ehemaligen deutschen Bund, für den norddeutschen Bund und für das deutsche Reich (1866, 1870, 1872) den Sieg davongetragen und findet derselbe noch heute seine beredten Verfechter in einem hervorragenden Theoretiker, Wach, und in dem kenntniß- und erfahrungsreichen Kritiker der in Deutschland durchgeführten Proceßreform, Bähr.

Man verschloß sich in Deutschland nicht der Nothwendigkeit tief einschneidender Modificationen des gemeinrechtlichen Eidesrechtes; aber zu einer Reform, die das Uebel an der Wurzel ergriffen hätte, fand man nicht den Muth. So tüchtig die mit der C. P. D. für das deutsche Reich geschaffenen Besserungen sind, wie insbesondere der Ausschluß des Ignoranzrides, die Beschränkung der Eidesauftragung über facta aliena, das Verbot der Zu- oder Rückschiebung des Eides an Dritte, die Lösung mancher Zweifel betreffs der Eide der Streitgenossen, gesetzlicher Vertreter, handlungsunfähiger Personen zc., um so mehr lassen sie die durchgreifende Abhilfe von so bewährter legislativer Hand vermissen.

Ein beachtenswerther Versuch, gemeinrechtliche Institutionen mit modernen Proceßeinrichtungen zu verknüpfen, war es, wenn einer der Vorläufer der Reichs-C. P. D. vom 30. Jänner 1877, nämlich die C. P. D. für Bayern vom 29. April 1869 im Art. 455 dem Schwurpflichtigen bei Eidesauftragung über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen auferlegte, das Sachverhältniß genau und vollständig anzugeben und sodann zu schwören, daß er nichts oder nichts Weiteres als das Angeführte gethan oder wahrgenommen habe. Dazu bildete Art. 456 das Gegenstück, wonach dann, wenn die Zuschiebung des Eides nicht über derartige Momente erfolgt, der Eidespflichtige die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden und nach erschöpfender Angabe des Erforschten zu schwören hat, daß ihm ungeachtet gewissenhafter Nachforschung von den Thatfachen, welche Gegenstand

der Eidesauftragung sind, nichts oder nichts Weiteres als das Angegebene bekannt sei. Der mit diesen Gesetzesbestimmungen genommene Anlauf zu einer rationelleren Gestaltung des Eidesrechtes verdient eine um so anerkanntere Beurtheilung, als ein viel schwächerer Versuch in dieser Richtung im Schooße der hannoverschen Bundescommission mißlungen war. Die dort in erster Lesung aufgestellte Forderung nämlich, der Delat habe zu schwören, „daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung nicht erlangt habe u. s. w.“, wurde bei der zweiten Lesung fallen gelassen (Protokolle S. 5792).

Das bayerische Recht trug mit den obigen Anordnungen zur Förderung der materiellen Wahrheit wesentlich bei, schloß allen unredlichen Rückhalt aus und gab dem Gerichtsverfahren eine ethische Unterlage, indem nicht mehr die bloße Negative des Beweisfahes, sondern die positiven Resultate der vom Delaten gewonnenen Information zu beschwören sind.

Man geht nicht fehl, wenn man die Vermuthung ausspricht, daß bei Annahme dieser Vorschriften eine von französischen Gerichten betreffs der Eidesabnahmen beobachtete Praxis Pathe stand, welche einer der Mitarbeiter an der bayer. P. D., Bomhard, in seiner Schrift über die Civilrechtspflege in der bayerischen Pfalz S. 46 ff. lebhaft schildert. Nicht bloßes Nachsprechen der Eidesformel genügt dort; vielmehr wird nach eingehender Dartheilung des eidlich zu erhärtenden Thatbestandes seitens des Schwurpflichtigen und nach allfälligen Vorhalten des Vorsitzenden über unwahrscheinliche Angaben die Eidesformel endgiltig festgestellt und der Eid hiernach abgelegt.

In feste gesetzliche Formen geschlossen erscheint dieser von der Praxis der Gerichte Frankreichs beliebte Vorgang in der Proceßordnung für Genf vom 8. November 1819 Art. 172—178. Getrennt ist hier die vorausgehende Eidesleistung von der Abgabe der den Gegenstand der Beweisführung betreffenden Parteierklärung, welche durch Fragen aufgeklärt werden kann. Die Eidesabnahme gilt erst dann für beendet, bis die neuerlich der Partei vorgehaltene Erklärung mit Berufung auf den Eid abermals bekräftigt wird (Harrasowsky, Parteienvernehmung, S. 149). Ein Schritt führt von hier aus hinüber zu der in dem Rechte Englands heimisch gewordenen eidlichen Einvernahme der Parteien als Zeugen.

Im vollen Bewußtsein der Wichtigkeit einer solchen Reform hat Oesterreichs genialer Rechtslehrer und Rechtschöpfer Glaser diesen Schritt gethan mit dem zum Gesetze erhobenen Entwurfe eines Verfahrens in Bagatellsachen (Ges. vom 27. April 1873, R. G. Bl. Nr. 66, § 53—64). Mögen einzelne seiner Detailbestimmungen einer Aenderung fähig oder sogar bedürftig sein, das Wesen der Institution hat sich bewährt und während der zwei Decennien, seit sie gilt, sich als lebenskräftig erwiesen. Mit vollem Rechte hat



jomit der Entwurf einer C. P. O. für Oesterreich von 1876 (§ 411—420) und dessen Wiedervorlage von 1881 (§ 413—423) constatirt, daß auf Grund der gewonnenen Erfahrungen kein Bedürfniß besteht, diese Einrichtung aufzugeben, daß vielmehr ihr gegenüber dem normirten Parteieneide der Vorzug einzuräumen sei, ein Standpunkt, der auch bei dem Entwurfe eines Gesetzes über mündliches Summarverfahren (1888) festgehalten wurde.

Von mehreren Seiten erhob sich jedoch gegen dieses Beginnen im Heimatlande lebhaftere Einsprache. Vor Allen vertrat der gründliche Kenner und Interpret des römischen Proceßrechtes, Prof. Demelius, in einer dankenswerthen Revision der Lehre vom römischen Schiedseide (1887) die Beibehaltung dieser schicksalsreichen Rechts-einrichtung auch für das moderne Gerichtsverfahren und schleuderte den Bannstrahl gegen „die mit Wesen und Zweck des Civilprocesses unvereinbare inquisitorische Zeugenvernehmung der Parteien“. Er befürwortete, es sei die Zulassung zur Eidesablegung sowohl der sich selbst hiezu anbietenden Partei, als auch des über Antrag eines Proceßtheiles in Eid zu nehmenden Gegners lediglich dem richterlichen Ermessen anheimzugeben, ebenso wie die Beurtheilung der Rechtswirkung aller Aeußerungen des Gegners wider den von der anderen Seite angebotenen oder über den ihm selbst zugeschobenen Eid. Diese Proposition, sowie ein hiemit im Wesentlichen übereinstimmender älterer Vorschlag Endemann's (Arch. für civ. Praxis Bd. 43, S. 370 ff.) begegnen dem zutreffenden Einwurfe, daß bei ihrer Annahme die mit der Anwendung des Eides an sich verbundenen Gefahren für die Rechtssicherheit noch erheblich gesteigert würden, weil rein zufällige Momente, wie die auf flüchtigen Eindrücken fußende Anschauung des Richters über die größere oder geringere Glaubwürdigkeit dieser oder jener Partei, betreffs der Zulassung zum Eide maßgebend werden sollten. Der Haupteid kann eben nur — um mit Demelius zu sprechen — als „gemeinrechtlicher Zwangseid mit seinem Zu- und Rückziehmecanismus“ Anspruch auf Anerkennung erheben. Da erst durch die wirkliche Eidesleistung die alternativ vorgesehene Entscheidung endgiltig fällt, dürfen bloße Meinungen des Richters, die aus der Abwägung von Wahrscheinlichkeiten hervorgehen, nicht schon darüber entscheiden, wer überhaupt schwören soll. Bei solcher Gestaltung hörte der Schiedseid auf zu sein, was allein ihm Existenzberechtigung sichert, nämlich ein formelles Beweismittel mit voller Beweiskraft, das der Beweispflichtige durch das dispositiven Moment der Zuschreibung formirt. Nicht geradezu ablehnend, vielmehr nur auf eine Combination des normirten Eides mit der eidlichen Einvernehmung der Parteien abzielend verhalten sich die Vorschläge Fierich's und v. Canstein's. Der Erstgenannte, ein scharfsinniger, der Wissenschaft zu frühe entrissener Jurist, hat (in den Schriften der historisch-

politischen Classe der Krafauer Akademie XVIII. Bd. und später in Grünhuts Zeitschr. XVI. Bd., S. 143 ff.) den von Mittelstaedt auf dem 8. deutschen Juristentage gestellten Antrag (Verhandlungen II, S. 280) angenommen und des Näheren begründet, statt des dem Delaten obliegenden Glaubenseides dessen zeugeneidliche Vernehmung zu gestatten. Außerdem sollte letztere zulässig sein „über Thatfachen, welche in eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen der Vertreter oder Rechtsvorgänger des Delaten bestehen“. Nachträgliche Einvernahme des Deferten über sein Verlangen wird vorbehalten.

So werthvolle und richtige Einzelausführungen Fierich's Arbeit enthält, werden dennoch hieraus nicht überall die entprechenden Folgerungen gezogen.

Es muß auffallen, warum die Einvernahme des Beweispflichtigen, der zumeist die eingehendste Kenntniß über den Streitfall besitzt, nicht an Stelle des rückgeschobenen, also eines Wahrheitsseides treten soll, trotzdem sie als Controle der Aussagen des Delaten Platz findet und obwohl in des Letzteren Vernehmung ein genügendes Surrogat für den aufgetragenen, sonach einen bloßen Glaubenseid gefunden wird. Genügt dieser Ersatz einer bloßen Beweisvereitelung — welche negative Function dem Eide des Delaten nach übereinstimmender Anschauung österreichischer und deutscher Juristen (Glaser, kl. Schriften II, S. 115; Heyßler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12, S. 62; Bähr in den Jahrb. für Dogmatik 25. Bd., S. 402) ausschließlich zukommt —, verspricht man sich hiebei von diesem Surrogat des Eides namhafte Vortheile, weil der Bann der normirten Eidesformel gebrochen wird und bei Betheiligung von Streitgenossen oder juristischer Personen am Streite wünschenswerthe Vereinfachungen eintreten, so darf nicht gezögert werden, eine als so vortheilhaft erkannte Einrichtung um so mehr auch gegen den Eid des Deferten einzutauschen, zumal dieser eine positive Beweisfunction bethätigt. Damit wird man dem Principe materieller Wahrheit möglichst nahe kommen und nicht etwa durch ungleiche Behandlung des Beweisführers und Beweisgegners bezüglich eines zur Feststellung des wahren Thatbestandes dienlichen Mittels den Grundsatz des gleichen rechtlichen Gehöres verletzen.

Der dritte Gegner der Beseitigung des normirten Parteieneides, Freiherr v. Canstein, tritt (in den Jur. Bl. 1886, S. 7 ff. und in einem Gutachten für den XXII. deutschen Juristentag S. 1—66) für „die Beibehaltung des Schiedseides in zu reformirender Form unter gleichzeitiger Zulassung der zeugeneidlichen Vernehmung der Parteien“ ein; insbesondere kann der Delat statt des ihm obliegenden Eides (eventuell auch Ignoranzeides) seine eidliche Vernehmung als Zeuge in eigener Sache anbieten und Defertent kann seine Einvernahme beantragen, wenn Delat durch Leistung des Ignoranzeides den Schiedseid recusirte. Es müßte der Rahmen dieser Studie weitaus über-

schritten werden, wenn hier eingegangen werden sollte auf diese im Einzelnen entwickelten und eingehend begründeten Vorschläge, welche eine völlige Eidesreform bezwecken, aber auch das Truggebilde des Ignoranz-eides dem verdienten Todeschlafe entreißen wollen. Soweit jedoch die hier interessirende Verknüpfung des normirten Eides mit der eidlichen Parteienvernehmung in Betracht kommt, wäre eine neuerliche Erörterung derselben ganz ungerechtfertigt, nachdem von berufener Seite (F. Trutter: Schieds- und Parteienvernehmung, eine Polemik gegen das oben erwähnte Gutachten, 1893 und Peterßen im Sächsl. Arch. f. bürgerl. Recht und Proc. IV. Band, 3. Heft) dieser Vorschlag auf das sorgfältigste beleuchtet, jedoch für unannehmbar erklärt und sonach abgelehnt worden ist. Aus voller Ueberzeugung muß Trutter beigestimmt werden, wenn er seine einschlägigen Ausführungen mit den Worten (S. 53) abschließt: „Die Frage, ob Schieds- und Parteienvernehmung ist ein aut-ant und verträgt keine ausgleichende Beantwortung.“ Beizufügen wäre nur noch, daß eine derartige Zusammenstüßung einer streng formalen und einer vollen Beweglichkeit erheischenden Proceßeinrichtung lediglich die Gebrechen beider verdoppeln würde, ohne den vollen Gewinn auch nur einer derselben zu verschaffen.

Es ist zu beklagen, daß so zahlreichen Angriffen gegenüber der gründliche Rechtskennner, der sich unter den Processualisten Oesterreichs zu allererst für den Feldruf Glaser's entschied, Menger (Zulässigkeit neuen Vorbringens, S. 134), nicht in die Schranken trat, um mit seinem reichen Wissen und klarem Scharfblick den Kampf gegen die Beweiseide zu führen. Doppelt ist dies zu bedauern, weil auch die erschöpfende, wiederholt genannte Uebersicht Haraßowsky's über die Vorschriften der Proceßgesetze aller civilisirten Staaten, welcher das Zurückweichen des normirten Eides aller Orten zu entnehmen ist, leider nicht die verdiente Aufmerksamkeit und infolge dessen die Stimme der Erfahrung kein Gehör fand.

Das Bedauern hierüber ist um so lebhafter zu betonen, als unlängst in der höchst anerkennenden Würdigung der jüngsten Regierungsvorlage einer C. P. O. für Oesterreich von unbestritten kompetenter Seite (Währ in der Zeitschr. f. deutsch. C. Proc. XIX, S. 94) neuerlich scharfe Pfeile gegen diese in unserem Staate bereits bewährte Proceßeinrichtung abgeschneit wurden. Dabei werden die Anträge des Entwurfes in ihrer unmeßbaren Gestalt stark durch die Hechel gezogen.

Der Angriff Währ's richtet sich mit Wucht gegen „den neuen Gedanken, der bei vielen nicht schärfer blickenden Juristen Anklang findet“, aber „in sich selbst verkehrt ist“, die Parteien als Zeugen zu vernehmen; gegen eine Vernehmung, die „in die Hand eines gerechten

und wohlwollenden Richters gelegt, eine Grausamkeit“ ist, wenn aber gar „ein zur Willkür neigender, vielleicht befangener Richter sie vornimmt“, zu einem Mittel wird, „die Partei zu klemmen und zu peinigen, das man nur mit der früheren Folter vergleichen kann“; gegen eine Einrichtung, die „ein Frevel gegen die heiligsten Rechte der Partei“ genannt werden müsse. Zu diesem so schonungslos absprechenden Urtheile gelangt Währ auf Grund von Voraussetzungen, die nicht als zutreffend bezeichnet werden können, was in Kürze dargegan werden mag.

Vor Allem handelt es sich nicht um eine unterschiedslose Gleichstellung der Parteien mit Zeugen, da vielmehr der grundlegende Unterschied obwaltet, daß wider die Partei kein Zwang zur Abgabe einer Aeußerung über die entscheidenden Thatsachen geübt wird, vielmehr die Beurtheilung der Folgen des Ausbleibens über ergangene Ladung oder der Nichtbeantwortung einzelner Fragen dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleibt. Mag immerhin die Bethätigung des richterlichen Fragerechtes insbesondere gegenüber den persönlich vorgegerufenen Parteien häufig das ganze Beweisverfahren ersparen oder mag sich ergeben, daß bei voller Uebereinstimmung über den Thatbestand nur dessen Auffassung zwischen den Streittheilen streitig ist, so werden zweifelsohne manche Fälle erübrigen, bei welchen die (S. 96) zugestandene „Ungeßchicklichkeit vieler Richter bei Regulirung der Eide einen Hauptgrund der sog. Eidesnoth“ bilden wird. Um dieser sowie weiteren Schwierigkeiten zu begegnen, — weil es sich häufig erst im Eidesstermine herausstellt, „daß hinter den Behauptungen (sowie sie aufgestellt und von anderer Seite geläugnet wurden) noch etwas Tieferes steckt, was man nicht erkannt hat, und daß sich die Sache ganz anders verhält, als der Richter bei Regulirung des Eides unterstellte“ (S. 96), — wird eben eine zweckmäßig gestaltete Parteienvernehmung passend und zureichend dienen. Die zweckgemäße Gestaltung wird aber darin zu erblicken sein, daß der Richter nicht „eine Menge von Thatsachen aus der Partei herausfragt“ (S. 96), vielmehr nur die entscheidende und daß die Partei eben diese eidlich zu bekräftigen hat, gleichwie der Zeuge auch nur das relevante Beweisthema unter Eid bestätigt. Als ein Versehen bei Textirung der Bestimmungen des Entwurfes ist es anzusehen, wenn der in den Motiven (S. 284) niedergelegte richtige Gedanke, daß das Gericht den Inhalt der unter Eidesgarantie abzugebenden Erklärung auf Grund der vorgängigen Vernehmung fest bestimmt oder, sofern es sich nur um einzelne Thatsachen handelt, sogar die unter Eid abzulegende Aussage genauer formulirt, nicht in den Gesekentwurf (§ 391) selbst Aufnahme fand. Falls dies geschähe, wäre damit auch die Möglichkeit geboten, die Resultate der Vernehmung für die Zwecke des etwa nachfolgenden Strafverfahrens wegen Meineides zu sichern und der Befürchtung die Spitze abzubringen, daß „die Frage



des Meineides nach dem flüchtig (!) aufgenommenen Protokolle gerade so zweifelhaft werden könne, wie nach einer vom Richter sorgfältig aufgestellten Eidesformel“ (S. 97). Es mag zugegeben werden, daß die Partei bei ihrer Vernehmung „fortwährend zwischen dem Proceßverluste und dem Buchthause schwebt“ (S. 97); nur ist es beim Eide nicht anders. Ebenso, daß die Vernehmung der Partei unter Umständen nach der Persönlichkeit des Richters sich zu einer Grausamkeit oder gar zur Folter gestalten könnte; aber welche Einrichtung ist gegen jeden Mißbrauch gefeit? Man denke doch nur an den Eid, welcher Zeuge einer Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichtes (Wd. III, S. 323) darüber zugelassen wurde, ob ein abgelegter Eid echt oder falsch war! Das „Recht der Partei darauf, daß, was sie beschwören soll, ihr im Voraus genau kundgegeben werde, damit sie sich überlegen kann, ob sie den Eid mit gutem Gewissen leisten könne“ (S. 98), ist bei Geltung des normirten Eides mit seiner „oft verwickelten und verwickelten Fassung mit seinen Unterabtheilungen und aufeinandergehäuften Alternativen und Eventualitäten“ (B a r) ein Gebot der Gerechtigkeit. Es entspräche aber dem Rufe nach Vereinfachung und volksthümlicher Gestaltung des Processes, sowie dem berechtigten Verlangen der rechtsuchenden Bevölkerung nach Maßregeln, um wahrheitsgemäße Aeußerungen im Proceß von den Streittheilen zu erzwingen, wenn die Gesetzgebung dieses „höchst feinsinnig erfundene Mittel“ (W a c h) zu beseitigen sich entschloße und damit der natürlichsten Ausnutzung der Kenntniß der Parteien von dem entscheidenden Thatbestande des Streitigen die Bahn eröffnen würde. Die W a h r h e i t über Befragen des Richters ohne Zögern auszusagen, kann Demjenigen nicht schwer fallen, dessen Interesse an dem freitigen Vorfalle bewirkte, daß letzterer sich seinerzeit dem Gedächtnisse des Ausagenden scharf einprägte und in dessen Erinnerung genau haften blieb. Die Befürchtung (T r u t t e r's a. a. O. S. 59), daß dieses Interesse der Grund sein könne für eine innere Erregung beim Vorgange und folgerweise für eine ungenaue, nicht vorurtheilsfreie Wahrnehmung, ist nicht begründet. Denn falls Bagatellen in Frage stehen, obwaltet kein Grund zu einer Erregung und bei wichtigen Vorkommnissen wird die etwa vorhandene Irritation durch eine um so strammere Anspannung des Beobachtungsvermögens wettgemacht. Ebenso unentscheidend erscheint das fernere Bedenken (T r u t t e r a. a. O. S. 60), daß die Wiedergabe des Wahrgenommenen infolge des Entschlusses der Partei, Proceß zu führen, sodann des Eintritts in den Streit und unter dem Einflusse der Sehnsucht nach dem Siege „verfärbt werde durch das Gefühl der Partei, im Rechte zu sein“. Ein derartiges falsches „Beharrungsvermögen“ kann sich beim normirten Eide viel leichter und intensiver bethätigen, als bei der Parteienernehmung, wo richterliche Vorhalte und Kreuzfragen des Gegentheils dahin drängen, daß der bekannte psychologische Satz: „Lügen sei

schwieriger als der Wahrheit Zeugniß zu geben“, sich mit seiner ganzen Schwere geltend macht, wo aber auch durch die Verpflichtung, die Aussage eidlich zu bekräftigen, das Erinnerungsvermögen zu möglichst genauer Wiedergabe des Wahrgenommenen angeregt wird.

Der schwerwiegendste Vorwurf, den B ä h r (S. 101) gegen den österreichischen Entwurf erhebt, betrifft die aus § 55 Bag. W. herübergenommene Bestimmung, daß die eidliche Aussage in der Regel von der Partei zu fordern sei, welcher der Beweis über den strittigen Umstand obliegt. B ä h r findet, daß „damit das bisherige Recht geradezu auf den Kopf gestellt werde“ und spöttelt über den Vorschlag des Entwurfes, daß „wenn man seit J a h r t a u s e n d e n das Gegentheil für Gerechtigkeit gehalten habe, so sei dies nur eine Fiktion“ (S. 101). So scharf ausgeprochenem Tadel gegenüber bedarf es, der Sache auf den Grund zu sehen. Die Verquickung, welche das römische jus iurandum in judicio in Deutschland bei der Reception des fremden Rechtes zu erdulden hatte, war (wie Kleinfeller's höchst instructiver Arbeit: Die geschichtliche Entwicklung des Thatächeneides in Deutschland 1891 zu entnehmen ist) nicht bloß auf die Ähnlichkeit der Eideszuschiebung mit dem Vorgehen bei der schlichten Klage des deutschen Rechtes zurückzuführen. Vielmehr hat hieran auch das canonische Recht merklichen Antheil gehabt, indem die hier für den richterlichen Eid aufgestellten Bedingungen auf die Eideszuschiebung übertragen wurden und damit der Parteieneid zu einem subsidiären außerordentlichen Beweismittel gestaltet wurde. Dazu trat die Zulassung des Schiedseides in der Form eines Credulitätseides nach italienischen mittelalterlichen Vorbildern und eines neuen Ignoranzseides, den man dem alten deutschrechtlichen Reinigungseide nachbildete. Schon hieraus ist zu entnehmen, daß die Ergebnisse der im Laufe des XV. Jahrhunderts erfolgten Durchbildung des gemeinrechtlichen Eidesrechtes nur hyperbolisch fernem „Jahrtausenden“ zugerechnet werden können. Hievon abgesehen, hat aber das gemeine Recht durch den Vortritt des Delaten bei der Eidesleistung diesem nicht einen Vorrang bei der Beweisführung, vielmehr nur die Möglichkeit der Beweisvereitelung gewahrt und bei Weigerung des Delaten, diesen Versuch zu wagen, dem beweispflichtigen Gegner als Deferenten den Wahrheitseid seiner Behauptungen vorbehalten. Die „feierliche Versicherung, daß (der Delat) den Anspruch nicht wider besseres Wissen bestreite“ (S. 99), hatte keine Beweismwirkung, denn „wird dieser Eid abgeschworen, so ist (nach B ä h r S. 100) dem B e w e i s f ü h r e r nicht weiter zu helfen; er wird abgewiesen, nicht weil der Gegner die U n w a h r h e i t des z u B e w e i s e n d e n erbracht hätte, sondern weil es seiner Behauptung an B e w e i s e n fehlt“. Wird der Eid dagegen rückgeschoben und vom Deferenten abgeschworen, so gilt diese eidliche Erklärung der Partei wie diejenige eines Zeugen solange für wahr, als das Gegentheil nicht feststeht. Durch den allen-

falls zulässigen Beweis des Widerspiels wird freilich bewirkt, daß das Urtheil sammt seiner Grundlage ebenfalls hinfällig wird.

Fast scheint es, als ob B ä h r unter der Einwirkung des deutschrechtlichen Grundsatzes vom Nähersein des Beklagten zum Beweise der Nichtschuld stände, wenn er (S. 100) ausführt: „Der Beweisgegner hat zunächst das Recht, durch seinen Eid den Ausspruch zu entscheiden; der Beweisführer erlangt dieses Recht erst dadurch, daß der Beweisgegner es nicht ausüben will und es ihm abtritt.“ Abgesehen von der civilistischen, an die Cession gemahnenden Construction der gegenseitigen Rechtsbeziehungen beider Beweisheile, die für das öffentlichrechtliche Proceßverhältniß nicht passend sein dürfte, kann für den gemeinrechtlichen Schiedsleid die Auffassung U l p i a n's, daß Deferent den Delaten jus jurandum deferendo j u d i c e m facit in causa (l. 1 D. 44, 5) nicht für maßgebend erachtet werden, da der Parteieneid nach Abschluß der Reception des fremden römisch-canonischen Rechts als Beweismittel erscheint, wie die Zulässigkeit der Gewissensvertretung und der Restitutionsklage darthun.

Ohne Zögern sei es ausgesprochen, daß unseres Erachtens das canonische Recht die richtige Folgerung aus der Betrachtung des Parteieneides als eines Beweismittels gezogen hat, indem es nur die über die Sache am genauesten unterrichtete Partei zum Schwure zuließ und dem Richter eben darum hierüber die Entscheidung zu treffen vorbehielt. Das zähehaften an gewohnten Erscheinungen des täglichen Rechtslebens umflort den Blick und verhindert die klare Erkenntniß, daß in einem Proceßsysteme, das materielle Wahrheit möglichst zu erreichen bestrebt ist, auf Mittel verzichtet werden muß, welche lediglich eine „Erledigung“ des Streites ohne eine „Entscheidung“ desselben möglich machen, wie Raymond B o r d e a u g in seiner gekrönten Preischrift philosophie de la procédure sagt: un moyen plutöt de dénouer les procès, que de découvrir la vérité, d'arriver à un jugement plutöt qu'à la justice. (Vgl. B a r a. a. D. S. 245.) B ä h r beanständet es (S. 100), daß es „Juristen gibt, die sich einbilden, der Richter habe stets von der Wahrheit oder Nichtwahrheit der vor ihm vorgebrachten Behauptungen sich eine Ueberzeugung zu verschaffen“. Gewiß dürfte solchen Juristen scrupulöse Gewissenhaftigkeit nicht abgesprochen werden können und deshalb soll ihnen beigepflichtet werden, wenn sie unter Festhaltung der Eidesgarantie möglichst eingehende und genaue Auskunft über das bestrittene Factum vom Beweispflichtigen heischen, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hievon am besten wissen wird und füglich zur Darthung desjenigen Vorkommnisses herangezogen werden mag, woraus er Rechtserwerb oder Schuldbefreiung ableitet.

Der Einwurf B ä h r's (S. 99): „Wohin soll es führen, wenn Jeder den von ihm erhobenen Anspruch damit bewahrheiten könnte,

daß er selbst ihn beschwöre?“ soll uns in der gewonnenen Ueberzeugung nicht wankend machen. Wir können hierauf mit S c h n e i d e r (Erklärung des Sachverhaltes S. 173) erwidern: Wohin soll es kommen, „daß jeder Lump einem Ehrenmanne nicht nur auf Grund seines nur allzu leicht gewährten Armenrechtes einen Proceß aufhält, sondern auch noch Eide von ihm verlangen darf?“, müssen aber weiter zu bedenken geben, daß die gleiche von B ä h r befürchtete Unzukünftlichkeit hervortritt, wenn jeder Beklagte mit seinem Glaubenseide die Geltendmachung der gerechtesten Forderung zunichte machen könnte.

Solange man den Glauben an religiösen Sinn und Ehrlichkeit bei der Mehrzahl der Menschen nicht aufgeben will, wird bei Abgang anderer Beweismittel die eidliche Bethuerung oder Ablägung das einzige Auskunftsmittel bieten müssen, um zu möglichst gewissenhafter Streitentscheidung zu gelangen. Darf aber im Eide überhaupt eine Garantie für wahrheitsgetreue Aeußerungen erblickt werden, darf noch heutzutage dem Worte des Apostels in dem Briefe an die Hebräer (Kap. 6, Vers 16) geglaubt werden: „Der Eid macht ein Ende alles Haders, dabei es fest bleibt unter den Menschen!“, dann wiegt die Eidesgarantie schwerer bei den Ergebnissen eingehender Parteienvernehmung, als bei dem Nachsprechen einer unabänderlichen Formel. Weniger Gefahren birgt eine derartige Verwendung des Eides in sich, während bei dem normirten Eide die Befürchtung nur allzu nahe liegt, daß mit ihm nach Meinung der Schwurpflichtigen ein „Schwurkampf“ bestanden werden müsse. Hat doch die slavische Terminologie des Eides (plisaha im Böhm., przysiega im Poln. von pri-sahati, a n g r e i f e n bei der Feuerprobe) die Erinnerung an die für Böhmen historisch verbürgte, durch den Einfluß der Kirche (des ersten Prager Erzbischofes Ernst von Pardubic XIV. Säc.) bewirkte Umwandlung der Ordale in den Proceßeid erhalten.

Schließlich möge es gestattet sein, den gegen „viele Bagatellrichter“ geschleuderten Anwurf zurückzuweisen, nämlich: „man greift eine der beiden Parteien, die einem am besten gefällt, heraus, hört sie über ihre Behauptungen freischweg ab und läßt sie ihre Aussage beschwören; dann ist das Urtheil fertig“ (S. 102). Offenbar sind österreichische Richter gemeint, da ebendort gefragt wird: „Wer sieht wohl in Oesterreich so in das Bagatellverfahren hinein, daß er alle die Mißbräuche, die mit dieser Einrichtung getrieben sein mögen, zu erkennen vermöchte?“ und weil erklärt wird, daß „in einer Angelegenheit, die a priori so klar liegt“, auf ein Zeugniß über die Bewährung der eidlichen Einvernahme nicht „der geringste Werth“ gelegt werden könne, „auch wenn sämtliche österreichische Bagatellrichter die Sache als gut bezeugt haben sollten“. Dem gegenüber sei es erlaubt, in der Sache selbst daran zu erinnern, daß auch jenseits der Grenzen Oesterreichs in der Praxis der Parteieneid häufig das erste Auskunftsmittel

ist, die Streitenden auseinanderzubringen, wie ein vollen Glauben verdienender Gewährsmann, Bähr selbst (Jahrb. f. Dogm. XXV, S. 407) versichert. Gegenüber der mit so großer Bestimmtheit und Schärfe vorgebrachten abfälligen Bemerkung über das Vorgehen „vieler“ österreichischer Bagatellrichter möge aber die Frage gestattet werden, woher wohl zureichende Erfahrungen geschöpft sein mögen, um ein so abschließendes Urtheil zu rechtfertigen, wenn man angeblich in Oesterreich selbst nicht im Stande ist, Mißbräuche zu erkennen, die im Rahmen des Bagatellverfahrens vorkommen?

Die schlagendste Widerlegung der vom Standpunkte praktischer Bewährung gegen die eidliche Parteienvernehmung erhobenen Angriffe bildet der Umstand, daß Ungarn, welches mit glücklichem Tacte die Errungenschaften der modernen Legislative nach ihrer voraussichtlichen Gemeinnützigkeit abzuschätzen und in das Rechtsleben einzuführen versteht, mit dem XVIII. Gesetzartikel des Jahres 1893 ein summarisches Verfahren schuf, das in den §§ 95—99 im Wesentlichen die Vorschriften des österreichischen Bagatellverfahrens über eidliche Parteienvernehmung aufnahm. Die Tragweite dieser gesetzgeberischen That läßt sich erst ermessen, wenn der große Umfang der Zulässigkeit des Summarverfahrens erwogen wird, indem es vorgeschrieben wurde: für persönliche Klagen bis zur Werthhöhe des Klagsobjectes von 500 fl., für dingliche Klagen bis zur Werthhöhe des Proceßgegenstandes von 200 fl., für Erbschaftsprozesse bei Nachlässen unter 200 fl., dann für außereheliche Paternitätsklagen und Klagen aus dem Bestandverhältnisse u. s. w. Die Erfahrungen in Oesterreich seit 1873 und in Bosnien und der Hercegovina, wo seit dem 1. September 1883 gemäß des 6. Abschnittes des II. Theiles der dort geltenden C. P. O. (§§ 180—190) dieselben Grundsätze nicht nur im Bagatellverfahren bis zu fünfzig Gulden (§ 288, 10), sondern sogar im ordentlichen Verfahren Geltung gefunden haben, mußten sonach überwiegend günstige gewesen sein, wenn die Legislative der anderen Reichshälfte, der gewiß officielle Taten zur Verfügung standen, nicht Anstand nahm, diese bedeutungsvolle Neuerung für ein so weites Gebiet von Rechtsstreitigkeiten einzuführen.

V. \*)

Gestützt auf die vorausgeschickten Erwägungen kann nunmehr an die Würdigung der Bestimmungen der Regierungsvorlage einer C. P. O. vom Jahre 1893 herangetreten werden. Von der Ueberzeugung durchdrungen, daß es dem Principe freier Beweiswürdigung widerstreite, „einzelne Beweise für den Richter unantastbar zu erklären (Motive

\*) Die vorstehende Studie gelangte bereits im September an die Redaction, weshalb der Bericht des vom Abgeordnetenhaus eingesezten Permanenten Ausschusses für die Reform des Civilprocesses vom 20. October 1894 nicht mehr verwertet werden konnte.

§. 239)“ warf sie den normirten Parteieneid, bei dem sich dies in schroffster Weise geltend machen würde, über Bord und ersetzte ihn durch die Vernehmung der Parteien. Zum Theile übereinstimmend mit den von Kleinfeller in seinem Gutachten für den XXII. deutschen Juristentag (§. 97 ff.) verfochtenen Anschauungen hat dieser Gesetzentwurf den zahlreichen Bedenken gegen die hier in Frage kommende Proceßeinrichtung dadurch die Spitze abzubrechen gewußt, daß:

1. dem Beweise durch Vernehmung der Parteien der Charakter der Subsidiarität gewahrt wurde (§ 385 II. Al.);

2. daß das Parteienzeugniß vor Allem durch unbeeidigte Einvernahme beider Streittheile, jedoch unter strafgesetzlich garantirter Wahrheitspflicht, für Beweiszwecke verwertet wird und erst bei Unzureichen dieser Befragung durch die eidliche Aussage nur einer der Parteien, regelmäßig des Beweispflichtigen, die endliche Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit oder Unwahrheit des belangreichen Umstandes gewonnen werden soll;

3. daß jeder äußere Zwang zur Aussage oder zu deren eidlicher Bekräftigung in Wegfall kam.

Die Subsidiarität dieses Mittels zur Bewahrheitung bestrittener Behauptungen über entscheidende Thatumstände tritt prägnant in der Anordnung hervor, daß solche Beweisführung durch Beschluß zu verfügen ist, „wenn der Beweis weder durch die anderen von den Parteien angebotenen Beweismittel, noch durch die etwa von amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen hergestellt wurde“ (§ 385).

Klar ist damit ausgesprochen, daß die Vernehmung der Parteien, wie bisher der Parteieneid, erst propter inopiam probationum platzzugreifen habe. Es kann aber nicht übersehen werden, daß bei Geltung des Principes „sorgfältigster Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Ueberzeugung“ (§ 282), sowie bei dem großen Umfange amtswegiger Beschaffung von Beweisen dermal die bedauerliche Eventualität eines „non liquet“ in weite Ferne gerückt ist.

Zunächst wird das richterliche Fragerecht (§ 198) gegenüber der überhaupt ohne Anwalt erschienenen oder im Anwaltsproceße gegenüber der persönlich vorgeladenen Partei (§ 199 Z. 1), sowie die dem Bagatellverfahren entlehnte Befugniß directer Fragestellung des Gegners (§ 200) häufig genügen, um dem Gerichte darüber Klarheit zu schaffen, daß bei eindringlicher Würdigung der scheinbar auseinandergehenden Behauptungen beider Parteien über das Wesentliche des Thatbestandes kein Widerstreit herrsche oder höchstens dessen juristische Auffassung Meinungsverschiedenheiten unterliege, weshalb es einer Beweisführung überhaupt nicht bedürftige. Specieell wird die Ergänzung des richterlichen Fragerechtes durch unmittelbare Fragestellung der Partei nicht selten sich

äußerst wirksam zeigen, zumal wenn in analoger Weise, wie beim bisher üblichen Zeugenverhöre durch Stellung besonderer Fragestücke einzelne Detailpunkte des bestrittenen Vorganges vorgehalten und dadurch die Erinnerung des befragten Theiles aufgefrischt wird.

Nicht immer freilich werden diese Mittel zur Aufhellung der Streitfache genügen, da trotz der Erhebung der moralischen Wahrheitspflicht der Parteien zu einer Rechtspflicht (§§ 192, 198), sich nicht leicht zweckdienliche Maßregeln finden lassen, dieser Verpflichtung den entsprechenden Rückhalt zu gewähren. Hat doch der scharfsinnige Verfasser der Monographie über schuldhafta Parteihandlung, F. Klein, die dort erörterten Mittel zur Bekämpfung der Lüge im Proceffe in dem, unter seinem maßgebenden Einflusse zu Stande gekommenen C.-P.-Entwurfe nur unter der neutralen Flagge von Muthwillensstrafen (§ 236) fegeln lassen können.

Viel mehr Erfolg als von der Bethätigung des Fragerechtes läßt sich für den Sieg der Gerechtigkeit, ohne zur Parteienvernehmung greifen zu müssen, erhoffen von der Befugniß des Gerichtsvorsitzenden, beziehungsweise Einzelrichters, ohne Antrag die Vorlage von in Händen der Parteien oder in Verwahrung einer Behörde oder eines Notars befindlichen relevanten Urkunden und Auskunftssachen (z. B. Korbhölzer) anzuordnen und „Personen, von welchen nach der Klage oder nach dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Thatfachen zu erwarten ist, von amtswegen als Zeugen zu vernehmen“ (§ 199 B. 2, 3, 4; § 451). Durch die hierin liegende Anerkennung einer weitgehenden „Beihilfspflicht“ des Richters im Gegensatz zu dem bisher geltenden Dogma absoluter Richterpassivität werden zahlreiche ergiebige Quellen der Wahrheitsfindung erschlossen, zu welchen nach geltenden Rechtsgrundsätzen die Chicaner und Unehrllichkeit des Gegners den Schlüssel mit Erfolg zurückhalten durfte.

Wird erwogen, daß die erwähnten Befugnisse dem die Verhandlung leitenden Richter von amtswegen zustehen, daß insbesondere die Einvernahme von Personen, „von denen nach dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Thatfachen zu erwarten ist“, vorgenommen werden kann, ohne daß eine Anbieten der bezüglichen Zeugenbeweises erfolgt wäre, schließlich daß erst dann zu einer Vernehmung der Parteien im Beweisverfahren geschritten werden darf (§ 385), wenn sowohl die von amtswegen angeordneten Beweisaufnahmen, als auch die Benützung der von den Parteien selbst angebotenen Beweismittel die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit einer beweisbedürftigen Thatfache nicht zu begründen vermöchten, so liegt zu Tage, daß es zur Verwendung dieses Auskunftsmittels behufs Sicherstellung der Wahrheit nicht allzu häufig kommen dürfte. Nicht selten wird sich insbesondere das Ergebnis einer indirecten Beweisführung, deren im Gesetzestexte der C. P. D. besonders zu erwähnen

bei Bestand des § 282 als überflüssig erschien (Motive S. 265), in dieser Rücksicht sehr vortheilhaft verwerthen lassen.

Angeichts der dem proceßleitenden Richter gemäß § 199 eingeräumten Machtfülle verliert auch die Anbieten der eigenen Einvernahme seitens des Beweispflichtigen als seines einzigen Beweismittels ihre Schrecken, die von den Gegnern dieser Proceßeinrichtung (insbesondere von Wach, Krit. Vierteljahrsschrift XIV. B., S. 367) so lebhaft ausgemalt wurden. Man beachte nur den Umschwung, der beim Insbetreten der geplanten Reform in diesem Punkte gegenüber den Uebelständen eintreten wird, die sich heutzutage bei Gestattung einer Eidesauftragung als der einzigen Beweisquelle im Sinne des H. D. vom 31. October 1785, lit. ggg, F. G. S. Nr. 489, und der nach Zulassung und Antrittung des Eides versuchten probatio pro evitando perjurio (§ 231 a. G. D.) herausstellen.

Es entspricht der Auffassung, die Einvernahme der Parteien selbst als letzte Zufluchtsstätte zum Schutze der Wahrheit zu gestalten, wenn hievon nicht bereits in dem etwa eingeleiteten vorbereitenden Verfahren (§ 259) Gebrauch gemacht werden kann. Da ferner durch das Resultat dieser Einvernahme die Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit oder Unwahrheit der beweisbedürftigen Thatfache gewonnen werden soll (§ 391), wird deren Benützung verjagt, wenn es genügt, einen Umstand lediglich wahrscheinlich zu machen, d. h. dessen *Beseinigung* zu erbringen (§ 284).

Der Natur dieses Beweismittels widerstrebt es endlich, noch vor Beginn des Streites eine Sicherung des Beweises durch Einvernahme einer Person, welche erst in dem etwa anhängig zu machenden Streite beweispflichtig werden könnte, zu gestatten, weil zu befürchten ist, daß sie zuvor sterben würde (§ 400).

Obgleich Stoffvorlage eine Sache der Parteien ist, so ist es gewiß Aufgabe des Richters, dafür Sorge zu tragen, daß die Thätigkeit beider Theile sich derart entfalte, um ein genügendes Substrat zur Entscheidung der Streitfache zu liefern. In consequenter Entwicklung dieses Gedankens gestattet das Gesetz nach dem Fehlschlagen anderer Beweisaufnahmen die Vernehmung der Parteien selbst von amtswegen über die von ihnen im Streite aufgestellten Behauptungen, falls sie rechtserheblich sind (§ 385). Das Gericht steigert die spontane *Aufstellung* relevanter Behauptungen zur subsidiär unabweislich gewordenen *Feststellung* des Behauptungsinhaltes durch intensivste Ausnützung der Parteierkenntniß.

Gegen die Zulassung der Parteienvernehmung von amtswegen wurde eingewendet, daß hierin eine Verletzung des Dispositionsprincips zu erblicken sei. Trefflicher wird dieser Einwand kaum widerlegt werden können, als es von Kleinfeller (a. a. O. S. 102) geschieht, weshalb es gestattet werden möge, seine Worte hier anzuführen: „Das

Proceßrecht hat den Parteien durch Anerkennung des Dispositionsprincipes nicht neue Befugnisse einzuräumen, sondern lediglich die außerhalb des Proceßes vorhandenen zu belassen. . . . Den Parteien muß es also, da sie berechtigt sind, den Proceß ganz zu unterlassen, unbenommen sein, dem Richter auch während des Proceßes kraft ihrer Dispositionsbefugnisse die Urtheilsaufgabe abzunehmen oder zu beschränken. Das Dispositionsrecht hätte aber niemals dahin ausgedehnt werden sollen, daß die Parteien, soweit sie ein Urtheil verlangen, eine ganz beliebige Urtheilsgrundlage unterscheiden dürfen, indem sie Thatfachen und Beweismittel vorenthalten.“ Beweislos gebliebene Thatfachen werden somit durch Parteienabklärung festgestellt werden können, obwohl es nicht beantragt worden war, wenn vorliegt, daß dieser unabhängig vom Parteivillen aufgenommene Beweis wahrscheinlich volle Aufklärung liefern und somit die Parteien nicht mit überflüssig verursachten Kosten beschweren wird.

Abgesehen von vorstehender Erwägung kann für die von amtswegen erfolgende Zulassung dieses Beweismittels noch geltend gemacht werden, daß hiemit nur ein Gedanke weiter entwickelt wird, welcher für die Zulassung des Notheides im gemeinen Rechte und des Erfüllung- und Schätzungsseides im österreichischen Summarproceß maßgebend war.

Die eidliche Parteieneinvernahme ist ein Beweismittel, d. i. ein Befehl, um eine bestrittene thatsächliche Behauptung, deren Feststellung für die Urtheilsfällung erforderlich ist, außer Streit zu stellen. Gegenstand des Beweises ist eine für die Entscheidung erhebliche That-sache (§ 385), d. h. ein sinnlich wahrnehmbarer Vorgang oder Zustand. Eine Beschränkung der Zulässigkeit dieses Beweismittels auf die Darthnung eigener Handlungen ist dem Gesetzentwurfe ebenso fremd, wie etwa ein Ausschluß desselben, wenn es sich um die Feststellung des Wissens des Gegners von einem Thatumstande handelt, (§ 398). Da das Wissen aus dessen Handeln zu erkennen ist, wird sich die Einvernahme auf Thatfachen richten, aus denen sich auf die behauptete Kenntniß schließen läßt, ähnlich wie dermal bei Zulassung des Haupteides (§ 48 des Aufsechtungsgesetzes vom 16. März 1884, R. G. Bl. Nr. 36). In Fortbildung einer im Bagatellverfahren (§ 38) geltenden Bestimmung wird die eidliche Parteienabklärung auch für zulässig erklärt, um den von der Gegenpartei geläugneten Besitz oder ihr Wissen von dem Aufbewahrungsorte einer Urkunde, einer Auskunftssache (z. B. eines Kernholzes), sowie eines Augenscheinsgegenstandes oder ihre Kenntniß von der bösslichen Beseitigung oder Beschädigung derselben behufs Entziehung dieser Beweismittel sicherzustellen (§§ 317, 331, 382, 398). Der Natur der Sache nach kann durch eidliche Einvernahme nicht eine Schlußfolgerung oder ein Urtheil festgestellt werden; denn beide fassen eine Mehrheit von Eindrücken zusammen, die im Ein-

zelnen nicht hervorgehobene Sinneswahrnehmungen bewirken. Dies muß dem Gutachten der Sachverständigen vorbehalten werden. Deshalb sollen bei strittiger Werthung des Betrages eines Schadens oder Interesses die Parteien nur über die für dessen Bestimmung maßgebenden Umstände einvernommen werden (§ 283). Ähnlich wie die Vereidigung der Parteien im geltenden Besitzförungsverfahren (§ 14) wäre die eidliche Vernehmung der Parteien im Verfahren vor Bezirksgerichten in Streitigkeiten über Besitzförungsklagen (§ 471 ff.) auszuschließen, da für beide Fälle dieselben Rücksichten sprechen; aus §§ 451, 471 ff. ergibt sich der gegentheilige Standpunkt des Entwurfes.

In Eheungiltigkeits- und Trennungsproceß (VI. Theil, 4. Abschnitt) wird die eidliche Parteienabklärung nicht für unanwendbar erklärt, um den Bestand des trennenden Ehehindernisses oder der Trennungsurache sicherzustellen. Es entspricht dies der Erwägung, daß bei dem Bestande freier Beweiswürdigung hierin nicht jene Gefahren zu erblicken sind, welche bei Zulassung der Beweiseide über die oben gedachten Umstände drohten. Auch steht dieses Vorgehen im Einklange mit dem Falllassen der Anordnungen der §§ 99, 115 a. b. G. B. über die Unwirksamkeit des Geständnisses betreffs der Eheungiltigkeits- und Trennungsurache (§ 604 II).

Ob hiebei und bei Besitzförungsverfahren nicht allzu sehr den Rücksichten juristischer Consequenz gehuldigt wurde gegenüber den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens und entgegen den Lehren der Erfahrung — das wäre näherer Erwägung werth.

Das Anwendungsgebiet des bloß aus Hilfsweise zulässigen Beweismittels eidlicher Parteienabklärung findet seine natürliche Grenze an der, dem Gerichte klar vorliegenden Unmöglichkeit irgend einer Kenntniß von der streitigen Thatfache an Seiten der beweispflichtigen Partei, sowie an öffentlichen Rücksichten, welche die Ausnutzung derartiger Parteienkenntniß mit der Wahrung eines Amtsheimnisses im kirchlichen oder staatlichen Bereiche unvereinbar erscheinen lassen, sowie endlich an der Unfähigkeit des Einzuernehmenden zur Wahrnehmung oder Mittheilung des sicherzustellenden Factums, ingleichen zur eidlichen Erhärtung der Aussage (§§ 333, 349, 387). Zu dem erstberührten Falle bildet es ein naheliegendes Gegenstück, daß das Gericht, sofern es die Ueberzeugung von dem effectiven Mangel einer Kenntniß der Partei von dem belangreichen Umstande gewann, dieselbe selbstverständlich nicht zur eidlichen Aussage zulassen darf (§ 392, II). Die Unzulässigkeit der Einvernahme einer bereits zuvor wegen Meineides oder falscher Aussage verurtheilten Partei ist trotz der Einwendungen Fieri's (a. a. O. S. 185) zu billigen. Die Anwendbarkeit eines Beweismittels, das seine Wurzel in der präsumtiven Wahrheits-



liebe und Gewissenhaftigkeit der Partei suchen muß, ist auszuschließen, wenn diese unentbehrliche Voraussetzung sich schon früher einmal als unzutreffend erwies. Hieran ändert der Umstand nichts, daß bei der damaligen Gestaltung der Parteienabklärung eine uneidliche Einvernahme genügen kann (§ 391), da die Möglichkeit der Bekräftigung der früher abgegebenen Aussage durch Eid gesetzlich postuliert wird.

Zu sämtlichen oben erwähnten Fällen bleibt es dem Ermessen des Gerichtes vorbehalten, von diesem Beweismittel durch Abklärung des Gegners Gebrauch zu machen, wie sich aus § 387 (verba: „ganz zu entfallen“) ergibt, wenn es auch nicht ebenso wie in der correlaten Bestimmung des Bagatellverfahrens § 57 ausdrücklich hervorgehoben wird. Das Gericht wird sich bei seiner Entscheidung hierüber vornehmlich von der Rücksicht leiten lassen, ob für die zu erweisende Thatsache schon irgendwelche Momente sprechen; ähnliche Erwägungen, wie bei Zulassung irreferibler Hauptzeu gemäß H. D. vom 26. April 1842, J. G. S. Nr. 610, und § 36 Summarpat., werden dabei maßgebend bleiben.

Besondere Vorjorge war im Gesetze für die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zu treffen, an welchen Rechtssubjecte als Streitende theilhaft sind, die nicht zu den physischen Personen gehören. In dieser wichtigen Frage betrat die jüngste Regierungsvorlage die Pfade, welche der Schöpfer des Bagatellverfahrens, Glaser, mit seinem Entwurfe einer C. P. D. (1876) der hierin erwünschten Reform selbst gewiesen hatte. Die dem Bagatellverfahren (§ 64) eigenthümliche Unterscheidung zwischen Gesamtpersönlichkeiten und Vermögensmassen, wonach bei ersteren nur die Abklärung ihrer Repräsentanten als gewöhnlicher Zeugen Raum haben sollte, wurde nicht beibehalten. Zu der nunmehr aufgelaassenen verschiedenen Behandlung der gesetzlichen Vertreter der erwähnten Rechtssubjecte hatte eingeständenermaßen (Motive der C. P. D. 1876, S. 139) die Erwägung des praktischen Momentes geführt, bei Abklärung der Vertreter von Gesamtpersönlichkeiten zu verhüten, „daß eine übermäßig große Zahl von Personen vernommen werden“ müßte. Vielleicht schwebte bei Abfassung der ursprünglichen Bestimmung des Bagatellverfahrens nebenbei das irrige Unterscheidungsmerkmal beider Arten der juristischen Personen vor, das Savigny (System II, S. 244) und Buchta (Pandekten § 27) hervorgehoben hatten, und zwar, daß bei Corporationen ein innerer Zweck obwalte, d. i. den Interessen ihrer Mitglieder zu dienen, während bei Stiftungen der zu erreichende Zweck stets ein äußerer ist, nämlich das Interesse fernstehender Personen zu fördern. Dieser Auffassung konnte der abgeleitete Gedanke leicht entspringen, daß die Vertreter einer Corporation in Sachen der von ihnen repräsentirten Rechtspersönlichkeit manchmal in die Lage kommen, als bedenkliche Zeugen auszusagen, wogegen die Vertreter einer Stiftung immer eine unbedenkliche Zeugenschaft ablegen

Als praktische Folgerung des im Bagatellverfahren eingenommenen Standpunktes ergab sich für den Proceßgegner einer Corporation die Möglichkeit, gegen einzelne ihrer Repräsentanten als bloße Beweiszeugen andere aus ihrer Mitte als Gegenbeweiszeugen zu führen.

Die processuale Gleichstellung beider Kategorien juristischer Personen in der Frage der Parteienabklärung, wie sie dermal festgehalten wird, ist nur zu billigen. Mit gutem Grunde folgte dem in dieser Hinsicht vom Glaser'schen Entwurfe (1876) gegebenen Vorbilde nicht bloß die C. P. D. für Bosnien und die Hercegovina (§ 182), sondern auch das für Ungarn erlassene Gesetz über Summarverfahren (§ 95).

Die bereits bei Berathung des Handelsgesetzbuches zur Anerkennung gelangte Anschauung, daß die processuale Rechtsstellung der Actiengesellschaft jener einer juristischen Person analog zu gestalten sei (Berathungsprotokolle des H. G. B. S. 1057, 1062), fand auch bei Regelung der Parteienabklärung legislativen Ausdruck.

Betreffs der offenen und Commanditgesellschaften dürfte es der Auffassung des Handelsrechtes entsprechen, alle vertretungsberechtigten Gesellschafter (Art. 117, 167 H. G. B.) „in Bezug auf die Vernehmung zum Zwecke der Beweisführung als Partei zu behandeln“.

In der näheren Aufzählung der Gesamtpersönlichkeiten wäre die Reihenfolge: „Gesellschaft, Genossenschaft, Gemeinde, Verein oder sonst ein nicht zu den physischen Personen gehöriges Rechtssubject“ zu wählen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob Genossenschaften zu juristischen Personen zählen würden. Bei dem heutigen Stande der civilistischen Literatur wäre diese und eine analoge Correctur im § 78 des Entwurfes eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (Weil. des stenogr. Prot. des Abgeordnetenhauses 1893, Nr. 687) sehr erwünscht, um nicht zu ähnlichen Fehlschlüssen Anlaß zu geben, wie solche aus § 26 der dermal geltenden Jurisdictionsnorm abgeleitet wurden. Nach den überzeugenden Ausführungen österreichischer Civilisten über die selbstständige Rechtspersönlichkeit der hereditas jacens (Unger: System VI, § 7; Nanda: Erwerb der Erbschaft S. 93; Pfaff und Hofmann: Commentar zum a. b. G. B. II., S. 35) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in Rechtsstreitigkeiten einer ruhenden Erbschaft zur Vernehmung ihrer Vertreter geschritten werden dürfe.

Mit der Bestimmung (§ 388 letztes Alinea), daß bei Anwendung dieses Beweismittels in Rechtsstreitigkeiten der genannten Personenvereinigungen oder juristischen Personen, sowie von Streitgenossen dem Gerichte die Wahl zwischen der Einvernahme aller Vertreter, beziehungsweise Streitgenossen oder bestimmter aus ihrer Mitte zukommt, ist einer Hydra von Controversen das Haupt abgeschlagen, ehe sie es noch in so kühner Weise erheben kann, wie dies im gemeinrechtlichen Proceße

rücksichtlich einschlägiger Fragen des Eidesrechtes der Fall war. Vorbeugt wurde damit auch dem Versuche, die an Art. 232 Z. 1. G. B. und § 20 des Genossenschaftsgesetzes anknüpfenden Streitfragen betreffs der Eidesleistung seitens des Vorstandes einer Actiengesellschaft oder Genossenschaft in den reformirten Civilproceß hinüberzuziehen. Ihre volle Rechtfertigung findet die in diesem Punkte dem Gerichte eingeräumte Machtbefugniß in dem der Einvernahme der Parteien inwohnenden „Charakter eines subsidiären, der amtlichen Controle unterliegenden Beweismittels“, wie dies schon die Motive des Glaser'schen Entwurfes (S. 139) hervorzuheben nicht unterließen.

Die Regelung der Einvernahme in Streitigkeiten der unter dem besonderen Schutze der Gesetze stehenden Personen und einer Concursmasse stimmt mit der Weisung des § 64 Bagatellverfahren überein. Einem begründeten Bedenken wird wohl die Behauptung nicht begegnen, daß unter den „Pflegebefohlenen“ (deren § 388 A. I, gleich § 64 A. I Bagatellverfahren erwähnt) auch Minderjährige verstanden werden müssen. Denn obwohl in der Regel im Civilrechte diese beiden Classen schutzbefohlener Personen streng auseinandergehalten werden, findet sich deren Zusammenfassung unter dem, in einem allgemeineren Sinne genommenen Ausdruck: Pflegebefohlene bereits im a. b. G. B. (§ 1495; Randglosse zu §§ 217, 244) und im Verfahren außer Streitigkeiten (§§ 162, 176 Randglosse).

Wendet man nunmehr die Aufmerksamkeit der Parteienvernehmung selbst zu, so darf nicht übersehen werden, daß in richtiger Würdigung des gleichen rechtlichen Gehöres über die von dem Beweispflichtigen geschene Anbietung dieses Beweismittels dem Gegner freistehen müsse, seine Erklärung abzugeben, deren Gehalt ihrer Tragweite wegen in schriftlicher Fassung dem Verhandlungsprotokolle beizufügen ist (§ 275).

Die kraft Souverainität des Gerichtes zulässige Verweigerung der Aufnahme angebotener Beweise wegen erkennbarer Verschleppungstendenz (§ 285 II) wird sich betreffs dieses Beweismittels selten betheiligen können. Mit Rücksicht auf dessen Subsidiarität muß ungeachtet der festzuhaltenden Einheitlichkeit der ganzen Verhandlung dem Gerichte das Recht eingeräumt bleiben, alle nach ausnahmsweiser Durchführung der Einvernahme der Partei vor einem ersuchten Richter (§ 389 III) bei der wiedereröffneten Verhandlung vorgebrachten neuen Beweisangebote durch Beschluß zurückzuweisen (§ 288 II). Dürften sie doch dahin abzuwecken, das Gegentheil der durch die Abhörnung bewiesenen Behauptung als der Wahrheit entsprechend darzuthun und somit Zwecke verfolgen, denen eine Wiederaufnahmsklage (im Sinne des § 552 Z. 2) nach Abschluß des Verfahrens durch Urtheil zu dienen bestimmt ist. Auch für den Fall, wenn sich aus den neuangebotenen Beweisen Verdachtsgründe dafür ergäben, daß sich die einvernommene Gegenpartei einer

falschen Aussage schuldig gemacht habe, wird eine Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens bis zur Erledigung der Strafsache kaum anzuordnen, sondern deren Benützung dem selbstständig oder infolge der Wiederaufnahmsklage einzuleitenden Strafverfahren nach Fällung des Urtheiles im Streite zu überlassen sein. Darauf weist auch § 207 II hin, indem er bei Specialisirung des Grundsatzes, daß das Proceßverfahren wegen präjudicialer Strafsachen unterbrochen werden kann, nur der Urkundenfälschung und falschen Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen erwähnt.

Die Zusammenfassung der eidlichen Parteieneinvernahme vollzieht sich der allgemeinen Regel nach durch besonderen Beweisbeschluß unter Bezeichnung der streitigen Thatfachen (§ 287). Eine Zurückweisung dieses etwa angebotenen Beweises wegen Unerheblichkeit muß ebenfalls ausdrücklich erfolgen (§ 285), damit im Hinblick auf die verfügte Protokollierung derartiger Parteianträge (§ 223 Z. 3) „über den für die Aufsehung des ergehenden Urtheiles und dessen Ueberprüfung wichtigen Umstand Licht verbreitet werde, ob die Nichtberücksichtigung auf einem Uebersehen der Anbietung oder auf dem negativen Ergebnisse der Prüfung der Erheblichkeit und Zulässigkeit des Beweises beruhe“ (Motive S. 266). Neben mündlicher Eröffnung des Beschlusses sammt seinen Gründen bedarf es regelmäßig der Aufzeichnung nicht (§ 389), vielmehr genügt die gleichzeitig mit der Verkündigung erfolgende Verschließung der schriftlichen Fassung der gerichtlichen Entscheidung zu Protokoll (§ 233 Schlußalinea). Ausnahmen ergeben sich: einmal, falls die uneidliche Einvernahme einer Partei wegen bedeutender Entfernung ihres Aufenthaltsortes vom Sitze des Proceßgerichtes durch das Gericht des ersteren veranlaßt werden muß (§§ 389 III, 287), sodann wenn eine der zu vernehmenden Parteien bei der Verhandlung nicht persönlich anwesend ist (§ 389 II). In dem ersterwähnten Falle wird der aus der Verhandlung sich ergebende Sachverhalt in die Ausfertigung aufzunehmen sein, insoweit dessen Kenntniß dem Richter behufs Leitung der Beweisaufnahme nothwendig ist (§ 287 III). Nach allgemeinen Grundsätzen wird ein abgeordnetes Rechtsmittel gegen die besprochenen Beweisbeschlüsse versagt und denselben eine bindende Wirkung abgesprochen (§§ 287 IV, 389, 391 I).

Die Beweisaufnahme spaltet sich in eine uneidliche Abhörnung einer oder beider Parteien und in eine allenfalls noch hinzutretende eidliche Bestätigung der Aussage von Seiten einer einzigen Partei. Die Pflicht, der Wahrheit gemäß auszusagen, ist bei der ursprünglichen Einvernahme unter die strafrechtliche Sanction einer Anbietung zum falschen Zeugnisse gestellt (§ 390 II); die Verletzung der Wahrheitspflicht bei der eidlichen Bekräftigung der vor dem abgegebenen Aussage trifft die Strafe eines vor Gericht abgelegten falschen Zeugnisses (§ 394). In beiden Fällen hat das Gericht die ent-



sprechende, durch das Verhandlungsprotokoll zu constatirende Belehrung ausdrücklich zu ertheilen.

Für die Zulässigkeit der gesetzlichen Statuirung dieses Beweismittels spricht an sich die Erwägung, daß es nach allgemein anerkannten Grundsätzen der Ethik niemals ein Unrecht sein kann, wenn die Partei in eigener Sache Wahrheit zu sagen verhalten wird. Muß dies aber zugestanden werden, so wird auch der weiteren Aufstellung beieigepflichtet werden müssen, daß von einer „Tortur“ oder „Vegetation“ der aussagepflichtigen Parteien, deren Abhörung der Entscheidung ihrer eigenen Rechtssache dienen soll, um so minder die Rede sein kann, wenn die Gesetzgebung es von Jedermann als die Erfüllung einer allgemeinen Staatsbürger- und Schutzgenossenpflicht fordert, in fremden Rechtssachen durch wahrheitsgetreue Aufhellung eines streitigen Sachverhaltes ein gerechtes Urtheil zu ermöglichen. Der hiedurch auf den Beweispflichtigen ausgeübte psychologische Druck ist sicherlich nicht so empfindlich, wie bei der Eidesauftragung an dessen Gegner, wo in der That von einem Wahrheitsexpressionsmittel (Währ: Jahrb. für Dogmatik XXV, S. 402) gesprochen werden darf.

Bei der unbeeidigten Einvernahme soll durch geeignete Fragen des Vorsitzenden und der Beisitzer an beide Streittheile oder nach Umständen bloß an einen von ihnen über die zu erweisenden Thatsachen und über den Wissensgrund die richterliche Ueberzeugung von deren Wahrheit geschöpft werden. Dabei bleibt dem Gegner das Recht gewahrt, durch den die Einvernehmung leitenden Richter oder mit dessen Einwilligung unmittelbar (§ 353) Fragen zur Aufklärung oder Vervollständigung der Aussage zu stellen (§ 354). Mit Recht wird die Einvernahme des zu diesem Behufe bei Gericht erschienenen, also zum Beweise erbötigen Theiles durch das Nichterscheinen des Gegners oder durch dessen Weigerung zu Aussagen nicht gehindert (§ 395). Die Fixirung der Aussage mittelst protokollarer Niederschrift nach ihrem wesentlichen Inhalte, eventuell — auch über Anordnung des Vorsitzenden — nach ihrem Wortlaute (§ 356), gebietet nicht bloß die Rücksicht auf die etwa später nöthig werdende eidliche Bekräftigung der abgegebenen Äußerungen, sondern auch die Bedachtnahme auf die Bedürfnisse des Strafverfahrens, um den Thatbestand des zu verfolgenden Delictes sicherzustellen. Die Befugniß des Gerichtes, Ergebnisse von Beweisaufnahmen über Antrag durch beidete Stenographen, deren Bestellung dem Vorsitzenden zukommt, aufzeichnen zu lassen (§ 290), um in der Uebertragung des Stenogrammes eine Ergänzung des im Protokolle festgestellten Ergebnisses der Beweisaufnahme zu gewinnen, wird bei der Einvernahme der Parteien von großer Wichtigkeit sein.

Von besonderer Tragweite ist die Frage, ob die Partei ihre Aussage unter Berufung auf eben jene Gründe verweigern dürfe, welche einen Zeugen zur Ablehnung seines Zeug-

nisses berechtigen. Selbstverständlich muß zur Vermeidung einer Collision mächtiger Interessen und ethischer Pflichten eine derartige Weigerung für gerechtfertigt erachtet werden, wenn die Leistung der Aussage die Partei selbst oder ihre nahen Angehörigen der Unehre oder strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde. Dagegen ist es eine dem Wesen der Parteienvernehmung entsprechende Consequenz, wenn die Befürchtung eines unmittelbaren vermögensrechtlichen Nachtheiles niemals als genügend angesehen wird, die Verweigerung der Aussage zu rechtfertigen (§ 395 II). Eine bemerkenswerthe Abweichung von der einschlägigen Bestimmung des § 62 Bagatellverfahren zeigt der Entwurf, insoferne er die Ablehnung der Aussage wegen Besorgniß der Verletzung einer berufsmäßig obliegenden Pflicht zur Verschwiegenheit nicht unbedingt als ungerechtfertigt erscheinen läßt. Diese Aenderung verdient volle Zustimmung, weil der Wahrung einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht auch vom Gerichte vollends Rechnung getragen werden muß, ingleichen einem Drucke auf den Gegner zur Offenbarung eines von diesem ausgeübten Kunst- oder Gewerbegeheimnisses durch Mißbrauch der Parteienvernehmung kein Vorschub geleistet werden soll. Man beachte, daß die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses im kirchlichen und staatlichen Bereiche einen von amtswegen zu beachtenden Ausschließungsgrund eidlicher Parteienabhörung bildet (§§ 333, 386), wogegen die Wahrung einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht (z. B. der Aerzte, Apotheker) nur einen, nach richterlichem Ermessen zu würdigenden Ablehnungsgrund (§§ 334 Z. 3, 395) der Einvernahme begründet. Der im § 395 erfolgte Hinweis auf die beim Zeugenbeweise anerkannten Gründe der Ablehnung einer Aussage schließt nicht aus, daß „eine Partei sich auf andere, als für Zeugen geltende Gründe ohne Nachtheil nicht berufen könne“ (Motive S. 284). Eine besondere Beschlußfassung des Gerichtes oder des ersuchten Richters über die Zulässigkeit der Verweigerung einer Aussage, wie bei Ablehnung der Aussage seitens eines Zeugen gemäß § 337, entfällt; vielmehr ist der Grund der Weigerung erst bei der Urtheilsfällung entsprechend zu würdigen.

Verzagt die uneidliche Einvernahme den erhofften Beweiseffect, so „kann das Gericht anordnen, daß eine der Parteien die von ihr abgelegte Aussage unter Eid wiederhole“ (§ 391). Offenbar wird sich diese Nothwendigkeit stets ergeben, wenn beide uneidlich einvernommenen Parteien von einander abweichende Aussagen über entscheidende Punkte abgegeben haben, gleichwohl aber nach dem übrigen Ergebnisse der Verhandlung eine hievon als die glaubwürdigere erscheint. Diese Maßnahme kann aber auch dann ergriffen werden, wenn die aus der uneidlichen Abhörung bloß einer Partei fließenden Beweismomente ihre wünschenswerthe Verstärkung finden sollen, in welchem Falle die hinzutretende eidliche Erhärtung der früher ab-

gegebenen Aussage eine dem Erfüllungseide des § 35 Summ. Pat. analoge Function zu erfüllen haben wird. Zu beachten ist, daß die Befugniß, diese Bergewisserung von der Partei zu fordern, dem Gerichte auch dann nicht entzogen ist, wenn es zuvor die Ueberzeugung gewonnen hat, die andere Partei besitze überhaupt keine Kenntniß von der beweisbedürftigen Thatsache (§ 392 II). Dem Gerichte wird eine Verpflichtung zur Beweßung dieses letzten Behelfes der Wahrheitsermittlung nicht auferlegt, sondern dessen Verwendung bloß gestattet (§ 391 verbum: kann); gewiß mit gutem Grunde, weil sich in einzelnen Fällen die Unglaubwürdigkeit der von beiden Parteien uneidlich abgegebenen Aussagen aus den von ihnen mitgetheilten angebliehen Neben Umständen des Vorfalles klar ergeben kann.

In dem Entwurfe wird eine Auskunft darüber vermisst, ob ein die eidliche Bestätigung der früher abgelegten Aussage zulassender Beschluß die zu erhärtenden Facta im Einzelnen genauer hervorzuheben habe oder nicht. Im Sinne der Anordnungen der §§ 287, 389 II liegt es gewiß, daß „das Gericht den Inhalt der abzugebenden Erklärung auf Grund der vorgängigen Vernehmungen fester bestimmt oder, wenn es sich um einzelne Thatsachen handelt, sogar die unter Eid abzulegende Aussage genauer formulirt“. Die Motive (S. 284) erklären einen solchen Vorgang für zulässig; erwünscht wäre jedoch eine ausdrückliche Norm hierüber im Gesetze, um eine so wichtige Maßnahme nicht dem Ermessen der Praxis zu überlassen und hiemit auch einem gegentheiligen Vorgehen Raum zu geben. Die Vortheile, welche sich aus einer derartigen Präcisirung der Eidesstragweite ergäben, liegen nicht bloß auf civilprocessualen, sondern auch auf strafrechtlichem Gebiete.

Eine wichtige Abweichung von dem Standpunkte des Bagatellverfahrens (§ 56) und der sich ihm in diesem Punkte anschließenden älteren Entwürfe (Glaser's § 416; Pražák's § 418) liegt darin, daß nur eine der beiden Parteien eidlich einvernommen werden darf (§ 391 III), somit die in der Möglichkeit einer nachträglichen Zulassung des Gegentheiles zur gleichfalls eidlichen Abhörnung beruhende Controle entfällt. Gerade diese Einrichtung hatte die meisten Anfeindungen von Seite der Theorie und der Praxis erfahren, weil bei deren Festhaltung schließlich widersprechende eidlich erhärtete Aussagen einander gegenüberstanden und der so mit einem: non liquet! abschließende Civilproceß häufig sein Nachspiel vor dem strafgerichtlichen Forum fand. Der Entwurf konnte diese Gefahr vermeiden und der mit jener Einrichtung beabsichtigten Controle der Wahrheitsliebe des Gegners entbehren; denn durch die vorgängige uneidliche Einvernahme beider Theile wird den in den Motiven zum Bagatellverfahren (ad § 56 in der Glaser'schen Ausgabe der österreichischen Gesetze mit Materialien VIII. Band, S. 74) hervorgehobenen Rück-

sichten Rechnung getragen und der gleiche Zweck erreicht. Es wird nämlich durch uneidliche Abhörnung beider Theile unter strafgesetzlich garantirter Wahrheitspflicht dem Grundsatz: „audiatur et altera pars!“ Geltung verschafft und verhindert, daß der Richter unter dem Eindrucke eines einseitigen Vorbringens sich sein Urtheile bilde. Für die im Entwurfe vorgeschlagene Lösung fällt aber in's Gewicht, daß bei Annahme derselben die Gefahr häufigerer Meineide verringert, aber auch dem Gerichte ein werthvolles Mittel dargeboten wird, nicht zu einem, dem gerichtlichen Ansehen so abträglichen Non liquet-Urtheil greifen zu müssen. Sache der Justizverwaltung wird es sein, in den zur Durchführung der Civilproceßordnung zu erlassenden Verordnungen die Gerichte darüber zu belehren, sich der eidlichen Einvernahme der Partei nur mit der, durch deren Natur gebotenen Vorsicht und Maßhaltung zu bedienen und sie nicht etwa zu einem Mittel der raschesten Abthnung von Processen herabzudrücken.

Ausgehend von der Erwägung, daß die beweispflichtige Partei über die beweisbedürftigen Thatsachen vermuthlich besser informirt sein wird, räumt der Entwurf (§ 391) ihr den Vortritt bei der Zulassung zur eidlichen Wiederholung der Aussage ein. Ausnahmen von dieser Regel sind nach richterlichem Ermessen zulässig: einmal wenn es nach den Ergebnissen der Befragung zur Ermittlung der Wahrheit förderlicher erscheint, die Aussage der Gegenpartei zu verordnen (§ 391 II), d. h. wenn es sich zeigte, daß eben diese in der Sache genauer unterrichtet war und die oben berührte Vermuthung widerlegt wurde, ferner wenn sich die beweispflichtige Partei der ursprünglichen uneidlichen Beantwortung an sie gestellter Fragen überhaupt oder rüchftlich einzelner entzog (§ 392 I), somit wahrheitsgemäße Auskunft beim Gegner gesucht werden mußte.

Der Vorrang des Beweispflichtigen bei der eidlichen Einvernahme begegnete bei deren Vertheidigern getheilte Beurtheilung. Während Kleinfeller (in dem oben citirten Gutachten S. 104) hieran keinen Anstoß nahm, weil „die Eideslast der Beweislast entspricht“, bekämpfte dies Peter sen (a. a. O. S. 16) in Uebereinstimmung mit dem heftigsten Gegner der eidlichen Parteienabhörnung Bähr (Zeitschr. f. deutschen C. P. 19. Bd., S. 98), weil „die Leistung eines Eides nicht eine Last, sondern ein Vortheil für die Partei sei, somit nicht eine mit der Beweislast Hand in Hand gehende Eideslast anzunehmen sei“.

Da die eingehende Begründung der Bestimmungen des Bagatellverfahrens, in dessen § 55 die Quelle der Anordnung des § 391 II Entwurf zu suchen ist, in diesem Punkte näheren Aufschluß vermiffen läßt, möge mit wenigen Worten hierauf eingegangen werden. Zählt das Gesetz die Parteieinvernahme zu den Beweismitteln (II. Theil, 1. Abschnitt, VII. Titel: Beweis durch Vernehmung der Parteien),

dann ist es wohl consequent von dem mit dem Beweise Belasteten die Beschaffung dessen zu fordern, was „die Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit und Unwahrheit des zu beweisenden Umstandes begründen“ soll (§ 391 I). Die Nöthigung des Gegners zu einer Proceßthätigkeit im Interesse des Beweispflichtigen würde mit Recht den Vorwurf inquisitorischen Vorgehens gewärtigen müssen und die Forderung, sich einer Erhärtung bestimmter Aussagen unter Eid unterziehen zu sollen, um eine beweisbedürftige Thatsache des mit dem Beweise beschwerten anderen Proceßtheiles zu widerlegen, könnte mit vollster Berechtigung als Begation erklärt werden.

Die Befürchtungen, welche gegen die Verlässlichkeit des eigenen Eides des Beweispflichtigen bei Anwendung des Haupteides obwalteten, können nicht unterschiedslos auf die eidliche Einvernahme übertragen werden. Dort fehlte die hier unentbehrliche, verlässliche Grundlage jeder eidlichen Bestätigung, welche eben die detaillirten Aussagen über die zu erweisenden Umstände bei der vorausgegangenen uneidlichen Vernehmung, die Bethätigung des gegnerischen Fragerechtes hiebei und endlich des Gegners uneidliche Abhörnung darboten, neben denen die auch beim Haupteide bewährte religiöse Weihe des Actes und der strafrechtliche Schutz gegen Eidesmißbrauch ihre nicht zu unterschätzende Wirkung bewahren.

Bei der eidlichen Parteienvernehmung mangelt der Grund, warum bei Anwendung des Haupteides dem Beweisgegner als Delaten die Vorhand betreffs eidlicher Aeußerung über die beweisbedürftige Thatsache vorbehalten war, das Vertrauen der einen Partei zur anderen, welches bei der Eideszuschreibung als entscheidend betrachtet werden mußte. Ein rationell gestaltetes Beweisrecht kann derartigen Privatdispositionen keinen Raum gönnen, vielmehr bei Abgang oder Versagen anderer Beweismittel nur wahrheitsgemäße Aussagen der von der Sache besser unterrichteten Partei als eine genügende Grundlage der richterlichen Ueberzeugung anerkennen. Wären die Bedenken gegen die Wahrheitsliebe des Beweispflichtigen wirklich in dem Maße begründet, wie von Seite der Gegner behauptet wird, dann würden dieselben in gleicher, ja gewichtigerer Weise auch dem Beweisgegner entgegengesetzt werden müssen und eine Reform, die solchen Befürchtungen gerecht werden wollte, bestände lediglich in der völligen Beseitigung eidlicher Bethuerung als eines Wahrheitserhärtungsmittels!

Die Erinnerung an die Begünstigung, welche das römische Recht dem Angegriffenen mit dem Ausspruche: *favorabiliores rei potius quam actores habentur* (l. 125 D. de R. J.) im allgemeinen und das deutsche Recht insbesondere bezüglich des Beweises zuwandte, indem der in Anspruch genommene Beklagte näher war, die streitige Sache zu behalten, als der Kläger, sie ihm abzugewinnen (P l a n k, Gerichtsverf. im Mittelalter I, 127 ff; II, 13), hat es verschuldet, daß gegen den

Vortritt des Beweispflichtigen bei Zulassung zur eidlichen Aussage so lebhaft Einsprache erhoben wurde.

Der Anschauung, daß hiebei nur eine der Beweislast entsprechende Pflicht erfüllt werden soll, entspricht es, wenn § 391 II von einem „Fordern“ der eidlichen Aussage seitens des Gerichtes gegenüber demjenigen Streittheile spricht, welchem der Beweis über den streitigen Umstand obliegt.

Es erübrigt noch, der Folgen einer *D i s c r e p a n z z w i s c h e n* den *u n e i d l i c h* abgegebenen Aussagen und den Ergebnissen der *e i d l i c h e n* Abhörnung zu erwähnen. Das Gericht hat in einem solchen Falle unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände den Einfluß eines so gearteten Erfolges der Anwendung des gedachten Beweismittels auf die Herstellung des Beweises in dem anhängigen Stritte zu beurtheilen (§ 396), zugleich aber dem § 84 St. P. O. gemäß zu erwägen, ob nicht etwa der Thatbestand des Delictes eines vor Gericht abgelegten falschen Zeugnisses vorliege, um gegebenenfalls dem Staatsanwälte des zuständigen Gerichtes die Anzeige darüber zu erstatten.

Wohl zu beachten ist schließlich betreffs der Beweisaufnahme, daß die *e i d l i c h e* Abhörnung stets vor dem erkennenden Gerichte durchzuführen ist und ein Abgehen hievon nur ganz *a u s n a h m s w e i s e* damals zulässig wäre, wenn das Erscheinen des abzuhörenden Streittheiles mit „besonderen Schwierigkeiten oder sehr erheblichen Kosten verbunden ist“ (§ 391 III), während die *u n e i d l i c h e* Einvernahme immer durch das Gericht des Aufenthaltsortes der einzuvernehmenden Partei zu veranlassen ist, wenn deren Erscheinen vor dem erkennenden Gerichte „wegen bedeutenderer Entfernung ihres Aufenthaltsortes mit größeren Kosten verbunden wäre“ (§ 389 II).

Soweit endlich bezüglich der Durchführung der uneidlichen Einvernahme und der nachfolgenden eidlichen Abhörnung der Partei keine besonderen Vorschriften bestehen, sind die Verfügungen der St. P. O. über den Zeugenbeweis zur Anwendung zu bringen (§ 397). Eine *E r l a s s u n g* des Eides seitens des Gegners bei der zum Zwecke der eidlichen Wiederholung einer früher abgelegten Aussage angeordneten Tagfahrt in analoger Anwendung der bezüglich des Zeugeneides gegebenen Anordnung des § 349 ist der wesentlichen Verschiedenheit beider Beweismittel wegen kaum zuzulassen.

Selbstverständlich können die Parteien einen *A n s p r u c h* auf *Z e u g e n g e b ü h r e n* im Sinne des § 359 nicht erheben. Doch bleibt ihnen der Ersatz der nothwendigen Reise- und Zehrungskosten unter dem Titel von Proceßkosten gewahrt (§ 397). Eine Entschädigung für die anlässlich der Einvernahme erlittene Zeiterwäumnis, wodurch der Partei ein Abbruch an ihrem täglichen Gewerbe verursacht wurde, kann nicht begehrt werden, ebenso wenig wie eine solche anlässlich des Erscheinens zur Verhandlung des Streites beansprucht werden darf. Wie

sollte sie bemessen werden, wenn während letzterer sogleich zur Einvernahme des anwesenden Streittheiles geschritten würde?

Den gewichtigsten Bedenken gegen die eidliche Einvernahme der Parteien wurde dadurch die Spitze abgebrochen, daß die Anwendung irgendwelcher Zwangsmittel, um eine Partei zum Erscheinen vor Gericht oder zur Aussage zu verhalten, als unstatthaft erklärt wurde (§ 395). Es gilt dies sowohl für die beabsichtigte uneidliche als für die eidliche Abhörnung. Dem Zeugenzwange ähnliche Zeugemittel sind wegen der besonderen rechtlichen Stellung, welche die einzuvernehmenden Auskunftspersonen als Streittheile im Prozesse einnehmen, ausgeschlossen.

Dem Principe der freien Beweiswürdigung entspricht es, wenn die Rechtsfolge des Nichterscheinens oder der ungegründeten Antwortsverweigerung, sowie der Ablehnung eidlicher Bekräftigung der früher abgegebenen Aussage in das Ermessen des Gerichtes gestellt wurde (§ 396). Wohl liegt in der dem Gerichte gewährten Freiheit der Beurtheilung dieser Folgen eine eindringliche Mahnung an die Partei, welche es betrifft, ihrer Aussagepflicht in jeder Richtung nachzukommen, um nicht die naheliegende Vermuthung zur Geltung kommen zu lassen, daß sie nur deshalb ausblieb oder die Antwort ablehnte, weil sie gegen die Wahrheit nicht aussagen wollte, ihre im Prozesse aufgestellten Behauptungen aber der Wahrheit gemäß nicht aufrecht erhalten konnte.

Allzu weit scheint der Entwurf zu gehen, wenn (im § 399) eingedenk des nicht unbestrittenen gemeinrechtlichen Satzes „nemo moriens immemor esse censetur aeternae salutis“ der freien Beweiswürdigung auch die Beurtheilung der Tragweite eines Anerbietens, im Prozesse einen beweisbedürftigen Umstand eidlich zu bestätigen, anheimgegeben wird, falls die eidliche Abhörnung dieser Partei wegen ihres früheren Todes nicht stattfinden konnte. Sollte damit der Fall getroffen werden, wo die uneidliche Einvernahme gemäß § 390 erfolgt war, jedoch die eidliche Bekräftigung im Sinne des § 391 durch den Tod vereitelt wurde, so ist die beantragte Bestimmung überflüssig. Falls jedoch die bloße Anbietung eidlicher Einvernahme nach Eintritt des Todes des Beweispflichtigen einer mit vollem Erfolge durchgeführten Beweisaufnahme gleichgestellt werden dürfte, ist zu beforgen, daß in der Praxis die Grenze der freien Beweiswürdigung überschritten und letztere nicht selten mit einer Entscheidung nach Billigkeit verwechselt würde.

Einer bloßen Erbietung zur eidlichen Einvernahme darf keine so weitgehende Wirkung beigelegt werden, wenn an die Beweisaufnahme durch uneidliche Einvernahme erst nach eindringlicher Warnung vor den strafrechtlichen Folgen unwahrer Aussagen gegangen werden darf (§ 390). Selbst in der von gemeinrechtlichen Anschauungen beeinflus-

ten a. G. D. (§ 233) wurde neben der Anbietung des Eides über einen genau fixirten Umstand noch ein Verhalten der den Eid anbietenden Partei gefordert, welches erwarten ließ, sie werde mit der Eidesablegung nicht zögern.

Sollte nun die Anbietung zur eidlichen Einvernahme, bei welcher das Beweisthema gewiß nicht so präcise wie bei der gemeinrechtlichen Eidesanbietung zu Tage tritt, an sich genügen, um das Gericht zu bestimmen, „die Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatfache“ (§ 391) zu begründen?

Der Entwurf Glajer's hatte eine ähnliche Bestimmung nicht enthalten; leider folgte die jetzige Gesetzesvorlage den Spuren des Entwurfes Pražák's (§ 423) in dieser Hinsicht, trotzdem praktische Gesichtspunkte hiefür nicht geltend gemacht werden können. Denn nichts steht dem entgegen, daß der in den Rechtsstreit eintretende Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei eidlich über dieselben Thatfachen einvernommen werde, bezüglich welcher die inzwischen verstorbene Partei zur eidlichen Einvernahme sich erboten hatte, da eigene Wahrnehmung des eidlich zu Bezeugenden nirgends gefordert wird und genügende Informationsmittel dem Rechtsnachfolger zu Gebote stehen werden.

Sollte der Vorschlag des Entwurfes Gesetz werden, so würde sich ein Zweifel darüber ergeben, ob gegenüber der Anbietung des verstorbenen Beweispflichtigen auch die Beweisaufnahme durch Abhörnung des Gegners (§ 389) unter Ausschluß des Rechtsnachfolgers des dahingeshiedenen Streittheiles zulässig sei oder nicht. Eine unbedingte Ausschließung des Gegners von der Einvernahme würde doch der Natur dieser Beweisart widerstreiten, bei welcher eben die Möglichkeit der Einvernahme des Gegners wesentlich ist.

Noch bedarf es der Erörterung des Einflusses des Berufungsverfahrens auf das hier behandelte Beweismittel. Ehe hieran gegangen werden kann, müssen einige allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt werden.

Die Gestaltung, welche der Berufung in der jüngsten Regierungsvorlage einer C. P. D. abweichend von zahlreichen Proceßgesetzen unserer Tage zu Theil wurde, ermöglicht im Wesentlichen nur eine meritorische Kritik des erlassenen Urtheiles nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Seite (§ 479 I), gestattet aber keineswegs eine völlig neue Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites im Rahmen der Berufungsanträge. Die Nachprüfung zum Zwecke allfälliger Verbesserung des in Beschwerde gezogenen Urtheiles betrifft — von der hier nicht weiter berücksichtigten Wichtigkeit (§ 495) abgesehen — die irrthümliche Würdigung des tatsächlichen Proceßmaterials in jeder Beziehung und eine unrichtige Unterordnung desselben unter die Rechtsnorm. Dabei darf zwar über den Sach- und Streitstand des Verfahrens erster Instanz nicht hinausgegangen werden (§ 502), ohne daß

jedoch das Berufungsgericht bei dessen Beurtheilung und Verwerthung irgendwie gebunden wäre. Sehr häufig wird es sich darum handeln, daß die der ersten Instanz vom Berufungswerber zur Last gelegte irrtümliche Würdigung des factischen Materiales darin beruhen soll, daß angeblich wichtige Bestandtheile des Verhandlungsstoffes als unentscheidend bei Seite gelassen und Beweise darüber, zumal auch die angebotene eidliche Einvernehmung der Partei gar nicht zugelassen wurden oder daß, trotzdem über erhebliche Umstände angebotene und zugelassene andere Beweise versagten, die eidliche Parteienabklärung vom Gerichte nicht zur Anwendung gebracht wurde (§ 385) oder daß durch deren Ergänzung oder Wiederholung Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten bei der Ermittlung des Sachverhaltes behoben werden mögen.

Daneben ist nicht zu übersehen, daß die Concentration der Berufung es erheischt, daß Beweisbeschlüsse nur in Verbindung mit der Berufung gegen das Endurtheil bekämpft werden dürfen (§ 479 II), ähnlich wie dermal nach § 17 der Proceßnovelle vom 16. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 69, und § 46 Summarverfahren, sowie daß der Devolutiveffect der Berufung dazu führt, daß im Rahmen der Berufungsanträge Beweisbeschlüsse, die auf das angefochtene Urtheil von Einfluß waren, selbst von amtswegen zu überprüfen sind.

Aus den eben hervorgehobenen Gesichtspunkten ergibt sich nun für den hier erörterten Gegenstand, daß die eidliche Partei einvernahme vom Berufungsgerichte zugelassen werden kann (§§ 479 II, 509) über einen in erster Instanz ausdrücklich zurückgewiesenen Antrag oder selbst von amtswegen (§§ 480, 385), daß aber die Nachtragung einer in erster Instanz unterbliebenen Anbietung dieses Beweises über dort vorgebrachte Thatfachen in gleicher Weise unzulässig wäre (§ 502 II), wie die Nachschleppung von Zeugen- und Urkundenbeweisen zur Meineidsbeschuldigung des in erster Instanz eidlich vernommenen Gegners (§ 552 Z. 2). Ohne Zweifel ist es ferner gestattet, daß die in der ersten Instanz durchgeführte Beweisaufnahme durch eidliche Bestätigung seitens der bloß uneidlich einvernommenen Partei ergänzt (§§ 391, 509), ingleichen daß eine Wiederholung der Einvernahme vorgenommen werde (§ 509).

Falls sich schon bei Anberaumung der Tagelagung zur Berufungsverhandlung die Nothwendigkeit solcher Maßnahmen zeigte, hätte der Vorsitzende des Berufungs senates die Parteien behufs ihrer eidlichen Vernehmung zum persönlichen Erscheinen aufzufordern (§ 501).

Die Verwerthung der Ergebnisse der vom Proceßgerichte durchgeführten eidlichen Abklärung der Parteien wird durch die gebotene präcise Protokollirung (§§ 356, 390) für das Berufungsverfahren wesentlich erleichtert und begünstigt, da das Berufungsgericht die durch die geltend gemachten Beschwerdebegründe nicht berührten Resultate der

Beweisführung in erster Instanz seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat, soweit sie nicht durch die Berufungsverhandlung selbst eine Berichtigung erfahren (§ 518).

Einer besondern Bedachtnahme bedarf der Fall, wenn eine Partei in erster Instanz die Vernehmung oder die eidliche Wiederholung ihrer Aussage abgelehnt hätte, aber im Berufungsverfahren ihre Bereitwilligkeit dazu erklärte. In consequenter Durchführung des im § 395 zum Ausdruck gelangten Gedankens, daß das Gericht darüber zu entscheiden habe, ob die Weigerung gerechtfertigt sei, und in Anwendung des Devolutiveffectes der Berufung wird erklärt, daß das Berufungsgericht zur Entgegennahme der Antwort oder der eidlichen Wiederholung der Aussagen erst dann schreiten dürfe, nachdem das vorherige Verhalten der Partei seine Billigung gefunden hat (§ 510).

Die neuerliche eidliche Einvernahme einer bereits in erster Instanz eidlich abgehörten Partei ist nicht ausgeschlossen. Erfolgt eine solche, so erfordert es eine naheliegende Vorsicht zur Vermeidung von überflüssigen oder gar Meineiden, die Beeidigung bis zum Abschlusse der Einvernahme aufzuschieben und hierüber erst sodann besonderen Beschluß zu fassen (§ 510). Zweckmäßiger, weil der Heiligkeit des Eides entsprechender, scheint es zu sein, in dem hervorgehobenen Falle von einer abermaligen Eidesleistung ganz abzusehen und sich auf eine Wiederholung der eindringlichen Vorstellung jener strafrechtlichen Folgen zu beschränken, womit eine falsche eidliche Aussage der Partei bereits ursprünglich bedroht war.

Eine außerordentliche Rechtshilfe bietet schließlich die Regierungsvorlage der C. P. O. dem durch eine falsche Aussage der vernommenen Partei geschädigten Proceßgegner, wenn das Gericht derselben gemäß, also dem vorliegenden Proceßstoffe nach richtig, jedoch eben deshalb, weil die Aussage falsch war, der Wahrheit und dem Rechte zuwider zu seinen Ungunsten erkennen mußte. Es würde der Billigkeit, ja dem Rechtsfinne widerstreben, wenn eine Entscheidung, die einzig und allein auf einer strafbaren Handlung beruht, trotz des Nachweises hierüber in voller Geltung verbliebe. Nicht auf dem unsicheren Umwege eines Entscheidungssproceßes, sondern direct und unmittelbar soll dem benachtheiligten Gegner geholfen werden durch eine selbstständige, beim Proceßgerichte anzustreitende (§ 554 II) Wiederaufnahmsklage, die wegen des für die Rechtsmittelinstanz geltenden Verbotes neuer Beweise (§ 502 II) auch schon vor Rechtskraft des anzufechtenden Urtheiles möglich ist (§ 552).

Sollte die Angelegenheit zuvor den Strafrichter noch nicht beschäftigt haben, so wird infolge erwähnter Klage das Civilgericht dessen Amtsthätigkeit von amtswegen anzuregen und deren maßgebenden Erfolg abzuwarten haben.

Die Präjudicialität verurtheilender strafgerichtlicher Erkenntnisse für den Civilrichter (§ 279) bringt es mit sich, daß bei erflossener Verurtheilung das Wiederaufnahmeverfahren sofort zu beginnen hat, sowie im Gegentheile dessen Einleitung selbstverständlich abzulehnen ist bei Verweigerung oder Einstellung des strafgerichtlichen Verfahrens wegen mangelnden Thatbestandes oder Mangels an Beweisen (§ 561).

Somit wird nur bei Ausfall einer Verurtheilung wegen hinzugekommener äußerlicher Umstände dem Beginne des Wiederaufnahmeverfahrens nichts hindernd im Wege stehen.

Die Tragweite des geltend gemachten Wiederaufnahmegrundes läßt es gerechtfertigt erscheinen, daß dessen zweifellose Constatirung durch Vorlage des rechtskräftigen Straferekenntnisses über Antrag eines Theiles eine Unterbrechung des anhängigen Rechtsmittelverfahrens im Gefolge hat (§ 566). Steht eine günstige Erledigung des Ansuchens um Wiederaufnahme in Aussicht, so ist die Erörterung über deren Zulässigkeit mit der Verhandlung der Sache in merito zu verbinden (§ 562). —

Läßt man am Schlusse dieser Studie den Blick zurückschweifen über das durchmessene Gebiet und fragt man sich, ob die in diesem Aufsatze beleuchteten und erörterten Rechtseinrichtungen zweckmäßig und vortheilhaft seien, so muß auf diese Frage mit vollster Ueberzeugung eine rückhaltslos bejahende Antwort gegeben werden.

Die Herrschaft des Formalismus im Streitverfahren soll zu Gunsten voller Beachtung des Wesens, nämlich möglicher Klarlegung des Streitkerns zurücktreten, die Partei soll entsprechend dem in unserer Zeit stets mächtigeren Grundsätze des Haftens für eigenes Handeln mit dem ganzen Gewichte ihrer Persönlichkeit aber auch unter der vollen Wucht der hieraus fließenden Verantwortlichkeit in den Streit einspringen, dem Gerichte soll im Einklange mit dem Grundsätze freier Beweiswürdigung die Möglichkeit erschlossen werden, den Ausgang des Streites von dem innern Werthe der Parteienausgabe abhängig zu machen. Durch Vermeidung erfahrungsmäßig zu befürchtender Meineide, durch thunlichste Fernhaltung der Lüge vom Streite wird die Sittlichkeit gehoben und durch die Ermöglichung rascherer, daher billiger und dabei sachgemäßer Streitentscheidung das Rechtsbewußtsein gestärkt werden.

Fürwahr angesichts so wichtiger und werthvoller Vortheile darf nicht geögert werden mit der wohlervogenen, vollen Erfolg versprechenden Reform des Eidesrechtes durch Aufnahme eidlicher Parteienvernehmung.