

DIE MÜNDLICHKEIT

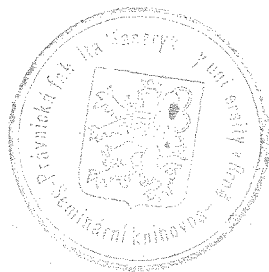
IM OESTERREICHISCHEN

CIVILPROCESS-ENTWURF.

VON

DR. ADOLF WACH.

c. 836.



II deb 51.

WIEN,

MANZ'SCHE K. U. K. HOF-VERLAGS- U. UNIVERSIT.-BUCHHDLG.

1895.

87-1-3

OSTREDMÍ K. J. A.
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STAV FOND
C. inv. 14814

Vorwort.

Auf den Wunsch der juristischen Gesellschaft in Wien sprach ich in deren Mitte am 2. Januar d. J. über den in den folgenden Zeilen behandelten Gegenstand. Die Veröffentlichung erfolgt, um meinen Herren Zuhörern die Nachprüfung zu ermöglichen, aber auch in Hinblick auf Deutschland, wo der österreichische Entwurf die Aufmerksamkeit weiterer Kreise erregt hat. Ich habe zur Wahrung des Kolorits die Vortragsform beibehalten und soweit mein Gedächtniss reicht, das Gesagte getreu wiedergegeben. Die mir nicht verborgenen Unebenheiten in der Form hängen damit zusammen.

Die Citate beziehen sich auf die Paragraphen des Entwurfs; die Ausschusszählung ist mitunter in Parenthese angefügt. In den Anmerkungen habe ich mehrfach den Text des Entwurfs abgedruckt, weil ich vermüthe, dass derselbe nicht jedem meiner Leser zugänglich ist. Die Eintheilung in einzelne durch besondere Ueberschriften markirte Abschnitte soll die Uebersicht erleichtern.

Als ich vor einigen Jahren die Ehre hatte, zu Ihnen zu sprechen, vermied ich das heikle Thema der Civil-processreform. Heute kann ich ihm nicht ausweichen: Sie selbst haben es mir gestellt und ich durfte mich nicht zurückhalten, wenn Sie den Wunsch hatten, meine Ansicht zu hören.

Die Schwierigkeiten der Aufgabe sind freilich nicht geringer geworden. Ich bin ein Fremdling auf Ihrem Boden. Kultureinheit ist noch lange nicht Gleichheit aller Voraussetzungen für die heilsamste Rechtspflegeform. Zwar bestimmt sie sich, wie kaum ein anderer Rechtstheil, nach Zweckmässigkeitsrücksichten und scheint daher besonders zur Entnationalisirung geeignet. Aber gerade, weil Zweckmässigkeit ihr Gestaltungsgedanke ist, deshalb sprechen hier Volksanlagen, Volksgewohnheiten und Zustände wirthschaftlicher und staatlicher Art sehr entschieden mit.

Wenn Sie dennoch den Fremdling hören wollen und das in einem so vorgerückten Stadium Ihrer Ge-

setzesarbeiten, nach so vielem Reden und Schreiben, so müssen Sie es sich gefallen lassen, wenn er von seinem Standpunkt aus urtheilt, und freundliche Nachsicht üben, wenn er den Ihrigen nicht genügend würdigen sollte. Es zu thun, ist meine ernste Absicht, und weit bin ich davon entfernt, zu verkennen, dass auch in diesem Stück Lebensordnung jeder auf seine Façon selig werden möchte. Ob es ihm gelingt, ist schliesslich doch seine Sache.

Als Gegenstand meiner Erörterung wähle ich mir aus dem unendlich reichhaltigen Stoff die s. g. Mündlichkeit, die Regel des Verkehrs zwischen Richter und Parteien, die Form, in welcher der erkennende Richter den Urtheilstoff empfängt und feststellt. Das ist der Kern Ihrer Reformarbeit, und da wollen doch auch Sie, ähnlich wie wir, auf fremden Boden treten. Hier operirt Ihr Entwurf und Ausschussbericht mit deutschen — lockenden oder abschreckenden — Einrichtungen und Erfahrungen. Hier mag Ihnen das Urtheil eines Theoretikers und Praktikers, der nunmehr bald 30 Jahre im modernen deutschen, partikulären und gemeinen Processrecht gearbeitet hat, vielleicht von einigem Werth sein.

Als mein Ziel stecke ich mir, den E. zu prüfen auf seine Praktikabilität. Sie selbst finde ich darin, dass die Rechtspflegeform bestmöglichst der Gerechtigkeit dient ohne unverhältnissmässige Opfer an Kraft und Zeit. Schnelligkeit und Billigkeit sind nur relative Werthe: denn billig und schlecht, ist hier, wie überall verwerflich.

Und nun — bevor ich an meine Aufgabe gehe — noch eine allgemeine Bemerkung. Mein Thema ist schwierig

insbesondere aus einem Grunde. Mathematisch-logischem Beweis entzieht sich dieser Gegenstand. Faktoren zum Theil rein psychologischer Natur, Imponderabilien wirken hier mit. Der Subjektivismus hat weiten Spielraum. Für jede Gestaltung der Processform lassen sich gute Gründe anführen. Die Abwägung und Werthschätzung ist bei verschiedener Vorbildung und Erfahrung verschieden. Alles Diskutiren am grünen Tisch führt zu keinem sicheren Schluss. Wenn irgendwo, so heisst es hier: „grau theurer Freund ist alle Theorie.“ Nur Erfahrung macht hier klug — aber freilich: nur der Kluge macht Erfahrung, und allen Erfahrungen haftet leicht etwas Zufälliges, Individuelles an. So sind denn auch die s. g. Erfahrungen in Deutschland sehr verschieden. Wenn ich Ihnen die Meinigen bringe, werden Sie sagen: „ja, so denkst du, andere denken anders.“ Ich werde mich dessen zu bescheiden haben. Ihrem herrlichen, gesegneten Lande aber wünsche ich, dass die durch kein Studium erreichbare Gottesgabe des juristischen Instinktes, der Fühlung mit der Volksseele, des inneren Schauens und richtigen Taktes die entscheidenden Männer überall leite, auf dass Ihnen eine Rechtspflegeform beschieden werde, in der die Gerechtigkeit wahrhaft gedeiht.

Die Mündlichkeit.

Ihr Entwurf, meine Herren, ist das Werk klaren, praktischen Geistes. Er verdient in vielen Stücken reichlich das ihm gespendete Lob¹⁾. Er ist rein von der verderblichen Verwechslung von Mittel u. Zweck, von dem Mündlichkeitsformalismus u. -Fanatismus. Er sucht die Sache über die Form zu stellen. Zweckmässigkeit ist sein Leitstern; sein Ziel ein einfaches, sicheres, schnelles, billiges, den Parteien leicht fassliches, dem Richter bequem handliches, Saumsal und Chikane ausschliessendes, der Entscheidung die feste, klare, wahrhafte Unterlage bietendes Verfahren.

Formalistische Konsequenzen des s. g. Mündlichkeitsprincips, wie sie zum Theil unser Gesetz, im höheren Grade eine Mündlichkeitsscholastik und doktrinäre Praxis gezogen, werden mit vielem Glück vermieden.

Grundsätzlich verhandeln die Parteien den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich²⁾. Das Urtheil darf nur von den Richtern gefällt werden, welche an der dasselbe fundirenden mündlichen Verhandlung

theilgenommen haben³⁾. Aenderungen im Richterpersonal fordern also erneute Verhandlung: aber nach Ihrem E. unter Benutzung der Klageschrift, der zu den Akten gebrachten Beweise und der Verhandlungsprotokolle. — Der E. § 209 erklärt die mündliche Verhandlung für ein Ganzes⁴⁾ und schützt Sie dadurch vor dem thörichten — übrigens auch bei uns nicht gehandhabten — Princip des Wiederkäuens des schon Vorgetragenen in fortgesetzter Verhandlung und vor dem uns in Deutschland von Schriftgelehrten aufgedrängten seltsamen Grundsatz, dass nur das in der letzten Verhandlung Vorgetragene Urtheilsgrundlage sein dürfe. — Der E. verfällt nicht in den Irrthum, Mündlichkeit mit Reden und Hören zu verwechseln; er lehnt daher die Forderung ab, dass der Urkundenbeweis durch Verlesen angetreten werde, dass die Protokolle des beauftragten oder ersuchten Richters durch die Parteien verlesen werden müssen; und er scheut nicht zurück davor, den Processstoff, welcher aktenmässig fixirt ist, der also nur zur Information vorzutragen ist, die Protokolle des beauftragten und ersuchten Richters, durch den Vorsitzenden referiren zu lassen (§ 271, 297), ja diesem zur Anknüpfung an das Verhandelte das Bericht erstattende Wort zu lassen, wenn die begonnene Verhandlung in neuem Termin fortgeführt werden soll (§ 149)⁵⁾. Und nur folgerichtig wäre es, das im Falle des Richterwechsels gleicherweise zu ordnen⁶⁾.

Es gilt in der That, den wahren Werth der Mündlichkeit sich zu eigen zu machen und zugleich ihre Uebertreibung zu vermeiden. Es gilt, die Schriftlichkeit

auszumerzen in ihren schädlichen Wirkungen und doch nicht ausser Augen zu lassen, dass die Kunst des Schreibens einen Fortschritt des menschlichen Geistes bedeutet. Es gilt zu erkennen, dass die Mündlichkeit, der Verkehr von Person zu Person, der unmittelbare Gedankenaustausch dort, wo es auf das Erfassen der fremden Vorstellungen und auf das Ermitteln der Wahrheit aus Behauptungen und Beweisen streitender Theile ankommt, nimmermehr ersetzt werden kann durch die Schrift. Es gilt, den Process zu befreien von dem kaptiösen, gefährvollen Formalismus des unter der Eventualmaxime und der Präklusion stehenden Schriftwechsels, von diesem Druck, der überall hergeholt, verzögerliche, unwahre, chikanöse Vertheidigung fördert und zugleich nach dem Satze „scripta manent“ oft das gute Recht tödtet. Mit einem Wort: der Process ist, statt ihn zu mechanisiren, frei und natürlich zu gestalten, belebt von der Persönlichkeit. — Nur dann hat die Mündlichkeit Werth, wenn sie dieses Unersetzliche schafft: diesen Gewinn des lebendigen, freien Verkehrs und der Autopsie, wenn sie die papierne und doch so undurchdringliche Scheidewand zwischen Parteien, Auskunftspersonen und erkennendem Richter niederreisst, wenn sie den Entscheidungsstoff vor diesem unmittelbaren entstehen lässt und ihn nicht nur vermittelt durch die reflektirte und dürftige Niederschrift fremden Geistes.

Wollen Sie Mündlichkeit haben, so müssen Sie dieses Ziel erreichen; und das, wenn es nicht anders ist, auf die Gefahr mancher Mängel hin. Aber da ist ja die

Schrift zur Vorbereitung und Beurkundung; da ist die straffe, richterliche Processleitung zur Koncentration und Zurückweisung von Chikane, da ist manche Einrichtung denkbar, die dem Zerfliessen und Verschwinden des Processstoffes steuert.

Solche goldene Mitte ist zu suchen — aber nicht ein halbschieriges, innerlich unwahres, ungesundes Durcheinander von Schriftlichkeit und Mündlichkeit.

Lassen Sie es mich gleich aussprechen: Ihr Entwurf geht in seiner Scheu vor den Gefahren der Mündlichkeit zu weit. Was wir zu wenig gethan, thut er des Guten zu viel. Wir haben das Schiff zu leicht dem Getriebe der Wogen überlassen; Sie wollen es derart belasten, dass die Bewegung gehemmt wird. Alle Bedenken und Tadel gegen die Mündlichkeit haben bei Ihnen williges Ohr gefunden, sind gewissenhaft registrirt und berücksichtigt. Liest man unbefangen Ihre Erläuterungen, so muss man den Eindruck empfangen als gelte es viel mehr die nun einmal unvermeidliche so genannte Mündlichkeit unschädlich zu machen, als sie ins Leben überzuführen. Mit Schrauben und mit Klammern suchen Sie das flüchtige Element des Worts zu bannen. Ich fürchte, Sie erreichen Unerwünschtes. Es ist von bedeutsamer Seite als historisches Entwicklungsprincip die unaufhaltsame Expansionskraft der Schrift im mündlichen Verfahren, sobald sie einmal in dasselbe eingebracht, aufgestellt worden⁷⁾. Mir will es scheinen, als wolle man den Schluss dieser Entwicklung bei Ihnen vorweg nehmen.

Die Ordnungskräfte innerhalb der mündlichen Verhandlung.

Ich richte zuerst Ihre Aufmerksamkeit auf die in die mündliche Verhandlung selbst gelegten Ordnungs- und Konzentrationskräfte.

Die künstlichen, formalen Ordnungsprincipien der Eventualmaxime und der stofflich geschiedenen, präklusivischen Abschnitte, eines Stadiums der Behauptungen und der Beweise verwirft der E. (§ 194, 209 Abs. 12)⁸⁾. Die mündliche Verhandlung ist ein Ganzes, die Beweisaufnahme ein Incidentpunkt derselben; nach ihr kehrt grundsätzlich das Verfahren in die mündliche Verhandlung zurück; das bis zum Schlusse desselben Vorgebrachte ist rechtzeitig vorgebracht. — Mit Zittern und mit Zagen haben wir diese kühnen Grundsätze vor Jahren zum Gesetz gemacht. Wir bereuen es nicht. Unsere Besorgniß, es werde dabei der Process aus den Fugen gehen, ist grundlos gewesen. Zwar fehlt es nicht an Vertagungen, neuen Behauptungen, Beweisen, Beweisaufnahmen und die vorhandenen Gegenmittel sind unge-

nügend. Dennoch gedeiht unsere Rechtspflege allen solchen Schwierigkeiten zum Trotz.

Ihr Entwurf arbeitet ihnen zielbewusst entgegen. Er unterstellt, unter Ablehnung des sogen. Processbetriebes durch die Parteien, schon das Vorbereitungsstadium, die Vorgänge von der Einreichung der Klage bei Gericht bis zur mündlichen Verhandlung der richterlichen Leitung und Prüfung⁹⁾. Da hat der Vorsitzende für die Beseitigung von Formgebrechen der Schriftsätze, und auch dafür Sorge zu tragen, dass sie inhaltlich den Erfordernissen des Gesetzes entsprechen. Der Einzelrichter soll die schriftlich überreichte Klage auf ihre Vollständigkeit und Klarheit prüfen, die nicht durch einen Advokaten vertretene Partei zur Beseitigung der Mängel zu Protokoll vernehmen, ihr die erforderliche Anleitung geben, sie auf processualische Hindernisse hinweisen¹⁰⁾. Ist es doch überhaupt Pflicht des Gerichts, gewisse processualische Mängel „in jeder Lage des Rechtsstreits von amtswegen zu berücksichtigen“ (§ 6, 7.) und dem entsprechend die unzulässige Klage ohne Verhandlung zurückzuweisen (§ 7, 24 1. Abs. 2)¹¹⁾. Die meritorische Entscheidung muss der mündlichen Verhandlung verbleiben, aber auf die Grundlosigkeit der Klage kann auch hier der Bezirksrichter vorher hinweisen (§ 454, Abs. 2). Das alles vollzieht sich an der Schwelle des Processes und entlastet und sichert die mündliche Verhandlung.

Den Gang der mündlichen Verhandlung will der E. in kollegialgerichtlichen Sachen nicht, wie unser Gesetz lediglich der Diskretion des Richters überlassen. Er

wird stofflich durch das Gesetz gegliedert. Das Verfahren zerfällt — um mittelalterlich zu reden — in gewisse Substantialtermine: einen terminus ad litem contestandam, die „erste Tagsatzung“ und die eigentliche Streitverhandlung (§ 242, 249, 269, 459). Zunächst ist kürzlich, ohne langathmige s. g. Einlassungsfrist und vorbereitenden Schriftenwechsel, festzustellen, ob es zum Sachstreit kommt, oder ob er abgewendet wird durch Parteiverfügung (Verzicht, Anerkenntniss, Vergleich) oder processhindernde Vertheidigung oder durch Versäumnissurtheil. Dazu dient die „erste Tagsatzung“. Ich möchte sie darum „Einlassungstermin“ nennen; denn ihr Schluss ist — wenn nichts von dem oben Erwähnten geschieht — die Streitbefestigung. Gewiss eine treffliche, nachahmenswerthe Einrichtung, deren Nothwendigkeit sich uns, in Deutschland schon lange aufgedrängt hat¹²⁾. So kommen die glatten Sachen zum schnellen Ende, wird die Situation geklärt, für eine angemessene Gruppierung der s. g. kontradiktorischen Sachen gesorgt. Nur eine kleine Marginalnote möchte ich machen.

Sie betrifft die organisatorische Loslösung dieses Einlassungsverfahrens vom Spruchsenat und seine Verweisung vor den Vorsitzenden oder ein beauftragtes Mitglied unter Ausschluss des Anwaltszwanges.

Man hat litterarisch dafür mit Parallelen des römischen Jus und Judicium geworben; das sind Spielereien; hier ist keine Spur von Aehnlichkeit. Man erwartet Entlastung des Senats und glaubt ihrer zu bedürfen. Man verspreche sich nicht zu viel davon. Die

erste Tagsatzung ist nicht belastend. Jeder Sitzungstag kann ein vollgerüttelt Mass solcher Tagsatzungen vertragen. Ein Senat wird mit zwei, höchstens drei solcher Terminstage im Monat auskommen. Da wird er, wie es ja schon bei uns hier und da geschieht, in einer Sitzung vierzig bis sechzig Sachen abthun können. Und dass dabei das Kollegium betheiligt ist, scheint keineswegs unwesentlich. Die im Einlassungsverfahren auftauchenden Processfragen gehören — selbst wenn man die Klagenänderung verständigerweise so arbiträr behandelt, wie es der E. will — zu den intrikatesten Rechtsfragen, und selbst Versäumnissurtheile sind, zumal bei Ihrem Kontumacialsystem, nicht immer einfach. Die Absicht des Gesetzes, das Schwierigere dem Senat vorzubehalten, führt zu künstlichem Unterscheiden und — was noch schlimmer — zu Verschleppungen. Die Distribution der Sachen an die Referenten wird verzögert; die geistige Einheit des Kollegiums, das Zusammenarbeiten wird beeinträchtigt. Es können sich unliebsame Meinungsverschiedenheiten des Vorsitzenden und der Beisitzer fühlbar machen.

Aber wollte man auch den Vorschlägen des E. beipflichten, so sollte doch der Ausschussgedanke abgelehnt werden, nach welchem — vermöge der vom Ausschuss von 1000 fl. auf 500 fl. herabgeminderten Zuständigkeit der Bezirksgerichte — diesen in den Sachen im Werth von 500—1000 fl. die erste Tagsatzung zuzuweisen ist¹³⁾. Bei der geringen Anzahl so hochwerthiger Sachen und ihrem noch viel selteneren Abschluss im Einlassungs-

termin würde diese Ordnung nichts weiter sein, als eine gesetzliche Verschleppungsregel.

Uebrigens werden die Bezirksrichter bei ihrer nach deutschen Anschauungen enormen Zuständigkeit gut thun, die „erste Tagsatzung“ regelmässig zu handhaben. Das Bedürfniss ist hier nicht geringer, als in den kollegialgerichtlichen Sachen.

Der E. begnügt sich aber mit dieser Gliederung der mündlichen Verhandlung nicht. Unter Billigung des Permanenzausschusses macht § 288 dem Gericht zur Pflicht: „sofern nicht besondere Umstände einen anderen Vorgang nothwendig machen oder dem Gerichte zweckmässig erscheinen lassen“, das Verfahren zu trennen in ein präklusivisches Stadium der Verhandlung einerseits und der Beweisaufnahme andererseits. Zuerst alle Behauptungen und Beweisantretungen, auch die sogleich ausführbaren Beweisaufnahmen, dann erschöpfender Beweisbeschluss, darauf alle Beweisaufnahmen. Nach der Beweisaufnahme kehrt zwar die Sache in die mündliche Verhandlung zurück, aber der Beweisbeschluss schneidet alles neue Vorbringen ab, welches nicht durch die Beweisaufnahme veranlasst ist, oder früher wegen „unübersteiglichen Hindernisses“ unbenutzbar war¹⁴⁾. Die Furcht vor verschleppenden wiederholten Beweisaufnahmen ist das Motiv des Gesetzes; man scheut sie wie eine Wiederholung des Processes.

So führt der E. wieder durch eine Hinterthür die Eventualmaxime ein, ähnlich dem hannöverschen Entwurf und der württembergischen Civilprocessordnung

und doch wieder anders. Denn was hier geschaffen wird, ist eine diskretionäre und als solche doppelt gefährliche Eventualmaxime. Die Zweckmässigkeitserwägungen des Gerichts entscheiden über ihre Anwendung. Ohne Androhung kann das Gericht, wenn es zur vollständigen Verhandlung aufgefordert hat, das Präjudiz verhängen. Dem Aufdecken neuer Gesichtspunkte durch die Beweisaufnahme soll freilich Rechnung getragen werden, — allein dem so gewöhnlichen nachträglichen richtigeren Würdigen oder Erkunden, der an sich berechtigten Processökonomie nicht. So bezahlen sie die Konzentration der mündlichen Verhandlung zu theuer. Sie bezahlen sie, wenn § 288 wirklich Regel wird, mit der Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit des Verfahrens. Sie bekommen statt Entlastung Ueberlastung der Verhandlung; Sie provociren wieder die vorsorglich überall hergeholt, in omnem eventum vorgebrachten Angriffs- und Vertheidigungsmittel; es entstehen überhäufte Beweisbeschlüsse und nahezu unheilbare und ungerechte Präklusionen. Der grosse Vortheil, vielleicht mit einer Einrede, einem durchschlagenden Beweismittel die Sache auszutragen, oder den Einredebeweis vor dem Replikbeweis, den Zeugen- vor dem Sachverständigenbeweis zu erheben, wird in Frage gestellt. Gewiss, wir haben oft wiederholte Beweisaufnahmen — und das empfinden wir mitunter als Belästigungen für das Gericht und für die Partei — aber um den Preis des § 288 möchten wir diese Last nicht missen. Uns fehlt zum ausreichenden Zusammenschluss der mündlichen Verhandlung nur eine

energische Kostenstrafe, die in Verbindung mit dem Kostengesetz zu schaffen, ganz in Ihre Hand gelegt ist¹⁵⁾. Damit treffen Sie die Nachlässigkeit; gegen die Chikane bietet der E. anderweit Deckung.

Seine volle Schärfe jedoch gewinnt E. § 288 erst durch § 209 Abs. 3. In diesem Gesetz wird der Schluss der mündlichen Verhandlung gestattet vor der Beweisaufnahme, wenn diese vor dem ersuchten Richter stattfinden soll und entweder beide Parteien auf die Schlussverhandlung verzichten oder das Gericht sie für entbehrlich hält. So ist es in die Hand des Gerichtes gelegt, durch den Requisitionsakt den Parteien das rechtliche Gehör zu verschränken. Als Motiv führt man Rücksicht gegen die Partei an, die nicht genöthigt werden soll, überflüssiger Weise zu erscheinen. Aber zunächst besteht bei dem Kontumacialsystem des E. solche Nöthigung gar nicht, — wie ich unten zu zeigen haben werde, — und dann könnte die Wohlthat gar leicht zum Uebel ausschlagen. Weiss doch Niemand vor der Beweisaufnahme, wie sie ausfallen wird, ob sie nicht Anlass zu neuen Beweisansprüchen, ja vielleicht zu einer Veränderung der ganzen Angriffs- oder Vertheidigung-Position geben wird. Also fort mit diesem § 209 Abs. 3, wie mit dem § 288. Sie können viel Unheil stiften und wenig nützen¹⁶⁾.

Dass der E. die Chikane kräftiger als unsere CPO. durch Official-Zurückweisung aller absichtlich verschleppenden neuen Behauptungen und Beweise bekämpft (§ 194, 285), wird allgemein gebilligt werden. Widerspruch wäre nur dann am Platz, wenn als „neu“ be-

handelt werden dürfte, was in den vorbereitenden Schriften nicht enthalten ist; denn es würde ihnen damit ein ungebührliches, die Mündlichkeit gefährdendes Gewicht beigelegt werden. — Uebrigens darf man sich von der sog. Souveränität des Gerichts nicht zu viel versprechen. Es ist die erzieherische Kraft der Mündlichkeit, dass sie die durchsichtige Chikane, diese Giftpflanze des Schriftverfahrens, vertilgt. Der undurchsichtigen aber ist auch mit den Mitteln des E. nicht beizukommen.

Noch einer — und gewiss nicht der unwichtigsten — in die mündliche Verhandlung gelegten Triebkraft der Schnelligkeit und Geschlossenheit des Verfahrens habe ich zu gedenken¹⁷⁾: der Energie, mit welcher der E. der Vertagung und der Umgehung der Tagfahrt entgegen wirkt.

Bekanntlich leiden wir durch Beides in Deutschland nicht gering. Wir sind ziemlich wehrlos den übereinstimmenden Vertagungsansprüchen der Parteien preisgegeben; wir sind vollkommen ohne Macht gegenüber einem solchen Antrag der erschienenen Partei im Versäumungsfall und gegenüber dem Ausbleiben oder Nichtverhandeln beider Theile. Es kommt vor, dass mehrere Termine vergehen, bis die Sache zur Verhandlung gelangt. Freilich geschieht das nur, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten werden — und an irgend einem plausibeln Grund wird es dann nicht fehlen. Immerhin bedeutet dieser Zustand für das Gericht Zeit- und Kraftverlust.

Auch Sie sind solchen Gefahren ausgesetzt, wenn schon in geringerem Grade, weil der Processbetrieb durch die Parteien besonders geeignet ist, ihr Herrschaftsgefühl

und ihre Gleichgültigkeit gegen den richterlichen Unwillen zu stärken. Der E. will dem Unwesen mit energischen Mitteln zu Leibe gehen. Die Erstreckung der Tagsatzung soll nur aus besonderen Gründen gestattet werden (§ 145). Vertagt darf werden wegen 1. unübersteiglicher Behinderung der Partei, 2. Behinderung des Gerichts, 3. zur Zeit unausführbarer, unerlässlicher Beweisaufnahme, 4. sonstiger Unthunlichkeit des Abschlusses der jeweiligen Verhandlung. — Das Alles versteht sich eigentlich von selbst; wesentlich ist, dass aus anderen Gründen nicht vertagt werden darf. Der Permanenzausschuss (§ 136) mildert den ersten Vertagungsgrund: lässt sehr erhebliches Hinderniss und unersetzlichen Schaden genügen —; hingegen schärft er den zweiten: da werden unaufschiebbare amtliche Obliegenheiten oder sonstige wichtige Gründe der Behinderung gefordert.

Eine Umgehung der Tagfahrt soll, wie bei uns, das Ruhen des Verfahrens bewirken, aber immer nur einmal gestattet sein. Im Wiederholungsfalle gilt die Klage als zurückgenommen¹⁸⁾. Zu all' dem gesellt sich der Kostenachtheil des § 155.

Das lässt an Schneidigkeit nichts zu wünschen übrig. Aber all zu scharf, macht schartig. Die Befürchtungen vor der Verschleppung haben den E. in seinem Eifer viel zu weit geführt. Er stellt sich einseitig auf den Standpunkt des Gerichtes und doch ist die Rechtspflege nicht um des Gerichtes, sondern um der Parteien willen da. Ueberall blickt starkes Misstrauen gegen den Advokatenstand durch; man will Gericht und Partei vor ihm

schützen, — ob und in welchem Masse mit Recht, das vermag ich nicht zu beurtheilen. Aber auch wenn die bisherigen Zustände besondere Vorsicht erheischen sollten, so dürfen doch die Gegenmittel nie im Widerspruch mit dem Zweck der Rechtspflege stehen. Man kann bekanntlich den Teufel nicht durch Beelzebub austreiben.

Jedermann weiss, dass die Parteien und die Anwälte leichter am terminlichen Handeln, als am Schriftverkehr behindert sind. Dieselben Gründe, welche bei uns häufig Vertagungen veranlassen, werden sich auch bei Ihnen geltend machen: Verhinderungen der Parteien oder der Anwälte sachlicher, persönlicher Art, schwebende Vergleichsverhandlungen, nicht ausreichende Instruktion, gleichzeitige Beschäftigung des Advokaten in anderer Sache, mitunter Nachlässigkeit oder Konnivenz, aber die beiden letzten Gründe selten greifbar. Wie oft geschieht es, dass erst in der Verhandlung der Partei ein Licht aufgeht über die Wichtigkeit eines nicht beachteten Punktes! Da fehlt dann die Information, wie sie gegenüber dem überraschenden Novum fehlt. Soll nun überall zur Verhandlung gezwungen werden? Wäre das nicht unerträgliche Härte? Cui bono? Nur um den Process schnell zu beendigen? Der E. hat ja zutreffend in seinen Erläuterungen betont, dass der Process nicht Selbstzweck sei. Ist es denn seine Schnelligkeit? Soll das gute Recht deshalb Schaden nehmen, weil es nicht schnell genug dem Herrn Richter demonstrirt werden kann? Und was gehts ihn an, wenn die Parteien mit der Vertagung einverstanden sind. Mit den Vertagungsgründen

des § 145 ist schlechterdings nicht auszukommen. Auch im Interesse des Gerichts nicht; denn dieses hat kein Interesse an unzureichenden Verhandlungen — und das dringendste Interesse daran, von Amtswegen vertagen zu dürfen, wo immer es ihm aus guten Gründen — und zu denen zählt auch die ungebührliche Dauer der Sitzung — angemessen erscheint. Der Druck der Thatfachen wird sich so mächtig äussern, dass der § 145 (136) bald nur noch auf dem Papiere stehen, d. h. dass man dem § 145 Nr. 4 die weitherzigste, seinem Sinn entschieden widerstrebende Auslegung geben wird. So etwas aber soll der Gesetzgeber jederzeit vermeiden. Nichts ist demoralisirender, als Gesetze erlassen, von deren Undurchführbarkeit man überzeugt ist. Nein, geben Sie Vertagungsfreiheit aus allen erheblichen, nach dem Ermessen des Gerichts zu würdigenden Umständen. Sollte das in Verbindung mit der Kostenfolge (§ 155 = 144) nicht genügen, so ist überhaupt nicht zu helfen. Wir würden uns glücklich schätzen, wenn wir so gestellt wären.

Und nun Ihr § 184 mit seinem schneidigen Präjudiz der Klagezurücknahme, einer Art Versäumnissfolge bei Versäumniss beider Theile. Man hat dieser Vorschrift auch von hochangesehener deutscher Seite das Wort geredet, begreiflicher Weise, denn es hat sich bei uns allgemach die Vorstellung befestigt, dass das Umgehen der Termine ein Krebschaden unserer Rechtspflege sei, zu dessen Vertilgung das stärkste Mittel gut genug wäre. — Was wird § 184 bewirken? Tritt wiederholte Umgehung ein, so ist der Kläger so zu sagen a limine

abgewiesen, und muss, wenn er nicht Wiedereinsetzung bekommt, noch einmal klagen: also Vermehrung der Prozesse! Aber gewiss, wenn irgend möglich, wird man das zu vermeiden suchen. Wie aber, wenn eine erspriessliche Verhandlung nicht möglich ist, und doch auch die rigorosen besprochenen Vertagungsregeln keine Hoffnung auf Vertagung geben? Da eröffnen sich dem Beklagten, wenn bereits einmal das Verfahren geruht haben sollte, die bedenklichsten Spekulationen! Ich muss hier Bemerkungen über Ihr Versäumnissverfahren vorwegnehmen, um mich verständlich zu machen. Ich nehme an, der Beklagte hat seine Klagbeantwortung eingereicht und in ihr die Klagthatfachen bestritten, Gegenbeweise beantragt und Einreden unter Beweis gestellt. Er empfängt vor dem Termin keinen klägerischen weiteren Schriftsatz. Jetzt bleibt er im Termin aus. Der Kläger ist in fatalster Lage: Repliken kann er nicht vorbringen; die Einreden sind zu berücksichtigen, wenn er Versäumnissurtheil (418 Abs. 2) beantragt; Vertagung bekommt er nicht. Verhandelt er nicht, so gilt seine Klage als zurückgenommen. Geradeso gestaltet sich die Sache, wenn der Beklagte im Termin seine Einreden bewiesen hat und zur Fortsetzung der Verhandlung vertagt wurde. Auch da kann der Beklagte ruhig säumig werden, ausbleiben oder erklären, dass er nicht verhandle; sein Gegner, der ihm keinen Repliksatz zugestellt hat, ist ganz machtlos. — Sollten Sie sich aber zum Einspruchssystem entschliessen, so würde § 184 nur die Folge haben, dass massenhaft Versäumnissurtheile klägerischer-

2*

seits erbeten werden müssten, die nachträglich durch Einspruch beseitigt würden.

Jedenfalls müssen Sie im Falle der Versäumniss des einen Theils dem anderen die Vertagungsmöglichkeit eröffnen. Und weiter scheint es mir bei Ihrem Ausschluss des Processbetriebs durch die Parteien ganz überflüssig und doktrinär, dass das Ausbleiben beider Theile das Ruhen des Verfahren nach sich zieht. Lassen Sie in solchem Falle den Richter den neuen Termin von Amtswegen ansetzen und knüpfen Sie dann an das Umgehen auch dieses zweiten Termins, also an das unmittelbar auf einander folgende Circumducieren zweier Termine das Präjudiz der absolutio ab instantia. Das ist wohl annehmbar und mehr als ausreichend, zumal Sie ja leichthin durch Erweiterung Ihres § 155 eine Kostenfolge schaffen können, nach der wir so sehr seufzen. Legen Sie doch beiden Parteien die Kosten des umgangenen Termins zu gleichen Theilen auf. Es versteht sich ganz von selbst, dass zu konnivirendem Umgehen des Termins sich der processbereite Anwalt nur herbeilassen wird, wenn der Gegner die ganze Kostenfolge übernimmt. Ueberdies liegt es in Ihrer Hand, durch das Kostengesetz dem Advokaten jedes Interesse an der Vermehrung der Termine gründlichst zu benehmen.

Ich wiederhole: Ueberspannen Sie den Hochdruck des Processbetriebs nicht zu sehr. Die Sache ist nicht so gefährlich, wie man glaubt. Wenn auch das Gericht sich zufolge der Vertagungen wiederholt auf dieselbe Sache vorbereiten muss, so will das doch nicht viel

bedeuten. Die Verschleppung aber nimmt sich im Lichte unserer Justizstatistik nicht so ängstlich aus. Trotz unserer unmässig langen Einlassungsfrist von einem Monat, die selbstverständlich wegen Geschäftsüberlastung oft überschritten wird, trotz unserer gänzlichen Wehrlosigkeit gegen Vertagungen und Circumduktionen endigen von den kollegialgerichtlichen kontradiktorischen Sachen circa 27 % in weniger als drei Monaten, 28,7 % in weniger als 6 Monaten, 28,7 % in weniger als 12 Monaten. Und in einzelrichterlichen Sachen geht es erheblich schneller¹⁹⁾.

Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung.

Eine ähnliche scharfe Spannung, wie ich sie in Beziehung auf die Konzentrationskraft innerhalb der mündlichen Verhandlung bisher nachwies, entwickelt das System des E. zur Vorbereitung derselben. Damit komme ich zu einem Punkt, welcher die s. g. Mündlichkeit des Verfahrens innerlichst berührt. Denn sie selbst wird direkt betroffen, wenn s. g. vorbereitenden Schriften oder Protokollverhandlungen oder Beweisaufnahmen, die nicht vor dem erkennenden Richter stattfinden, doch präjudicielle Bedeutung, die Eigenschaft einer Urtheilsgrundlage, ja vielleicht der Urtheilsgrundlage haben. Von diesem Gesichtspunkt aus darf man selbst die kommissarischen (durch das erkennende Gericht angeordneten) Beweisaufnahmen (Beweisaufnahmen vor dem ersuchten und beauftragten Richter) hierher zählen.

Vorweg bemerke ich, dass die Kautelen Ihres E. und Ausschussberichts in diesem Stück fast ausschliesslich dem kollegialgerichtlichen Verfahren gelten, — also das bezirksgerichtliche kaum besser und sicherer vorbe-

reitet wird, wie bei uns. In welchem hohen Grade das bei Ihrer enormen Ausdehnung der einzelrichterlichen Zuständigkeit Einschränkung der Vorbereitung des Verfahrens im Verhältniss zum deutschen Process bedeutet, brauche ich nicht erst auszuführen. Das ist ein wunder Punkt, den der Ausschussantrag § 442 Abs. 3²⁰⁾ nicht bessert. Man sollte darauf Bedacht nehmen, in allen bezirksgerichtlichen Sachen, in denen die Parteien durch Advokaten vertreten werden, dem Richter die Anordnung vorbereitenden Schriftenwechsels zu gestatten.

Alles was der E. vom processleitenden Richter im kollegialen und einzelgerichtlichen Verfahren zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Herbeschaffung von Streitmaterial vor dem Beginn oder in Fortsetzung der Verhandlung gethan zu sehen wünscht, verdient vollste Zustimmung, nur vielleicht mit einem doppelten Reservat, nämlich im Punkte der Zeugenladung (§ 240 N. 3) und der Beweisaufnahme durch den Vorsitzenden (§ 199 Nr. 4)²¹⁾.

Der vorbereitende Schriftenwechsel ist (wie angedeutet) nur für das kollegialgerichtliche Verfahren in Aussicht genommen²²⁾. Im bezirksgerichtlichen ist er zulässig. Die Klagbeantwortung, welche der ersten Tagsetzung folgen soll, ist essentiell. Sie ist „Pflicht“ der Beklagten; ihre Versäumniss ist Nicht-Verhandeln, zieht Versäumnissurtheil nach sich²³⁾. Folgerichtig hat der Ausschuss die Beantwortungsschrift bei späterer Versäumniss ausdrücklich als Urtheilsgrundlage behandelt²⁴⁾. Dass ihr damit ein weit über unser deutsches System

hinausgehendes Gewicht beigelegt wird, leuchtet ein. Man könnte fragen, weshalb das nicht auch bezüglich der andern Schriftsätze geschehe. Freilich würde, wenn es geschehe, ein rein schriftliches Verfahren und zwar mit Schriftenwechsel die Folge sein.

Nun hat aber der E. sich mit vorbereitenden Schriften nicht begnügt, vielmehr durch ausgedehntestes Protokollverfahren die mündliche Verhandlung vorzubereiten für nöthig erachtet.

Da kommt in erster Linie § 197 (§ 185) in Betracht. Dieses durch den Permanenzausschuss nicht beanstandete Gesetz giebt dem Richter die Freiheit, nach begonnener Verhandlung, im Falle der Vertagung, ein Protokollverfahren anzuordnen. Die Partei soll sich „zu gerichtlichem Protokoll äussern.“

Näheren Aufschluss über die Procedur erhalten wir weder durch den Gesetzestext, noch durch die Erläuterungen, doch dürfen wir annehmen, dass das Protokoll gemäss § 79 (§ 78) ein richterliches sein soll, wohl auch, dass die „Äusserungen“ einseitig in Abwesenheit des Gegners statthaft sind. Dagegen bleibt es dunkel, ob das Protokoll demselben nach §. 81 zuzustellen und ob ihm darauf rechtliches Gehör in gleicher Form zu verstatten ist, ja endlich, welche Bedeutung dem Protokoll zukommt. Obschon die Vorschrift über die Officialberücksichtigung der Protokolle (§ 277) des Protokolls des § 197 nicht Erwähnung thut, kann schon nach dem in diesem Gesetz selbst an die Versäumniss im Protokollverfahren geknüpften Präjudiz keine Frage sein, dass der

Richter das Protokoll von Amtswegen zu berücksichtigen hat. Das neue Vorbringen darf zurückgewiesen werden, wenn es ohne genügenden Grund nicht zu Protokoll gegeben ist. Und das Protokollirte ist im Versäumnissfalle doch wohl gemäss § 416 (§ 401) zu berücksichtigen — wenschon auch hier der Wortlaut es nicht deckt. Jedenfalls ist das angeführte — freilich durch den Permanenzausschuss erheblich, auf das grob fahrlässig oder das dolos zurückgehaltene verzögerliche Novum, eingeschränkte — Präjudiz genügend, um ein ergiebiges Protokollverfahren herbeizuführen. Es eröffnet sich die Perspektive der Schriftlichkeit. In jedem irgend nur stofflich reichhaltigeren, zu Vertagungen führenden Process kann der Vorsitzende das Protokollverfahren des § 197 mit dem Erfolg anordnen, dass die gesammte Stoffsammlung in die Hand des Einzelrichters fällt und der Spruchsenat nur noch eine referirende Schlussverhandlung erlebt. Sollte aber auch der Bezirksrichter zur Anwendung des § 197 befugt sein²⁵⁾, dann läge es in seiner Macht, an Stelle des geordneten mündlichen Verfahrens ein völlig ungeordnetes Protokollverfahren zu setzen, denn bei ihm wäre ja selbstverständlich eine mündliche Schlussverhandlung nur Scheinaktion.

Noch Schlimmeres stellt der Entwurf für das kollektialgerichtliche Verfahren in Aussicht durch die Art und den Umfang des von ihm beliebten s. g. vorbereitenden Verfahrens (§. 255 fg.). Auch wir haben diese instruction par écrit, dieses leidige Protokollverfahren vor beauftragtem Richter mit der Tendenz der Feststellung des

gesamten Verhandlungsstoffes, mit der Regel der präklusivischen Bedeutung des Festgestellten und der thatsächlichen Reduktion der mündlichen Verhandlung vor dem Kollegium auf ein überaus ermüdendes, nutzloses Herleiern des Akteninhalts. Aber die Anwendung beschränkt sich auf Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnliche verwickelte Streitsachen. Das Protokollverfahren erstreckt sich nicht auf die Beweisaufnahme; es bleibt also immerhin dem erkennenden Gericht noch die wichtige Aufgabe, die Relevanz der bestrittenen und deshalb beweisbedürftigen Thatsachen zu prüfen, und das Beweisverfahren. Anwälte und Richter detestiren gleichmässig diese Procedur. Schon ihre wenig ruhmreiche Vergangenheit in der hannöverschen Praxis liess das erwarten. Jetzt ist das s. g. vorbereitende Verfahren nahezu todt. In der That genügt auch bei höchst verwickelten Sachen gewöhnlich der eingehende vorbereitende Schriftenwechsel.

Wenn des unerachtet Ihr E. die instruction par écrit nicht nur aufgenommen, sondern ihr auch ein viel ausgedehnteres, ja fast unbeschränktes Anwendungsgebiet, und einen noch reicheren, ja geradezu erschöpfenden Inhalt gegeben hat, so kann das nur aus dem Wunsch oder Trieb erklärt werden, die Mündlichkeit überhaupt aus dem kollegialgerichtlichen Verfahren auszumerzen. Ihr Permanenzausschuss mildert die Position ein wenig, aber nicht genügend.

Gegenständlich ist das vorbereitende Verf. des E. eigentlich unbeschränkt. Es muss eingeleitet werden,

wenn die Parteien es wollen. Es muss eingeleitet werden, abgesehen von den thatsächlich verwickelten Streitigkeiten, überall, wo Beweise vor dem Kommissar in Aussicht stehen (255 Nr. 2—4)²⁶⁾ oder die Beweisaufnahme die Streitverhandlung voraussichtlich unterbrechen, erschweren oder verzögern würde²⁷⁾. Da nun letzteres überall der Fall, wo eine Beweisaufnahme anzuordnen, da ferner solche doch in den meisten nicht ganz glatten Sachen in Sicht ist, so ist das vorb. Verf. die regelmässige Form des kollegialgerichtlichen Processes nach dem System des E., gleichviel ob man mit dem Permanenzausschuss den Konventionalprocess, die Parteianträge als Grund des Verfahrens, streicht oder beibehält, ob man in § 255 Nr. 5 ein „unverhältnissmässig“ einschaltet oder nicht. Allerdings hat der Ausschuss auch die fakultative Natur der Procedur betont („kann“ statt „ist“). Aber auch damit wird der ausgesprochenen Tendenz, die instruction par écrit zu begünstigen, wenig entgegengewirkt werden, um so weniger, als der Protokollzwang Ihrer mündlichen Verhandlung, der schwerere Verkehr mit dem Kollegium, der grössere Rigor im Punkt der Vertagungen und der Versäumnissfolge in der mündlichen Verhandlung die Sehnsucht nach dem s. g. vorbereitenden Verfahren stärken werden.

Der Inhalt desselben ist ausgedehnt auf die Beweisaufnahme mit Ausnahme der eidlichen Parteivernehmung (259 Abs. 2). Der beauftragte Richter erlässt die Beweisbeschlüsse, soll die Sache möglichst spruchreif machen. So allerdings nur in den Fällen § 255 Nr. 3—5 (vgl.

§ 260, 261) oder zur Sicherung der Beweise. Aber einer der in § 255 Nr. 3—5 genannten Umstände, d. h. die Aussicht kommissarischer oder störender Beweisaufnahme, wird in jeder fraglichen Sache zutreffen.

Findet vorb. Verf. statt, so wird sich die Sache folgendermassen entwickeln. Die Parteien verhandeln vor dem Senatsmitglied. Es entsteht über ihr gesamtes Vorbringen das ausführliche Protokoll. Die Beweise werden gleichermassen hier erhoben und zwar sämmtlich, soweit sie denkbarer Weise von Einfluss auf die Entscheidung sein können (§ 261 a. E.). In der Schlussverhandlung vor dem erkennenden Gericht erstattet der Referent den Bericht aus den Akten, zum Theil vielleicht ganz durch Vorlesen derselben. Die Parteien haben nichts hinzuzufügen — dafür sorgt das Präjudiz des § 272 (§ 263)²⁸). Die Verhandlung wird geschlossen, wenn nicht die eidliche Parteivernehmung sich noch vernothwendigt. Das erkennende Gericht nimmt die Akten vor und entscheidet auf Grund derselben.

Ja, m. H., das mag ein Fortschritt gegenüber Ihrem bisherigen Process sein, sicherlich ist es kein mündliches Verfahren mehr. Sie erwarten davon Ersparniss an Zeit, Geld, grössere Sicherheit. Ist das nicht Selbsttäuschung? Das letzte Argument hat jedenfalls keine Bedeutung gegenüber einem Protokollzwang in der mündlichen Verhandlung, wie Ihr E. ihn will. Die Zeitersparniss ist möglich, nicht gewiss. Es kommt darauf an, wie Ihr beauftragter Richter procedirt und wie Ihre Parteien die Sache betreiben. Stofflich wird das vorb. Verf. eher über-

lastet, als entlastet. Der Richterkommissar muss, weil er nicht weiss, was der erkennende Senat für wesentlich halten wird, seine Instruktion auf Alles richten, was möglicherweise bedeutsam ist; er muss in diesem Umfang auch Beweise erheben. Und da können immer noch Irrthümer, Uebersehen unterlaufen. Die Kostenersparniss ist schon dadurch problematisch und wird sich doch wesentlich nach dem Kostengesetz richten. Die Unmittelbarkeit der Wahrnehmung des Beweismaterials geht total verloren und mit ihr das Hauptstück der Mündlichkeit. Schlimm genug, wenn die kommissarische Beweisaufnahme als unvermeidliches Uebel hingegenommen werden muss. Doppelt schlimm, wenn sie in solcher Weise begünstigt wird. Ihre mündliche Schlussverhandlung wird häufig pro nihilo sein. Um diese sind Sie sicherlich nicht zu beneiden. Es giebt nichts Oederes, als eine solche Verhandlung, in welcher die Protokolle hergeschnurrt werden und Niemand an dem Vortrag Interesse nimmt, da ja doch Alles unter dem Bann des Satzes steht: „quod non est in actis, non est in mundo.“

Ich gebe gern zu, dass auch in Deutschland Juristen existiren, welche das Alles gut und wünschenswerth finden. Aber das sind Schriftgelehrte, Leute der alten schriftlichen Observanz, oder doch solche, welche das vorbereitende Verfahren und unseren mündlichen Process erster Instanz nicht genügend kennen. Ich gebe ferner zu, dass unter Umständen in thatsächlich arg verwickelten Sachen, insbesondere in s. g. Rechnungsstreitigkeiten, ein vorbereitendes Protokollverfahren Bedürfniss

sein kann. Aber ich behaupte mit aller Entschiedenheit, dass dieses Bedürfniss mehr als gedeckt ist durch die Vorschriften unseres deutschen Gesetzes. Das beweist schlagend die Entwicklung unserer Praxis.

Gestatten Sie mir, gleich hier noch einige Bemerkungen über die kommissarische Beweisaufnahme — denn sie ist ja dem vorbereitenden Verf. nahe verwandt und gleich ihm eine Abweichung von der Mündlichkeit. Ihr E. lässt sie in gleichem Umfang zu, wie unser Gesetz: und gewiss, sie ist nicht entbehrlich.

Aber sie ist ein Uebel. Die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ist einer der wichtigsten Hebel für die Erkenntniss der Wahrheit. Das wird jeder Kenner des Rechtslebens bestätigen. Daher sollte man die kommissarische Beweisaufnahme nach Kräften einschränken, zum mindesten sie niemals gestatten nur aus Rücksicht auf die Belästigung des erkennenden Gerichts, auf seinen Zeitverlust oder aus Rücksicht lediglich auf die Kosten, letzteres wenigstens dann nicht, wenn der Beweisführer die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht beantragt und die Kosten eventuell zu tragen bereit ist. Es ist bekannt, mit welcher Laxheit deutsche Gerichte — zum Theil allerdings wegen Geschäftsüberlastung — die auch von Ihnen gewollten Bestimmungen handhaben²⁹⁾.

Der Beurkundungszwang.

Ich wende mich zur Beurkundung der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht.

Es ist nicht erforderlich, Ihnen die Vorschriften Ihres E. vorzuführen³⁰⁾. Sie wissen, dass er ein Protokoll- oder Recess-Verfahren mit erschöpfender Beurkundung der Urtheilsgrundlage, des ganzen Verhandlungsstoffes erstrebt, also die begleitende oder resumirende, jedenfalls in der Verhandlung gethätigte Beurkundung, nicht das nachträgliche Gerichtszeugniss im Urtheil will. Allerdings hat der E. noch den Thatbestand des Urtheils. Allein seine Funktion ist dunkel. Nach dem E. § 437 kann er anderweit nicht Beurkundetes enthalten. Demnach hätte das Verhandlungs-Protokoll keine negative Beweiskraft.

Dagegen legt ihm E. § 231 (§ 218) solche zweifellos bei:

„Soweit nicht ausdrücklicher Widerspruch einer Partei vorliegt, liefert das in Gemässheit der vorstehenden Vorschriften errichtete Protokoll über den Verlauf und Inhalt der Verhandlung vollen Beweis.“

Wir müssen hiernach doch wohl annehmen, dass im Falle eines offenen Widerspruchs zwischen Protokoll und Thatbestand jenes vorgeht³¹⁾.

Der Ausschuss hat es dabei belassen, aber § 437 gestrichen und den Thatbestand in die Urtheilsgründe einbezogen. Damit ist entschieden, dass ihm die Funktion des wesentlichen Gerichtszeugnisses nicht zukommt und das Protokoll allein den Verhandlungsinhalt fixirt. Nur das derart etwa auch durch Hereinziehung von Schriftsätzen, Protokollen des beauftragten, ersuchten Richters Festgestellte ist Urtheilsgrundlage. Wie sich hiermit wiederum der Fortbestand des „Thatbestandes“ in zahlreichen Bestimmungen des Ausschussentwurfs³²⁾ verträgt, vermag ich nicht zu enträthseln.

So soll die Wahrheit und Vollständigkeit — unter Ablehnung des hochbedenklich erscheinenden Thatbestandes — gesichert werden. Da wäre man also nach allen Versuchen und Erfahrungen auf diesem Gebiet dort wieder angelangt, wo man von vornherein so leicht hätte Ruhe finden können: beim Protokollverfahren.

Wer wird den Werth eines guten Protokolls verkennen! Wenn wir uns in Deutschland dennoch entschlossen haben, auf ihn zu verzichten, ja wenn wir selbst von den durch die CPO. (§ 270, § 470) gebotenen Hilfsmitteln — dem Recessiren auf Antrag im landgerichtlichen Verfahren, dem protokollarischen restimirenden Feststellen von Amtswegen nach Ermessen des Amtrichters — keinen Gebrauch machen, wenn auch nicht daran zu denken ist, unser Verfahren zum Protokollver-

fahren zurück zu bilden, so müssen doch starke Gründe für unser System sprechen. Man muss doch wohl mit unserem Thatbestand nicht so übel fahren und man muss jedenfalls ernsteste Bedenken haben gegen die gleichzeitige Beurkundung.

Seit der Enquête, die ich veranstaltet habe, sind acht Jahre ins Land gegangen. In dieser Zeit habe ich konstant in der Praxis und vornehmlich in Berufungssachen gearbeitet und auch anderweit die Entwicklung unserer Praxis mit Aufmerksamkeit verfolgt. In den fünfzehn Jahren der Geltung unserer CPO. habe ich viele Hunderte von Thatbeständen verfasst und entstehen sehen: in einfachen, aber auch in höchst verwickelten, über zahlreiche Termine fortgesponnenen Sachen. Ich stenographire nicht. Noch nie bin ich bei der Feststellung des Thatbestandes auf ernste Schwierigkeiten gestossen; niemals sind beachtenswerthe Einwendungen gegen unsere Thatbestände erhoben worden. Dabei bemerke ich, dass wir in Berufungssachen die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen nur protokolliren, wenn vor dem Spruch ein Richterwechsel zu befürchten steht, und dass wir auf das Gewissenhafteste die Aussagen in unseren Thatbeständen beurkunden. Gegen amtsgerichtliche Thatbestände wird wohl hier und da eine Ausstellung erhoben, ein Uebergehen, ein Missverständniß vom Anwalt gerügt, aber äusserst selten. Und auch da bleibt es zweifelhaft, auf wessen Seite der Fehler lag.

Und ist es denn wirklich etwas so Geheimnissvolles und Schwieriges, den Inhalt einer mündlichen

Verhandlung festzuhalten und nachträglich im „Thatbestand“ zu fixiren? Notizen des Richters sind dazu ein vollständig ausreichendes Hilfsmittel. Jeder pflichtgetreue Richter, der nicht ein Schwachkopf ist, weiss damit ebenso sicher — ja ich behaupte sicherer, wie der protokollirende Gerichtsschreiber, den Verhandlungsinhalt festzuhalten. Er hat es in der Hand, jederzeit, wenn er nicht zu folgen vermag, den Redefluss zu hemmen, und wenn er nicht sicher erfasst hatte, zu fragen. Freilich wendet man ein: die Notate seien eine Zumuthung für den Richter, und mancher der Sache ungewohnte deutsche Richter hat sich dagegen gesperrt. Ich verstehe das nicht. Es handelt sich einfach um eine Pflicht des Richters. Auch das Resumé-Protokoll sinnt Ihnen solche Notate an. Ohne sie wird es übel gerathen.

Man wendet ein: ja, aber Eurem Thatbestand fehlt jede Kontrolle, das Berichtigungsverfahren ist bedeutungslos. Man könnte hinzufügen: und in Eurer Berufungsinstanz mit vollem Novenrecht habt Ihr den genügenden Schutz gegen Uebersehen und Unvollständigkeiten des Thatbestandes. Das ist nicht unrichtig. Aber Ihr E. bietet Ihnen jene Kontrolle im wünschenswerthesten Umfang. Dass sich bei einer auf einen Termin concentrirten mündlichen Verhandlung der Thatbestand gedächtnismässig und durch Aufzeichnungen sicher bewirken lässt, geben auch die Erläuterungen des E. zu. In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung soll ja aber nach der weisen nachahmenswerthen Vorschrift des § 149 der Richter das

bisher Vorgebrachte unter Kontrolle der Parteien beim Beginn des Termins referiren. Freilich soll es auf Grund der Protokolle und Akten geschehen und ist in dieser Form werthlos, — aber lassen Sie das fort, fordern Sie das Referat auf Grund der früheren mündlichen Verhandlung. Dann ist die ersehnte Kontrolle da; dann ist jeder Irrthum ausgeschlossen, ist das Verschwinden des Processstoffs undenkbar, dann können die Parteien zugleich prüfen, ob der Richter ihren bisherigen Vortrag richtig verstanden hat, dann wird der Richter genöthigt, sich das Vorbringen genau zu fixiren und zu ordnen, dann wird die Eventualität vermieden, dass nach langzeitiger Vertagung die Parteien und Anwälte über das Vorgebrachte selbst nicht mehr im Bilde sind. — Und genügt Ihnen auch das noch nicht, so verpflichten Sie das Gericht, den Thatbestand innerhalb kurzer Frist (etwa 3 Tage) nach dem Schluss der Verhandlung zur Einsicht der Parteien auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und im Falle des Widerspruchs die mündliche Verhandlung — nicht zum Zwecke eines Berichtigungsverfahrens, sondern zur Vervollständigung des Vorbringens, mit einem Wort überhaupt wieder zu eröffnen. Wie sollen dann falsche Thatbestände entstehen, zumal wenn Geständnisse protokolliert werden müssen? Jedenfalls wird die Klage des Advokaten, der Richter habe den Thatbestand falsch festgestellt und seine, nicht die eigene Schuld sei es, dass die Sache schief gegangen, endgültig abgeschnitten, also das Vertrauen in die Rechtspflege gestärkt: und darauf kommt es vor allem an.

Aber alles das wäre bedeutungslos, eine übel angebrachte Oratio pro domo, wenn das Bild richtig wäre, welches in den Motiven des E. und anderweit in neuester Literatur von dem beabsichtigten Protokollverfahren entworfen wird. Es ist ungemein lockend. Alles scheint sich ebenso lebendig, wie sicher, ebenso einfach, wie gesund abzuspielen. Es wird vorgetragen und dann in kürzester Skizze protokollarisch festgestellt, wo nicht der Recess zu Hülfe kommt; die Verzögerung spielt keine Rolle, denn das Protokoll unterbricht nicht den flotten Gang der einheitlichen Verhandlung: es tritt an den Schluss; es ist der aufs Einfachste und Sicherste entstehende Thatbestand; es ist die feste Grundlage für jede fortgesetzte Verhandlung, für die Entscheidung. — Für mein Ohr hat dieser Syrenengesang nichts Verführerisches. Die Botschaft hör' ich wohl, allein mir fehlt der Glaube. Ich fürchte: Sie überliefern die Mündlichkeit der Erstarrung; Sie werden das Leben der Verhandlung in der Tintenfluth ertränken.

Erwägen Sie:

Liegen Schriftstücke vor: vorbereitende Schriftsätze oder gerichtliche Protokolle (§ 197, § 255 f.) und hat die Partei ihnen nichts hinzuzufügen — und das ist in Anbetracht der drohenden Souveränität und der Präclusionsvorschriften gewiss häufig zu erwarten, — so wird zur Vereinfachung der protokollarischen Feststellung, wenn nicht das Richterreferat Vorschrift ist, die mündliche Verhandlung ein Ableiern der Schriftsätze. „Bitte halten Sie sich an den Schriftsatz“, sagt man,

1. um zu kontrolliren, inwieweit die Partei von ihm abweichen will,
2. um die unwillkürlichen, torkelnden Abweichungen zu vermeiden.

So geschieht's ja jetzt schon häufig bei uns; um wie viel mehr haben Sie das zu gewärtigen.

Man wird sich alsbald fragen: wozu das? wozu dieser Formalismus? Die Parteien werden sagen, sie hätten den Schriftsätzen nichts hinzuzufügen, wie sie das nach vorgängigem vorbereitendem Verfahren und gehörtem Richterreferat im glücklichen Falle immer erklären werden.

Hat die Partei im kollegialgerichtlichen Verfahren Nova vorzubringen — ein unliebsames verzögerliches Ereigniss — dann kommen die Recesses des § 274 (265). Die kann nach dem Ausschussantrag der Vorsitzende anordnen, oder auch die Partei ohnedies überreichen. Natürlich bringt sie der Anwalt mit; die Niederschrift in der Sitzung ist ja unerträglich, wenn es sich nicht um ganz kurze Bemerkungen handelt. Die Bestimmung: „die Niederschrift habe sogleich bei der mündlichen Verhandlung zu geschehen“, hat nur Sinn, wenn sie die nachträgliche Ueberreichung des Recesses ausschliessen soll. Nun muss er vorgelesen werden. (Ausschuss § 265 Abs. 3): natürlich, denn nur so lässt sich seine Korrektheit feststellen. Was ist selbstverständlicher, als dass der Inhalt der Recesses überhaupt nur einmal und zwar à la lettre vorgetragen wird — am besten so, dass man ein Exemplar dem Herrn Richter überreicht, der es

liesst und dann zu den Akten nimmt, während gleichzeitig die Kopie vom Anwalt abgelesen wird.

Und wiederum wird man sich fragen, wozu denn das alles: man gebe doch einfach das Schriftstück zu den Akten ohne es zu lesen, man gebe dem Gegner eine Kopie, vertage dann und empfangen im nächsten Termin die Antwort, denn diese wird ja auf Nova ohnedies häufig nicht gleich erteilt werden können. Dann haben Sie das schönste schriftliche Recessverfahren.

Uebrigens bemerke ich, dass das Recessiren auch für das bezirksgerichtliche Verfahren, wenn Advokaten funktionieren, gestattet sein soll³³⁾.

Sind aber keine Recessen zur Hand, und die werden immer fehlen, wenn Advokaten fehlen, dann muss protokolliert werden. Liegen eingehende Schriftsätze vor, so entsteht das Flickprotokoll. Es wird die Abweichung oder Ergänzung unter Lesen und Vergleichen protokolliert. Das macht sich natürlich am besten *pari passu*: ein unleidliches Ding, von dem wir im Berufungsverfahren mitunter einen Vorschmack haben, wenn an der Hand des erstinstanzlichen Thatbestandes die Nova festgestellt werden sollen. Fehlt es an Schriftsätzen, oder ist mit dem Flickprotokoll nicht auszukommen, dann tritt das Resumé-Protokoll, von welchem sich der E. so viel verspricht, in seine Hauptfunktion — oder es wird wohl auch unter Unterbrechung der mündlichen Verhandlung nach einzelnen „Abschnitten“ derselben ein Successiv-Protokoll, partielles Resumé-Protokoll abgesetzt. Ohne Diktat des Richters geht das natürlich nicht ab, Sie

müssten denn höchst erleuchtete, gottbegnadete Gerichtsschreiber haben.

Und weiter ist klar, dass das Successiv-Protokoll aus verschiedenen Gründen sehr bald das Resumé-Protokoll verdrängen wird. Der Hauptgrund ist, die grössere Sicherheit und Leichtigkeit. Und was ist „Abschnitt“? Das ist ja ein ganz schwankender Begriff, — und je weiter man ihn auffasst, desto kürzer wird der Abschnitt, — und je kürzer er wird, desto mehr nähert sich das Verfahren dem Verhandeln aus dem Munde in die Feder! Das genügt, um die mündliche Verhandlung zu lähmen, sie zu ertöden, von der lästigen Verzögerung der Verhandlungen ganz abgesehen. — Sie hoffen, dem durch administrative Kautelen, durch ministerielle Belehrung und durch den Eifer der Richter zu begegnen. Ich wünsche Ihnen, dass es gelinge. *Vestigia terrent!* Die Tradition Ihres Summarverfahrens wird sich mächtig erweisen. Die Furcht vor *Monita* der Parteien, der Druck, den durch seine ganze Tendenz das Gesetz üben wird, dieses Streben nach voller Schriftgrundlage, alles das wird gerade beim gewissenhaften Richter ein schwerfälliges Protokollverfahren zeitigen.

Und doch werden Sie, besonders wenn ein flotter Richter ein fixes schneidiges Resumé-Protokoll absetzt, also leistet, was gewünscht wird, damit keine Garantie einer fehlerlosen Beurkundung haben.

Schon der Umstand, dass nur das wesentliche Ergebniss protokolliert werden soll, bringt in das Verfahren eine Fehlerquelle: den Relevanzirrtum! Der Richter hält

im Augenblick etwas nicht für wesentlich, was höchst wesentlich ist.

Dazu kommt die Schwierigkeit des Resumés. Es soll eine Art antipirten Thatbestandes sein. Wer viele Thatbestände bearbeitet hat, der weiss, dass solche Zusammenfassung Ruhe und Nachdenken fordert. Das geht nicht gut von Statten unter dem Druck der besetzten Tagesordnung und des Wunsches, den Akt des Protokollirens möglichst abzukürzen. Da wird gar leicht etwas übersehen, vorzüglich, wenn der Herr Richter im Vertrauen auf sein Gedächtniss oder aus Vornehmheit oder Bequemlichkeit sich nicht exakte Notizen machte.

Allerdings ist ja die Parteikontrolle da! Aber man hüte sich, sie zu überschätzen. Wie wenig bedeutet die Kontrolle der Zeugenprotokolle durch die Zeugen? Wie werden die Parteien, die selbst nicht rechtskundig sind, kontrolliren, wenn Ihnen schnell ein Protokoll vorgelesen wird und keine Neigung besteht, aufhaltenden Widerspruch entgegenzunehmen. Selbst Anwälte passen mitunter nicht auf: *quandoque dormitat Homerus*. Und welche Bedeutung wird dem Widerspruch, den sich das Gericht nicht aneignet, zukommen?

Von mindestens zweifelhaftem Werth ist das Flickprotokoll. Dass dabei leicht Widersprüche und Fehler unterlaufen können, ist in der Literatur mit Recht bemerkt und bewiesen die bei uns jetzt mehr und mehr geschwundenen Versuche, den Thatbestand durch Bezugnahme auf die Schriftsätze zusammen zu stoppeln.

Alle diese Betrachtungen sollen aber zurückgescheucht

werden durch den Hinweis darauf, dass ja der Entwurf nur das System der hannöverschen CPO. und des in Hannover für die deutschen Bundesstaaten ausgearbeiteten Entwurfs der unverdienten Vergessenheit entreisse, und dass die praktischen an der ersterwähnten PO. gemachten Erfahrungen besser wie alles Diskutiren und Spekuliren für den E. beweisen. In einer Ihnen Allen bekannten geistreichen Schrift ist die Beweisführung unternommen³⁴⁾. Sie hat mich nicht überzeugt.

Zunächst ist festzustellen, dass die hannöversche CPO. wesentlich von dem österreichischen E. abweicht, indem sie ausdrücklich ausspricht, dass die mündliche Verhandlung die ausschliessliche Grundlage des Urtheils bildet und zwar auch „rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten“³⁵⁾. Dieses Princip allein erschliesst die richtige Beurtheilung der hannöverschen Praxis. Das Gesetz hatte die Beurkundung des Verhandlungsinhalts vorgeschrieben (§ 102, 386). Einige Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes wurden gutachtliche Aeusserungen von den Obergerichtspräsidenten eingeholt: sie sprachen sich sämmtlich scharf gegen die Verallgemeinerung der *instruction par écrit* aus und im Grossen und Ganzen für das Festhalten des Mündlichkeitsprincips und gegen das Erstreben einer erschöpfenden schriftlichen Urtheilsgrundlage³⁶⁾. In der That emancipirte sich das obergerichtliche (kollegiale) Verfahren mehr und mehr vom Protokollzwang. Ich selbst sah das längere Zeit in Göttingen mit an; im kleinen Senat wurde unter

der Leitung eines trefflichen Vorsitzenden kaum mehr, als bei uns jetzt, protokolliert; das ging lebendig und gut von Statten; im grossen Senat, wo ein alter Herr der Schriftobservanz vorsass, protokollierte man tapfer nach den einzelnen Abschnitten. Das war unerträglich; der Gerichtshof zog sich dann wohl — um nicht am Tische müssig zu sitzen — zurück, und die Feder knirschte so lange, bis die Verhandlung fortgesetzt werden konnte³⁷).

Francke, einer unsrer trefflichsten, erfahrensten Praktiker bezeugt³⁸): er habe 17—18 Jahre lang obergerichtliche Prozesse mit angesehen. Es sei unrichtig die Behauptung Bährs, dass der Thatbestand seine Grundlage in den Schriften und im Processprotokolle gehabt habe. Vielmehr habe man das Protokollirungsgebot des § 102 in den späteren Zeiten wenig beachtet, nachdem dasselbe Anfangs fast eine Art theilweiser Schriftlichkeit herbeigeführt. So heisst es denn auch in den Protokollen der hannöverschen Kommission zur Berathung des deutschen E.: „die Rechtsentwicklung habe gezeigt, dass ein so ausgedehntes Gebot der Fixirung (des Verhandlungsinhalts) kein entschiedenes Bedürfniss sei. Deshalb hätten auch, während allerdings manche Präsidenten der höheren Gerichte für Belassung beim Alten seien, die meisten derselben und darunter sehr hervorragende in ihren Berichten sich dahin ausgesprochen, die absolute Nothwendigkeit der Fixirung aufzugeben und dieselbe dem Ermessen der Gerichtsvorstände anheimzustellen“. Dem hat der s. g. Deutsche E. § 130 — im schroffen Gegensatz zu Ihrem E. — für das kollegiale Verfahren ent-

sprochen, während er einzelrichterlich den Protokollirungszwang mit wesentlich schriftlichen Urtheilsgrundlagen annahm.

Und was das hannöversche Verfahren vor den Einzelrichtern mit seinem, Ihrem E. insbesondere dem Beschluss des Ausschusses entsprechenden, Resumé-Protokoll betrifft, so enthalten die erwähnten Kommissionsberathungen geradezu vernichtende Zeugnisse⁴⁰). Das Verfahren war ausgeartet in ein reines Protokollverfahren mit Einrede-Replik-Duplikprotokollen in fortgesetzten Terminen, von dem früheren schriftlichen wenig verschieden. Das scheint mir nicht geeignet, das Zutrauen in die Vorschläge des E. zu stärken.

Uebrigens mag — da nun einmal auf Zeugnisse provocirt worden — doch auch der Mann zum Worte kommen, dessen Schriften vor allem dazu gedient haben, Furcht vor unserem deutschen System zu verbreiten: Otto Bähr. Er sagt in der Besprechung des österreichischen E.⁴¹):

„eine Ueberlastung der Protokollirung bringt ein Kollegialgericht in eine unerträgliche Lage, ganz abgesehen davon, dass dann auch die Protokolle leicht schlecht werden. Aehnliche Bedenken wie gegen das im Gerichtshofprocess angeordnete Verfahren lassen sich auch gegen das Verfahren bei den Bezirksgerichten erheben“ —

Hier fürchtet Bähr etwas Aehnliches, wie es sich in den hannöverschen Amtsgerichten ausgebildet hatte und er es in Kurhessen durchlebt hat.

Entschliessen Sie sich nach dem hannöverschen Vorbild die mündliche Urtheilsgrundlage principiell anzuerkennen, die Beurkundung in das richterliche Ermessen zu stellen oder wohl auch sie „auf Antrag“ für obligatorisch zu erklären, den Thatbestand wieder in sein volles Recht einzusetzen mit der einen oder anderen Kautel seiner Korrektheit. Damit würden Sie Ihrer Praxis die Bewegungsfreiheit geben und sich die Möglichkeit wahren, in Landestheilen, in denen es geboten erscheint, instruktionell auf schärfere Protokollirung zu dringen. Auf diese Weise würden Sie ein gesundes, wahrhaft mündliches und doch sicheres Verfahren haben.

Berufung und Versäumnissverfahren.

Es kann der letzterörterte Gegenstand nicht abschliessend besprochen werden, ohne noch zweier Stücke des Procedursystems zu gedenken, denen eine hervorragende Bedeutung zukommt: der Berufung und des Versäumnissverfahrens.

Nach der Haltung der Motive des E. und anderweiten laut gewordenen Aeusserungen scheint es fast hoffnungslos, für die Berufung deutschen Styls zu plädiren. Und doch muss ich es thun: theils zur Ehrenrettung dieses meines Erachtens höchst ungerecht beurtheilten Institutes, theils, um nichts unversucht zu lassen, was dieser wichtigen Garantie der Gerechtigkeit Freunde unter Ihnen werben könnte.

Die Berufung des E. ist grundsätzlich die gemeinrechtliche Appellation, die *Revisio in facto et in iure* auf Grund des erstinstanzlichen Streitstoffs. Das Neue dient nur zur Begründung und Widerlegung der Beschwerden — d. h. doch wohl gegen Processverstösse; denn die Behauptung materieller Ungerechtigkeit der Beurtheilung

kann sich allein auf die beurtheilte Urtheilsgrundlage stützen⁴²⁾. So ist diese Berufung eigentlich nur Fortsetzung des Urtheilsstadiums — und die s. g. mündliche Verhandlung hier wenig mehr werth, ja, mitunter weniger werth, als bei der deutschen Revision. Kann man doch auch auf sie nach Vorschrift des E. ganz verzichten. Die Nachprüfung in der Thatfrage wird selbst dadurch nicht erheblich über die Nachprüfung der Akten (Protokolle) herausgehoben, dass die — gewiss selten genug beliebte — Wiederholung der Beweisaufnahme gestattet ist. — Unsere Berufung ist im schroffen Gegensatz hierzu die Fortsetzung der mündlichen erstinstanzlichen Verhandlung mit vollem Recht der Vervollständigung der Behauptungen und der Beweise.

Man gesteht sie uns als eine unabweisbare Folge der nicht genügenden erstinstanzlichen Feststellung des Sachverhalts, also, so zu sagen, als eine böse Nachgeburt des unzureichenden unterrichterlichen Verfahrens zu; und man verwirft sie vom Standpunkt des selbstgerechten Protokollirungsprincips aus als verschleppende, zwecklose Erneuerung des Processes. Beides halte ich für unzutreffend.

Der Ausschluss des s. g. Novenrechtes soll das strenge Protokollirungsprincip erheischen, oder umgekehrt: dessen Preisgeben die deutsche Berufung so zu sagen als Ventil gegen das unterinstanzliche Unterschlagen oder Uebersehen von Behauptungen nothwendig machen. Das hätte doch nur Sinn, wenn die Zuversicht in die Korrektheit des Thatbestandes unberechtigt wäre, — und müsste im Resultat zu zahllosen Appellationen führen. Dass aber

unsere Berufung nicht die Consequenz der oberflächlichen Unterinstanz ist, beweist am Besten die Statistik. Im Jahre 1891 kamen auf 1,402,395 amtsgerichtliche ordentliche und Urkunden-Processen mit 193,502 kontradiktorischen, berufungsfähigen Urtheilen 38,632 Berufungen. Dabei war procentual die Zahl der Berufungen gegen die landgerichtlichen, doch höhere Garantie genauer Feststellung und gerechter Beurtheilung bietenden Urtheile grösser, als die gegen die Urtheile des Einzelrichters; und diese Berufungen wiederum stellten sich etwa procentual gleich der Zahl der Revisionen. Ich meine, das spricht deutlich genug.

Wichtiger aber als das, ist die unumwundene Anerkennung, welche unser Berufungssystem verdient. Es ist ein werthvollstes Stück unserer Civilrechtspflege. Alles Gerede von der „*appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum*“ hat sich als doktrinaire Spekulation erwiesen. Jedem, der längere Zeit im Berufungsverfahren mit offenem Auge und warmem Herzen für unser alleiniges und höchstes Ziel: die Gerechtigkeit, gearbeitet hat, muss es klar geworden sein, dass nur dieses Rechtsmittel, welches nicht künstlich zwischen That- und Rechtsfrage scheidet, welches nicht die Prüfung der Ersteren verkümmert durch Beschränkung auf einen, womöglich unter gefährlichen Präklusionen zu Stande gekommenen Stoff, wahrhaft dem Leben gerecht wird. Da ist nichts Ungesundes, nichts Verschrobenes und Verkünsteltes, wie es unsere Revision mit ihren „*thatsächlichen*“ Feststellungen hat — und nothgedrungen Ihre

Berufung haben wird. Da wird nicht der Partei der Mund verboten, wenn sie ihr gutes Recht neuerdings durch einleuchtende Behauptungen und Beweise gegenüber vielleicht ganz schiefer erstinstanzlicher Instruction darthun will. Da kommt man zur erschöpfenden Verhandlung, zur wahren Spruchreife und — wenn der Richter sein Recht kennt und anzuwenden weiss — zum gerechten Urtheil. Da bewährt sich das Rechtsmittel als heilsam vorzüglich zum Schutz nicht so sehr gegen die falsche juristische Beurtheilung des Thatbestandes, sondern gegen das von falscher Ansicht geleitete Zustandekommen dieses Thatbestandes selbst. Damit verbindet sich die angemessene Entlastung der unteren Instanz, ihre Rettung vor überflüssigen, werthlosen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, welche sonst die Angst und Sorge für das Wohl der vom Ausschluss bedrohten Partei dem Advokaten abzwingt.

Es ist richtig, dass wir in der Berufungsinstanz oft Beweisaufnahmen, ja wiederholte Beweisaufnahmen haben; aber wir sind ja um des Rechtes willen da, — und ist es nicht Chikane, nicht grobe Saumsal, die Solches veranlassen, so fällt die Mühe und auch die geringe Verzögerung gegenüber dem unschätzbaren Werth der Wahrheit und Gerechtigkeit nicht ins Gewicht. Man halte Umfrage in Deutschland, ob man unsere heutige Berufung beschränken wolle, beschränken unter schärferer Garantie der Beurkundung des erstinstanzlichen Streitstoffs; ich bin sicher, dass die Antwort ein allgemeines, vorbehaltloses Nein sein würde. Auch der schärfste Be-

urkundungszwang der ersten Instanz macht die volle Berufung nicht überflüssig. Und was will es schliesslich gegenüber so hohen und wichtigen Interessen bedeuten, wenn einige Richter mehr anzustellen sein sollten. *Justitia est fundamentum regnorum*: dieser Spruch an der Pforte Ihres Kaiserhauses muss der Wahrspruch des Reiches zu allen Zeiten bleiben.

Der E. entzieht sich der Erwägung nicht, dass die präklusivische Wirkung der ersten Instanz mit übermässiger Härte verbunden sein kann. Da bietet die Wiederaufnahme (§ 552, insbesondere Nr. 6 und § 553) eine Hülfe von mehr als zweifelhaftem Werth⁴³).

Das Berufungsverfahren des E. krönt das Gebäude der Schriftlichkeit. Auf Grund der Akten — oft ohne jedes mündliche Verhandeln — wird entschieden werden: „in der That eine *appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum*“.

Und nun noch ein Wort zum Versäumnissverfahren des E. Es ist dem Gedanken der Schriftlichkeit angepasst. Mit einleuchtend praktischem Grund geht der E. davon aus, dass das, was einmal Processinhalt geworden, es auch bleiben müsse im Versäumnissfall, und scheinbar sieghaft charakterisirt er unser Versäumnissystem als einen doktrinären Ausfluss der Mündlichkeit. In der ersten Tagsatzung wirkt die Versäumniss des Klägers das Präjudiz der Klagzurücknahme: auf Antrag ergeht das Versäumnissurtheil, dass die Klage als zurückgenommen zu gelten habe (§ 412) —; die Versäumniss des Beklagten wirkt die *poena confessi* der Klagthat-

sachen, sofern sie nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt werden. Das Ergebniss kann also Verurtheilung oder Klagabweisung sein — und letztere nicht nur, weil die Klage nicht in den Rechten begründet, sondern auch weil die Behauptungen gegen die Ueberzeugung des Gerichts verstossen, die aus den vorliegenden, der Klage angefügten oder Kraft des früher berührten *nobile officium* des Gerichts herbeigezogenen Beweisen geschöpft ist. Schon das ist bedenklich, denn dadurch wird in gewissem Masse das Resultat dem Zufall preisgegeben. Aber von grossem Belang ist der Punkt nicht.

Man kann bis hierher dem E. folgen. Wie aber nun? Mit der rechtzeitigen Klagbeantwortung ist die Sache en état, wie die Franzosen sagen. Jetzt ist sie kontradiktorisch — und die s. g. Versäumnissurtheile, die nach der Redeweise des E. ergehen, sind nur noch *jugements contradictoires*. Von einer Versäumnissfolge ist überhaupt nicht mehr die Rede. Von nun an, wie bei späterem Ausbleiben der Partei ist alles Vorgebrachte, sind alle Behauptungen, Beweisantretungen (§ 418) zu berücksichtigen; das Bestrittene ist beweisbedürftig, die Beweise sind zu erheben, es ist zu entscheiden gerade so, als wäre die Versäumniss nicht eingetreten. Der Redaktor des E. sagt selbst: „Das Versäumnissurtheil ist seinem innersten Wesen nach ein kontradiktorisches, und neues mündliches Vorbringen der erschienenen Partei, welches dem ausbleibenden Gegner nicht vorher mitgetheilt worden, wird nicht berücksichtigt“⁴⁴). Mit anderen Worten: die Versäumniss der Partei, welche

wegbleibt, weil sie nichts mehr zu sagen hat, zieht Nachtheile für den fleissigen, erschienenen Gegner nach sich; er wird präkludirt, wenn er nicht rechtzeitig das beabsichtigte Vorbringen dem Gegner schriftlich mittheilt. Selbst die *poena confessi* unbeantworteter thatsächlicher Behauptungen scheint nicht sicher, denn die Erläuterungen sagen: „da der Kläger durch sein Ausbleiben von der Bestreitung des Vorbringens des Beklagten ausgeschlossen wird (§ 157), so wird das Gericht wohl in der Regel — abgesehen vom Vorbringen widersprechender Beweise — dem Vorbringen des Beklagten Glauben schenken und daraufhin ähnlich, wie im heutigen Process entscheiden“⁴⁵).

Vergegenwärtigen wir uns hiernach kurz dieses Versäumnissverfahren in Gerichtshofsachen. Hat der Beklagte die Klagbeantwortung nicht rechtzeitig überreicht, so ist er säumig, er mag thun, was er wolle; er ist es selbst dann, wenn er im Termin nachträglich erscheint (§ 415). — Hat er rechtzeitig die Klage schriftlich beantwortet, die Klagthatsachen tapfer bestritten, einen Haufen Einreden gebracht und unter Beweis gestellt, so kann er jetzt die Hände ruhig in den Schoss legen, und das um so beruhigter, wenn ihm keine Replikenschrift vor der mündlichen Verhandlung zukam. Er wäre ein Thor, wenn er erschiene; denn dadurch eröffnete er ja dem Gegner, wie schon früher bemerkt, die Möglichkeit, doch noch zu repliciren. Jetzt ist der Beklagte seiner Sache sicher: dem Kläger ist der Mund verboten, das Gericht entledigt sich seiner edlen Fürsorge für den Säumigen, erhebt für ihn die Beweise und weist den Kläger ab, wenn dieser

unvorsichtig genug ist, Versäumnissurtheil zu beantragen. Ganz ähnlich spielt sich die Sache ab, wenn der Beklagte sich hütet, nach mündlichem Vorbringen seiner Vertheidigungsgründe in der mündlichen Verhandlung und nach erfolgter Vertagung zur Beantwortung der Nova durch den Kläger wieder zu erscheinen. Davon sprach ich schon. Um dem zu begegnen, wird eine starke Vigilanz nöthig sein, damit ja das etwa beabsichtigte weitere Vorbringen vor dem Termin dem Gegner rechtzeitig schriftlich mitgetheilt werde. — Aber wie soll das im Bezirksgerichtlichen Verfahren sich ermöglichen, wenn Advokaten fehlen? In ihm sollen ja die Grundzüge des Gerichtshofsverfahrens angewendet werden (§ 451), soweit nicht Abweichendes bestimmt ist. Aber welche Fülle von Zweifelsfragen wird da rege: wie soll es gehalten werden, wenn eine Klagbeantwortung — zu der freilich der Beklagte nicht verpflichtet ist, die aber doch zulässig ist (§ 459) — eingeht? Wie, wenn eine „erste Tagsatzung“ angeordnet oder gar Schriftenwechsel gemäss dem Ausschussantrag (§ 459 = 442 Abs. 3) erfolgreich angeordnet wurde? Wie, wenn eine Einvernehmung zu Protokoll erfolgte?

Aber dem mag sein, wie ihm wolle: das was uns bei diesem Versäumnissystem vor allem befremdlich und bedenklich erscheinen muss, ist abgesehen von der betonten Unsicherheit der Position des nicht säumigen Theils, von der Macht des Gegners, jenem durch Ausbleiben die Rechtslage zu verkümmern, abgesehen überhaupt von dieser Macht der Partei, das Verfahren zu einem schriftlichen auf der Basis der Klagbeantwortung

zu machen, die ungenügende Remedur gegen das Versäumnissurtheil. Die Wiedereinsetzung (§ 159) — von der Wiederaufnahme nicht zu reden — ist eine völlig unzureichende Hülfe gegen den Versäumnissnachtheil, gegen das ungerechte Versäumnissurtheil. Ist doch die Restitution an die harte Voraussetzung des „unvorhergesehenen, unübersteiglichen“ Hindernisses geknüpft (§ 159) und bleibt diese Schranke doch noch immer beengend genug, selbst wenn man mit dem Ausschuss das „unübersteiglich“ streicht. Ist doch gegen die Ungerechtigkeit des Urtheils, nicht die Unvollständigkeit der Urtheilsgrundlage, überhaupt keine Rettung — da der alte Satz „contumax non appellat“ Princip des E. ist. Gewiss grundlos; denn es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb ein durchaus meritorisches und kontradiktorisches Urtheil, welches man Versäumnissurtheil zu nennen beliebt, der Nachprüfung entzogen werden soll.

Zur Rechtfertigung dieses Kontumacialsystems führt man doktrinäre Gründe an — und bekämpft man das deutsche Versäumnissverfahren mit seinem Einspruch als doktrinäres Produkt eines Mündlichkeitsprinzips. Insbesondere erscheint vielen das deutsche Versäumnissurtheil im Laufe der mündlichen Verhandlung (nach der Einlassung) nur durch eine formalistische Konstruktion, die Vorstellung von der s. g. Einheit und Urtheilbarkeit der mündlichen Verhandlung haltbar. Auch ich habe früher so gedacht, bevor ich unseren Process in der Praxis genau kennen lernte. Jetzt glaube ich, behaupten zu dürfen: es giebt kaum ein brauchbareres und verständigeres

Versäumnissverfahren, als das unsrige. Die dogmatische Konstruktion ist ja nur ein äusserer Flitter. Keine ungesunde Konsequenzmacherei, sondern ein kräftiger, praktischer Instinkt hat dieses Verfahren geschaffen mit seiner Einfachheit, seiner Sicherheit und Berechenbarkeit des Erfolges, seinem Vermeiden der öden, verschleppenden Restitution, mit dem glatten, schleunigen Einspruch, der Remedur schafft, wo man ihrer bedarf. Er freilich ist vor allem der Stein des Anstosses; er scheint ja ganz widersinnig und eine unerschöpfliche Quelle der Chikane und Verzögerung. Die Thatsachen widerlegen das. In den seltensten Fällen wird Einspruch gegen das Versäumnisurtheil eingelegt. Ein Anwalt erbittet es nicht, wenn er den Einspruch zu gewärtigen hat, und der Anwalt kommt, wenn er auf die Nachsicht des Gegners nicht rechnen darf, also das kostbare Versäumnissverfahren seiner Partei zuziehen würde. Dass aber ein Urtheil ergeht so zu sagen unter Vorbehalt des Einspruchs, ist nicht widersinniger, als das Erlassen des bedingten Zahlungsbefehls im Mahnverfahren. Und dass man von der Partei im mündlichen Verfahren Erscheinen fordert und im Falle ihres Ausbleibens annimmt, sie gebe ihre Rechtsposition mit allen ihren bisherigen Angriffs- und Vertheidigungsversuchen preis, ist sehr viel rationeller und der Wirklichkeit entsprechender, als der Standpunkt des E., welcher, trotz Ladung durch das Gericht, von der Partei das Erscheinen nicht fordert, wenn sie einmal verhandelte, und, trotz ihrer handgreiflichsten Theilnahmlosigkeit, für sie durch das Gericht die Geschäfte führen lässt.

Ich bin am Schlusse. Lassen Sie mich die Summe des Gesagten ziehen. Es wäre in hohem Grade zu beklagen, wenn auch diese bedeutende gesetzgeberische Arbeit, ihren Vorgängern gleich, ruhm- und spurlos zu den Todten ginge — beweint von den Angehörigen und Freunden. Aber fast ebenso sehr ist es zu wünschen, dass es jetzt noch, in letzter Stunde, gelänge, die Aenderungen zu vollziehen, welche Ihnen eine lebenskräftige, gesunde Rechtspflege zu sichern geeignet sind. Dazu gehört keine tiefgreifende Umgestaltung. Kräftige Arbeit mit dem Rothstift — die auch in anderweiten Partien des E. nützlich wäre — und einige Zusätze: damit liesse sich die Aufgabe erledigen.

Das Hauptgewicht fällt auf die Beseitigung der die Mündlichkeit ernstlich gefährdenden Vorschriften. Da handelt es sich vorerst nur um Streichungen. Man streiche den § 209 Abs. 3, § 288 Abs. 2, § 197 Schlusssatz, wenn nicht überhaupt das ganze Protokollverfahren dieses Paragraphen. Man schränke das vorbereitende Verfahren ein, ganz nach dem bewährten Vorbild der deutschen Civilprocessordnung. Man stelle den Thatbestand wieder als einen selbständigen, objektiv referirenden Theil des Urtheils hin, lasse ihm die Funktion, nicht in den Protokollen enthaltenen Verhandlungsstoff zu beurkunden. Man schreibe die Beurkundung durch Protokoll bez. Recess vor nach Ermessen des Gerichts — und obligatorisch, wenn es die Parteien beantragen. Und will man das nicht, so halte man an der Protokollirungsvorschrift fest, nehme ihr aber, entsprechend der hannöverschen Civil-

processordnung § 101, die essentielle Bedeutung. Dann kann sich — ähnlich, wie es in Hannover geschah — die Praxis dort freier entwickeln, wo das Geschick des Richters mit dem Bedürfniss nach lebendiger Verhandlung Schritt zu halten vermag. Umfassendere Veränderungen des E. würde die Aufnahme der „vollen“ Berufung und des deutschen Versäumnissystems erheischen. Aber sie wären der Mühe werth und sie liessen sich vollziehen ohne grundstürzende Umarbeitung.

Es mögen allem dem ernste Bedenken entgegenstehen, die ich nicht zu übersehen vermag: Rücksichten auf die lokalen Verhältnisse, die Ausdehnung der Gerichtssprengel, auf das verfügbare Personal, Befürchtungen vor schlechter Gewohnheit und dergleichen. Aber wie dem auch sei: keinesfalls sollte die Verbesserung unterbleiben aus der so viel betonten Furcht vor Chikane und Verschleppung. Denn diesen Uebeln wird die Mündlichkeit in Verbindung mit angemessnen Kostenvorschriften erfolgreich steuern.

Meine Herren, ich habe zu Ihnen gesprochen, wie es nach meinem besten Wissen und Gewissen für mich Pflicht war. Erblicken Sie in meinen Einwendungen nichts Anderes, als den Ausfluss des eifrigen Wunsches, Ihnen, soweit es an mir ist, zu nützen, und glauben Sie, dass ich erfüllt bin von der Wahrheit des Satzes: „Si duo faciunt idem, non est idem“, und vollständig gefasst auf die Zurückweisung: Eines schickt sich nicht für Alle.

Anmerkungen.

1) Dabei ist an Lobpreisungen, wie sie Schneider in den Preussischen Jahrbüchern Bd. 77 S. 295 unter entsprechender Herabsetzung unserer Gesetzgebung bringt, nicht gedacht.

2) E. § 190 (179): „Vor dem erkennenden Gericht verhandeln die Parteien über den Rechtsstreit mündlich.“

3) E. § 430 (414): „Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche an der dem Urtheil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung theilgenommen haben. Muss vor der Urtheilsfällung eine Aenderung in der Person des Vorsitzenden oder eines der übrigen Senatsmitglieder eintreten, so ist die mündliche Verhandlung vor dem geänderten Senate mit Benutzung der Klage, der zu den Acten gebrachten Beweise und des Verhandlungsprotokolls von neuem durchzuführen.“ Vgl. auch §§ 231 Abs. 3 (§ 218), 232 Abs. 2 (219), 277 (266).

4) E. § 209 Abs. 2 (197): „Die Verhandlung ist bis zur Verkündung ihres Schlusses als ein Ganzes anzusehen.“ Vgl. hierzu meine civilprocessualische Enquête in der Zeitschr. f. deutsch. Civilprocess Bd. XI. Ergänzungsheft (1887) S. 89 fg.

5) E. § 149 (140): „Wenn nicht wegen einer Veränderung in der Besetzung des Gerichtes eine neuerliche Verhandlung stattfinden muss, hat im Falle der Erstreckung einer Tagsatzung der Richter oder der Vorsitzende des Senates, vor welchem die Verhandlung stattfindet, bei der späteren Tagsatzung die wesentlichen Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung auf Grund des Verhandlungsprotokolls und der sonst zu berücksichtigenden Processacten mündlich vorzuführen und die Fortsetzung der abgebrochenen Verhandlung hieran anzuknüpfen.“ — § 271 (262): „Wenn der Streitverhandlung

ein vorbereitendes Verfahren vorausgegangen ist, sind die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens bei der Streitverhandlung auf Grund der gerichtlichen Protokolle durch ein Mitglied des Senates vorzutragen. — Ueber Antrag oder von Amtswegen können die im vorbereitenden Verfahren stattgefundenen Verhandlungen, Einvernehmungen und Beweisaufnahmen ganz oder zum Theil vorgelesen werden. Die Vorlesung geschieht durch ein Mitglied des Senates oder durch den Schriftführer.“ — § 297 Abs. 1, 2 (286): „Das Ergebniss einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme hat der Vorsitzende auf Grund der diese Beweisaufnahme betreffenden Protokolle und sonstigen Acten bei der mündlichen Verhandlung zu geeigneter Zeit darzulegen. Wenn diese Darlegung nach Ansicht einer der Parteien in erheblichen Punkten vom Inhalte der Acten abweicht, sind über ihren Antrag die Beweisaufnahmsprotokolle und die sonstigen die Beweisaufnahme betreffenden Acten dem vollen Inhalte nach vorzulesen.“ — Ueber die deutsche Praxis s. meine Enquête S. 92 fg.

6) Vom Standpunkt des E. aus zweifellos. Aber auch für Deutschland wäre Derartiges wünschenswerth — wenigstens in Form der Licenz. Meine in der Enquête S. 104 dagegen erhobenen Bedenken lasse ich auf Grund reiflicherer Erfahrung fallen.

7) Kleins Mündlichkeitstypen, Wien 1894 S. 8.

8) E. § 194: „Die Parteien können bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung über einen Antrag neue, auf diesen Antrag und die stattfindende Verhandlung bezügliche thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen.“

9) E. §§ 85 (83), 86 (84), 241 (232).

10) E. § 454 (437): „Wenn die schriftlich überreichte Klage nach Ansicht des Richters in irgend einem Punkte einer Ergänzung oder Aufklärung bedarf, oder wenn sich gegen die Einleitung des Verfahrens Bedenken ergeben, hat der Richter den Kläger noch vor Erledigung der Klage hierüber zu Protokoll zu vernehmen und ihm, wenn er nicht durch einen Advocaten vertreten ist, zu den entsprechenden Vervollständigungen oder Richtigstellungen die nöthige Anleitung zu geben. — Erscheint die mündlich zu Protokoll gegebene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit des Gerichtes oder wegen Mangels der persönlichen Befugniss zur Klage oder wegen mangelnder Processfähigkeit des Beklagten unzulässig, so ist hierüber dem Kläger mündlich oder auf Verlangen schriftlich Belehrung zu ertheilen. Ebenso ist, wenn die Klage

offenbar unbegründet erscheint, dem Kläger (mündlich) eine angemessene Belehrung zu ertheilen; die Aufnahme der Klage darf jedoch letzterenfalls nicht verweigert werden, wenn der Kläger trotz dieser Belehrung auf der Protokollirung besteht.“

11) Vgl. besonders E. § 7 (6): „Wenn der Mangel der Processfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Ermächtigung zur Processführung nicht beseitigt werden kann oder doch die hiezu gewährte Frist fruchtlos abgelaufen ist, hat das Gericht erster oder höherer Instanz, bei welchem die Rechtssache eben anhängig ist, die Nichtigkeit des von dem Mangel betroffenen Verfahrens von amtswegen durch Beschluss auszusprechen.“ — § 241 Abs. 2 (232): „Wenn er (der Vorsitzende des Senats) jedoch der Ansicht ist, dass die Klage wegen einer auch durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zu beseitigenden Unzuständigkeit des Gerichtes oder wegen des Mangels der Processfähigkeit oder der erforderlichen gesetzlichen Vertretung auf Seiten des Klägers oder Beklagten unzulässig ist, so hat er die gerichtliche Entscheidung darüber einzuholen, ob die Tagsatzung anzuberaumen oder eine Verfügung im Sinne des § 6 zu erlassen oder die Klage als zur Bestimmung der Tagsatzung ungeeignet zurückzustellen sei.“

12) Vgl. meine Enquête S. 41, 33.

13) Bericht des Permanenzausschusses für die Reform des Civilprocesses betr. das Gesetz über die Ausübung der Gerichtsbarkeit u. s. w. (Jurisdictionsnorm) S. 5 fg. und der Ausschussantrag zu § 53 dieses Gesetzes.

14) Die wichtige Bestimmung (§ 288 = 277) lautet: „Alle nicht sogleich bei der Verhandlung selbst ausführbaren und insbesondere die ausserhalb der Verhandlungstagsatzung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vorzunehmenden Beweisaufnahmen sind, sofern nicht besondere Umstände einen anderen Vorgang nothwendig machen oder dem Gericht zweckmässig erscheinen lassen, erst nach vollständiger Erörterung des Sachverhaltes und mittels eines und desselben Beweisbeschlusses anzuordnen. — Behufs Erörterung der Ergebnisse solcher Beweisaufnahmen ist nach deren Vollendung, wenn nicht die Voraussetzungen des § 209 Absatz 3 vorliegen, die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte von amtswegen wieder zu eröffnen. Alle bei der wieder eröffneten Verhandlung vorgebrachten neuen thatsächlichen Anführungen und Beweisanerbietungen sind durch Beschluss zurückzuweisen, wenn das neue Vorbringen weder durch die Ergebnisse der inzwischen stattgefundenen Beweisaufnahme

veranlasst ist, noch die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein für sie unübersteigliches Hinderniss ausserstande war, diese Behauptungen oder Beweise schon bei der früheren Verhandlung vorzubringen.“

15) Vgl. auch E. § 44 (43).

16) Vgl. auch E. § 277 Abs. 2. Dass die Schlussverhandlung thatsächlich oft bedeutungslos ist (vgl. meine Enquête S. 101), beweist nichts gegen das Gesagte.

17) Verständige Zeitbeschränkungen im E. § 289, 293 Abs. 3, 312 Abs. 3, 320, 345, 348.

18) E. § 184 (173): „Ein Ruhen des Verfahrens kann in jedem Prozesse nur einmal vereinbart werden. Wenn beide Parteien bei einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagsatzung nicht erscheinen, nachdem das Verfahren schon einmal ruhte, so gilt die Klage als zurückgenommen.“

19) Vgl. Deutsche Justiz-Statistik, bearb. vom Reichs-Justizamt, Jahrg. VI (1893) S. 178. In den amtsgerichtlichen durch kontradiktorisches Endurtheil erledigten Sachen dauerten im Jahre 1891: 63,5 % weniger als drei Monate, 22,8 % weniger als 6 Monate.

20) Dort heisst es: „In Rechtsstreitigkeiten der in § 246 Z. 1 bezeichneten Art (d. i. Rechnungsstreitigkeiten, Auseinandersetzungen und ähnlichen Sachen) kann jedoch vom Gericht den Parteien, wenn sie durch Advocaten vertreten sind, der Wechsel vorbereitender Schriftsätze aufgetragen werden, oder es kann zur Vorbereitung der mündlichen Streitverhandlung eine Einvernehmung der Parteien zu gerichtlichem Protokoll stattfinden.“

21) Vergl. E. §§ 240 (231), 241 (232), 267 (258), 456 (439), 457 (440), 197 (185), 199 (187).

22) E. §§ 253 (244) fg., 267 (258), 459 Abs. 2 (442).

23) E. § 415 (400).

24) E. § 416 Abs. 1 lautet in der Fassung des Ausschusses (§ 401): „Wenn nach rechtzeitig überreichter Klagsbeantwortung zur mündlichen Streitverhandlung eine Tagsatzung anberaumt wurde und eine der Parteien diese oder eine spätere zur mündlichen Streitverhandlung bestimmte Tagsatzung versäumt, so kann die erscheinene Partei die Erlassung eines Versäumungsurtheiles beantragen. Bei der Urtheilsfällung sind nebst dem Inhalte der Klage und Klagsbeantwortung auch die etwaigen früheren Erklärungen und thatsächlichen Angaben der nunmehr säumigen Partei zu berücksichtigen, insofern dieselben im Verhandlungsprotokolle, in den Anlagen dieses

dieses Protokolles oder durch Bezugnahme des Verhandlungsprotokolles auf überreichte vorbereitende Schriftsätze in den Protokollen beauftragter oder ersuchter Richter und insbesondere in den Protokollen eines vorbereitenden Verfahrens festgestellt sind oder den Gegenstand einer vom Richter bei einer früheren Tagsatzung verfügten Beweisaufnahme bilden, und es ist auch auf die Ergebnisse der bereits stattgefundenen Beweisaufnahmen Bedacht zu nehmen.

25) Vgl. Note 20. Hieraus möchte man geneigt sein, durch arg. e contrario abzuleiten, dass in der That der Einzelrichter in anderen Fällen die Parteien nicht zu Protokoll einvernehmen dürfe. Aber die allgemeinen Regeln finden doch auch auf das bezirksgerichtliche Verfahren Anwendung.

26) E. § 255 (§ 246) N. 2: „wenn das in den vorbereitenden Schriftsätzen enthaltene thatsächliche Vorbringen von solchem Umfange oder von solcher Art ist, dass sich die vorgängige Ordnung und Sichtung desselben behufs Beschleunigung und Vereinfachung der mündlichen Streitverhandlung als zweckmässig darstellt;“ N. 3: „wenn sich die Parteien nach Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze zur Bewahrheitung von bestrittenen, aber erheblich erscheinenden Thatumständen auf Beweise berufen, welche während der mündlichen Streitverhandlung vor dem Processgerichte nicht aufgenommen werden können;“ N. 4: „wenn sich die Parteien zu dem unter Z. 3. angegebenen Zwecke auf Zeugen berufen, welche weder am Sitze des Processgerichtes, noch in dessen Nähe wohnen, oder wenn es zur Ermittlung der Wahrheit dienlich scheint, namhaft gemachte Zeugen ausserhalb der Gerichtssitzung an Ort und Stelle zu vernehmen.“

27) E. § 255 (246) N. 5: „endlich in allen anderen Fällen, in welchen die Aufnahme der von den Parteien in den vorbereitenden Schriftsätzen zur Bewahrheitung bestrittener, erheblich erscheinender Thatsachen angebotenen Beweise die Durchführung der mündlichen Streitverhandlung voraussichtlich unterbrechen, erschweren oder verzögern würde.“

28) Dasselbe entspricht dem § 319 der deutschen CPO. und ist für diese Art des Verfahrens unentbehrlich.

29) Darüber giebt Aufschluss mein Enquête S. 124 fg.

30) Vgl. besonders E. §§ 222—232 (210—219) §§ 274—277 (265—266), § 461 und Ausschussantrag § 442 Abs. 5.

31) Die Erläuterungen geben ebensowenig Aufschluss über das Verhältnis dieser beiden Beurkundungsformen, wie der E. Es versteht sich von selbst, dass das Gericht einen „Widerspruch“ gegen das

Protokoll beachten und demnach dasselbe berichtigen wird, wenn es erkennt, dass er begründet ist. Ist dieses nicht der Fall, so ist der Widerspruch gegen das Gerichtszeugnis bedeutungslos und wird selbstverständlich im Thatbestand keine Stütze finden.

32) Vgl. z. B. E. §§ 440 (422) 441 (425), 443 (425), 502 (489), Ausschussantrag § 483 Abs. 2., 489; dass der Thatbestand, wenn er in die Gründe einbezogen wird, seinen Charakter völlig ändert, durchaus subjektiv wird, während er Gerichtszeugnis sein soll, dürfte nicht verkannt werden.

33) E. § 459 (442 Abs. 5.): „Der Auftrag zur schriftlichen Feststellung von Anträgen und Erklärungen (§ 265) kann vom Richter nur denjenigen Parteien ertheilt werden, welche bei der mündlichen Verhandlung durch Advocaten vertreten sind“. Ebenso E. § 461 Abs. 2.

34) Klein a. a. O. S. 45 fg.

35) Hannov. CPO. E. 101.

36) Sie sind veröffentlicht in Leonhardt das Civilprocessverfahren des Königreichs Hannover, Hannover 1861 S. 49 fg. Bei der Beurtheilung der Berichte ist im Auge zu behalten, dass dieselben auf verhältnissmässig kurzer Erfahrung ruhen; ferner dass die Obergerichte vorbereitende Schriftsätze hatten, die das österreichische Bezirksgerichtliche Verfahren grösstentheils entbehren wird. Die Darstellung Kleins vom Inhalt der Gutachten ist stark subjektiv gefärbt, giebt ein durchaus unrichtiges Bild. Um der Wichtigkeit willen, die er selbst den Zeugnissen dieser Gewährsmänner beilegt, lasse ich einige Aeusserungen derselben folgen: II. Bericht S. 59 (Oberappellationsgericht) das Gedächtniss der Richter reicht hin den Thatbestand zu fixiren und so die ursprüngliche Schriftlichkeit der Vorverhandlungen zu ersetzen; III. S. 62 (Planck): „Die Feststellung der thatsächlichen Grundlage des Rechtsstreits auf den ausschliesslichen Grund der mündlichen Verhandlungen, ohne Rücksicht auf deren etwaige Abweichungen von dem in den schriftlichen Anträgen enthaltenen Vorträgen, hat im Allgemeinen keinen besonderen Schwierigkeiten unterlegen,“ (es ist an Feststellung im Thatbestand gedacht); IV. (v. Bobers) S. 63: bei wesentlichen Abweichungen an den Schriften häufig Recesse; „fehlt auch ein derartiges Hilfsmittel, so sind immer wenigstens drei Richter vorhanden, die den Vortrag vernommen und finden sich, wie sich solches allerdings ereignet, unter diesen Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vorgelegenen, so sind wir wieder in das Gerichtszimmer gegangen, haben

die Parteien zu einer wiederholten Herauslassung über den zweifelhaften Punkt aufgefordert und so die erforderliche Gewissheit erlangt. Dadurch ist denn auch stets der Thatbestand auf genügende Weise festgestellt“ —; V (1859) S. 64: „Verlangt man — durchaus eine Feststellung der thatsächlichen Behauptungen der Parteien durch die Schrift, so wird sich dieses allerdings auch bei Beibehaltung des mündlichen Verfahrens durch Aufnahme aller derjenigen thatsächlichen Behauptungen der Parteien, welche nicht in ihren Schriften enthalten sind, in das Schlussprotokoll bewerkstelligen lassen, allein das Verfahren würde dadurch im höchsten Grade schleppend werden, und man würde auch bei grosser Weitläufigkeit und Vorsicht doch wahrscheinlich oft wahrnehmen, dass man nicht vollständig genug in der Sitzung habe protokolliren lassen, und da man die Schrift aus den mündlichen Vorträgen nicht wird ergänzen können, so wird leicht das materielle Recht benachtheiligt werden. Auch ward bei dem jetzigen Verfahren der Thatbestand fast immer richtig in den Urtheilen festgestellt“ —; VI (1855) S. 67: „die von den Parteien eingereichten Schriften gewähren den grossen Nutzen, dass Anwälte und Richter sich vorbereiten können, sind aber keineswegs die Grundlage der Entscheidung. Die Einsicht des Sitzungs-Protokolls bedürfen wir bei derselben nicht. S. 69: Sehr schwer ist es dagegen zu bewirken, dass alle im Laufe der Verhandlungen vorgenommenen Veränderungen und Modificationen in der Darstellung des facti protokollirt und verlesen werden. Die Anwälte sprechen in zusammenhängenden Reden und es fällt ihnen niemals ein, die Vorlesung des Protokolls zu begehren“ u. s. w. „Eine solche Protokollirung würde der Verhandlung alle Frische und Lebendigkeit rauben, die der Vorzug des mündlichen Vortrags ist. Das Verfahren würde sich im Wesentlichen in ein schriftliches umwandeln.“ — VII (1859) S. 74: Abweichungen von den Schriften seien „in der Regel“ protokollirt, IX (1855) S. 75 für Festhalten des § 101; X (1855) S. 77 für vorbereitendes Verfahren, wo man mit Notizen in der mündlichen Verhandlung nicht durchkommen könne (Rechnungsprocesse u. dergl.); S. 79: Abweichungen von den Schriften, sei es durch Protokoll, sei es durch Notat leicht zu fixiren; XI (1855) S. 81: treffliche Charakterisirung des Thatbestandes, seines selbstständigen hohen Werthes; XII (1855) S. 86: Fixirung der Abweichungen von den Schriften wie in Nr. X; XII (1855) S. 87: „Beim hiesigen Obergericht wird in der Regel der vollständige Thatbestand in das Urtheil eingerückt, dagegen die Anwendung

des § 102 auf das geringste Maass beschränkt, d. h. nur Abänderungen rücksichtlich der schriftlich vorgebrachten Thatsachen und Anträge werden zu Protokoll fixirt. Alte in der mündlichen Verhandlung neu vorgebrachten Thatsachen, Einreden, Repliken etc. werden erst durch das Urtheil fixirt;“ XIII (1858) S. 90 „Noch weniger dürfte sich eine Abänderung dahin empfehlen, dass statt der mündlichen Verhandlung die schriftlichen Anträge und das Sitzungsprotokoll der Entscheidung zum Grunde zu legen, indem dieses zu einem Ablesen der Anträge (d. h. Schriftsätze), verbunden mit einer protokollarischen Instruktion vor versammeltem Kollegio führen würde. Zur Vermeidung einer derartigen Zeit und Kräfte verschwendenden Protokollar-Instruktion wird am hiesigen Gerichte die Vorschrift des § 102 höchst selten (!) zur Anwendung gebracht, vielmehr werden die in der mündlichen Verhandlung vorkommenden Abweichungen durch die species facti des Erkenntnisses festgestellt. Dieses Verfahren hat sich durch fünfjährige Erfahrung bewährt.“ XIV (1855) S. 92 gegen Anordnung des § 101 über schriftliche Urtheilsgrundlage; XV (1855 Meyer) S. 93: Kongruenz von Wort und Schrift unschwer herzustellen (wie zu verstehen?) s. Meyer, Protokoll u. Urtheil S. 21 fg.); XVI (1855) S. 94: „Wesentliche Abweichungen, Berichtigungen und Verbesserungen werden durch das Sitzungsprotokoll festgestellt. Für die weiteren Verhandlungen (Repliken, Dupliken) können einzelne schriftliche Notizen leicht aushelfen“; XVII (1855) S. 95: Diktat und Vorlesen des Protokolls, und dazu fünf Berichtigungsanträge! Mehr, als sonst berichtet worden; XVIII (1856) S. 96: „Abgesehen davon, dass das Fixiren alles Thatsächlichen in scriptis dem Grundsätze der Mündlichkeit — nicht entspricht, so ist jenes Protokolliren auch gar nicht anders auszuführen, als dadurch, dass der Vorsitzende das, was ins Protokoll genommen werden soll, dem Gerichtsschreiber diktirt. — Der Vorsitzende wird aber mit diesem Diktiren erst nach Beendigung der Parteivorträge beginnen können, und deshalb während dieser Vorträge über deren thatsächlichen Inhalt sich Notizen machen müssen. So ist es denn bisher auch hier geschehen. Nun geht aber mit diesem Diktiren, Niederschreiben und Wiedervorlesen und den regelmässig nicht ausbleibenden Berichtigungen und Zusätzen nicht allein sehr viel Zeit verloren, sondern, was schlimmer ist, Richter und Anwälte werden dadurch aufs Aeusserste ermüdet und abgespannt u. s. w. Dass die Gefahren, denen man durch eine so ausgedehnte Protokollirung des thatsächlichen Vorbringens vorbeugen will, in Wirklichkeit nicht vor-

handen sind, darüber habe ich schon in meinem vorjährigen Bericht mich geäußert.“ XIX (1855) S. 98 fg.: „Abweichungen, nicht neue Einreden, Repliken u. s. w. werden protokollirt; schriftliche Urtheilsgrundlage abzulehnen; XX S. 107: Protokollirung unter Zurückziehen der Richter ins Berathungszimmer „zur Vermeidung unangenehmen Aufenthalts“; XXI S. 108 fg. lobende Anerkennung des mündlichen Verfahrens; XXII (1856) S. 111: § 101 beizubehalten; XXIII (1858): für das geltende Recht.

37) Auf diese freie Entwicklung der Praxis habe ich bereits in meinem Handbuch S. 139 hingewiesen, aber damit bei Klein S. 53 Anm. 33 nicht vollen Glauben gefunden. Schon die Berichte in Note 36 hatten ihn von der Richtigkeit meiner Angabe überzeugen sollen. Vgl. auch die Allgemeine Begründung der Deutschen CPO. § 5, auch die Protok. der Reichsjustizkommission S. 93.

38) Francke in Zeitschr. f. Deutsch. CP. Bd. IX S. 517 fg.

39) Protokolle der Commission zur Berathung einer allg. CPO. für die deutschen Bundesstaaten (I Hannover 1862) S. 105.

40) Vgl. die Protokolle (Note 39) S. 3010, 3068, 3073 fg., 3078, 6000 fg.

41) O. Bähr in Zeitschr. f. deutsch. CP. XIV S. 91.

42) Bedenken betreffend die Unterscheidung im E. § 502 (480) bei Kornfeld Civilprocessuale Grundsätze, Leipzig 1893 S. 74 fg., Petersen im Sächsischen Archiv f. bürgerliches Recht Bd. IV S. 23.

43) Ueber sie vgl. Petersen a. a. O. S. 23 fg., 29 fg.

44) Klein in Zeitschr. f. deutsch. CP. Bd. XIX S. 64 fg.

45) Erläuterungen S. 289.

REV15

ÚK PrF MU



3129S14814