

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Pro futuro

Klein, Franz

Leipzig, 1891

VI. Die Mündlichkeit im Verfahren vor Einzelgerichten

Die Mündlichkeit im Verfahren vor Einzelrichtern.

Man sollte meinen, ein so viel verhandeltes Problem wie das der Mündlichkeit des civilgerichtlichen Verfahrens müßte bereits bis in seine letzten Ausläufer durchsprochen sein, es wären da nur mehr die Discussionsergebnisse in die Form von Gesetzesartikeln zu gießen, um den prächtigsten mündlichen Proceß zu besitzen. In Wahrheit verhält sich leider nicht ganz so. Eine communis opinio besteht höchstens in Bezug auf die Unmöglichkeit oder besser: Unbrauchbarkeit eines rein mündlichen Verfahrens. Auch betrachten wohl die Meisten die dem französischen, deutschen und englischen Rechte gemeinsame Einrichtung der vorbereitenden Schriftsätze als vorzugsweise dazu berufen, dem mündlichen Proceß im collegialgerichtlichen Verfahren mit Anwaltszwang die Vortheile der Schriftlichkeit zu sichern, wengleich die einschlägigen Details von den genannten Gesetzgebungen vielfach verschieden geordnet werden und Gegenstand abweichender Ansichten und Auffassungen sind. In welcher Weise aber Wort und Schrift am zweckmäßigsten im Verfahren vor Einzelrichtern zu verbinden seien, deren Erkenntnisse einer Anfechtung unterliegen und wo der Regel nach kein Anwalt auftritt, der die Abfassung des Schriftsatzes besorgt — für diesen schwierigsten Theil des Mündlichkeitsproblems fließen die literarischen Quellen außerordentlich spärlich, hier gibts kaum mehr als Vorschläge, und auch auf jene Gesetzgebungen läßt sich da nur sehr beschränkt recurriren. Die stiefmütterliche Behandlung dieses Punktes, die Gepflogenheit, das Mündlichkeitsproblem ausschließlich am Paradigma eines Verfahrens zu besprechen, in welchem man schriftliche Vorbereitung der Verhandlung in Aussicht nehmen kann —

weder das eine, noch das andere entspricht den wirklichen Verhältnissen. Thatsächlich ist nämlich gerade die Frage nach der Einrichtung des einzelrichterlichen Verfahrens die wichtigere. Wenn wir auch nur die Prozeduren mit anfechtbaren Endentscheidungen in Anschlag bringen, so werden doch nach dem letzten darüber vorliegenden Ausweise ungefähr viermal mehr Streitsachen vor Einzelrichter gebracht, als vor Gerichtshöfe.⁹⁵⁾ Um so viel actuellder ist denn auch obige Frage.

Die österreichische Gesetzgebung hatte schon einmal über die Gestaltung eines einzelrichterlichen mündlichen Processes zu entscheiden, aber damals unter günstigeren Bedingungen. Es war dies bei Schaffung des Bagatellverfahrens.

Dem rasch verfliegenden, lebendigen Worte thunlichst Resonanz, Dauerhaftigkeit zu geben, ist für die Urtheilsfällung in erster Instanz und für das Rechtsmittelverfahren gleich wesentlich. Hier, um nicht stets die Sache neu verhandeln zu müssen, wenn einer Partei die Sentenz des ersten Richters nicht behagt, dort als Bürgschaft, daß während der Verhandlung vorgekommene Behauptungen, Dispositivklärungen, Aussagen der Partei, Mittheilungen der einvernommenen Zeugen u. s. w. bei der Entscheidung berücksichtigt werden, als Schutz gegen Vergeßlichkeit und Ueberhören.

Im Bagatellverfahren gibt der Richter ein inappellables Endurtheil ab, insoferne besteht thatsächlich kein Bedürfnis, die viva vox sichtbar zu machen. Und aus der nicht unbegründeten Vermuthung, daß die vor Bagatellgerichte verwiesenen Sachen zumeist ziemlich einfachen Gefüges sein werden, zog man den schon gewagteren Schluß, der Bagatellrichter werde auch ohne besondere gesetzliche Veranstaltungen zur Zeit des Urtheiles den ganzen während der Verhandlung sich ansammelnden Proceßstoff gegenwärtig haben. Deshalb nicht nur keine vorbereitenden Schriftsätze, sondern im großen Ganzen auch keine andere Beurkundung der contradictorischen Parteiverhandlung, als soweit es behufs nachträglichen Erkennens des Vorhandenseins der wenigen Nullitätsgründe nothwendig ist. Jenem in seiner Allgemeinheit gewiß unrichtigen Schlusse ist die Furcht vor Wiederholung des Schicksals unseres Summarprocesses an die Stirne geschrieben. Aber dann hätte man noch radicaler sein sollen. Vom Standpunkte des Bagatellgesetzes ist auch die gebotene (§. 77 Nr. 4

⁹⁵⁾ Bei den letzteren (einschließlich Handelsgerichte) waren im Jahre 1885 45.522 Klagen anhängig, bei den Bezirksgerichten jedoch — ohne das Bagatellverfahren einzurechnen — nicht weniger als 179.287 Klagen.

B. B.) Protokollirung der Aussagen im Termine vernommener Zeugen und Sachverständigen bez. der eidlichen Aussage der Parteien u. s. w. (§§. 48, 50, 52, 62 B. B.) überflüssig;⁹⁶⁾ sie konnte mit demselben Rechte erlassen werden, wie die schriftliche Festhaltung der Behauptungen der Parteien über das Meritum, ohne welche jene Beweise und Beweisausagen an und für sich werthlos sind. Die „gebrängte Darstellung des Sachverhaltes“ (§. 72 B. B.) ersetzt die Fixirung jener Parteilangaben nicht. Das wahre Motiv zeigt sich in dieser unlogischen Begrenzung recht deutlich.

Die siebenjährige Wirksamkeit des Bagatellverfahrens läßt sich für die Frage der Combinirung von Schriftlichkeit und Mündlichkeit im vorgeschlagenen neuen mündlichen Summarverfahren nicht nutzbar machen. Mit der Ausdehnung auf Rechtsstreitigkeiten bis 500 fl. schwindet die Präsumtion leichter Constaturung des maßgebenden Sachverhaltes, der Glaube an die übersichtliche Beherrschung des Proceßstoffes durch den Richter verliert selbst den geringen Rückhalt, den ihm jene Präsumtion geben konnte, Berufung und Revision eröffnen die Möglichkeit meritorischer Nachprüfung des Erkenntnisses erster Instanz: das sind durchwegs Verhältnisse, die eine viel breitere Verwendung der Beurkundung heischen, und das wird auch abgesehen von diesem concreten Gesetzesvorschlage überall der Fall sein, wo ein einzelrichterliches Verfahren außerhalb der beschränkten Voraussetzungen des Bagatellprocesses, namentlich mit Rechtsmittelzug, als wahrhaft mündliches gestaltet werden soll. Die Gesetzgebung muß sich da zu einem Experimente entschließen. Für dieses kann es kaum ungünstigere Zeichen geben, als die, welche zur Zeit über der Partialreform drohend stehen. Nach der Regierungsvorlage wie nach dem Antrage des Justizausschusses sollen die Bestimmungen des Bagatellgesetzes über die schriftliche Feststellung der Vorkommnisse der Parteiverhandlung im Instructionsstadium mit einer ganz ungenügenden Modification in dem geplanten neuen Summarproceße gelten. Nicht im Protokoll, sondern im sog. Urtheilsthatbestande, der in die Entscheidungsgründe aufzunehmenden compressen Sachverhaltsdarstellung, soll der Schwerpunkt der Fixirung der mündlichen Verhandlung und des Sachverhaltes liegen.⁹⁷⁾ Und damit keiner Schwierigkeit vorgebeugt werde, wird noch das Princip proclamirt, die Beurkundung durch das Verhandlungsprotokoll sei ausschließlich Sache des Richters.

⁹⁶⁾ Vgl. Art. 40 des französischen Code de procédure civile.

⁹⁷⁾ Bericht des Justizausschusses zu §§. 82 und 87 des Gesetzesentwurfes (Beil. Nr. 907, X. Session, S. 14, 16).

Damit dürfte gerade genug gethan sein, um — abgesehen vom Bag.-Verf. — den mündlichen Proceß vor Bezirksgerichten binnen Kurzem zum bestgehasteten und unsichersten, langwierigsten und theuersten zu machen, den man für Streitfachen geringeren Werthes erfinden kann.

Die Ansicht, man habe in einem mündlichen unmittelbaren Verfahren betreffs der Methoden, das gesprochene Wort für den weiteren Proceß fest zu machen, unbehinderte Wahl zwischen Protokoll und Urtheilsthatsbestand, würdigt die Bedeutung des schriftlichen Elementes im mündlichen Prozesse nur einseitig. Man hätte diese Wahl, wenn die schriftliche Fixirung nur des Rechtsmittelverfahrens wegen geschähe. Aber das ist eben nicht richtig, vor Allem soll sie dem ersten Richter selbst dienen. Schlechtthin, da man auch in der einfachsten Sache gegen unabsichtliches Uebergehen wichtiger Mittheilungen ohne entsprechende Festhaltung des Gesagten nie ganz geschützt ist. Und dann umsomehr bei verwickelten Verhältnissen mit mannigfachen in ihren Einzelheiten schwer zu merkenden Ausführungen und Gegenansführungen der Parteien, bei länger andauernder Verhandlung, namentlich bei solcher, deren einzelne Termine in größeren Zwischenräumen stattfinden. Hier muß fixirt werden, um das proceßerhebliche Parteivorbringen für die Urtheilsfällung erster Instanz in Erinnerung zu erhalten. Das Mittel für diese primär wichtige Fixirung ist natürlich nicht der Urtheilsthatsbestand, denn des letzteren Wichtigkeit und Vollständigkeit ist ja davon abhängig, daß der Richter bei der Urtheilsfällung und Ausfertigung genau wußte, was während der ganzen Verhandlung geschehen. Die Feststellung durch den Urtheilsthatsbestand ist also bedingt durch eine andere, frühere, eben jenes Wissen verbürgende schriftliche Fixirung. Ob hannöversche, ob württembergische Gerichte mehr Gewicht auf den Urtheilsthatsbestand als auf das Protokoll gelegt, ist einflußlos, sowie wir uns selbst sagen müssen, der Thatsbestand könne nie das Protokoll ersetzen, sondern ein guter Thatsbestand setze ein gutes Protokoll voraus, es herrsche zwischen beiden das Verhältniß cumulativer Concurrency. Eine Mündlichkeit, die nur durch den Urtheilsthatsbestand gegen die Nachteile der Flüchtigkeit der Rede versichert ist, ist in der That eine unversicherte, denn Alles, was immer die Genauigkeit, Klarheit und Vollständigkeit der Erinnerung des Richters an den gesammten Verhandlungsinhalt trüben, antasten kann, kann sich da zwischen Vorbringen und Urtheilsspruch schädlich erweisen. Schon im §. 77, Alinea 3 Bag.-Verf. ist für den Fall, als die Verhandlung nicht an einem Tage beendet werden kann, die Protokollirung gewisser

wichtiger Dispositivklärungen bez. eines Widerspruchs angeordnet. Allgemeiner verfügt §. 87 des Aussch.-Entw. (vgl. §. 16 Reg.-Vorl.) über das mündl. Summarverf., es seien „für die Entscheidung des Rechtsstreites besonders wichtige“ Anträge und Erklärungen (darunter namentlich die im §. 77 B. V. aufgezählten) durch das Verhandlungsprotokoll zu beurkunden. Offenbar, um sie für die Urtheilsfällung erster Instanz im Gedächtniß zu erhalten, denn sonst brauchte ja für diese Feststellung nichts Besonders gesagt zu werden, ihr natürlicher Platz wäre dort, wo alles Andere festgestellt wird: im Urtheilshatbestande. Für den besonders wichtigen Proceßstoff anerkennt demnach der Gesetzentwurf selbst als richtig an, was eben früher über die Unentbehrlichkeit der protokollarischen Fixirung und gegen das Ungenügende der Festhaltung mittelst Thatbestandes gesagt worden. Die Abstufung: wichtiger — besonders wichtiger Proceßstoff hält der Kritik nicht Stand. Wodurch eine Erklärung im Proceße wichtig wird, das ist die Relation zum Thatbestande des behaupteten oder bestrittenen Rechtes, Anspruches. Sofern sie dem Richter eine Thatbestandsbedingung, sei es hypothetisch (Behauptung) oder apodictisch (Geständniß) darbietet, oder ein von der anderen Seite hypothetisch behauptetes Thatbestandselement bez. einen derlei Bedingungscomplex verneint (Widerspruch, Anführung rechtshindernder Thatsachen u. ä.) oder direct über den Bestand des Anspruches verfügt, ist sie für den Richter beachtlich, ist sie proceßerheblich wichtig, d. h. der Richter muß sie bei der Urtheilsfällung mit in Erwägung ziehen. Wie sich nun die einzelnen Elemente, aus welchen sich der Thatbestand eines Rechtes zusammensetzt, an Kraft und Werth für die Existenz des Rechtes gleichstehen, mit dem Wegfall jedes wahren Thatbestandsgliedes Entstehen oder Fortbestehen des Rechtes überhaupt vereitelt ist, so gilt das Gleiche auch für ihre verbalen Reproduktionen im Verhältnisse zum Urtheile. Der Gegensatz ist nach beiden Seiten ein unbedingter: wichtig — nicht wichtig; der Richter urtheilt irrig, mag er trotz Submission des Beklagten absolviren oder trotz eingewendeter, die Rechtsgültigkeit des strittigen Verhältnisses alterirender Handlungsunfähigkeit des Belangten diesen condemniren. Schon die Logik muß deshalb dazu führen, gleiches Bedürfniß der Protokollirung wie für die „besonders wichtigen“ processualischen Erklärungen für das meritorische Vorbringen überhaupt zuzugeben.⁹⁵⁾

⁹⁵⁾ J. Kornfeld, a. a. O. S. 16 will statt „für die Entscheidung des Rechtsstreites besonders wichtig“ „für die Führung des Rechtsstreites erheblich“ gesagt haben, womit gleichfalls das „besonders“ verschwinden

Auch der Grundsatz: über die Protokollirung bestimmt ausschließlich der Richter, keinerlei Ingerenz der Parteien, muß abgelehnt werden. Kein Beistand — gut, das zielt wider die Protokollentwürfe unseres heutigen mündlichen und summarischen Processes, aber keine Ingerenz? Also nicht einmal die Befugniß, vom Richter die Beurkundung „besonders wichtiger“ Erklärungen wirksam zu fordern, obwohl doch das Gesetz wünschen muß, daß das „besonders Wichtige“ möglichst vollständig protokollarisch bekundet werde, und der Richter in seiner Thätigkeit concreten Falles hinter dem Gesetze zurückbleiben kann? Dem Angeklagten im Strafproceß steht ein Anspruch auf Protokollirung relevanter Vorkommnisse zu, und hier kein Recht, sofort gegen eine unrichtige oder unvollständige Protokollirung des Richters oder gegen sonst ungesetzliches Vorgehen desselben (z. B. Entziehen des Wortes) zu protestiren und die Feststellung wegen einzulegender Rechtsmittel, die Aufnahme des Protestes ins Protokoll mit Anspruch auf Beachtung zu begehren? Wie schützt sich dann überhaupt die Partei gegen die nachtheiligen Folgen solcher Zwischenfälle? Glaubt man, der Richter werde es im Urtheilschatbestande erzählen, wenn er z. B. gewisse Dinge genau und vollständig protokollirt zu haben glaubt, von deren Beurkundung die Partei nicht ebenso entzückt ist, das Gegentheil behauptet? Da ihm nur eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes aufgetragen ist, ist er nicht einmal gesetzlich zu solcher Angabe verpflichtet. Der Richter ist das berufene Organ authentischer Beurkundung der vor ihm stattfindenden Proceßverhandlungen. Glaubwürdigkeit und Beweisraft seiner Beurkundung fließen aus dem amtlichen Charakter des Richters, nicht sind sie durch das Zustimmung der Parteien zur Protokollirung bedingt. Diese auch in den Motiven zu §. 77 Bag.-Verf. ausgesprochene Wahrheit bestreitet Kornfeld (S. 28) mit Unrecht. Aber hier fragt sich nicht um die Bedingungen der Beweisraft, sondern darum, ob den Parteien überall dort, wo die Beurkundung bez. Nichtbeurkundung für sie materiell präjudicirend wirken könnte, Vertheidigung und Schutz gegen solche Präjudicirung ermöglicht sei. Durch das Verbot jeglicher Parteingerenz sind sie abgeschnitten. Eine Gesetzgebung, die ein solches Verbot erläßt, nimmt entweder an, die richterliche Thätigkeit werde niemals solche Ingerenz nothwendig machen, sie werde in Sachen der Protokollirung immer gesetzmäßig sein, m. a. W. sie geht von der Fiction richterlicher Unfehlbarkeit aus. Man kann

würde. Die Diction ist aber hier das Nebenächlichere, ausschlaggebend ist, wie das Protokoll hergestellt wird. Darüber im Texte.

solche Anschauung in einem modernen legislativen Körper kaum voraussetzen. Oder die Gesetzgebung rechnet mit der Möglichkeit richterlichen Irrthums und Fehlens, dann verletzt eine Vorschrift, wie sie da für die Protokollirung vorgeschlagen wird, die einfachsten Anforderungen der Rechtssicherheit, indem sie die Partei gegen die ärgsten Verstöße der Unfähigkeit und Nachlässigkeit des Richters ohne geeigneten Schutz läßt. Ein Vergehen des Richters kann eventuell durch eine Berufungsverhandlung mit *habeas corpus* sanirt werden, ein Mißverständnis des Vorgebrachten und eine dem entsprechende unrichtige und doch für die obere Instanz authentische Beurkundung im Protokolle aber kann der Partei ihr Recht kosten, der Schaden wird in vielen Fällen überhaupt nicht mehr gut zu machen sein.

Was eintreten wird, was eintreten muß, wenn die im Gesetzentwurfe für das mündl. Summarverf. proponirten Bestimmungen über die Feststellung des Verhandlungsinhaltes Gesetzeskraft erlangen, ist ohne besondere Prophetengabe vorauszusagen. Daß der Richter jede noch so gut gemeinte, begründete Anregung der Parteien, gewisse Erklärungen ins Protokoll aufzunehmen, ohne alle Motivirung zurückweisen darf und, wo die Protokollirung eine Spitze gegen sein eigenes Vorgehen in der Verhandlung hat, zumeist wohl auch zurückweisen wird — es geschieht auch damit nach dem Entwurfe nichts Ungegesetzliches! — das werden die Parteien bald als eine ihnen zugefügte Vergewaltigung betrachten. Der Mangel an Rechtsschutz dawider, daß auch irriige Angaben des Richters von der gesetzlichen Beweiskraft eines amtlichen Zeugnisses profitieren, wird gleichfalls hart von ihnen empfunden werden. Nur mit Angst und wenig Freude wird man in ein solches Verfahren eintreten, mag es sonst gleich manches Gute haben. Die Freiheit des Richters in Bezug auf die Beurkundung hat ferner zur Folge, daß die Beurkundung außerordentlich variiren, je nach der Persönlichkeit des Richters bald eine genauere, bald eine flüchtigere sein wird. Dem gewissenhaften, sorgsamen Richter gewährt die Thatsache, daß er sein Ermessen unbeschränkt walten lassen kann, allerdings die Möglichkeit zu ausreichender Fixirung des Verhandlungsinhaltes, und die Erwägung, was weiter von der Qualität dieser Fixirung abhängt, wird ihn eben als gewissenhaften Richter zu solch umfanglicherer Beurkundung anspornen. Aber selbst für einen solchen Richter wird der Mangel einer Controle und eines wirklichen Widerspruchsrechtes der Parteien nicht immer ganz einflußlos sein. Dann erst der bequeme Richter, der aus der liberalen *administratio* die Erlaubniß zur Unthätigkeit, zur Erleichterung und Minderung seiner Arbeit herauslesen und nur wenig

beurkunden, den Beurkundungen nur wenig Sorgfalt zuwenden wird! Für ihn enthält die vorgeschlagene Bestimmung, die das richterliche Ermessen zu oberst stellt, eine gefährliche Verlockung, es bei der Protokollirung mit den etlichen gesetzlich gebotenen Constatirungen genug sein zu lassen,⁹⁹⁾ und wenn auch aus anderen Motiven, wird es doch nicht viel anders bei jenen eifrigen Richtern sein, denen zu ausführliche Protokollirungen mit dem Wesen eines mündlichen Verfahrens unvereinbar erscheinen. Solche bunte Verschiedenheit ließe sich hinnehmen, wenn die Protokollirung Selbstzweck wäre. Man müßte sich freilich auch da seine Gedanken darüber machen, welche abgeklärte Anschauungen eine Gesetzgebung beherrschen mögen, die gleicher Weise gestattet, alles und nichts von der meritorischen Verhandlung zu fixiren, denn wenn der Richter ganz vernünftig das gesammte pertinente, sachliche Vorbringen der Parteien für die Entscheidung des Rechtsstreites besonders wichtig hält, so darf, so muß er es nach jenem Gesetzesvorschlage protokolliren. Aber die Beurkundung ist um anderer Zwecke willen da, und deshalb muß sich das verschiedene Benehmen der Richter dann in diesen Zwecken, in der Erleichterung oder Erschwerung ihrer Erreichung fühlbar machen. Diese Zwecke sind nun mit der Güte der Rechtsprechung eins, das macht die Protokollirungsfrage zu einer praktisch so ungemein ernstern.

Kärglichkeit der Beurkundung, Möglichkeit des Vergessens und Uebergehens gewisser Verhandlungsergebnisse, Gefahr eines Urtheiles, das sich nur auf den dem Richter im Augenblicke der Entscheidung gerade erinnerlichen Bruchtheil des Sachverhaltes gründet, d. i. Gefahr eines unrichtigen Urtheiles, Häufigkeit der Urtheilsanfechtungen, Berufungen — das sind Glieder einer Kette. Mit der dem Richter in Betreff des Protokollirens gewährten Latitüde überantwortet die Gesetzgebung die Richtigkeit der Rechtsprechung Zufälligkeiten, verzichtet auf generelle Bürgschaften für die Gediegenheit der Proceßentscheidung. Welchen Aufwand an Zeit, neuer Proceßthätigkeit und Kosten verlangt es, wenn nur durch Berufung und neue Berufungsverhandlung die Folgen der Flüchtigkeit und Unvollständigkeit der Beurkundung ausgeglichen werden können, auf welchem Umwege wird das erzielt, was die Ingerenz der Parteien in erster Instanz kurz bewirken könnte! Die Kosten hat freilich der schließlich Unterliegende zu tragen, aber wenn die richterliche Unachtsamkeit, das schlechte Gedächtniß des Richters, seine unzureichende Protokollirung der Verhandlung die Berufung nothwendig gemacht, mit welchem Rechte? Und

⁹⁹⁾ Vgl. Bähr, Noch ein Wort zum deutschen Civilproceß, S. 55.

steht die Vollständigkeit, Ausführlichkeit des Urtheilshatbestandes in einem gewissen Verhältnisse zum Maße der Beurkundung, so wird die nicht genügende Protokollirung nicht blos die Berufungen an sich vervielfältigen, sondern deren Erledigung noch dadurch erheblich schwieriger machen, daß die zweite Instanz im Urtheilshatbestande nur selten eine genügende Basis ihrer Entscheidung finden, um so viel öfter eine völlig neue Verhandlung des Streitfalles vor der zweiten Instanz mit neuer Verzögerung der Proceßfinalisirung und neuen namhaften Kosten nothwendig sein wird. Und diese unerfreuliche Perspective nur aus Furcht vor den Protokollen unseres Summarverfahrens! Muß man nicht sorgen, daß die in Vorschlag gebrachte Lösung acceptirt, der Augenblick gar nicht so fern sein wird, wo die Parteien die Periode dieser Protokollentwürfe lebhaft als goldenes Zeitalter zurücksehen werden?

Untersucht man, welchen Bedingungen eine gesetzliche Vorschrift über die Festhaltung des mündlich Verhandelten entsprechen müsse, wenn einerseits in ihrem Rahmen alle Zwecke der schriftlichen Fixirung Erfüllung finden und andererseits eine Schwächung der Mündlichkeit vermieden werden soll, ohne doch gleichzeitig dieser Mündlichkeit wegen den Parteien allzugroße Opfer aufzubürden, so ergeben sich folgende Postulate:

a) Es sind womöglich alle während der Verhandlung vorkommenden, für die Proceßentscheidung erheblichen mündlichen Anführungen der Parteien festzuhalten. Erheblich: dies nicht vom Standpunkte der Rechtsauffassung des urtheilenden ersten Richters verstanden, sondern gleichbedeutend mit: die in der Richtung des klägerischen oder des Begehrens des Beklagten pertinenten Anführungen. Einen Unterschied zwischen Anführungen factischen Inhaltes und solchen zu machen, die juristische Dispositionen enthalten, ist, wie erwähnt, keine Ursache. Hinsichtlich der Widersprechungen genügt eine Art joinder of issue, eine allgemeine Bestreitungsclausel.

b) Die Fixirung der mündlichen Vorbringungen hat so zu geschehen, daß die Mündlichkeit der Verhandlung darunter nicht leidet. Die Aufmerksamkeit des Richters darf von den mündlichen Parteivorträgen durch die Sorge um die Protokollirung nicht abgelenkt und namentlich die Verhandlung nicht durch die vorzunehmenden Feststellungen öfter unterbrochen, dadurch „ihrer natürlichen Lebendigkeit“ nicht beraubt werden.¹⁰⁰⁾

¹⁰⁰⁾ Der mehrgedachte Bericht des Justizauschusses (S. 16) verhorrescirt solche Unterbrechungen, ohne daß feltamerweise der Gesetzentwurf selbst das Geringste enthielte, was den Richter an solcher beliebiger Unterbrechung zu Gunsten der Protokollirung „besonders wichtiger“ u. s. w. Erklärungen hindern möchte!

c) Die Beurkundung hat zu einer Zeit zu geschehen, in welcher noch der frische Eindruck der Verhandlung nachwirkt, daher Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über den Tenor des Parteivorbringens seltener sind und wenn sie dennoch vorkommen, leicht aus der noch wachen Erinnerung an den Verlauf der Verhandlung geschlichtet werden können.

d) Die Beurkundung hat durch den Richter zu geschehen, eine Ueberwälzung dieser Thätigkeit auf die Parteien ist unter keinem Titel zu erlauben.

e) Die Beurkundung hat jedoch unter Beizichung der Parteien zu geschehen, um auf diese Art im Wege der richterlichen Anregung und durch Zuhilfenahme der Erinnerung der Parteien ein thunlichst vollständiges Protokoll herzustellen und um wenn möglich — behufs Vermeidung von Streit über den Urtheilsthatsbestand — zu bewirken, daß beide Parteien mit der Beurkundung einverstanden seien, dieselbe als richtig und vollständig anerkennen. Die Parteien können Beurkundung der zur Wahrung ihrer Rechte nothwendigen, kurz zu fassenden Zusatz-, Protesterklärungen verlangen. Bei Intervention von Anwälten kann letzteres durch Anlagen zum Protokoll geschehen.

Man wird dem entgegenhalten, daß das mündliche Verfahren durch eine solch' vollständige, unter Betheiligung der Parteien vorzunehmende Beurkundung erheblich belastet, verlangsamt würde und dadurch viel von dem einbüße, um dessen willen man mündliche Verhandlung wolle. Aber unausbleibliche Consequenz des Systems jenes Entwurfes ist, daß der Schwerpunkt des Verfahrens in die Verhandlung zweiter Instanz übergeht. Alles was in erster Instanz wegen der Raschheit und Einfachheit der Beurkundungsprocedur an den Garantien vollständiger Registrirung und Berücksichtigung des Parteivorbringens gesündigt wird, rächt sich durch die Nothwendigkeit öfterer Inanspruchnahme der zweiten Instanz und durch die größere Ausdehnung der Berufungsverhandlung. Damit ist das Zeitersparniß bei der Beurkundung aufgezehrt. Die Verlegung der Berufungsverhandlung an den Sitz des Gerichtshofes und die Einführung des Anwaltszwanges für das Berufungsverfahren macht es der Gesetzgebung ferner mehr als je zur Pflicht, so viel an ihr ist, die Gelegenheit zu Berufungsverhandlungen zu restringiren. Denn durch jene Momente würden sich die Unbequemlichkeiten und Kosten des mündlichen Bezirksgerichts-Verfahrens über das uns jetzt für Summarproceffe geläufige Maß steigern, und diese weit größeren Opfer wollen wir den Rechtsuchenden ansinnen, um mit der Protokollirung im Geleise des Bag.-Verf. bleiben zu können? Im Gegensatz dazu würde die Beachtung obiger Po-

stulate die Eventualität einer neuen mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte auf die Fälle einschränken, da die Parteien Neues, in der ersten Verhandlung noch nicht Mitgetheiltes anzuführen hätten, also auf die doch nicht gar so häufigen Fälle, in welchen die Berufung qua Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung ob noviter wirkt. Und es spräche außerordentlich viel dafür, daß benef. novorum — im Gefolge des mündlichen Processes dahinziehend, lebt es mehr minder nur von der Unzulänglichkeit der üblichen Fixierungsmethoden — im Berufungsverfahren von Gesetzeswegen nur dort zu gewähren, wo die Partei am rechtzeitigen Anführen relevanter Umstände in erster Instanz aus gerechtfertigten Gründen verhindert war. Denn auch die unbegrenzte Zulassung dieser Neuerungen trägt dazu bei, das vor einem entfernten Gerichte mittelst Advocaten durchzuführende Verfahren zweiter Instanz zur Hauptsache zu machen, das Bezirksgericht zu einer bloßen Versuchstation herabzudrücken. Bei vollständiger Beurkundung würde wenigstens überall dort, wo die erstrichterliche Sentenz nur wegen unrichtiger juristischer Beurtheilung des Sachverhaltes angegriffen wird, eine Ueberprüfung im Sinne einer Revision genügen. Nützt man alle diese sich darbietenden Chancen aus, so erschiene die Adoptirung eines Beurkundungsverfahrens im Sinne obiger Principien selbst dann noch immer als erheblicher Gewinn, wenn man seine Bedeutung für die sog. Einheit der Verhandlung und das Contumacialproblem nicht beachten wollte. Das sie verwirklichende Verfahren würde sich übrigens recht einfach anlassen.

Allen jenen Forderungen wäre nämlich entsprochen, wenn am Schlusse der Verhandlung, d. h. unmittelbar nach Beendigung jedes einzelnen der meritorischen Verhandlung gewidmeten Termines, der Richter unter Zuziehung der Parteien das in diesem Termine von beiden Theilen Borgebrachte in concisester Fassung mit Benützung der Klage und sonst etwa vorliegender Schriftstücke, gewissermaßen die Essenz dieser Verhandlung, schriftlich resumiren und so die in diesem Termine vorgekommenen Behauptungen, Beweisangebote und Dispositiverklärungen ihrem Gehalte nach vereinigten würde. Als Vorbereitung dazu dienen ihm neben den vorhandenen Schriftstücken und Acten während der Verhandlung zu machende kurze Privatnotizen. Daß die Parteien diese Beurkundung als richtig anerkannt haben und wie weit, ist jedesmal im Protokolle besonders hervorzuheben. Ein Widerspruch einer Partei gegen die Beurkundung — er wird nicht oft vorkommen, wenn sich die Protokollirung unmittelbar an die Verhandlung schließt und das Resumé dem Standpunkte beider Parteien Rechnung trägt —

ist ebenso zu constatiren. Was für ernstliche Schwierigkeiten soll das bei nicht gar zu umfangreichen Sachen machen? Ob auch Bähr (a. a. D. S. 54), welcher mit dem vom Justizauschusse des österr. Abgeordnetenhauses als Muster angenommenen amtsgerichtlichen Protokollirungssysteme der deutschen E. P. D. ebenso unzufrieden ist wie der achte deutsche Anwaltstag, ein derartiges Verfahren meint, ist zweifelhaft. Gegenüber dem für den Amtsgerichts-Proceß bestimmten Verfahren des §. 386 der hannov. Proc.-Ord.¹⁰¹⁾ wird im obigen Vorschlage das Moment der der Verhandlung nachfolgenden und der terminweisen¹⁰²⁾ Beurkundung, also des successiven Heranwachsens des Protokolles betont und wesentlich Mitwirkung der Parteien gefordert. An Ähnliches scheint Glaser in seiner für die Geschichte des österr. Bagatellprocesses wichtigen Abhandlung „über Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtsfachen“¹⁰³⁾ gedacht zu haben, in welcher er wenigstens für den Fall der Erlassung eines Interlocuts, um die Ergebnisse der bisherigen Verhandlung der Gefahr des Vergessenwerdens zu entziehen, das Verlangen erhebt, der Richter habe eine „gedrängte Darstellung der Ergebnisse der Verhandlung, wie sie in jedem gewissenhaft gearbeiteten Referate, in den Entscheidungsründen jeder richterlichen Verfügung zu finden sein müsse,“ in Anwesenheit der Parteien zu dictiren.

Vielleicht läßt sich den oben dargestellten Grundsätzen noch eine andere Gestalt und Form geben, aber eine befriedigende Lösung des mit der Mündlichkeit des Verfahrens von selbst gegebenen Problems der Festhaltung des Gesprochenen kann nur in der Richtung dieser Grundsätze gesucht werden. Der Justizauschuß des Abgeordnetenhauses sagte mit Recht, die Einrichtung des Verhandlungsprotokolles gehöre anerkanntermaßen zu den schwierigsten Fragen, die der Gesetzgeber im Gesetze über mündlichen Civilproceß zu regeln habe (a. a. D. S. 16). Gerade deswegen hätte sie sorgfältigere Behandlung verdient, als m. E. mit Rücksicht auf die so ganz anderen Verhältnisse des propo-

¹⁰¹⁾ „Es sind (bei der protokollarischen Aufnahme der mündlichen Verhandlung) . . . die Vorträge der Parteien nicht ausführlich und einzeln niederzuschreiben; vielmehr soll nur nach dem Ergebnis derselben das Wesentliche, insbesondere das Sachverhältnis, die Streitpunkte und die Schlufsanträge aufgezeichnet werden. Auch ist eine Bezugnahme auf etwa überreichte Schriftsätze nicht ausgeschlossen.“

¹⁰²⁾ Dafür auch v. Canstein, *Ration. Grundlagen* S. 82: die Fixirung des bei der mündlichen Verhandlung Vorgebrachten sollte aber immer und gleich nach jeder, insbesondere auch nur vorläufig geschlossenen, also übertragenen Verhandlung stattfinden.

¹⁰³⁾ Beiträge zur Reform des österr. Civilprocesses, 2. Aufl., S. 50.

nirt gewesenen Summarprocesses die Uebertragung des dem Bag.-Verf. entlehnten Schemas zeigt. Noch liegt es in unserer Hand, das mündliche bezirksgerichtliche Verfahren mit anfechtbarem Urtheil in Bezug auf das Verhältniß von mündlichen und schriftlichen Elementen so einzurichten, daß es den Rechtsuchenden als Verbesserung des bisherigen Processus erscheint. Aber erste, unerläßliche Bedingung dafür ist, die Beurkundungsmethode des vom Justizauschusse vorgelegten Entwurfes preiszugeben.
