

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Pro futuro

Klein, Franz

Leipzig, 1891

III. Die gegenseitige Unterstützung der Prozeßparteien

III.

Die gegenseitige Unterstützung der Proceßparteien.

In der Souveränität liegt ein Doppeltes: Andere seinem Willen beugen und selbst keinen bestimmenden Willen über sich haben. Unser geltendes Proceßrecht gewährt der Partei die Souveränität nach beiden Seiten: Herrschaft über den Richter — unbefchränkte Selbstständigkeit gegenüber der anderen Partei, keine gegenseitige Handlungs-, Leistungspflicht der Parteien im Proceß. Letzteres im Widerspruche mit der Theorie der rechtsgeschäftlichen Proceßbegründung, die eigentlich Anerkennung obligatorischer Beziehungen zwischen den Parteien und damit wechselweise Willensunterworfenheit fordern würde. Das Herrschaftsdogma erweist sich hierin als das mächtigere: es ist so — was zumeist übersehen wird — auch für die Gestaltung der Beziehungen der Proceßparteien untereinander maßgebend. Auch hier ist es die Wurzel zweckwidriger Regelung.

Das beweisen allbekannte Situationen, die mit wenigen Strichen gezeichnet sind. Ein ordentlicher schriftlicher, mündlicher oder ein summarischer Proceß. Während desselben werde ich gewahr, daß mir eine bestimmte Urkunde zur Beweisführung sehr dienlich sein würde. Ein böser Zufall hat sie aber in die Hände meines Gegners gespielt, ohne daß die Art der Besitz-erlangung strafrechtlich verfolgbar wäre. Ist der Restitutionsanspruch civilrechtlich begründet, heißt es ihn nun geltend machen. Aber welche Weitläufigkeit dabei, welche Umständlichkeit, welcher dem natürlichen Verhältniß zwischen Incidentpunkt und Hauptsache so wenig angemessene Formalismus, welche Kosten! Ein eigener Editionsproceß event. bei einem ganz anderen Gerichte, ein von A bis Z selbstständiger Editionsproceß, der vor jedem anderem Proceße nicht das Geringste voraus hat, nicht nur keine

Erleichterung bietet, sondern vielleicht sogar (ordentliches Verfahren gegenüber dem summarischen Proceſſe) formeller instruiert werden muß, als der Proceß der Hauptsache. Also ein Proceß von ebenso langer Dauer wie unsere gewöhnlichen Proceſſe, und während dieser ganzen Zeit macht das Verfahren in der Hauptsache nicht den allergeringsten Fortschritt! Derselbe Rechtsmittelzug wie sonst bis in die letzte Instanz und endlich Execution! Man kann füglich von dieser Ordnung wiederholen, was Dernburg³⁷⁾ von der Regulirung der Parteirollenfrage im römischen Vindicationsproceſſe mit *uti possidetis* gesagt: „Hätte man eine Prämie darauf gesetzt, ein Verfahren zu erfinden, welches die Entscheidung über jene präparatorische Frage am meisten verwickelte, unter den größten Umschweifen erledigte — sie wäre reichlich verdient.“ Und dabei bleibt ganz außer Acht, daß die Restitution selbst um den Preis aller dieser Opfer mangels der Möglichkeit privatrechtlicher (sachen- oder obligationenrechtlicher) Fundirung nicht immer zu erlangen sein wird. Gerade hinsichtlich der sog. gemeinschaftlichen Urkunden werden sich aber Situationen, die ein *Editions*-begehren veranlassen, am öftesten einstellen. Ist eine privatrechtliche Restitutionscausa nicht gegeben und unterläßt es der Gegner klug, sich selbst im Proceſſe auf die Urkunde zu berufen, so daß also auch kein *Recognoscirungs*-begehren erhoben werden kann, dann kann der vormalige Besitzer der Urkunde überhaupt nichts thun. Läßt sich die Urkunde nicht durch anderweitige Beweismittel suppliren, so wird der Proceß verloren, verloren trotz des in der Urkunde liegenden und mit ihr vorhandenen Beweises für das Recht der Partei. Der Richter kann ihr in diesem Nothstande nicht helfen, das Gesetz läßt sie im Stiche; sie muß angesichts des Ufers ertrinken, denn — keine Partei ist aus dem Proceßverhältnisse dem Gegner zur Gewährung irgend einer Unterstützung in der Proceßführung verpflichtet.

Nur ein Beispiel noch. Jemand contrahirt mit einer gemeinrechtlichen Erwerbsgesellschaft, erhält dadurch eine Forderung gegen letztere bez. deren Mitglieder. Die Schuld wird nicht berichtigt, also Klage gegen die Mitglieder. Auf wieviel ist der Einzelne zu belangen, wenn ich mit meiner Klage durchdringen, nicht die Folgen einer *plus petitio* riskiren will? Habe ich alle Mitglieder oder nur eines oder welche Mehrere zu belangen? Nach §. 1203 a. b. G. B. hat jedes Mitglied nur für seinen Antheil eine Verbindlichkeit zur Zahlung. Also auch nur Klage

³⁷⁾ Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes im röm. Rechte, 1883 S. 27.

pro rata seines Antheiles. Woher nun dessen Größe kennen? Kein Handelsregister, keine Pflicht zur anderweitigen Publication der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über Gewinn- und Verlustbetheiligung, keine Nothwendigkeit notarieller Vertragserrichtung, Niemand außer den Mitgliedern ist im Stande, die zur richtigen Fassung des Klagebegehrens nothwendigen Daten zu geben. Sie haben damit den Schlüssel zum ganzen Proceffe in der Hand, aber sie sind nicht verpflichtet, den Mund zu öffnen, eine bezügliche Frage zu beantworten. Der Kläger wird infolge dessen vielleicht einen irrigen Weg einschlagen, der gänzlichen oder theilweisen Verwerfung der Klage entgegengehen; er wird vielleicht wegen unrichtiger Antragstellung mehrere Proceffe einleiten müssen, bis er volle Befriedigung findet. Der Aufwand dieser Proceßführungen, den Niemand ersetzt, kostet ihm einen Theil seines Anspruches; wie die Partei leiden die Justizorgane durch die zwecklose Vervielfachung der Arbeit unter diesen Eventualitäten, die namentlich im Punkte der Sachlegitimation auch in vielen anderen Fällen sich einstellen werden — alles das muß ertragen werden, denn eine Verbindlichkeit der Parteien, sich gegenseitig behufs Erreichung des Proceßzweckes zu dienen, gibt es nicht.

Man sollte meinen, derlei müsse dem ersten kritischen Blicke erliegen, es sei nicht möglich, das Abstruse dessen nicht zu bemerken, und, wenn man es bemerkt, nicht möglich, die Fortdauer solcher Absurditäten und handgreiflicher Ungerechtigkeiten zu dulden. Das Dogma, das solche Früchte zeitigt, sollte wenn an nichts Anderem, an diesen Früchten zu Schanden werden. Der Souveränitätsgedanke hätte uns vielleicht die nöthige Empfänglichkeit für das Verkehrte und Harte solcher Erscheinungen — die erste Bedingung einer Gegenreformation — belassen. Und nur als logische Consequenz aus dem Begriffe der Souveränität aufgefaßt wäre die Regierung einer Unterstützungspflicht vielleicht nicht den Nachwirkungen jener schärferen Erkenntniß entgangen, die allgemach mit der Ansicht aufräumt, daß es schranken-, pflichtenlose rechtliche Herrschaftsverhältnisse gebe. Dem Souveränitätsgedanken kam aber da eine andere dogmatische Vorstellung zu Hilfe, und an dieser namentlich stumpfte sich das Mißfallen über Verwickelungen, wie die oben geschilderten ab. Ihr zumal schulden wir die crüde, durch nichts gemilderte Durchführung des Souveränitätsgedankens im Verhältnisse der Parteien zueinander, welche für das geltende österreichische Proceßrecht (ordentliches und summarisches Verfahren) charakteristisch ist. Es ist dies die Idee des Kampfes, die Auffassung des Proceßes als ein der Rechtseroberung dienend-

des sich gegenseitig Bekämpfen der Parteien. Der Jugend wird der Moralgrundsatz eingeprägt, man müsse auch dem Feinde in der Noth helfen, aber im Proceffe ist das etwas ganz Anderes! Der Proceß ist ein Krieg,³⁸⁾ in dem sich die Parteien als ingrimmig hassende, auf gegenseitige Vernichtung bedachte Feinde mit allen Mitteln niederzuringen bemühen — und dazu das Recht haben. Nicht ein Waffengang, wie etwa das Duell, mit einem Beisatze von Loyalität und Noblesse, welcher das Ausnützen widriger Zufälligkeiten, die den Einen treffen, verschmäht, nein ein Kampf, in welchem das Streben nach dem Sieg alle anderen Rücksichten verdrängt, alle edleren Regungen schweigen dürfen, so ziemlich Alles erlaubt ist, was nur nützt, und in dem man namentlich auch den Gegner ruhig sich verbluten sehen kann, ohne juristische oder ethische Hilfeleistungspflicht; sozusagen ein Krieg ohne rothes Kreuz.³⁹⁾ In dieser Idee des Kampfes liegt den Meisten die „moralische“ Rechtfertigung für die aus dem Souveränitätsgedanken herrührende Verunstaltung der Parteibeziehungen.

Wie wenig diese Auffassung des Processes mit der Function der staatlichen Rechtspflege, wie wir sie heute verstehen, verträglich ist, wie sie eine der rohesten, primitivsten Phase der Rechtsverwirklichung angehörige Vorstellung in den cultivirten behördlichen Rechtsfeststellungs-Vorgang hineinträgt, mit der Selbsthilfe verbundene Nachtheile zum Range eines wissenschaftlichen Gedankens erhebt, welche Satire auf die ganze Idee des „Rechtsstaates“ in dieser Anschauung liegt, der zufolge die staatliche Justizorganisation in der Bestellung von Kampfrichtern culminirt, welche colossale Uebertreibung die Auffassung des beiderseitigen (allerdings von gegensätzlichem Interesse dictirten) Infirmirens des Richters als Kampf und welche grenzenlose Willkür es ist, solchen Trepus ernst zu nehmen und aus ihm die Regeln für das Parteiverhalten zu schöpfen — wozu das erst weiter ausführen? Wie immer, bei der zum mindesten unzweckmäßigen Ordnung der Parteibeziehungen, wie wir ihr heute im österr. Rechte begegnen, kann es nicht bleiben. Der gefährlichste Widersacher jedes Versuches, zu verbessern, ist aber auch hier wieder der Umstand, daß die kalte Theilnahmslosigkeit der Proceßparteien, die unbedingte Freiheit von jeder Hilfeleistungspflicht

³⁸⁾ So wird er auch in der officiellen Rechtssprache der Kammergerichtsordnungen des sechzehnten Jahrhunderts stets genannt.

³⁹⁾ Vgl. Zink, Ermittlung des Sachverhaltes S. 119 f., und diese Anschauung als auch bei uns vorhanden und herrschend constatiren die Motive zum Gesetze über das Bagatelverfahren (Kaserer S. 41) und Usher in den Jurist. Blätt. 1882 S. 49.

durch die lange Geltung der Principien unserer Gerichtsordnungen für uns selbstverständliche Dinge geworden. Kein trefflicheres Mittel zur Heilung von diesem Irrglauben, als der Blick auf andere historische Proceßrechtsbildungen: auf diese Weise erkennen wir leicht, wie wenig Gemeingültiges an der Anwendung des Dispositionsprincipes auf das gegenseitige Verhältniß der Parteien ist.

Wegen der Correspondenz mit der Kampfsidee wird sich statt reiner Rechtsvergleichung die Einbeziehung des römischen Processes empfehlen. Denn wenn irgend ein staatlich geordnetes Proceßwesen aus der präjuristischen Periode der Gewalt und Waffenmacht Manches herübergenommen, war es das römische. In *ius vocatio* und die die alte Execution einleitende *manus iniectio* stellten Mann gegen Mann; der Kläger, Proceßsieger mußte, um seinen Zweck zu erreichen, den Gegner eventuell zuerst physisch bewältigen, nicht wurde ihm wie heute durch von allem Leiblichen absehende bloße Rechtsveränderungen geholfen. Der Kampf um die Sache oder das Recht an ihr bildete ein Stück des Vindicationsrituales (*manum conserere*) im Legisactionen-Verfahren, die Scheindejection aus dem Grundstücke gehörte zur Ordination eines Besitzstörungstreites — überall der der Rechtsverwirklichung durch Eigenmacht anhaftende Zug persönlicher Feindseligkeit zwischen den Parteien. Aber unbeirrt durch die in diesen Formen und Einrichtungen bis in die Kaiserzeit fortlebende Kampfsidee schuf der Prätor die wohlthätige Institution der *interrogationes in iure*, die den Beklagten nöthigten, dem Kläger bei Instruirung der Klage durch Mittheilungen über wissenswerthe Thatsachen der Passivlegitimation behilflich zu sein. In ihnen und der dem Kläger auferlegten Pflicht zur *anticipativen* Angabe des Wortlautes der Urkunden, mit welchen er seinen Anspruch später bei der Verhandlung, im *iudicium* begründen will (*editio instrumentorum*), kommt es zum Vorschein, wie herzlich wenig den Römern trotz aller in diesem erdfrischen Proceßrechte lebenden Reminiscenzen an die Kaufhändler der Selbsthilfe der Kampfgedanke galt, wo er dem Bedürfnisse der staatlichen Rechtsprechung nach rascher, einfacher und ausführlicher Darlegung der für die Beurtheilung der Rechtszuständigkeit maßgebenden Thatsachen hinderlich sein konnte. In diesen Instituten zeigt sich zugleich die (uns heute noch nicht geläufige) Erkenntniß wach, wie es sich dort, wo von Staatswegen Recht gesprochen wird, wenig ziemt, die Partei und mit ihr die ganze zum Schutze wirklichen, erworbenen Rechtes bestimmte Rechtsprechung darüber stolpern zu lassen, daß von einem erheblichen Umstande zufällig nur der Gegner wisse oder über die bezüglichen Beweismittel verfüge. Das honorarische Recht

hat so den Gedanken einer Verbindlichkeit der Parteien, sich in der Proceßführung wechselweise zu unterstützen, geboren: die den Schöpfungen des Prätors eigene tiefwahre Einsicht in die Natur und die praktischen Exigentien des Verhältnisses bewährt sich auch darin. Was geschichtlich darauf folgte, erfüllte freilich nicht die Erwartungen, die jenes Morgenroth erweckt, aber ganz umsonst war das Eingreifen des Prätors nicht. Das zeigt schon das canonische Gerichtsverfahren.⁴⁰⁾

Einen stärkeren Contrast zum Rechte unserer Gerichtsordnungen als den heutigen englischen Proceß kann man sich kaum denken. Die Parteien können da über alle sie interessirenden Gegenstände des Processes, oder genauer gesagt: über alle das Recht des Fragenden betreffenden Umstände an einander Fragen stellen (interrogatories, discovery by interrogatories). Im weitesten Umfange, theils ganz ohne richterliche Genehmigung, theils muß dazu vorerst eine genehmigende Verfügung in Chambers erwirkt werden. Die Grenzen der Fragebefugniß sind keine anderen als: mit der Antwort verbundene Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, Verletzung eines Amtsgeheimnisses oder eines sonstigen öffentlichen Interesses, Unthunlichkeit der Beantwortung, ohne dem Rechte eines Dritten zu präjudiciren oder das dem Anwalte vom Clienten geschenkte Vertrauen zu verletzen. Die Beantwortung hat in kurzer Frist mittelst in der Hauptverhandlung als Beweismittel zu benützendes affidavit zu geschehen. Die englische Rechtsanschauung nimmt es mit dieser Mittheilungspflicht so streng als möglich, das zeigen deren Sanctionen. Auf grundlose Antwortsverweigerung ist alternativ Personalarrest — dieser kann auch eventuell über den Solicitor verhängt werden — und für den Kläger Proceßverlust, für den Beklagten aber Behandlung als indefensus (Annullirung der Vertheidigungsschrift, Contumazurtheil zu Gunsten des Klägers u. s. w.)⁴¹⁾ gesetzt. Dieser energische Schutz gegen alle Chicanösen Hinterhältigkeiten, der nicht bloß der einzelnen Partei zu Statten kommt, sondern nothwendig auf die Speculationen, Hoffnungen und Gesinnungen der Processirenden und damit auf deren ganzes Verhalten zurückwirkt und so das Niveau der Proceßinstitution selbst erhöht, diese für uns schon genug märchenhafte, so unkriegeriße Informationspflicht wird im englischen Prozesse noch durch eine ganz außerordentlich extensive Urkundenangabe- und Productionspflicht ergänzt. Jede Partei muß über Wunsch des Gegners (beziehungsweise über

⁴⁰⁾ Endemann in der Zschr. f. deutsch. Civilpr. XV. S. 224 f.

⁴¹⁾ Ueber die verschiedenen Versäumnißfolgen im englischen Prozesse vgl. E. Schuster, Bürgerl. Rechtspflege in England S. 143 ff.

darauf ergehende richterliche Verfügung) durch affidavit sämtliche gegenwärtig oder früher von ihr besessenen, auf eine im Rechtsstreite erhebliche Frage sich beziehenden Schriftstücke nennen (discovery of documents) und vorzeigen (production by order). Wohl beachtet: alle relevanten Schriftstücke, nicht bloß die in den pleadings benützten und angeführten. Die Gründe für die zulässige Aufschlußverweigerung und die Folge ungerechtfertigten Ungehorsams sind dieselben wie im Falle der interrogatories.

Gegenüber dieser so kräftig betonten, umfangreichen Unterstützungsspflicht machen die einschlägigen Vorschriften des französischen und italienischen Processes den Eindruck von Halbheiten. Aber was hier vor allem von Wichtigkeit: auch sie negiren das Parteiprivileg des unbedingt Passivbleibendürfnisses unserer ordentlichen und summarischen Prozesse durch die Anerkennung der Befugniß, mit Anspruch auf Beachtung vom Gegner im Wege formeller Befragung Aufschluß über proceßerhebliche Momente zu begehren.⁴²⁾ Es darf zum mindesten ebensoviel gefragt werden als nach englischem Rechte: die Informationspflicht ist keine principiell andere, nicht inhaltlich reducirter, nur der Zwang zu ihrer Realerfüllung ist bei weitem schwächer. Statt Sachverlust oder Haft droht der befragten Partei höchstens poena confessi hinsichtlich der in den Artikeln zur Frage verstellten Thatfachen und Umstände. Die aus dem Nichtwissen einzelner Momente des Thatbestandes oder des Legitimationspunktes für die Partei drohenden Gefahren, vor welcher das österreichische Recht so gar nicht schützt, sind dennoch auch damit vermieden. Relativ besser allerdings im italienischen Prozesse, denn die illegitim nicht beantwortete Frage muß als zugestanden angenommen werden (si hanno come ammessi i fatti dedotti, art. 218), während Frankreich analog seinem Vorgehen im Contumazialverfahren die Annahme eines Geständnisses dem Richter zur beliebigen Verfügung stellt.⁴³⁾ Wenn die französischen Schriftsteller⁴⁴⁾ der von Gerichtswegen angeordneten comparation personnelle des parties den Vorzug vor dem interrogatoire sur faits et articles geben, so geschieht dies keineswegs aus Abneigung wider die letzterem Institute zu Grunde liegende gegen-

⁴²⁾ Art. 324 sq. Code de procédure — 216 sq. Codice di procedura civile.

⁴³⁾ . . . pourront être tenus (les faits) . . . pour avérés. Art. 330 Code de procédure.

⁴⁴⁾ Boitard-Colmet Daage, Leçons de procédure civile, I. p. 493 Nr. 524 — Garsonnet l. c. II. p. 434, §. CCCXI.

seitige Hilfspflicht der Parteien.⁴⁵⁾ Betreffs der Urkundenedition, bleibt französisches und italienisches Recht hinter dem Englands zurück. Sie beschränken die Pflicht der Partei auf die Communication der im Proceffe bezogenen und dann noch der dem Gegner gehörigen oder beiden Theilen gemeinsamen Urkunden. Aber der Abstand wird einigermaßen geringer, sowie man berücksichtigt, daß Vorhandensein und Besitz von den Streitgegenstand angehenden, wenn auch vom Gegner nicht angeführten Urkunden als eine diesem Rechtsstreite zweifellos pertinente Thatsache in den Artikeln des interrogatoire Platz findet. Und was dann der nach dieser Richtung im Vergleich zum englischen Recht unvollständigeren Ausbildung der gegenseitigen Unterstützungspflicht praktisch viel von Bedeutung nimmt, ist, daß wenigstens die französische Jurisprudenz den Mangel eines gesetzlichen Parteianspruches auf Urkundenmittheilung durchaus nicht als Ausschließung jeder Nöthigung zu solcher Mittheilung interpretirt. Garsonnet bemerkt, daß auch dort, wo die Communication einer Urkunde von der Partei nicht begehrt werden könne, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation à l'effet de décider si une pièce, dont aucun principe de droit n'interdit la communication, est assez importante pour qu'il y ait lieu de surseoir, jusqu'à ce quelle ait été communiquée (II. p. 438). Und gerade im Anschlusse an die Fragestellung wird zu solcher Anordnung oft Gelegenheit sein.

In drei großen, hochcultivirten Ländern⁴⁶⁾ hat man sonach mit der Monopolisirung gewisser Sachverhaltsbestandtheile und Beweisstücke zu Gunsten der (zufällig oder naturgemäß) allein davon wissenden Partei bereits seit Langem gebrochen. Es sind dies Staaten, deren gesetzgebende Competenzen Civilproceß und Samariterdienst gerade so gut auseinanderzuhalten wissen wie wir — zumal die Bevölkerung Englands ist vor dem Verdachte sentimentaler Behandlung von Geschäftsdingen viel zu gefeit, als daß man die besprochenen Proceßeinrichtungen als Ueberschwang von charity erklären und damit erledigt halten dürfte; Staaten, in welchen zum min-

⁴⁵⁾ Il est clair, que la chance d'obtenir la vérité est bien plus grande dans la comparution personnelle autorisée par l'art. 119, dans celle qui met les parties en présence du tribunal, en présence du public, en présence l'une de l'autre; dans celle qui les force à répondre sans préparation, et qui expose les mensonges et les contradictions de chacune d'elles à être immédiatement signalés et relevés par l'autre. Boitard l. c. p. 494.

⁴⁶⁾ Befragungsrecht der Parteien anerkannten auch der frühere badische und bessische Proceß.

desten dasselbe seine Gefühl für die Unversehrtheit der gesellschaftlichen und politischen Freiheitsphäre des Individuums anzutreffen ist wie, bei uns, und die Jurisdiction ungeachtet gewisser justizadministrativer Abweichungen im Plane der Staatsaufgaben an derselben Stelle steht und dieselbe Bestimmung hat wie in Oesterreich. Anerkennen wir dann auf die Autorität dieser Nationen, daß das sich souverän Gegenüberstehen der Parteien mit seinen manchen Inconvenienzen nicht durch die „Proceßidee“ gefordert wird, sondern der Proceßzweck vielmehr umgekehrt Mitarbeiterchaft beider Parteien fordere. Jene im heutigen österreichischen Proceße zweifellos vorhandenen Inconvenienzen lassen sich vermeiden, ohne zu dem Zwecke die ganze Proceßinstitution auf den Kopf stellen zu müssen. Es braucht nur ein Vorurtheil mehr aufgegeben zu werden. Daß ein solches zu Gunsten des von jeder Unterstützungspflicht Freiseins zur Zeit besteht oder, wenn man nicht von Vorurtheil sprechen will, daß man diese Freiheit und Theilnahmslosigkeit zur Zeit als das allein Sachgemäße betrachtet, wird Jedermann zugeben müssen, der über die Stimmungen und Anschauungen der juristischen Praktiker in Oesterreich unterrichtet ist. Es ergibt sich dies schon aus der allgemeinen Ehrfurcht vor der Verhandlungsmaxime und dem Dispositionsprincip. Beides hängt ja zusammen. An literarischen Aeußerungen fehlt es, wenn man nicht die in einer neueren Schrift⁴⁷⁾ enthaltene Bemerkung, daß die Bestimmungen des Bagatellverfahrens über die verschiedenen Beweisarten in ihrer Anwendung auf den geplanten mündlichen Summarproceß zu manchen Bedenken Anlaß geben könnten und die Vorschriften über Urkundenedition für wichtigere Rechtsfachen allzu discretionär seien, als ein Indiz für jene Auffassung nehmen will.

Daß man heute noch von einer allgemeinen Ueberzeugung reden kann, welche die wechselweise Unterstützungspflicht leugnet, ist auch für eine brennende Frage der legislativen Taktik von großem Belange. Es beweist nämlich — was zudem andere Erwägungen für sich wahrscheinlich machen —, daß die Meinung, mittelst zunächst nur particulärer Einführung neuer Proceßprincipien „die seinerzeitige vollständige Reform des Civilprocesses gründlich vorzubereiten und Gewähr für ihre sichere und ungestörte Durchführung zu schaffen“,⁴⁸⁾

⁴⁷⁾ J. Kornfeld a. a. O. S. 24.

⁴⁸⁾ Zulezt in den erläuternden Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das mündl. Summarverfahren (Nr. 492 der Beil. zu den Sten. Protok. des Abg.-Häuses, X. Session, S. 20) wiederholt.

ein schöner Wahn ist. Denn schon das Gesetz über das Bagatellverfahren führte eben aus England Schöflinge jener Unterstützungspflicht zur Veredlung des heimischen Processes ein. Gegenseitiges Befragungsrecht der Parteien im Rahmen des proceßerheblichen Sachverhaltes (§. 26), Verpflichtung jeder Partei, auf Verlangen des Beweisführers bez. darüber ergehenden richterlichen Auftrag für die Beweisführung wichtige, wenn auch bisher nicht allegirte Urkunden zu ediren (§. 38), gleiche Pflicht hinsichtlich des Gegenstandes eines Augenscheines (§. 52), und wohl auch die Bestimmung über das Schreiben vom Richter bezeichneter Worte im Zuge eines Echtheitsbeweises (§. 51) geht auf dieselbe Wurzel zurück. Statt, wozu diese Vorschriften bestimmt waren, die alten vertrockneten Dogmen über das Verhältniß zwischen den Parteien zu regeneriren, der Ausgangspunkt neuer, richtigerer und natürlicherer Auffassungen zu werden, sind diese Paragrafen steril geblieben. Nicht die herkömmliche Anschauung ist ihnen erlegen, sondern sie erlagen der Macht der Tradition, die gar nicht das rechte Bewußtsein der tiefen Bedeutung dieser paar Gesetzesstellen aufkommen ließ. Zum Theile ist freilich auch die damalige Gesetzgebung daran Schuld, indem sie — vermuthlich der theoretisch reinen Durchführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung zu Liebe — in der Auswahl der Sanctionen für diese Anordnungen so ganz von dem englischen Vorbilde sich abwendete und dem französischen Muster folgte. Zum anderen Theile ist es aber das regelmäßige Schicksal derartiger Sonderbestimmungen, das sich da am Einzelnen vollzog. Die Doctrin muß sie bei der systematischen wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechtes als Ausnahme behandeln, die neu heranwachsenden Juristengeschlechter lernen sie in dem der lex lata gewidmeten Rechtsunterricht als solche Ausnahme kennen, für den Anwalt, dessen Hauptthätigkeit im Gebiete anderer Verfahrensorten stattfindet, bleiben sie Ausnahmen, und die administrative Isolirung, welche beim Bagatellverfahren hinzutritt, thut das ihrige, um selbst im Richterstande die Vorstellung des Exceptionellen nicht verschwinden zu lassen, welche das Ziffernverhältniß der Bagatell- und sonstigen Rechtsachen für sich⁴⁹⁾ erdrücken müßte. Statt zu fördern, hemmt so jene Me-

⁴⁹⁾ Es wurden im Jahre 1884 im ordentlichen- und summarischen Verfahren bei den Bezirksgerichten 171.374 gegen 939.852 Bagatellsachen anhängig gemacht, und im Jahre 1885 war das Verhältniß 179.287 zu 1,022.454. Dieses Verhältniß verschiebt sich auch gar nicht besonders, wenn man die streitigen Gerichtshofangelegenheiten hinzuzählt. Sie belaufen sich im Jahre 1884 auf 40.310, im Jahre 1885 auf 45.522

thode. Es gibt kaum Schwereres, als das, was sich in unjerem ganzen Denken einmal als Ausnahme festgesetzt hat, dann plötzlich als Regel anerkennen und üben zu müssen; nichts, was mehr Zweifel an der Berechtigung einer Regel hervorrufen könnte, als ihre frühere langjährige subordinirte Function als Ausnahmsfall: ein ähnliches Ding wie bei Usurpatoren eines Thrones und einer Herrscherkrone, die aus bürgerlichen Schichten emporgestiegen sind.

In einer Hinsicht ist uns die wiederholte Betonung des der Zukunft vorarbeitenden legislativ-politischen Nebenzweckes, der mit der Einführung des Bagatellverfahrens sowie mit dem Vorschlage eines auf das Bagatellverfahren gestützten mündlichen Summarverfahrens verfolgt wird, von hohem Werth. Wir entnehmen ihr nämlich die kindende Zusage, daß auch die Verpflichtung der Parteien, sich bei der Proceßführung die nöthige Unterstützung zu gewähren, zu den Principien unseres zukünftigen Civilprocesses gehören werde, und finden in der unveränderten Reception der §§. 26, 38, 51, 52 Bag.-Verf. in den vom Justizauschusse dem Abgeordnetenhaufe jüngst vorgelegten Entwurf eines Gesetzes über das mündliche Summarverfahren⁵⁰⁾ weitere Bestätigung dafür, daß wenigstens unsere Gesetzgebung von der Ueberzeugung durchdrungen sei, man dürfe nicht länger mehr begründete Ansprüche einer Partei an der vorjäslichen, gewinnjüchtigen Passivität des Gegners scheitern lassen, den die Ereignisse zum Alleinwiser eines relevanten Umstandes, zum Besizer einer wichtigen, wenn auch nicht gerade dem Gegner gehörigen Urkunde gemacht. In jener Erklärung der Regierung und in dieser Haltung des Justizauschusses, verbunden mit der Bemerkung des letzteren, daß eine baldige Einführung des von ihm vorgeschlagenen Verfahrens „das lange angestrebte große . . . Reformwerk . . . um einen Schritt vorwärtszubringen bestimmt sei“,⁵¹⁾ finden wir endlich ausgesprochen, daß ein großer Theil der heute maßgebenden Factoren der Justizgesetzgebung in der Frage der Unterstützungspflicht sich zu anderen Grundsätzen bekennt als die Verfasser des österr. Entwurfes einer C. P. O. vom Jahre 1881, die sich hierin allzu enge an die in diesem Punkte keinesfalls mustergiltige⁵²⁾ deutsche C. P. O. schlossen. Bei dieser Sach-

Rechtsachen, so daß z. B. für 1885 noch immer 1,022,454 Bagatellfachen nur 224,809 Causen aller anderen Verfahrensarten gegenüberstehen.

⁵⁰⁾ §§. 34, 47, 60, 61 des Entwurfes (Nr. 907 der Beil. zu den Sten. Protok. des Abg. Hauses, X. Session).

⁵¹⁾ Nr. 907 der Beil. (Anm. 50), S. 3.

⁵²⁾ Vgl. J. Kohler a. a. O. S. 69*** betreffs der Begrenzung der Editionspflicht.

lage scheint es angebracht, sich nicht bloß auf die Anerkennung solcher Parteipflicht zu beschränken: die Berechtigung hiezu halte ich durch den Nachweis der Nichtberechtigung und des Anachronismus der Kampfvorstellung und durch die offenbare Unschlüssigkeit der Folgerung dargethan, welche bei der etwaigen Anwendung des Dispositionsprincips auf das gegenseitige Parteienverhältniß von der Dispositionsberechtigung über mein Privatrecht auf die Befugniß zur Zurückhaltung gewisser dem Privatrechte des Gegners wesentlicher Momente gezogen wird. Schreitet man aber dazu, jene Hilfspflicht im Proceße zu activiren, so müßten an ihre Ausgestaltung folgende Forderungen gestellt werden:

1. Es ist den Parteien die Befugniß gegenseitiger Befragung über alle den Gegenstand des Rechtsstreites betreffenden, für die gegenwärtige Proceßführung des Fragenden erheblichen Umstände (Sachverhalt, Legitimationspunkt, Beweismittel) zuzuerkennen. Von der Ertheilung der Antwort befreien die gesetzlich zu normirenden Weigerungsgründe. Bei dieser Normirung wird man kaum weiter zu gehen brauchen, als das englische Recht es gethan. Nur für das Geschäfts- und gewerbliche Geheimniß wäre vielleicht eine besondere Fürsorge angemessen, indem wenigstens in diesem Stadium des Verfahrens⁵³⁾ alle solches Geheimniß enthüllenden oder verletzenden Antworten erlassen werden. Die Befragung muß sowohl während des vorbereitenden Schriftenwechsels als im Laufe der mündlichen Streitverhandlung gestattet sein, und es muß für eine einfache, incidente, rasche Erledigung der Einwendungen gesorgt werden, die der Gegner wider die Befragung überhaupt oder wider einzelne Fragen erhebt. Dem Kläger muß ferner durch Aufnahme einer bezüglichen Einschränkung in die Vorschriften über Aenderung und Zurücknahme der Klage ermöglicht werden, die ihm in Folge der Fragestellung zu Theil gewordenen Aufschlüsse sofort für den anhängigen Rechtsstreit zu verwerthen, um zumal nicht weiter der Gefahr ganz oder theilweise vergeblichen Proceßirens gegen passiv nicht legitimirte ausgesetzt zu sein. Daß sich der Kläger in dieser Richtung rechtzeitig vorsehen müsse und dem Beklagten daraus kein Schaden (Aufwand für die bisherigen Proceßschritte) erwachsen dürfe, ist selbstverständlich; auch darüber hat das Gesetz Vorschriften zu enthalten. Die Ausdehnung der richterlichen Instructionsthätigkeit macht dieses Fragerecht schon

⁵³⁾ Hinsichtlich des Beweisstadiums vgl. §. 62 Al. 2 Bag.-Verf. und §. 421 Al. 3 des Entwurfs von 1881 — nicht unbedenkliche Bestimmungen!

deshalb nicht überflüssig, weil, soweit es sich um die Sachanträge handelt, der Richter auf deren Erläuterung beschränkt ist.

Die schwierigste Frage ist, wie das Gesetz sich, seine Schöpfung und die Partei wider Ungehorsam und unberechtigte Antwortverweigerung des befragten Gegners schützen solle. Die Reception der harten Sanctionen des englischen Rechtes läßt sich, zum Theile aus den im vorigen Abschnitte dargethanen Gründen und mit Rücksicht auf unsere proceßrechtliche Vergangenheit, nicht beantragen. Wir können nicht so lange warten, bis jener Gedankenumschwung sich vollendet, der nothwendig wäre, um unserer Bevölkerung und auch unseren Juristen Haft und Proceßverlust als gerechte Folge der Hilfeversagung erscheinen zu lassen — legislative Neuerungen, die die herrschenden Volks- und Rechtsanschauungen ganz wider sich haben, halte ich aber, wie schon angedeutet, für todtgeboren. Solche revolutionäre Entwicklungen bringen dem Rechtsleben eines Landes auch nie viel Nutzen. Es folgt der Detroyirung, wie bei staatlichen Umwälzungen immer eine Periode des Rückschlages, wo die Existenzfrage an das Neue herantritt und wo leicht wieder umsinkt, was nicht inzwischen wegen des gut vorbereiteten Bodens bereits wurzelseft werden konnte. Die Nichtbeantwortung einzig, wie alles sonstige Erklären und Schweigen der Parteien während der Verhandlung, der freien richterlichen Würdigung und Beurtheilung zu unterwerfen — das System des Bagatellverfahrens — läßt andererseits zu wenig hervortreten, daß es sich hier doch nicht um völlig freies Vorbringen der Partei handle, es markirt nicht den zweifellosen Unterschied zwischen gewöhnlichem Richterklären und Richterklären trotz ausdrücklichen Befragens des Gegners. Es kommt da nicht zum Ausdruck, daß das Beantworten hier, wenn auch nicht rechtliches Müssen (wahre Handlungspflicht), so doch ein rechtliches Sollen ist. Auf der Nichtbefolgung eines solchen muß ein Nachtheil stehen, sonst verliert es seinen Charakter und wird — wie immer die Terminologie sein mag — thatsächlich zum einfachen Können, Dürfen. Weder in den einen, noch in den anderen Fehler führt der von der italienischen Gesetzgebung gewählte Weg, und er wird sich auch für die österreichische Gesetzgebung empfehlen, welche ihn schon gewissermaßen mit Art. 37 des Handelsgesetzbuches betreten. Wer ohne gesetzlichen Grund eine Frage nicht beantwortet, muß den zur Frage verstellten Umstand in diesem Proceße gegen sich gelten lassen, die Nichtbeantwortung hat m. a. W. die Kraft eines stillschweigenden Geständnisses des frageweise vom Gegner Behaupteten. Der freien Beweiswürdigung des Richters wird dadurch nicht mehr nahe getreten als im

Contumacialverfahren und mit der bindenden Kraft gerichtlicher Thatfachengeständnisse, das Dispositionsprincip aber muß mit der der Partei gewährten Alternative und dem Eintreten einer Folge, für die sich die Partei frei entscheidet, erst recht zufrieden sein. Was die Anerkennung eines derartigen Fragerechtes für die Gediegenheit der Rechtsprechung, was sie für Proceßmoral und Proceßhülfen zu bedeuten hätte, darüber ist unter Sachleuten kein Wort nothwendig. Meiner Ansicht nach überbietet sie in letzterer Beziehung an thatsächlich unvermeidlicher Rückwirkung noch die allerjüngsten Hoffnungen, die man in diesem Punkte speciell an die Einführung der Oeffentlichkeit des Verfahrens zu knüpfen pflegt.⁵¹⁾

2. Die Urkundenedition anlangend ist zunächst — worüber kein Zweifel bestehen kann — die Pflicht zur Herausgabe und Producirung der dem Gegner gehörigen oder ihm aus anderen materiellrechtlichen Gründen zu resituirenden Urkunden und der gemeinschaftlichen Urkunden (§. 387 deutsch. C. P. O.) zu statuiren. Ueber sonstige für die Proceß- bez. Beweisführung erhebliche Urkunden wird innerhalb der Grenzen des allgemeinen Fragerechtes jedenfalls Befragung des Gegners zulässig sein. Die Gesetzgebung sollte aber auch der Neuerung des §. 38 Bag.-Verf., von welcher sich der 1881er Entwurf wort- und grundlos abgewendet hat, treu bleiben. Die Motive zum Entwürfe des Gesetzes über das Bagatellverfahren erklärten sie damit, daß jedem Bestreben entgegenzutreten sei, „das darauf abzielt, der Gegenpartei die Beweismittel vorzuenthalten“. Das ist ein herrlicher Gedanke; wir sind nicht so reich an solchen Juwelen, daß wir darauf verzichten könnten, diesen zwischen dem Stabwerk unseres künftigen Civilproceßrechtes glänzen zu sehen. Daher Einräumung der Befugniß, vom Gegner (event. auf Grund vorheriger Befragung) die Vorlage aller in seinem Besitze befindlichen, wenn auch von ihm selbst im Proceße nicht verwendeten, für die Beweisführung hier wichtigen Urkunden wirksam zu begehren. Die passendste Begrenzung für diese Vorlagepflicht dürften die für die eidliche Aussage der Partei festzusetzenden Schranken bilden. Die Nichtvorlage ist entschuldigt, wenn mit der Production der Urkunde (bez. der damit verbundenen Veröffentlichung des Urkundeninhaltes) für die vorlegende Partei ein Erfolg verbunden wäre, der sie bei eidlicher Abhörung zur Verweigerung

⁵¹⁾ Petition des Oremiums der Wiener Kaufmannschaft vom 30. November 1880 und vom 22. März 1885 — Petition des Wiener Creditorenvereines vom Jahre 1880.

der Aussage berechtigen würde. Für alle Fälle der Edition aber bei gegnerischem Widerspruch behufs Feststellung der Editionsverpflichtung ein kurzes, sich in den Hauptproceß einschiebiges, möglichst formloses, rein mündliches contradictorisches Incidenzverfahren. Auch das rechtlich begründete Ediren sollen verlangt ein Compelle. Ein Solches kann auch hier aus den ad 1. angegebenen Erwägungen in der Bestimmung, der Richter habe das Verhalten des Gegners frei zu beurtheilen, nicht gefunden werden. Wie Ungehorsam gegen das gerichtlich gebilligte Editionsverlangen zu behandeln sei, zeigt Art. 37 des Handelsgesetzes. Die Behauptungen des Editionswerbers über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde sind solchen Falles als bewiesen anzunehmen.⁵⁵⁾ — Eine dem §. 409 deutsch. C. P. O. analoge Bestimmung (Beseitigung, Vernichtung u. s. w. einer Urkunde durch die Partei in der Absicht, dadurch deren Benützung dem Gegner zu entziehen) sollte im österr. Rechte auch nicht fehlen. Der Beibehaltung des §. 51 Al. 2 sq. Bag.-Verf.⁵⁶⁾ steht nichts entgegen.

3. Endlich Fragerecht betreffs Vorhandenseins und Beschaffenheit von Auskunstsachen, Augenscheinsgegenständen oder anderen Sachen, deren Besichtigung wie z. B. bei Proben und Mustern auch außer dem Falle eines Augenscheines zur Infirmierung einer Partei von Wichtigkeit sein kann, und Pflicht, diese Dinge nach Analogie des ad 2. Gesagten zum Zwecke der Beweisführung, des Augenscheins und der Besichtigung vorzuweisen. Mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der möglichen Situationen läßt sich da eine einheitliche Folge der verweigerten Exhibition nicht gut normiren. Der Ungehorsam gegen den Exhibitionsauftrag wird über entsprechendes Parteibegehren zur Anwendung der Execution führen können, der Richter wird aber auch, wenn die Partei ihr Interesse damit besser gewahrt crachtet, den Ungehorsam mittelst der Erwägung zur Geltung bringen können, welchen Einfluß auf die Beurtheilung des Falles dieser Weigerung zukommt. Das Verfahren zur Feststellung der Exhibitionspflicht muß denselben Anforderungen genügen, wie das Editionsverfahren.

⁵⁵⁾ Vgl. J. Kohler a. a. O. S. 70.

⁵⁶⁾ Vgl. §§. 361, 362 des österr. Entwurfs vom Jahre 1881.