universität innsbruck
Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

Pro futuro

Klein, Franz

Leipzig, 1891

II. Richterliche Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung

urn:nbn:at:at-ubi:2-18

II.

Richterliche Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung.

Am Eingange unseres heutigen bürgerlichen Processes steht die sogenannte Verhandlungsmaxime. Dieses Proceßdogma hat mehrere Seiten. Auch für die Kritik. Zu solcher ist hier Anlaß, insofern es Regulator für das Aufbringen des beim Urtheilen zu verarbeitenden Behauptungs- und Beweismaterials sein will — und (leider) ist. Nicht nur durch die Wucht des Gesetzes, sondern weil nach unserer besten Ueberzeugung durch sich selbst geradewegs dazu prädestinirt. Was hat sich auch der Richter in das Herbeischaffen und in die Auswahl dessen zu mischen, worüber er das begehrte Erkenntniß zu sprechen hat? „Der Proceßstoff ist Eigenthum der Parteien!"

Welches Volk, welche Periode diese Wahrheit entdeckt, das ist noch immer nicht recht außer Zweifel. Das Verfahren vor dem römischen judex in der classischen Zeit war zu natürlich, zu mündlich, sich zu sehr selbst überlassen, die Auffassung von Staat und Behörde nach Diocletian zu wenig demokratisch, die ganzen Justizeinrichtungen in dem für die Rechtsentwickelung zuletzt hauptsächlich maßgebenden oströmischen Reiche endlich zu höfisch und kaiserlich, als daß sich jene Ansicht da hätte ausbilden oder — wenn selbst im Verhältnisse der kundigen causidici und advocati zum Laiengeschwornen zeitweilig emporgekommen — sich doch später hätte erhalten können. Ihr Entstehen läßt sich kaum anderswo denken als im deutschen Volksgerichte, im Gerichte der Genossen und Ebenbürtigen mit seinem großen, zum Abgeben des Urtheils berufenen, aber zum Eingreifen in die Proceßinstruction zu unbeholfenen, dazu unfähigen Umstand und mit seinen formalisirten, erschöpfenden Urtheilsfragen. Die gang und gäbe doctrinäre Begründung aber sieht

ganz darnach aus, als wäre sie in der Werkstätte canonistischer Scholastik erfunden und hinterher dann dem deutschen Gerichtsgebrauch in der Zeit dünkelhafter Gelehrsamkeit zur quasiwissenschaftlichen Rechtfertigung angehängt worden. Was im deutschen Rechte aus der nationalen Auffassung des Gerichtswesens quoll, nach welcher die Parteien — wie Planck sagt — vor der Gerichtsversammlung auftreten „als vor ihresgleichen, nicht vor einer über ihnen stehenden Staatsbehörde", das machte jene Begründung zu einer dürren, abstract-logischen Consequenz aus dem Wesen des strittigen Civilrechtes, durchaus im Geiste der weltabgewendeten alten Dogmatik, die einseitig das logische und dialektische Moment pflegt und mit dessen Hilfe das einmal Gegebene auch über das Verschwinden seiner ursprünglichen Bedingungen hinaus zu erhalten weiß. Sie ist noch heute nicht ganz verstummt!

Ins gemeine Recht aufgenommen erhielt sich dann die Einrichtung der Unthätigkeit des Richters und der Alleinthätigkeit der Parteien im Instructionsstadium und erwarb sich immer mehr die Autorität eines über den Wechsel von Zeit und Raum erhabenen Proceßorganisationsprincipes. Ohne daß seine Motivirung in der langen Zeit sich vertieft hätte. Stets mußte der Schluß aus der Natur des im Processe geltend gemachten (Privat-)Rechtes die ganze Einrichtung tragen. Sie überstand die Skepsis der preußischen Codification zu Ende des vorigen Jahrhunderts, und es schadete ihr in unseren Augen nichts, daß auch die Gesetzgebung des ersten französischen Kaiserreiches sich von ihr abwendete. Wir wanken nicht und zweifeln nicht: die Parteien allein haben über den Inhalt des Rechtsstreites zu verfügen, der Proceßstoff ist ihr Eigenthum. Das mag zur Zeit hingehen, aber an der Schwelle einer neuen Legislation wird man auch für diese Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes — so vertraut sie uns ist — die Frage der Existenzberechtigung aufwerfen müssen. Unbesehen, ungeprüft darf sie nicht übernommen werden. Hat man wirklich hier eine juristische oder vernunftmäßige Nothwendigkeit vor sich? Man lese die Antwort darauf in der dieser Frage gewidmeten schönen, vorurtheilslos nach beiden Seiten gerecht abwägenden Abhandlung Gönner's [5]) nach. „Es ist ein Irrthum, wenn man die Verhandlungsmaxime für die einzige ausgibt, auf welche eine Ordnung des Gerichtsverfahrens berechnet sein kann (S. 184) — jede der beiden Maximen (Verhandlungs- und Untersuchungs-

[5]) Handbuch des deutschen gem. Processes (2. Auflage, 1804) I. S. 176 ff.

maxime) läßt sich aus Vernunftgründen rechtfertigen, keine ist die ausschließend denkbare und rechtmäßige" (S. 190). Gerade die naturrechtliche Richtung Gönner's macht diese Aeußerungen über die principielle Seite der Frage werthvoll. Das unverwüstliche[6]) Argument der „Civilsache", der Befugniß, über sein Eigenthum zu schalten, vermengt einander Fremdes.

Den Proceß als reinen Rechtserkenntnißvorgang genommen — eine zum mindesten doch auch mögliche Auffassung —, indem es den Gegensatz von Erkenntnißobject und Erkenntnißmittel und die einfache Wahrheit außer Acht läßt, daß die Beschaffenheit des zu Erkennenden allerdings über die Untersuchungsmethode entscheidet, der zu fordernde Grad der Vollständigkeit der Untersuchung aber von ihr unabhängig ist. Manche privatrechtlichen Beziehungen schließen thatsächlich — worauf man sich immer zur Rechtfertigung der Proceßstoff-Herrschaft in erster Linie zu berufen pflegt — die Möglichkeit fortdauernder Umgestaltung durch die Parteien in sich. Diese Veränderlichkeit ist etwas in und an den Rechtsbeziehungen, eine Qualität des zu Erkennenden, und die Verschiedenheit zwischen dem sofort nach seiner Begründung erstarrten und dem bewegungsfähig bleibenden Rechte soll nicht geleugnet werden. Aber diese Verschiedenheit ist keine derartige, daß sie — wie etwa in den Naturwissenschaften beim Uebergange der Untersuchung vom todten zum lebenden Objecte — zu theilweiser Aenderung der Forschungsmittel nöthigen würde. Die Veränderlichkeit wird dem Rechte, wie alle seine übrigen Modalitäten, durch äußere Ereignisse (Vereinbarung, Erklärungen, sonstige Thatsachen) verliehen, ist Ausfluß der Situation bei Entstehung des Rechtes oder späterer Facten und aus diesen deshalb gerade so zu erkennen, wie überhaupt das Juristische eines Vorganges, seine Rechtswirkung aus den Thatsachen erkannt werden. Dann handelt es sich überdies bei solchen veränderlichen Rechtsbeziehungen im Processe regelmäßig nicht darum, das Recht als gegenwärtig bewegliches, sozusagen im flüssigen Zustande, d. h. die Qualität der Veränderlichkeit zu constatiren; das Urtheil hat es vielmehr auch hier in den weitaus meisten Fällen mit einer bestimmten vollendeten Entwickelung, mit dem durch gewisse Thatsachen so oder so modificirten Rechte, also wieder mit

---

[6]) 1800: Grolmann, Theorie des ger. Verf. in bürgerl. Rechtsstreit., § 78. Ein halbes Jahrhundert später z. B. Wetzell, System des ordentl. Civilpr. S. 517 (Eigenartigkeit der Civilsache als ein dem öffentlichen fremdes, privatrechtliches Interesse). Neuestens: v. Canstein Ration. Grundl. S. 3 f. — D. Ullmann, Oesterr. Civilproceßrecht S. 151 (aus der Natur der Privatrechte folgt das Dispositionsprincip).

etwas mindestens derzeit Festem zu thun. Umsoweniger ist also ein Wechsel der sonstigen Rechtserkenntnißmethode nothwendig.

Die Herrschaft der Partei über den Proceßstoff betrifft übrigens gar nicht die Forschungsweise — das Einzige, worin man eine theilweise Rückwirkung der Objectsbeschaffenheit rationell finden könnte —, sondern in Wahrheit das Maß der Rechtserkenntnißbehelfe (darunter insbesondere die juristischen Thatsachen mitbegriffen), sie ist lediglich quantitative Verkürzung derselben. Ihr realistischer Ausdruck ist der Satz: Die Parteien können eine beliebige Menge von juristisch erheblichen Umständen und Geschehnissen von dem wirklichen Sachverhalte in Abzug bringen — ob es bei dieser Eliminirung wahrer Momente bleibt oder dann noch unwahre Momente hinzugefügt werden, ist im Vergleiche zum wahren Sachverhalte irrelevant — und vom Richter verlangen, auf den Rest hin sein Urtheil abzugeben. Das richterliche Urtheil über den so willkürlich zugeschnittenen Sachverhalt kann selbstverständlich der Rechtslage, wie sie sich darstellt, wenn alle in Wahrheit concret erheblichen Momente berücksichtigt würden, nicht entsprechen. Deshalb ist die Herrschaft über den Proceßinhalt mit anderen Worten die Befugniß, den Richter zu einem irrigen oder doch nur relativ richtigen, beziehungsweise ungenauen Urtheil zu leiten, und zu verhalten. Dieses Recht der Parteien, autoritativ den Grad der Richtigkeit des Urtheils zu bestimmen, und die Befugniß der Disposition über ihre privatrechtlichen Beziehungen sind zweifellos weder identisch, noch läßt sich das Recht der Einwirkung auf die Ausübung des Richteramtes irgendwie aus dem Rechte der Einwirkung auf das Verhältniß zwischen Partei und Partei folgern oder begründen. Gilt es positiv, so ist dies die Frucht besonderer Erwägungen, von dem Bestande einer der Parteiendisposition unterliegenden Rechtsbeziehung ganz und gar unabhängig. Die Uebung dieser Herrschaft ohne und vor Feststellung des Privatrechtes, welche doch stattfinden, vorausgehen müßte, falls die Herrschaft Consequenz des Privatrechtes, nur dessen wegen und daher nur dem Berechtigten gestattet wäre, dann die (mögliche) Verwendung des Processes zu Rechtsgeschäftszwecken, wo erst in Folge des Processes das Rechtsverhältniß entstehen soll und die Parteien es eben vermittelst ihrer Herrschaft über den Proceßstoff ins Leben rufen — das sind sprechende Belege für den Mangel jedweden Connexes der beiden in der Literatur und noch mehr im Denken auch der heutigen Juristengenerationen so innig verschwisterten Dinge. Die meiste Schuld an diesem Zusammendenken dürfte übrigens — ohne daß dies die Un-

richtigkeit mindern würde — der romanistischen Lehre von der actio beizumessen sein.

Das Beste, was man zur theoretischen Vertheidigung der Parteiendisposition über die Urtheilsrichtigkeit sagen kann, ist, daß sie nur eine andere Form der Rechtsschöpfung sei. Sind damit die Zweifel beseitigt, welche sich gegen jene Herrschaft nothgedrungen erheben, sowie wir sie als „Recht auf unrichtiges Urtheil" erkannt? Das ist in letzter Linie Frage nach einem Principe der gesammten Behördenorganisation im Staate: inwiefern dem Einzelnen über die einem Institute staatlicher Verwaltung im weiteren Sinne constitutionell aufgedrückte Zweckbestimmung zu verfügen erlaubt sei. Es kann wohl kein Zweifel sein, daß solche Disposition und die mit ihr gegebene Möglichkeit, die Functionen der einzelnen Behörden zu vermischen, sich mit dem Grundgedanken der Geschäftsvertheilung unter verschiedene Behörden in Widerspruch setzt. Mit der Zuweisung eines bestimmten Geschäftscomplexes geht ferner die Bewidmung mit einer der Erledigung gerade dieser Geschäfte dienlichen inneren Einrichtung Hand in Hand. Je specifischer letztere ist — und in der allmählichen Erreichung des Zieles individueller Anpassung an die zu erfüllende Aufgabe besteht der Fortschritt der Verwaltungsorganisation — umsoweniger können Grenzverwirrungen gebilligt werden. Mögen sie solche von Gesetzeswegen sein — dagegen kehrt sich beispielsweise die Tendenz der Aussonderung der Verwaltungsjustiz aus der Verwaltung, und von derartigen Grenzverwirrungen läßt sich auch hinsichtlich der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit sprechen — oder mögen die Parteien die Geschäftscompetenz einer Behörde willkürlich bereichern. Das ist wohl auch die — mit Recht — die österreichische Gesetzgebung beherrschende Auffassung: der Ausnützung für bestimmte Zwecke eingeführter staatlicher Verwaltungsinstitute zu privaten Rechtsgeschäften wird allenthalben gewehrt. Die Krankenversicherungskassen übernehmen nicht beliebige andere Versicherungen, das Firmenregister ist nicht je nach Interesse des Kaufmannes zu Eintragungen verwendbar, sondern der Umfang der registrirbaren Momente ist gesetzlich fest begrenzt, die gerichtlichen Depositenämter müssen die von Parteien etwa beantragte Uebernahme von Privatdepositen ablehnen u. s. w.[7]). Die sogenannte absolute Incompetenz der

---

[7]) Eine jüngst veröffentlichte Botschaft des Präsidenten Harrison beantragt unter Berufung darauf, daß die Post vor Allem gesetzlichen und Handelszwecken zu dienen bestimmt sei, gesetzgeberische Maßregeln gegen die Ausnützung dieser Verkehrsanstalt seitens der Lotterie-Agenten

Gerichte zur Entscheidung von Verwaltungssachen offenbart auch für die Gerichtsbehörden diesen Zug der Concentrirung auf einen bestimmten Geschäftskreis. Die Gerichte sind von der Betheiligung am friedlichen Rechtsverkehre der Parteien nicht ausgeschlossen, aber die Grenzen dieser Betheiligung sind weder dem Belieben des Gerichtes, noch dem der Parteien anheimgegeben. Das Gericht hat in nichtstreitigen Rechtsangelegenheiten nur insoferne vorzugehen, „als es die Gesetze anordnen"[8]), und die Anschauung der österreichischen Gesetzgebung, daß der Proceß eine der Aburtheilung von Rechtsstreitigkeiten und nicht der rechtsgeschäftlichen Rechtsproduction dienende Anstalt sei — sie drängt sich in den Indicien hervor, welche die Aufzählungen der Jurisdictionsnormen und die Gesetze über das gerichtliche Verfahren bieten — diese Anschauung entscheidet dann auch über den Versuch, die Herrschaft über den Proceßstoff aus dem Gesichtspunkte der Rechtsproduction zu motiviren. Dieser haben die Civilgerichte nach geltender Auffassung — und daß sie sich ändere, ist weder zu erwarten noch zu wünschen — außerhalb der Agenden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zu dienen[9]).

Dazu kommt endlich die innere Unwahrheit der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Absicht bei den Parteien, welche Klage erheben und thatsächlich Proceß führen. Prüft man die concrete Klags- und Einredebitte auf ihren Willensgehalt, so wollen die Parteien in der Mehrzahl der Fälle — und zwischen der Proceßführung mit und ohne Anwalt ist da nicht viel Unterschied — nicht ihre Rechtsbeziehungen mittelst Klage oder Vertheidigung ändern, sondern sich in den bereits vorhandenen Beziehungen erhalten, sie geschützt haben; aufs Beste geschützt, ohne daß sie gerade immer genau wissen, was im Einzelnen zu solch' vollkommenen Schutz ihrer erworbenen Rechte nothwendig ist. Weil sie etwas wollen, was sie im Unterschiede zur vereinbarungsgemäßen Aenderung ihrer Rechtsbeziehungen sich selbst nicht gewähren können, thun sie den ihnen schwer fallenden und unbequemen Schritt und wenden sich an das Gericht. An das Gericht, nicht weil dieses sich mit dem Schaffen von Rechtsverhältnissen befaßt, sondern weil es berufsmäßig die Realisirung und den Schutz begründeter Rechte besorgt und weil die Parteien hoffen, es werde auch in diesem Falle Alles thun, was nach Lage der Sache nothwendig ist,

---

und für die Lotteriecorrespondenz — eine weitere Illustration für das oben besprochene Princip.

[8]) §. 1 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208 R. G. Bl.

[9]) Damit ist zugleich gesagt, was für das österr. Recht von der Statthaftigkeit eines Scheinprocesses zu halten sei.

um der durch den Widerspruch des Gegners in ihrem normalen Zustande oder in der bestimmungsmäßigen Entwickelung gestörten oder doch bedrohten Rechtslage zur Anerkennung zu verhelfen. Das ist der die Parteien leitende Gedankengang [10]. Und sie wollen außerdem die Sorgen und Mühen des Rechtsschutzes möglichst vollständig von sich ab auf das Gericht überwälzen, nicht zu den Schwierigkeiten, welche ihnen die Widerspenstigkeit des Gegners verursacht, auch noch die der Leitung des ihnen ganz unbekannten Proceßmechanismus übernehmen.

So sieht es mit der theoretischen Rechtfertigung des herrschenden Instructionssystemes aus. Unter der Parole unbedingtester Achtung des Willens der Parteien setzt es nicht blos das statistisch wahre, sondern auch das individuell wirkliche Wollen zu Gunsten einer ideologischen Schablone matt, die zudem nach viel zu großem Maßstabe entworfen ist, als daß sich die Durchschnitts-Proceßpartei in sie finden könnte. Dieses System ist daher trotz des Scheines, als wäre es unmittelbar dem ruhelosen Gewoge des Rechtslebens abgelauscht und für dasselbe berechnet, unendlich formal. Ohne Nöthigung und ohne die geringste Chance, damit nach irgend einer Richtung wohlthätig zu wirken, denaturirt es den Proceß und greift, wenn man selbst den oben angedeuteten verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkt nicht weiter urgiren wollte, jedenfalls die nie genug starke Spannkraft des Proceßinstitutes durch Einführung lähmender privatrechtlicher Principien an, bedroht die Gerechtigkeit seines Waltens durch die Disposition über die Richtigkeit des Urtheils. Mit ihm verknüpft sich die unter den modernen staatsrechtlichen Verhältnissen doppelt ungesunde Vorstellung der Herrschaft der Partei über das Gericht, in welch' letzterem sich Ueber- und Unterordnung in auch für die Justizpflege nicht ganz bedeutungsloser widerspruchsvoller Weise paart. Und was will da inmitten socialer und publicistischer Beziehungen das „Eigenthum am Processe"? Doch nehmen wir seine Anhänger beim Worte. Welch' weitgehende Beschränkungen muß sich das Eigen-

---

[10]) Auch das sprach schon Gönner a. a. O. aus: „. . . daß ein Jeder, welcher den Schutz des Staates reclamirt und seine Rechte bei Gericht vertheidigt, durch eine ganz bindende Handlung erklärt, daß er sein Recht nicht aufgeben wolle; der Staat handelt also ganz consequent, wenn er von dem Satze ausgeht, daß ein streitender Theil alle Mittel wolle, welche zu seinem Zwecke führen. Sobald demnach der Staat nach angestellter Klage dem Richter die Untersuchung der Merkmale eines Rechtsstreites zur Verbindlichkeit macht und hienach die Theile des Gerichtsverfahrens bestimmt, so handelt er der Grundabsicht aller streitenden Theile gemäß" (S. 185).

thum genannte Maximum vermögensrechtlicher Dispositivmacht gefallen lassen, sowie es mit Gemeinverhältnissen sich berührt! Sollte das „Proceßeigenthum" stärker als alles sonstige Privateigenthum sein, und muß erst gesagt werden, welches die öffentlichen Interessen sind, mit denen die uns so selbstverständliche schrankenlose Disposition über den Proceßinhalt collidirt,[11]) und was sich dann gerade aus der Eigenthumsanalogie ergibt?

Wozu der Lärm? — wird man vielleicht einwenden. Ist denn nicht schon in allen der Josefinischen Gerichtsordnung nachgefolgten allgemeinen oder particulären Proceßordnungen (westgalizische Gerichtsordnung, Summarproceß, Bagatellverfahren) mehr minder kräftig durchgeführt, was hier allem Anscheine nach vertheidigt werden will? Farà da se.

Was vor Allem das Heute anlangt, ist nicht eben viel davon zu merken, daß die dem Richter in einzelnen Verfahrensarten zur Pflicht gemachte Unterstützung der Parteien den Glauben an das Proceßdogma der Parteiherrschaft über den Verhandlungsinhalt erschüttert hätte. Es gilt der Theorie als berechtigt[12]) und nicht minder der aufgeklärten Praxis als ein wesentliches Element des Processes, dem sich Anderes unterzuordnen hat[13]). Die durch jene Gesetze zugelassene Betheiligung des Richters an der Proceßinstruction ist in den Augen der Meisten doch nichts weiter als eine durch Opportunitätsrücksichten abgerungene Ausnahme, eine Art Armenleutrecht. Sieht man, wie die Doctrin in diese Bestimmungen, jedes Wort ihrer (nicht unabsichtlich) verschwommenen Textirung ausnützend, so viel als möglich von der Verhandlungsmaxime hineinträgt[14]), so empfängt man gleichfalls nicht den Eindruck, als wäre sie froh, endlich Gelegenheit zu finden, sich frei von einem als irrig erkannten, nur widerwillig ertragenen Principe zu ergehen. Die Situation ist in Folge dessen eine recht eigenthümliche.

Auf der einen Seite eine festgewurzelte theoretische Tradition. Von ihrer eigenen Richtigkeit und Nothwendigkeit überzeugt, empfindet diese Theorie natürlich nicht das leiseste Bedürfniß, sich selbst zu depossediren, und es fällt ihr auch nicht

---

[11]) Vgl. die anonym erschienenen „Studien zur Reform des österr. Civilprocesses" Innsbruck 1883, S. 9.

[12]) v. Canstein, Ration. Grundl. S. 197 ff. bez. S. 3 f.

[13]) Ein Beispiel dafür bietet J. Kornfeld, Ueber das mündliche Summarverfahren, 1888 S. 17.

[14]) Vgl. A. Menger, System des österr. Civilpr. S. 275, N. 20: Aufklärungsbefugniß gegenüber ungenügender Darstellung einer Proceßpartei. Die früheren österr. Schriftsteller huldigen hierin ungleich freieren Auffassungen.

ein, sich für die Verpflanzung in ein anderes Proceßverfahren untauglich zu erklären. Hier also Selbstzufriedenheit, die es als gänzlich unmotivirt, als übel angebrachten Neuerungsfanatismus erscheinen läßt, vom Uebergange zu einem anderen Instructionsprincipe zu sprechen. Jenseits dieser in sich versunkenen Theorie wird der aufmerksame Beobachter unseres Rechtslebens bald Manches gewahr, was aus solcher satter Behaglichkeit aufrütteln muß. Wie Viele müssen unter dem Souveränetätswahne leiden, und bedauerlicherweise eben die am schwersten, welchen die wahre Ursache des von ihnen thatsächlich als Uebelstand Empfundenen verborgen bleibt und die im Chorus der Besserung Begehrenden keine Stimme haben! In der Anerkennung der Parteidisposition hat das Bedürfniß nach immer neuem sachgemäßem processualischem Handeln und damit zugleich die Menge von Gefahren und Nachtheilen ihren Grund, die den in seinem besten Rechte bedrohen, der die Rechtsfeststellungsmaschine nicht mit dem erforderlichen Materiale zu versehen, nicht das Richtige zu begehren und nicht das für das Begehrte Wichtige richtig zu sagen weiß — Nachtheile, die noch ärger fühlbar sein müßten, wenn nicht der bon sens unserer Richter unter dem Drucke der lebendigen processualischen Situation dem hyperdogmatischen Manuductionsverbote unserer Gerichtsordnung wenigstens im ordentlichen mündlichen bezirksgerichtlichen Verfahren[15]) viel von seiner Schärfe nehmen würde. Selbst unsere gewerblichen und namentlich kleingewerblichen Kreise haben hier noch nicht das rechte Wort gefunden. Daß man trotzdem in der Bevölkerung für diesen Mangel unseres Proceßrechtes nicht völlig blind ist, zeigen unter Anderem die Beschlüsse des zweiten Delegirtentages der Specerei-, Material- und Vermischtwaarenhändler Oesterreichs (27. bis 29. Juni 1886), in welchen die Forderung erhoben wird, der Richter sei anzuweisen, von Amtswegen die materielle Wahrheit der streitigen Thatumstände zu erforschen und bei der Proceßleitung dafür zu sorgen, daß der verhandelnden Partei ihre geringere Gesetzeskenntniß oder Gewandtheit nicht zum Nachtheile gereiche.

Diese Resolution berührt noch eine andere wunde Stelle. Im Begehren nach Einführung eines „inquisitorischen" Verfahrens — das ist allerdings eine recht unglückliche Diction — mit „Vertretung der gesetzunkundigen Partei durch den Richter" kommt das Mißbehagen daran zum Ausdrucke,

---

[15]) Die warmen Worte F. Prischl's (a. a. O. S. 138, 141) über die österr. Bezirksgerichte verdienen vollen Beifall.

daß die gegenwärtige Instructionsmethode praktisch den Anwaltszwang weit über die gesetzlich statuirte Grenze erstreckt. Dem liegt etwas Wahres zu Grunde. Für den des Rechtes unkundigen Unbemittelten, der keinen Rechtsfreund bestellen kann, ist die Parteimacht überhaupt[16]) und auch die Herrschaft über den Proceßstoff Anweisung einer Waffe, die, weil er sie nicht zu handhaben weiß, leichter ihn selbst verletzt, als daß sie in seiner Hand erfolgreich wider den Gegner wirken würde. Es zeigt von Unkenntniß der inneren Structur der Civilrechtspflege oder doch von ihrer unzureichenden Erfassung, wenn man den Anwaltszwang principiell negirt, wie dies z. B. vom Autor der sonst manches Beherzigenswerthe enthaltenden oben erwähnten „Studien zur Reform des österr. Civilprocesses" (S. 10 f.) geschieht, dem dann eine im März 1886 in Linz abgehaltene öffentliche Volksversammlung folgte, in welcher die Regierung ersucht wurde, mit möglichster Beschleunigung für die gesetzliche Beseitigung des Advocatenzwanges zu sorgen. Letzteres ist nicht so schlimm gemeint. Denn dieselbe Volksversammlung sprach auch den Wunsch aus, es sei das „rascheste und billigste Rechtsverfahren am besten im Wege der Verstaatlichung der Advocatur zu sichern" — ein unabsichtlicher, naiver Ausdruck der Erkenntniß, wie förderlich die Anwaltsbetheiligung dem Processe zu sein vermag und welch' werthvollen Factor des Justizorganismus daher der Anwaltsstand bildet. Aber man muß in allen diesen Aeußerungen die unbeholfene Formgebung von der sich emporringenden Empfindung zu sondern wissen, darf nicht letztere ignoriren, weil erstere nicht die Probe besteht. Richtig ist aber die Empfindung, daß das Dogma einer verantwortlichen Parteiherrschaft, auf das Vorbringen und Beweisen des für die Proceßentscheidung erheblichen Sachverhaltes bezogen, den Schutz für das begründete Recht in vielen Fällen[17]) von

---

[16]) Vgl. A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksclassen 1890, S. 21, der allerdings hier mehr den äußeren Gang des Verfahrens, als dessen inhaltliche Ausfüllung im Auge hat. Schon J. J. Rousseau (Contrat social, I. 9) sagte: „les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent et nuisent à ceux qui n'ont rien."

[17]) Im ordentlichen mündlichen Verfahren vor den Bezirksgerichten im Geltungsgebiete der allgemeinen Gerichtsordnung, denn nach der authentischen Interpretation, die §. 20 a. G. O. durch die Resolution vom 11. September 1784 Nr. 336 J. G. S. lit. f erhalten, kann der Meinung v. Canstein's (Lehrbuch des österr. Civilpr. I. S. 251), daß im mündlichen Verfahren die Officialmaxime vielfach modificirend eintrete, nicht beigepflichtet werden; mit jener Resolution war der Schritt zum Besseren wieder zurückgethan. Ferner dürfte die Sorge, daß auch das Summarverfahren trotz §. 25 namentlich in den Gebieten der a. G. O. in Folge der Rückwirkung der Passivität des ordentlichen mündlichen

etwas (Kunst, die Berechtigung für die Urtheilsfeststellung gehörig processualisch zu präpariren) abhängig macht, das der Einzelne schlechterdings und ohne seine Schuld nicht prästiren kann. Dieses Dogma macht so dem Armen die nicht blos für ihn, sondern für das ganze Gemeinwesen so wichtige staatliche Leistung des Rechtsschutzes entweder ganz unerreichbar, oder will er nicht verzichten, so nöthigt es ihn, auch dort einen Anwalt zu bestellen, wo der Gegenstand des Streites die Belastung mit Vertretungskosten nicht verträgt. Diese Fälle, in welchen der unserer Proceßinstruction anhaftende Mangel der generellen Richterpassivität unmittelbar pecuniär fühlbar wird und selbst bei glücklicher Proceßführung für die siegende Partei fühlbar bleibt, sie sind es, welche die Opposition gegen die Advocatenintervention überhaupt erzeugen. Die Volksmeinung aber, man könne — abgesehen vielleicht vom Bagatellverfahren — in keiner Proceßsache ganz beruhigt ohne Anwalt zu Gericht gehen, enthält eine vom socialpolitischen Standpunkte — der bei der hervorragenden gesellschaftlichen Function der Rechtspflege wohl kaum vernachlässigt werden darf — sehr beachtliche Kritik des herrschenden Instructionsgrundsatzes.

Dessen Nachtheile sind jedoch nicht auf eine einzelne Gesellschaftsschichte beschränkt. Nicht nur ist ihnen Jeder ausgesetzt, sie treffen thatsächlich Jeden. Die Schlaffheit und Energielosigkeit unseres ganzen civilgerichtlichen Verfahrens ist einer derselben. Die dem Richter grundgesetzlich und in namhaften Geschäftskategorien aufgezwungene Passivität wandelt schließlich — worauf hier nicht zum ersten Male verwiesen wird — seine Anschauungs- und Handlungsweise überhaupt um und lebt sich in die gesammte Amtsführung ein. Einen schlagenden Beleg dafür, der alle Deductionen ersparen hilft, bietet der Erlaß des Wiener Oberlandesgerichts-Präsidiums vom 23. October 1889 Z. 8600[18]. Danach enthalten sich die Gerichte vielfach auch bei Uebung der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, wiewohl hier das Gesetz die Officialerhebung der maßgebenden Verhältnisse und Umstände anordnet, alles selbstthätigen Eingreifens zur Klarstellung der Sachlage und erwarten ausschließlich von den Parteien die Herbeischaffung des Entscheidungsmateriales. Den Psychologen,

---

Verfahrens manche solche Fälle aufweisen werde, nach dem, was uns der sofort zu erwähnende Erlaß des Wiener Oberlandesgerichts-Präsidiums über die Ankränkelung des officiosen Verfahrens berichtet, keine unbegründete sein. Im Jahre 1884 wurden in den Ländern der a. G. O. 4583, im Jahre 1885 4350 Urtheile über geschlossenes mündliches Verfahren von den Bezirksgerichten gefällt.

[18]) Justizmin.-Verordnungsblatt vom Jahre 1889, S. 213.

den Menschenkenner wird es kaum überraschen, wenn die für den Proceß so oft eingeschärfte discrete Reserve zuletzt zur zweiten Natur wird und in Schwächlichkeit ausartet. Auch im Processe gibt es trotz des Verhandlungsgrundsatzes so manche Lagen, in welcher der Richter eine gewisse Initiative und Selbstständigkeit nicht vermissen lassen sollte. Die Gewöhnung hat aber leider zur Folge, daß es manchmal thatsächlich den Anschein gewinnt, „als wüßte“ — wie jener Erlaß sagt — „der Richter ohne vorherigen Wechsel von Replik und Duplik . . . . . sich keinen Rath, um . . . seine Entscheidung zu treffen.“ Er sieht allenthalben Parteirechte, die er achten muß oder doch wenigstens, gleich einem der drei Mächtigen des Faust, nur über Befehl der Partei brechen darf. Sklavisch vom erklärten Willen der Partei abhängig, verliert sich schließlich die Fähigkeit, einem so allmächtigen Proceßherrn, für den es im Wie und Wann des Proceßvorbringens kaum eine Schranke gibt, kategorisch entgegenzutreten; sie verliert sich auch für den Fall, als die Parteien einmal über die Ausübung ihrer Macht uneins sind.

Die bedeutenden Kosten und die viel getadelte Langwierigkeit der Proceßinstruction rühren zum Theile aus der Breite und Ueberladung der Parteiendarlegungen her, welche die unausbleibliche Folge der Passivität des Richters bei der Proceßinstruction sind. Sie kann auch im Anwaltsprocesse dem Berechtigten ungünstig wirken. Unter Umständen eine leicht zu ergänzende Lücke in den Sachverhaltsdarlegungen — aber die Anregung des Richters ist untersagt. Darf man aus der Häufigkeit von Verhandlungsergänzungen im summarischen Processe auch nur einen annähernden Schluß ziehen — und die übliche Instruction eines Summarprocesses bei Advocatenintervention stellt denselben darin dem schriftlichen Verfahren sehr nahe — so läßt sich auch in dieser Richtung von einem typischen Nachtheile der Parteiherrschaft sprechen[19]). Dieser Grundsatz hat den größten Theil der Widerstandskraft unserer Eventualmaxime und das Institut unserer Proceßstrafen aufgezehrt, die sich der processualischen Ehrlichkeit so förderlich hätten erweisen können. Heute — die Gerechtigkeit

---

[19]) Eine Anerkennung dessen enthalten die Erläuterungen, welche den Anträgen des Abgeord. Dr. E. Sturm und Genossen, betr. einige Abänderungen und die genaue Beobachtung der Vorschriften des summarischen mündlichen Verfahrens (Nr. 488 der Beilagen zu den stenogr. Protok. des Abgeordnetenhauses, X. Session) beigegeben sind. Hier werden (S. 7) die oftmaligen nachträglichen Vervollständigungen auf den Abgang jeder Proceßleitung und die Neigung, die lästige Entscheidung hinauszuschieben, zurückgeführt. Nichts fördert letztere Neigung so sehr, als das den Richter verweichlichende Princip der Parteiherrschaft.

heißt dies aussprechen — heute machen namentlich Kreise, welche die intellectuellen Anforderungen der Verhandlungsmaxime zu erfüllen im Stande sind, die Rechtsordnung auch für Schäden verantwortlich, die direct oder indirect[20]) einzig der Parteiherrschaft, dem von kundiger Hand entschlossen ausgebeuteten grenzenlosen Dürfen der Rechtsuchenden aufs Conto zu schreiben sind und für welche die Rechtsordnung nur insofern haftbar ist, als sie diese Herrschaft zuließ oder doch nicht schon früher die Gefahr erkannte und als Gegengewicht dem Richter eine wirksamere, centralere Stellung einräumte. Jede neue Proceßordnung, in welcher der Parteiendisposition derselbe weite Spielraum gelassen, der Einfluß des Richters gleich dürftig ausgemessen wird, empfängt mit dieser Freiheit, wie immer sonst die Einzelheiten des Verfahrens geregelt werden mögen, zugleich den Keim zu all' den Unerquicklichkeiten und Mißlichkeiten, die man jetzt so laut beklagt.

Für den einen, größeren Theil der Bevölkerung und der Rechtsuchenden unbrauchbar, für den anderen allzuleicht mißbrauchbar, dort der Ehrlichkeit zu hoch, hier für etwaige unredliche Absichten und chicanöse Intriguen zu simpel, hier wie dort durch seine Abstractheit schädlich, wird endlich gegen das besprochene Dogma der Vorwurf erhoben, daß es das Wesen des staatlichen Rechtsschutzes verfälsche[21]). So richtig gedacht letzteres ist und so wenig sich theoretisch dagegen bemerken läßt, so sind wir doch m. E. von der Verwirklichung der Idee des sog. materiell wahren, objectiv gerechten Urtheiles noch zu weit entfernt, als daß es heute praktische Bedeutung haben könnte, auf diese Principienfrage einzugehen. Hat einmal der Grundsatz der richterlichen Cooperation durch längere Zeit gewirkt, dann kann der weitere Schritt kaum ausbleiben.

Alle diese Wahrnehmungen kann der Gesetzgeber nicht unberücksichtigt lassen, wenn sie auch in der Atmosphäre des reinen Herrschaftsdogmas wenig Widerschein erregen. Mancher

---

[20]) Dadurch, daß das besprochene Dogma den publicistischen Charakter der Rechtspflege hinter dem privatrechtlichen Gesichtspunkte völlig verschwinden ließ. Auch diese Erkenntniß beginnt sich Bahn zu brechen. Als Zeichen dessen gelten mir die Anm. 19 erwähnten Resolutionsanträge des Abg. Dr. E. Sturm und Genossen vom Jänner 1888, in welchen das Justizministerium aufgefordert wurde, die Gerichte zu strafferer, weniger indulgenter Handhabung der Vorschriften des Summarverfahrens zu veranlassen. Die da gerügte, zu wenig strenge Anwendung der Bestimmungen über den Summarproceß ist aber nur eine einzelne Seite der aus dem Verhandlungsgrundsatze resultirenden allgemeinen Schwächung der Actionskraft des Richters und des dadurch in ihm großgezogenen Respectes vor der Parteiendisposition.

[21]) Studien zur Reform S. 9.

findet vielleicht die Schatten, die der Verhandlungsgrundsatz über unsere Civilrechtspflege wirft, nicht so dunkel, nicht so weithin gedehnt, aber das wird Niemand leugnen: Uebelstände sind da. Abhilfe ist unerläßlich, und sie kann für Alles, was in Sachen der Proceßinstruction um die Verhandlungsmaxime herum wuchert, eben nur im Aufgeben des bisherigen Instructionsprincipes und in der Einrichtung der Urtheilsvorbereitung auf Basis der Cooperation von Richter und Parteien liegen. Die Natur des Civilrechtes, der theoretische Anker des herrschenden Systemes, ist, wie wir gesehen haben, kein Hinderniß. Alle Bedenken in dieser Richtung müssen vor einer Thatsache schweigen. Die erwähnten theils praktischen, theils idealen, aber auch als solche wichtigen Rücksichten, denen der Verhandlungsgrundsatz in der hier besprochenen Anwendung nicht genügt, gehören keineswegs zu den (bekanntlich recht zahlreichen) österreichischen Eigenthümlichkeiten. Dem „gemeinen Manne" die Justizeinrichtungen thunlichst leicht zugänglich zu machen, einen kräftig und prompt reagirenden Rechtsschutz zu schaffen, der Wunsch, daß die staatlichen Gerichte möglichst gerecht urtheilen u. s. w. — all' das sind, weil aus dem innersten Wesen jeder staatlichen Gemeinschaft folgend, international gleiche Ziele und Postulate. Darf man nun in jeder Gesetzgebung das Streben voraussetzen, durch die über die Rechtspflege zu erlassenden Normen jenen Zielen immer näher zu kommen, so sagt uns die Thatsache, daß Oesterreich mit dem Grundsatze der Richterpassivität und der zarten Schonung der Parteiensouveränetät im continentalen Europa gegenwärtig schon fast allein steht, zweierlei. Einmal, daß die österreichische Gesetzgebung die Verfolgung wichtiger socialer Ziele allzulange außer Acht gelassen und uns damit von dem politischen und Culturfortschritte ausgeschlossen hat, der in jeder relativ besseren Durchführung jener Postulate gelegen ist. Außer diesem Vorwurfe enthält aber jene Erscheinung noch die trostreiche Versicherung, daß solche Entwickelung der Rechtspflege ohne Schädigung der Heiligkeit des Privatrechtes geschehen kann, und einen Beweis dafür, daß man auch anderswo den Grundsatz richterlicher Mitsorge für das Vorhandensein einer genügenden Urtheilsgrundlage als das zur Erreichung der staatlichen Rechtsschutzaufgabe tauglichste befunden. Diese Instructionsthätigkeit des Richters selbstverständlich nicht als eine unbegrenzte gedacht. Mit der gegentheiligen falschen Unterstellung läßt man die Schreckgespenster der Inquisition, der richterlichen Allmacht u. s. w. jeder Neuerung wehrend emporsteigen.

Die neueren Entwürfe einer österreichischen Civilproceßordnung und insbesondere auch der letzte (1881) nehmen die pflichtmäßige Richtercooperation für die Proceßinstruction in Aus-

sicht[22]). Das ist erfreulich. Die ethischen, juristischen und politischen (Schein-) Gründe, die man zu Gunsten der These, der Richter müsse „den verhandelnden Parteien ruhig und kalt, nur als Hörer" gegenüberstehen, seit so Langem anführte, haben also endlich ihren Zauber eingebüßt! Endlich entschließt sich die Gesetzgebung im Sinne kluger Wirthschaftlichkeit, die in einem Processe wirkenden Kräfte besser als bisher auszunützen! Ein viel verheißender Entschluß, aber entscheidender ist noch, in welcher Weise es geschieht. Hauptsächlich deshalb wurde hier auch auf die Verhandlungsmaxime eingegangen: um zu warnen und auf die Nothwendigkeit wissenschaftlicher, geistiger Anticipirung des Grundgedankens der geplanten legislativen Neuerung aufmerksam zu machen.

Unter den continentalen Proceßrechten, nach welchen der Richter an der Proceßinstruction allgemein theilnimmt, besteht hinsichtlich der legislativen Behandlung ein auffallender Unterschied. Während die deutsche C. P. O. die Mitwirkungsbefugniß bez. Pflicht des Richters besonders proclamirt, die Mittel ihrer Ausübung taxativ aufzählt und zugleich bald klarer, bald verhüllt dem Richter Achtung der den Parteien reservirten Disposition über den Proceßstoff ans Herz legt, enthält der französische Code de procédure und die von diesem beeinflußten Gesetzgebungen, wie z. B. die italienische Proceßordnung, von allem dem sehr wenig. Keine solenne Aufrichtung des Principes, mehr explicative als constitutive Erwähnung dessen, was der Richter im Interesse der Urtheilsvorbereitung thun dürfe[23]), nichts davon, daß der Richter gewisse Partien des proceßerheblichen Sachverhaltes nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Erlaubniß der Streittheile betreten und durchforschen dürfe, keine andere Begrenzung seines der Sachverhaltsermittlung dienenden Eingreifens als die, welche im Geständnisse der Proceßparteien — einer bekanntlich in Frankreich durch das Civilrecht geregelten Materie — liegt. Dieser Unterschied hängt selbstverständlich mit dem historischen Hintergrunde der einzelnen Gesetzgebungen zusammen, es äußert sich darin aber auch eine (von der historischen Entwickelung allerdings wieder nicht ganz zu trennende) verschiedene Auffassung der richterlichen Instructionsthätigkeit überhaupt. Die französische Jurisprudenz betrachtet sie als ein aus der Richteraufgabe von

---

[22]) Vgl. zunächst nur §§. 213, 214 des österr. Entw. vom J. 1881.

[23]) So liegt der Schwerpunkt des Art. 254 code de proc. über die Anordnung eines Zeugenbeweises von Amtswegen in der Bestimmung, daß auch die Gerichte an die dem französischen Rechte eigenthümlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises gebunden seien (si la loi ne le défend pas). Garsonnet, Traité théor. et prat. de procédure II. p. 105.

selbst fließendes Recht des Richters[21]), als das keiner Erklärung bedürftige Recht einer gewissenhaften Person, welche auf ihr bis nun unbekannte Verhältnisse hin ein folgenschweres Urtheil über einen bestimmten Anspruch abgeben soll und die deshalb wünschen darf, alles Dasjenige mitgetheilt zu erhalten und zu erfahren, was ihr zu wissen nothwendig erscheint, um verläßlich urtheilen zu können. Der an das scholastische Schnörkelwerk und die kunstvollen theoretischen Verschraubungen des gemeinen Proceßrechtes und seiner Descendenz gewohnte Blick kann die Größe dieser einfach-ursprünglichen Auffassung der Rechtsprechung fürs erste gar nicht recht würdigen. Die überraschende Intuition für das Menschlich-Persönliche, die an so manchen Werken französischen Geistes fesselt, wirkt darin, der Sinn, der sich vor allem von der Erscheinung angezogen fühlt und sich gerne auf sie beschränkt — er tritt auch in der modernen Rechtsliteratur dieses Volkes, in Deduction und Art der Beweisführung sowie in dem für den deutschen Juristen befremdlichen Mangel an abstracter Dogmatik hervor. Dem französischen Rechte ist der Richter in Prüfen, Glauben und Urtheilen eine lebendige Person mit zu achtenden intellectuellen und moralischen Bedürfnissen, nicht ein blutleerer Judicaturapparat, wie sich ihn das gemeine Recht ausgesonnen hat. Diese so unscheinbare Wahrheit, die aber in großen Territorien des gegenwärtigen Deutschen Reiches und in Oesterreich durch Jahrhunderte verkannt worden und für die wir uns das Verständniß beinahe neu erarbeiten müssen, erklärt, warum in Frankreich freie Instructionsthätigkeit des Richters ohne besondere gesetzliche Anerkennung bestehen, die allercursorischste Normirung genügen kann. Was — wie dies bei einem abzugebenden Urtheile hinsichtlich der Erkundigung nach dem vollständigen und wahren Sachverhalte der Fall ist — zu den naturalia negotii gehört, das kann gesetzlicher Stütze entbehren.

Die Grundanschauung der deutschen Gesetzgebung des Jahres 1878 ist eine ganz andere. In gewissen Kreisen mag ja der Zweifel am gemeinrechtlichen Principe der Parteiherrschaft über den Proceßstoff schon sehr weit vorgeschritten gewesen sein, an der Westgrenze des Reiches herrschte seit Langem die französische Auffassung — der alte Aberglaube war jedoch (und hier beginnt die Sache für uns sehr lehrreich zu werden) viel zu tief eingewurzelt und es war viel zu wenig geschehen, um das allge-

---

[24]) Garsonnet, II. p. 104: (le magistrat) a le droit de prescrire toutes les mesures d'instruction, qui ne sont pas prohibées par la loi — droit de recourir d'office à tous les moyens d'instruction qui le juge croit de nature à l'éclairer.

meine Rechtsbewußtsein von diesem Vorurtheile zu befreien, als daß sich die Gesetzgebung schlechthin von jenem Dogma hätte abwenden können. Auf der anderen Seite hat ungefähr seit der Mitte unseres Jahrhunderts — welche Vorgänge dies anfachten und nährten, das gehört nicht hierher — in unserer ganzen Geistesrichtung die Empfänglichkeit für das Natürlich-Wirkliche und damit zugleich der Zug zur kritischen Ablehnung aller Arten Fictionen rapid zugenommen, in denen sich eine frühere Periode so sehr gefallen und so glücklich gefühlt. Ob und welche Berechtigung der Realismus in der Rechtswissenschaft hat, bleibe dahin gestellt; den Erfolg hatte diese neue Richtung jedenfalls, man durfte nicht daran denken, die unwürdigen und widernatürlichen Intellectsopfer in den neuen Proceß aufzunehmen, welche die gemeinrechtliche Proceßinstruction nach der Verhandlungsmaxime unaufhörlich vom Richter fordert, die eingebildete Voraussetzung einer überlegenen Beherrschung des Proceßstoffes durch die Parteien, die offenbare Unwahrheit, die darin liegt, jede irrige und jede unabsichtliche Unvollständigkeit des Proceßvorbringens als wohl erwogene Willenserklärung der Partei zu behandeln, kurz die Fiction absoluter Fähigkeit der Partei und Unfähigkeit des Richters zu fast Allem, was über die Rechtsanwendung auf vorgelegte Sachverhalts-Fragmente hinausgeht. Aus diesen beiden einander feindlichen Gedankenrichtungen ist das Instructionssystem der deutschen C. P. O. hervorgegangen. Principiell bildet dessen Fundament das Parteiherrschaftsdogma — eine nicht unerheblich geschwächte, in mehr als einem Punkte zu Gunsten wirksamen freien richterlichen Eingreifens durchbrochene Herrschaft, aber doch ein auch für den Richter und außerhalb des Geständnisses fühlbares „Eigenthum" an Thatsachen- und Beweismaterial des Processes. So sympathisch uns ihrem Ziele nach die Bestrebungen in der neueren deutschen Proceßliteratur sind, die dem Nachweis dienen, daß der richterlichen Instructionsthätigkeit schon de lege lata eine der Parteithätigkeit coordinirte Stellung gebühre, das Gesetz haben sie gegen sich.

Betrachtet man die Proceßinstruction der deutschen C. P. O. aus dem Gesichtspunkte eines Compromisses zwischen der gemeinrechtlichen dogmatischen und der französischen realistischen Auffassung, so versteht man das ängstliche Vorzählen der dem Richter gestatteten Instructionsbehelfe und begreift, was die leichten, in die Textirung der einschlägigen Gesetzesstellen verwobenen Andeutungen über die zu respectirende Parteiendisposition sollen. Man begreift dann aber auch, daß bei solchen Vorbedingungen nicht ausbleiben konnte, was thatsächlich eingetreten ist. Jede der beiden wissen-

schaftlichen Richtungen, die sich in Sachen der Proceßinstruction gegenüberstehen, reclamirt das Gesetz für sich. Die Anhänger einer thunlichst unbehinderten Richterthätigkeit berufen sich auf die ausdrückliche Anerkennung solcher Befugnisse des Richters und auf manche zu ihren Gunsten lautende Bestimmungen, die Parteisouveränetäts-Gläubigen finden für ihre Ansicht gleichfalls Unterstützung im Gesetze, welches ja zwischen beiden hin und her schwankt, und damit ist ein immer frisch sprudelnder Quell literarischen Zankes angeschlagen. Auch die Rechtspflege leidet darunter. Bei solchem Dualismus im Einzelnen so scharf die Grenzlinie zwischen selbstthätigem richterlichen Eingreifen und Parteidisposition zu ziehen, wie es im Interesse einer sicheren Gesetzesanwendung wünschenswerth wäre, ist fast unmöglich. Die Kriterien müssen nothwendig so abstract bleiben, daß dem Richter die Subsumtion der einzelnen Fälle trotz aller verdienstlichen literarischen Vorarbeiten [25]) manchmal Mühe machen wird und ein Straucheln immer zu befürchten ist. Oft genug mag so der Erledigung des Rechtsstreites die vielleicht entscheidende Förderung seitens des Richters ungerechtfertigt entgehen, weil Letzterer übertriebene Scheu vor der Selbstbestimmung der Parteien hat, und jedenfalls wird eine Menge Nachdenken, das zu Nützlicherem verwendet werden könnte, blos auf die Constatirung der Einhaltung der Demarcationslinie verbraucht. Im Gebiete des Code de procédure weiß man von allen diesen Divergenzen und Schwierigkeiten nichts.

Für uns ergibt sich die Moral daraus von selbst. Sollen sich mit der Gestattung der richterlichen Mitwirkung an der Proceßinstruction, welche unsere Gesetzgebung plant, nicht ähnliche unerfreuliche Begleiterscheinungen einstellen, so ist zweierlei nothwendig. Rechtswissenschaft und Gesetzgebung müssen hier zusammenwirken. Die Arbeit der ersteren hat vorauszugehen, mit dem Beginne derselben darf nicht mehr gesäumt werden. Der Urgrund der auch praktisch abträglichen Halbheit des deutschen Civilproceßrechtes ist, daß seine Codification gerade während des hinsichtlich der Verhandlungsmaxime stattfindenden Gährungs- und Aufklärungsprocesses erfolgte. Diesen Proceß bei uns in Gang zu bringen und zu beschleunigen, ist die erste Aufgabe. Es gibt kaum eine größere Gefahr für das künftige Verfahren, als die heute in den österreichischen Juristenkreisen noch ziemlich allgemeine Ueberzeugung, daß das Verhandlungsprincip in An-

---

[25]) So z. B. K. Schneider, Richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilprocesse, 1888. Hier auch (S. 26 ff.) Gelegenheit zu einem Blicke auf die oben erwähnte Controverse.

wendung auf die Proceßinstruction rationell, die Parteiherrschaft über den Proceßstoff rechtlich nothwendig sei. Diese unrichtige Ansicht muß vor Allem bekämpft, erschüttert werden, und das ist Sache der Wissenschaft, der sich hier Gelegenheit bietet, unmittelbar im Dienste der Rechtsbildung arbeitend zu sühnen, was eine volksfremde Doctrin durch Jahrhunderte an der Rechtsprechung gesündigt. Erst dann, wenn unseren Juristen Disposition über das Privatrecht und Souveränetät über das Proceßinstitut nicht mehr eins sind, dann erst ist die Stunde für den Gesetzgeber gekommen. Ohne solche vorgängige innere Ueberwindung der alten Ansicht ist die Einführung neuer, auf neuen, anderen Auffassungen ruhender Rechtsnormen fruchtlose Mühe; die alten Gedanken saugen den neuen Institutionen die besten Säfte aus, machen sie zu lebensvoller Bethätigung unfähig. Denn wie anerzogene oder sonst lang gehegte Lebensauffassungen, politische Anschauungen u. ä., so üben auch solche Lehrmeinungen eine starke Anziehungskraft auf die gesammten in den Vorstellungskreis des Individuums neu eintretenden Dinge aus. Diese Assimilirungstendenz ist psychisch tief begründet. Ein neuer Gedanke, der das System unserer über eine bestimmte Frage erworbenen Ansichten und Urtheile aufgeben oder stark ändern heißt, ist zunächst dem Durchschnittsgeiste unwillkommen, und immer strebt dieser solchen Falles, dem Neuen gegenüber soviel als möglich vom alten Urtheilsschatze zu retten. Unser Intellect liebt nicht unvermittelten Farbenwechsel. Der allmälige, durch einen immer stärkeren Zusatz des Neuen charakterisirte Uebergang, das ist die Geschichte der Geistesströmungen. Die Bekehrung zu dem neuen, richtigeren Gedanken darf nicht erst in den Tagen der vacatio legis für das neue Gesetz beginnen.

Braucht dann die Gesetzgebung bei ihren Anordnungen nicht eine entgegenstehende wissenschaftliche Tradition zu schonen, so kann sie auch auf jenes Helldunkel verzichten, welches den generellsten Proceßleitungsnormen der deutschen C. P. O. eigenthümlich ist. Das künftige österr. Civilproceßgesetz muß — das ist die zweite Lehre und das zweite Postulat — die Grenzen der richterlichen Instructionsthätigkeit viel präciser, viel deutungsloser angeben, als es die deutsche Gesetzgebung gethan, und es muß durch seine Formulirungen namentlich auch der Gefahr vorbeugen, daß das Gesetz in der Praxis etwa wieder so gründlich mißverstanden werde, wie es unseren meisten bisherigen Anläufen zur richterlichen Instructionsmitwirkung geschehen. Unverblümte Anerkennung der Befugniß und Pflicht des Richters, wo das Anbringen der Parteien für die ihm obliegende Urtheilsfällung quantitativ oder qualitativ nicht genügt (also nach den Parteien,

nicht vor ihnen), dort von sich aus die Ergänzung und Aufklärung des Sachverhaltes in gesetzlich zulässiger Weise herbeizuführen — möglichst anschauliche Begrenzung dieser Befugniß mit Hilfe leicht zu prakticirender Kriterien! Der nicht blos von Rechtswegen, sondern gerne, aus Bequemlichkeit passive Richter soll sich nicht für das Unzureichende seines Urtheilsspruches auf die aus gewissen gesetzlichen Bestimmungen herausklingende Warnung vor Beschränkung der Parteiendisposition berufen können, der gewissenhafte Richter nicht gezwungen sein, die nothwendigen Vervollständigungen und Erhebungen erst mittelst Interpretationskünste sich gewissermaßen zu erschleichen.

In Bezug auf die Begrenzung experimentirend vorzugehen, brauchbare limitirende Merkmale erst zu erfinden, ist nicht nöthig. Unsere Gesetzgebung thäte m. E. am Besten, wenn sie sich hierin dem französischen Vorbilde thunlichst anschließen würde. Sowie wir uns vom Dogma der Parteiherrschaft emancipirt haben, hindert nichts daran. Von der Beweislastvertheilung in diesem Zusammenhange zu sprechen[26]), scheint unrichtig. Die Regeln über die Beweispflicht schließen nur die Berücksichtigung, die Verwerthung eines vorliegenden Sachverhaltsmomentes zu Gunsten einer bestimmten Partei, nicht seine Kenntniß aus. Mit Beziehung auf ein nicht vorliegendes Moment können diese Regeln überhaupt nicht wirken, und weder das Vorbringen eines bestimmten vom Gegner zu beweisenden Momentes (z. B. seitens der anderen Partei), noch dessen gerichtsseitiges Klarstellen für sich verletzt sie.

In Sachen der Begrenzung des richterlichen Eingreifens nach Umfang und Mittel kann es sich nicht um einseitige Forcirung irgend eines Theorems handeln. Hier heißt es, einander widerstreitende Anforderungen und Anschauungen annähernd nach ihrem Werthverhältnisse vereinen. Denn das Institut wird sich nur dann einleben, wenn es sich, soweit dies immer der Zweck gestattet, den Auffassungen des Lebens anschmiegt. Durch die Unabhängigkeit des Richters im Heranziehen und Feststellen der concreten proceßerheblichen Thatsachen eine dessen Gewissen beruhigende Entscheidung zu verbürgen, also die Rücksicht auf ein subjectiv befriedigendes Urtheil, im französischen Rechte die Wurzel des ganzen Institutes — dann die Absicht, den zur genügenden processualischen Begründung und Substantiirung ihrer Ansprüche unfähigen oder geringer befähigten Parteien, bez. deren geltend gemachten Rechten diesen unverschuldeten Mangel des Könnens nicht fühlen zu lassen, also der in

---

[26]) So K. Schneider a. a. O. S. 64 ff.

der französischen Literatur[27]) abgelehnte sozusagen sociale Gesichtspunkt der Staatshilfe — diese beiden Rücksichten würden das tiefstmögliche Eindringen des Richters in den maßgebenden Sachverhalt fordern. Die einzige natürliche Grenze wären da die Sachanträge. So lange die Parteien an diesen festhalten und dadurch zu erkennen geben, daß sie vom Gerichte ein Urtheil darüber begehren, ob dieser Anspruch zu Recht besteht oder nicht, könnte nichts dem Richter die Befugniß nehmen oder ihn der Pflicht entbinden, bei nicht ausreichendem Parteivorbringen aus eigenem Antriebe zu ermitteln, was immer für die Entscheidung über den Rechtsbestand relevant sein kann. Vom ersteren Gesichtspunkte aus ließe sich selbst fragen, ob das Geständniß auf Schonung und uncontrolirtes Hinnehmen Anspruch habe, und in der deutschen Literatur wird diese Frage bereits thatsächlich erhoben [28]).

Derartiges behördliches Ausspüren und Durchstöbern unserer Privatverhältnisse um einer civilrechtlichen Sache willen widerstrebt nun aber unseren heutigen gesellschaftlichen Anschauungen ganz und gar. Infolge der bisherigen Haltung der Gesetzgebung und unserer neueren politischen Entwickelung sind wir von der Vorstellung erfüllt, es legitimire einzig das sog. Criminalunrecht die Behörde zum nachforschenden Eindringen in unsere Privatbeziehungen und zumal in die dem Vermögensverkehre angehörigen. Wie weit wir, abgesehen vom Verdachte einer strafbaren Handlung, Dritte in unsere bürgerlichen Verbindungen und alles das, was sich bei unserem rechtsgeschäftlichen Handeln zuträgt, blicken lassen wollen, ist unsere Sache; das Civilgericht hat hierin nach herrschender Auffassung vor jedem sonstigen extraneus nicht das Geringste voraus. Ein Gesetzesparagraph, der plötzlich das Gegentheil statuirt, ist da zunächst machtlos. Auch wäre es die denkbar gefährlichste Wiegengabe für die neue Institution, wenn sie dem Publicum zu allererst im Lichte einer Beschränkung seiner staatsbürgerlichen Freiheit erschiene.

Eine Menge privater Verhältnisse wird ohne Mitwirkung der Parteien nicht ermittelt werden können; die einzige vorhandene Erkenntnißquelle versiegt, sowie die Parteien trotz richterlicher Frage und Aufforderung verschlossen bleiben. Zwang wider die Partei, um sie mittheilsam zu machen, Erpressung der Darlegung gewisser dem Streitgegenstande connexer Privatbeziehungen, die dem Richter wissenswerth erscheinen, durch obrigkeitliche Compulsivmittel — das paßt gleichfalls nicht zu unseren Anschauungen.

---

[27]) Garsonnet l. c. III. p. 92.
[28]) J. Kohler, Der Proceß als Rechtsverhältniß, 1888, S. 28.

Zum attachment, der Personalhaft wegen contempt of court [29]), die nach englischem Rechte auch in Civilsachen und so z. B. eben bei Verweigerung der vom Gerichte verfügten Beantwortung von Fragen verhängt werden kann, dazu sind wir noch lange nicht reif. Wie die Erfahrung zeigt, übersteigen schon die Geldstrafen unserer Gerichtsordnungen das Maß dessen, was unsere Weichherzigkeit und Wehleidigkeit an strengen Proceßpflichten zu ertragen vermag. Mit der Eventualität, daß ungeachtet des besten Willens und Bemühens des Richters prägnante Punkte des Sachverhaltes im Dunkeln bleiben und der Richter zuletzt angewiesen sein wird, über dieselben auf Grund des bekannten Sachverhaltes seine Vermuthungen anzustellen [30]), mit dieser Eventualität müssen wir uns also mangels Zwanges von vornherein befreunden. Ihre Unvermeidlichkeit warnt zugleich vor aller principiellen Schärfe bei Lösung der oben aufgenommenen Begrenzungsfrage. Die beiden letzten Erwägungen wirken wie die Gewichte einer Uhr; sie tragen in die richterliche Forschung ein engeres Maß hinein, als an sich mit dem Gesichtspunkte der Rechtsprechung und der Hilfe, also im Federwerke selbst gegeben ist.

Wird alles das berücksichtigt und dabei auch noch im Auge behalten, daß Achtung vor der Privatsphäre einer Partei keineswegs gleichbedeutend mit dem ist, eine Thatsache dieser Privatsphäre könne nur mit Willen der betreffenden Partei Proceßstoff werden — denn der Gegner kann alle beliebigen seinem Ziele günstigen derlei Thatsachen in den Proceß werfen — alles das berücksichtigt, dürfte das Selbstbestimmungsrecht der Parteien auch bei rigorosester Auffassung gegenüber der richterlichen Instructionsthätigkeit genügend gewahrt sein, wenn die den Richter bindende Kraft des Geständnisses in Geltung belassen und der Instructionsbefugniß des Richters alles Coërcitive benommen wird. Unter diesen Voraussetzungen kann dann dem Richter wohl mit Beruhigung freie Bewegung im Rahmen der Sachanträge eingeräumt und von der (praktisch kaum durchführbaren und nicht einmal, wenn man dabei auf das Wollen der Parteien sieht, interpretativ richtigen) Unterscheidung zwischen (gestatteter) analytischer Entwickelung des Inhaltes des Parteivorbringens, Herausarbeiten der in diesem Vorbringen gebundenen Sachverhaltselemente zu selbstständigen Bestandtheilen des Proceß-

---

[29]) Für ihre Anwendung im österr. Gerichtsverfahren plaidirt F. Prischl a. a. O. S. 105 f., 126.

[30]) Beispiele für solche Lagen und ihren Ausgang bieten §§. 38 Al. 3, 52 Al. 1, 62 Al. 4 Bag.-Verf.

stoffes[31]) und (untersagtem) Heranziehen wirklich neuer, auch nicht implicite von den Parteien geltend gemachter proceßerheblicher Umstände abgesehen werden. Bei solcher Ordnung wird nun allerdings je nach Verschiedenheit der Fälle und der Personen bald mehr, bald weniger durch die Cooperation erreicht werden. Aber diese Ungleichheit der Wirkung kann wohl nur bei dem Anstoß erregen, dem die principgemäße Vollkommenheit des Rechtssatzes das Ideal ist und der glaubt, es sei genug, die Möglichkeit gelegentlicher beschränkterer Wirkung eines Rechtssatzes theoretisch nicht anzuerkennen, um sie überhaupt aus der Welt zu schaffen. An solche Rechtspathologen, die immer nur an und aus Wachspräparaten studiren, ist jedes Wort verschwendet. Auch ist nicht auf den einzelnen Fall zu sehen, sondern die Massenwirkung entscheidet. Das richterliche Eingreifen kann ja ein oder das andere Mal in einer weniger günstigen Combination zur Durchleuchtung des Streitfalles weniger beitragen. Für die Mehrzahl der Processe wird auch ein solches, sorgfältig aller dem modernen Blicke unangenehmen Spitzen entledigtes Mitwirkungsrecht ein wichtiger Gewinn und im Allgemeinen die Quelle einer erheblichen Verbesserung unserer Rechtssprechung sein. Wo unterstützungsbedürftige Parteien auftreten, kann es voll wirken, und auch die Fälle absichtlichen Zurückhaltens proceßrelevanter Momente werden sich durchschnittlich mindern, wenn die Festigkeit des Entschlusses die Probe einer richterlichen Frage oder Aufforderung aushalten muß und wenn Gelegenheit da ist, daß der Richter auf anderen, ihm ohne Zuthun der Parteien offenen, zulässigen Ermittlungswegen von solchen Momenten dennoch Kenntniß erlangt.

Die von der Gesetzgebung klar anzuerkennenden Befugnisse des Richters in Sachen der Proceßinstruction wären demnach:

1. Das Gericht darf von den Parteien alle zur Erläuterung unklarer Anträge und zur Feststellung des Thatbestandes der geltend gemachten Rechte und Ansprüche (Sachbegehren) nothwendigen Mittheilungen und Aufschlüsse, u. zw. mittelst Befragung der Parteien oder in anderer Form (directe Aufforderung unter genauer Bezeichnung des aufzuklärenden Verhältnisses[32]) begehren.

---

[31]) Darauf ungefähr beschränkt die conservative Richtung der deutschen Proceßliteratur die Proceßleitungsbefugnisse des Gerichtes nach §. 130 C. P. O.

[32]) Die Beschränkung auf die Fragenstellung (§. 130 deutsch. C. P. O.) hat der österr. Entwurf vom J. 1881 mit gutem Grunde und, wie wir hoffen wollen, dauernd fallen lassen. §. 214: der Richter „kann Fragen stellen oder in anderer Weise auf die nothwendigen Erklärungen oder Ergänzungen . . . aufmerksam machen.“ Vgl. die erläuternden Bemerkungen zu diesem Entwurfe S. 61.

Um solche Aufklärung zu erhalten, muß dem Richter gestattet sein, erforderlichen Falles das persönliche Erscheinen der Partei zu verlangen. Die Justiz-Commission des deutschen Reichstages setzte die Aufnahme einer solchen Bestimmung in die deutsche C. P. O. (§. 132) durch. Unter den dafür vorgebrachten Gründen[33]) spielt der Hinweis auf die guten Erfahrungen, die man mit dieser Maßregel im Gebiete des bayerischen und rheinischen Verfahrens (art. 119 code de proc.) gemacht, eine hervorragende Rolle. Der 1870er Entwurf einer österreichischen C. P. O. war dem schon mit Statuirung solcher Berechtigung des Richters vorangeeilt. Der letzte Entwurf gab dies jedoch leider wieder preis; aus nicht sonderlich überzeugenden Erwägungen. Ihr Kern ist der civilrechtliche Gedanke des durch die Proceßbevollmächtigung begründeten Verhältnisses vollkommener Repräsentation. Weil nach Civilrecht was der Bevollmächtigte thut, als vom Mandanten gethan rechtlich angesehen werden muß, sei eine Untersuchung darüber, ob diese Rechtsfolge im einzelnen Falle auch der Wahrheit entspreche, und mit dieser Untersuchung auch das derselben dienende Vorfordern der Partei nicht zulässig. Das ist eine ähnliche dogmatische Hypertrophie wie die bei Ableitung der Verhandlungsmaxime aus der Natur des Civilrechtes. Als ob es auch der einzige Zweck der Einvernehmung der Partei sein würde, den Proceßbevollmächtigten Lügen zu strafen! In erster Linie steht doch der, seine unvollständige, lückenhafte Kenntniß des Sachverhaltes durch die directen Aufklärungen der Partei zu ergänzen. Jeder Parteivertreter weiß, wie wenig Aufrichtigkeit fürs erste oft selbst der Anwalt von der eigenen Partei bei der Informationsertheilung zu gewärtigen hat und wie sich diese aus allerlei, nicht immer ganz propren Erwägungen bemüht, auch dem eigenen Anwalt gegenüber die Sachlage ihrem Begehren möglichst günstig darzustellen. Den Umweg zu ersparen, daß der Anwalt, wo sich dann weitere Aufklärungen nöthig zeigen, nun zunächst die Partei außergerichtlich höre und dann erst das Gehörte wieder dem Gerichte rapportire und dies mit der Gefahr, daß schon die Antwort des Gegners neuerliche Rathlosigkeit auf Seiten des Vertreters erzeuge und zu neuerlichem Befragen der Partei zwinge — um das zu vermeiden, gibt es kein besseres Mittel, als die Befugniß zur Vorladung der Partei. Darum ist auch der Anwaltsstand in Deutschland dieser Anordnung keineswegs feindselig gesinnt, wie er es gewiß wäre, wenn er in ihr den Ausdruck des Mißtrauens in seine Verläßlichkeit oder Ehrlichkeit erblicken würde. Schon in der Reichs-

[33]) Vgl. Materialien zur Reichs-Justizgesetzgebung, II. Band: Verhandlungen über den Entwurf einer C. P. O., Berlin 1878, S. 34.

Justizcommission wurde hervorgehoben, die Anwälte selbst hielten das persönliche Erscheinen der Partei oft für nöthig, und gelegentlich der vor wenigen Jahren in Folge des bekannten Federkrieges über die praktische Bewährung der deutschen C. P. O. veranstalteten Enquête über die Anwendung mehrerer Bestimmungen der deutschen C. P. O. wurde von einzelnen Gerichten dasselbe mitgetheilt. Manche Anwälte bringen in Vorauserkenntniß dessen, daß sonst die eventuelle Vervollständigung des Materiales die Anberaumung eines neuen Termines nothwendig macht, die Partei zum Verhandlungstermine gleich mit[34]).

2. Es darf der Richter die ihm eventuell dargebotene Möglichkeit, den strittigen Sachverhalt oder wichtige Bruchstücke desselben — gleichgiltig, ob von den Parteien direct angegeben oder durch die ad 1 bezeichneten Mittel gewonnen, aber immer innerhalb der Sachanträge — unmittelbar durch eigene Wahrnehmung kennen zu lernen, aus freiem Antriebe, ohne Anregung der Parteien ausnützen: Augenscheinseinnahme und Berufung von Sachverständigen, obwohl nicht jede ex officio veranlaßte Begutachtung durch Sachverständige dem Instructionszwecke dienen muß. Darin besteht auch Uebereinstimmung zwischen dem deutschen und französischen Proceßrechte.

3. Es wird der Richter endlich zu berechtigen sein, zur Feststellung des zulässig ermittelten, nicht zugestandenen Sachverhaltes, wo directe Feststellung (2.) nicht möglich, alle ihm aus dem Processe und durch denselben bekannt gewordenen Beweismittel von Amtswegen heranzuziehen. Schlechthin wird dies für die eidliche Vernehmung der Parteien gelten[35]), dagegen beschränkt es sich hinsichtlich Urkunden von selbst auf die bei einer Behörde erliegenden oder von einer der Parteien besessenen Urkunden, und es wird sich auch wohl zumeist nur um Urkunden handeln, auf die sich die Parteien im Processe berufen haben. Denn regelmäßig wird der Richter nur auf diese Weise vom Vorhandensein einer die privaten rechtsgeschäftlichen Beziehungen der Parteien betreffenden Urkunde überhaupt Kenntniß erhalten. Wesentlich ist jedoch letztere Beschränkung unter den oben erwähnten allgemeinen Voraussetzungen keineswegs, daher sie auch nicht — wie dies §. 133 der deutschen C. P. O. und §. 215 des letzten österr. Entwurfes thun — ins Gesetz aufzunehmen wäre. Warum soll es dem Richter versagt sein, die Partei zur Vorlage der Urkunde aufzufordern, wenn er z. B. durch eine Zeugenvernehmung vom Dasein einer

---

[34]) A. Wach, Die process. Enquête, Ztschr. f. deutsch. Civilpr. XI, Ergänzungsheft, S. 15.

[35]) Vgl. §. 43 des österr. Entw. v J. 1881.

für den Proceß vermuthlich wichtigen Urkunde erfährt? Bezüglich des Zeugenbeweises besteht ein Gegensatz zwischen deutschem und französischem Rechte. Letzteres erlaubt (vgl. Anm. 23) dem Gerichte, über erheblich scheinende Umstände auch Zeugen ohne Antrag einer Proceßpartei abzuhören, nach der deutschen C. P. O. ist solche Befugniß im Proceßleitungsamte des Richters nicht begriffen, und Kohler, dessen Ansicht hier umsomehr Beachtung verdient, als er im landläufigen Vorurtheile über das Thatsachen- und Beweismittel-Dispositionsrecht der Parteien nicht befangen ist, erachtet letzteres für das sachlich Richtige[36]): die Zeugenschaft sei eine individuelle Eigenschaft einer bestimmten Person, zu deren Kenntniß der Richter nur durch Zufall oder auf Grund einer Civilinquisition gelange. Die Zufälligkeit bez. die Unsicherheit des richterlichen Kenntnißerlangens ist jedoch principiell keine größere als hinsichtlich aller sonstigen Stücke und Bestandtheile des Sachverhaltes. Wo ist die objective Bürgschaft, daß dem Richter alle rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Facten bekannt werden, die in Ansehung dieser einzelnen Sache eingetreten sind? Wenn dennoch dem Richter gestattet wird, nach solchen Facten zu forschen und, falls sie sich ihm ungesucht im Processe darbieten, von ihnen Gebrauch zu machen, warum anderes hinsichtlich der Zeugen? Ist es denn nicht auch eine blos individuelle Eigenschaft einer Thatsache, daß irgend ein gewöhnlicher Vorgang, wie z. B. das Aufgeben eines Briefes, das Aussprechen eines Ja, concret Glied eines Rechtserwerbs- oder Rechtsentstehungs-Thatbestandes ist und als solches in diesem Falle im Unterschiede zu hundert anderen Fällen nun auch einmal juristisch relevant und im Processe beachtlich ist? Und läßt es sich von den für die richterliche Cooperation entscheidenden Gesichtspunkten rechtfertigen, ein taugliches Instructionsmittel auch dort, wo es Einem zur Verfügung steht, unbenützt zu lassen, weil man es nicht immer haben kann? Die Haltung des französischen Rechtes scheint mir hier ungleich correcter und empfehlenswerther. Unsere Gesetzgebung kann und soll sich dasselbe, wie gesagt, im Punkte der Begrenzung und der inhaltlichen Ausstattung der richterlichen Instructionsthätigkeit zum Vorbilde nehmen. Sie wird es thun, sofern man sich nur darüber klar ist, daß alle die Einengungen, welche die deutsche C. P. O. in dieser Materie zeigt und welchen sich der letzte österr. Entwurf anzuschließen geneigt war, nichts innerlich Nothwendiges, sondern nur Opfer sind, bestimmt, die zürnenden Anhänger des Parteiherrschaftsdogmas zu besänftigen und mit dem Neuen zu versöhnen.

[36]) a. a. O. S. 29 f.