

Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse.

Gutachten, erstattet im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins für den
XXI. Anwaltstag zu Breslau

von

Justizrat **Emil Koffka**, Berlin.

Motto:

Wir müssen uns von der Hypnose des Austriazismus
frei machen. Friedrich Stein.

Die Wahrheitsermittlung scheint auf den ersten Blick eine reine Frage des Beweisrechts zu sein, denn wenn die Wahrheit ermittelt werden soll, so muß natürlich über alles, was nicht von vornherein als wahr feststeht, Beweis erhoben werden, und hiernach scheint es sich bei der Wahrheitsermittlung nur um die Mittel zu handeln, durch welche im Zivilprozeß der Beweis solcher nicht feststehender Tatsachen erbracht werden soll. Aber hier taucht sofort die weitere Frage auf, welche Tatsachen im Zivilprozeß als wahr feststehen, welche nichtfeststehenden Tatsachen des Beweises bedürfen und auf welche Weise die Tatsachen in den Prozeß eingeführt werden, die entweder feststehen, oder über die sich eine Beweiserhebung als notwendig herausstellt. Und so ergibt sich denn ohne weiteres, daß die Wahrheitsermittlung sich nicht nur auf den Beweis streitiger Tatsachen, sondern auch darauf erstrecken muß, was für Tatsachen es sind, welche entweder durch den Beweis aufgeklärt oder ohne solchen Beweis als feststehend behandelt werden sollen. Hieraus folgt, daß die Wahrheitsermittlung sich auch mit der Stoffsammlung zu befassen hat, also der Sammlung alles desjenigen Tatsachenmaterials, welches die tatsächliche Grundlage des Rechtsstreits bildet. Damit aber noch nicht genug. Auch die Frage nach der Form des Verfahrens greift in die Frage nach der Wahrheitsermittlung ein. Denn je nach Verschiedenheit dieser Form kann auch der Personenkreis derer ein verschiedener sein, welche für die Stoffsammlung verantwortlich sind, und damit auch der auf seine Wahrheit hin zu ermittelnde Prozeßstoff selbst.

Das Gesagte ergibt, daß die Frage der Wahrheitsermittlung nahezu mit allen grundlegenden Fragen des Prozeßrechts in innigstem Zusammenhange steht, und daher ein erschöpfendes Gutachten über die Wahrheitsermittlung im Zivilprozesse sich mit allen diesen Fragen befassen mußte. Dies

würde aber wohl nicht dem Zwecke entsprechen, zu welchem im gegenwärtigen Zeitpunkte ein Gutachten hierüber von mir erfordert ist. In Anbetracht dieses Zweckes werde ich daher mein Gutachten auf die gegenwärtig aktuellen Fragen beschränken. Eine weitere Beschränkung lege ich mir insofern auf, als ich bei der Vergleichung fremden Rechts mit dem deutschen Zivilprozeßrecht nur dasjenige Recht in Berücksichtigung ziehen werde, welches gegenwärtig, nachdem die durch Abides eingeleitete Bewegung auf Anlehnung an das englische Recht nahezu zum Stillstand gekommen ist, bei den Reformbestrebungen für das deutsche Recht allein im Vordergrund steht, nämlich das österreichische Zivilprozeßrecht.

Für die Behandlung der einzelnen Fragen, welche ich einer Begutachtung unterziehen werde, werde ich mich nicht der deduktiven, sondern der induktiven Form bedienen, d. h. ich werde erst einzelne spezielle Fragen einer Untersuchung unterziehen und erst an der Hand der Resultate, welche ich aus der Behandlung dieser speziellen Fragen gewinne, die allgemeinen Grundsätze des Prozeßverfahrens ins Auge fassen.

I. Die Mitwirkung des Rechtsanwalts bei der Wahrheitsermittlung und die Prozeßtaktik.

Die Schwierigkeiten, welche die richtige Entscheidung eines Prozesses verursacht, liegen meist nicht sowohl in der Rechts-, als in der Tatfrage. Würde es sich nur um Anwendung des Rechts auf einen feststehenden Tatbestand handeln, so würde es nicht so verwickelter Rechtsnormen bedürfen, wie sie in den verschiedenen Prozeßordnungen zur Regelung des prozessualen Rechtsganges aufgestellt worden sind. Diese Rechtsnormen gelten vorzugsweise der Feststellung des Sachverhalts, also der Ermittlung der Wahrheit. Wenn diese Wahrheitsermittlung aber eine so einfache Sache sein würde, wie sich dies in den

Köpfen mancher moderner naiver Idealisten ausmalt, so würden solche verwickelten Rechtsnormen überflüssig sein, und es würde nicht zu verstehen sein, daß um die Frage nach der Wahrheitsermittlung unter den erleuchteten Geistern der Prozeßrechtswissenschaft ein so lebhafter Kampf entbrannt ist, auf dessen Plage auf der einen Seite — um nur auf die Kämpfe der Gegenwart hinzuweisen — Namen wie Bach, Richard Schmidt, Friedrich Stein, auf der anderen Seite Kohler, Klein, Hellwig zu finden sind. Jene Idealisten glauben, das Ei des Kolumbus gefunden zu haben, wenn sie mit der Forderung hervortreten, es sei lediglich Sache des Richters, durch Befragen beider Parteien sich den Sachverhalt klarstellen zu lassen, um alsdann auf einfachstem und schnellstem Wege zu einem sachgemäßen Urteile zu gelangen. Solcher Idealismus hat auch die friederizianische Gesetzgebung beseelt, und man scheint jetzt vollständig vergessen zu haben, wie kläglich dieser Idealismus an den realen Dingen des Lebens gescheitert ist. Die Forderung Wildhagens,¹⁾ das ganze Verfahren in ein Vorverfahren und ein Hauptverfahren zu gliedern und dem vor einem beauftragten Richter stattfindenden Vorverfahren die Feststellung des status causae et controversiae unter persönlicher Zuziehung der Parteien und möglicher Ausschaltung der Rechtsanwälte zu übertragen und auf diese Weise dem erkennenden Gerichte eine einfache Grundlage für sein Urteil zu bereiten, führt ja tatsächlich zu nichts anderem, als zu dem Verfahren, wie es in der allgemeinen Gerichtsordnung vorgeschrieben gewesen ist, worauf Friedrich Stein mit vollem Recht auf dem vorjährigen Juristentag hingewiesen hat. Man soll aber nur nachlesen, warum dieses Verfahren der Gerichtsordnung sich in der Praxis nicht bewähren konnte. Ein so kompetenter Beurteiler wie der Vizepräsident des Preussischen Geheimen Obergerichtes Dr. Göge hat dies eingehend geschildert. Die aus dem damaligen Tiefstande der Advokatur und dem daraus zu erklärenden Mißtrauen gegen die Advokaten hergeleitete Übertragung der, der Natur der Sache nach gerade den Advokaten zukommenden, Aufgabe, den ihnen von ihrer Partei an die Hand gegebenen Tatsachenstoff zu sichten, aus ihm ein Rechtsgebilde zu formen und dieses dem Gerichte vorzuführen, auf den Richter stellte diesen vor eine unlösliche Aufgabe, wenn anders er sich nicht der Gefahr der Parteilichkeit aussetzen wollte. Er konnte seine Aufgabe nicht erfüllen, ohne den Parteien auch Rat zu erteilen und kam daher in die Lage, hintereinander erst die eine und dann die andere Partei zu beraten, und so bemerkt denn Göge:²⁾

„Und war es wohl ein richtiger Gedanke, wenn man meinte, dem Richter sei dadurch eine höhere und befriedigendere Stellung angewiesen, wenn ihm nicht nur die Entscheidung der erörterten Sache belassen, sondern auch die Erörterung selbst in der Ausdehnung übertragen wurde, daß er hin und her den einander gegenüberstehenden Parteien seinen Rat und seine Leitung für die Wahrnehmung ihrer Rechte zuteil werden ließ? Mußte nicht vielmehr das Vertrauen zu dem Richter und sein Ansehen gerade dadurch wesentlich geschwächt werden,

wenn die streitenden Teile sahen, daß der Mann, bei dem allein sie Recht suchen konnten und bei dem sie es suchten, den sie aber nicht zu ihrem Ratgeber erwählt hatten, ebenso wie ihnen, so auch ihren Gegnern seinen Rat zugehen zu lassen und damit eine Doppelstellung zu übernehmen amtlich genötigt war, zu der sonst ein Mann, der es mit sich genau nimmt, nie sich versteht usw.“

Außerdem brachte dieses Prinzip der Prozeßinstruktion vor dem Richter eine solche Belastung der Gerichte mit sich, daß die ordentlichen Richter sich tatsächlich außerstande sahen, die Instruktionen zu führen, und sie daher jungen, teilweise völlig unangebildeten Leuten (Auskultatoren und Referendaren) überlassen mußten, welche ihrerseits froh waren, wenn sie dabei durch die Justizkommissarien unterstützt wurden, ja, daß diese ihnen die Arbeit tatsächlich vollständig abnahmen, so daß auf diese Weise die Justizkommissarien auf dem unwürdigen Wege einer Hintertür wieder in die Prozeßinstruktion eindrangen.³⁾ An sich war durch das Gesetz die Tätigkeit der Justizkommissarien, welche nicht als Vertreter, sondern höchstens als Beistände zugelassen wurden, als eine höchst untergeordnete und unwürdige gestaltet, und auf dieses niedrige Niveau der Beistandschaft will Wildhagen die heutige deutsche Rechtsanwaltschaft zurückschrauben! Wahrlich, wenn man einen Preis für das geeignetste Mittel gegen die Überfüllung des Anwaltsstandes aussetzen würde, so müßte Wildhagen dieser Preis gebühren, denn bei Durchführung seines Vorschlags würde nicht nur der Zubrang zur Rechtsanwaltschaft mit einem Schlage aufhören, sondern es würden auch die Besten unseres Standes einem derartig demütigenden Berufe sofort den Rücken kehren. Liegt doch gerade bei der Eigenart, in welcher sich in großen Teilen Deutschlands die tatsächliche Handhabung des Zivilprozesses gestaltet hat, der Schwerpunkt der Anwalts-tätigkeit in der Stoffsammlung und den Schriftsätzen. Anders als in England und Frankreich, wo die Spaltung der Rechtsanwälte in Barristers und Solicitors, beziehentlich Advocats und Avoués dazu geführt hat, die vornehmere Aufgabe des Anwalts im Plaidoyer zu suchen, liegt es dem deutschen Anwalt in erster Reihe ob, den Tatsachenstoff von seiner Partei entgegenzunehmen, ihn juristisch zu gestalten und dem Gericht in Schriftsätzen vorzuführen. Ihm diesen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit entziehen und seine Vermittlung verdächtigen, heißt, wie schon Wolffson⁴⁾ gesagt hat, den Anwaltsstand vollständig diskreditieren. Die plaidierende Tätigkeit des Anwalts verliert auch ihre wesentliche Bedeutung, wenn man sie von der rechtsdarstellenden Tätigkeit der Formung des Tatsachenstoffs loslöst. Der Anwalt ist in dieser seiner Tätigkeit der Stoffsammlung aber auch mehr als der bloße Vermittler zwischen Partei und Gericht, er ist der Rechtsberater der Partei und hat als solcher die Aufgabe, nur die erheblichen Tatsachen zu verarbeiten und der Partei zur Anführung solcher erheblichen Tatsachen auf Grund seiner Rechtskenntnisse und praktischen Erfahrungen Anregung und Anleitung zu geben und diese Tatsachen gegebenenfalls aus eigenem heraus zu ergänzen. Es ist selbstverständlich, daß er bei Ausarbeitung seiner Schriftsätze nicht nur die tat-

¹⁾ Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags 3, 849 ff., der bürgerliche Rechtsstreit 133.

²⁾ Das Neueste Preussische Zivilprozeßgesetz vom 21. Juli 1846 S. 8.

³⁾ Göge, a. a. D. S. 15 ff.

⁴⁾ Verhandl. des 8. DJL. 2, 305.

sächliche Information der Partei verwendet, sondern auch auf Grund eigener, in seiner Praxis erworbener Sachkunde Tatsachen behaupten kann, welche in der Parteinformation nicht enthalten sind. Gerade dazu ist der Rechtsanwalt da. Wie der Richter die Erfahrungssätze⁵⁾ bei seinen Urteilen zu berücksichtigen hat, auch wenn sie ihm von den Parteien nicht vorgebracht werden, ebenso hat der Anwalt gegebenenfalls auf Grund von Erfahrungssätzen, welche zwar nicht der Partei, wohl aber ihm bekannt sind, Tatsachen zu behaupten, welche mutmaßlich, wenn auch ohne Kenntnis der eigenen Partei, im einzelnen Streitfall und dessen Tatbestande in erheblicher Weise auf die Rechtslage eingewirkt haben. Wenn der Mann aus dem Volke von einem Buckethop zum Abschlusse von Börsengeschäften verleitet worden ist und nachher aus der Ausführung solcher Geschäfte in Anspruch genommen wird, so wird der Anwalt, ohne dazu von der Partei instruiert worden zu sein, die Behauptung aufstellen und unter Beweis stellen, daß der Buckethop das Geschäft an der Börse nicht zur Ausführung gebracht habe. Dies ist dann eine solcher „vorsorglichen Behauptungen“ des Anwalts, welche von Wildhagen⁶⁾ als so unbegreiflich und verwerflich behandelt werden. Aber auch ohne die so heftig gezeißelte Prozeßtaktik⁷⁾ kann der Anwalt im wohlverstandenen berechtigten Interesse seiner Partei den Prozeß oft nicht führen. Es kann sehr wohl berechnete Prozeßtaktik gewesen sein, wenn in dem Fall, welchen Wildhagen⁸⁾ in seinen Akten gelesen hat, der Anwalt seine Partei vom persönlichen Erscheinen im Termine zurückgehalten hat. Wie kann man aus dieser bloßen Tatsache die Folgerung ziehen, daß der Anwalt dies getan habe, um die Wahrheit zu verdunkeln?

Vor langen Jahren habe ich vor dem Kammergericht einen Prozeß geführt, in welchem es sich darum handelte, ob ein angesehenener Berliner Kaufmann einen größeren Geldbetrag, der ihm in einem Geldbrief zugesandt worden war, erhalten hat. Das verschlossene Briefkuvert war von einem Handlungsbevollmächtigten des Kaufmanns in Empfang genommen und geöffnet worden und darauf dem Kaufmann mit dem Bemerkten übergeben, daß das Geld darin nicht enthalten gewesen sei. Es handelte sich darum, ob das Geld auf der Post unterschlagen worden, oder ob es bei Abgabe des Geldbriefs im Geschäft des Kaufmanns noch im Briefumschlage enthalten gewesen, also von dem in Empfang nehmenden Handlungsbevollmächtigten unterschlagen worden war. Dieser Handlungsbevollmächtigte sollte vom Kammergericht als Zeuge vernommen werden, und zwar, was damals noch ab und zu vorkam, vor dem Kollegium. Am Tage vor dem Termin kam der Kaufmann zu mir und teilte mir mit, daß der betreffende junge Mann absolut ehrlich sei, so daß er es für vollständig ausgeschlossen halte, daß er das Geld veruntreut habe, daß er aber an einem Sprachfehler leide und besonders in Gemütsregung stark stottere, weshalb zu befürchten sei, daß er als Zeuge vor Gericht einen schlechten Eindruck machen würde. Seine Befürchtung hat sich in vollem Um-

fange verwirklicht. Der Vorsitzende, ein überaus humaner und wohlwollender Mann, geriet bei Anhörung des außerordentlich stoßend vorgetragenen Sachverhalts durch den Zeugen in Erregung und herrschte ihn heftig an, was zur Folge hatte, daß der Zeuge nur noch mehr ins Stottern geriet und seine Aussage deshalb dem Gericht in einer diesem so verwirrend erscheinenden Form abgab, daß es ihn für vollständig unglaubwürdig erklärte. Man braucht nun nur den Fall zu sehen, daß nicht ein Zeuge, sondern die Partei selbst an einem derartigen Sprachfehler leidet, oder daß sie auch sonst und ohne Sprachfehler im Ausdrucke ungewandt und ängstlich ist, um sich vorstellen zu können, daß eine solche Partei, zumal in der für sie ungewohnten Situation einer feierlichen Gerichtsverhandlung und in der durch die Sorge um den Ausgang des Prozesses hervorgerufenen Gemütsregung, besonders einem routinierten Prozeßgegner gegenüber, in einer ungünstigen Position ist, und es daher besser sein kann, sie dem Gerichte fernzuhalten. Dies ist dann zwar Taktik, aber keine unberechtigte Taktik. Die Prozeßtaktik, deren Berechtigung auch von einem so hervorragenden Richter wie Bähr, dem man wahrlich keine Voreingenommenheit für den Anwaltstand nachsagen konnte, anerkannt worden ist,⁹⁾ ist auch so lange unvermeidlich, als der Prozeß ein Kampf ist.

Die Partei kämpft gegen die Gegenpartei. Hat die Gegenpartei das Visier nicht offen, so braucht auch die Partei selbst nicht mit offenem Visier zu kämpfen; die formellen Regeln des Prozesses nötigen dazu, nicht stets offenen Kampf zu führen. Aus der prozessualen Lage, daß keine Parteibehauptung vom Gericht als wahr angenommen werden kann, welche von der anderen Seite bestritten wird, aus der gesetzlichen Beweislast, aus den gesetzlichen Folgen des gerichtlichen Geständnisses, insbesondere derjenigen, daß dessen Wirksamkeit nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß ihm eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält (§ 289 ZPO.), woraus gefolgert wird, daß auch beim sogenannten qualifizierten Geständnisse der Gestehende seine dem Geständnisse hinzugefügten eigenen Behauptungen beweisen muß,¹⁰⁾ endlich aus der Tatsache, daß die eigene Partei ihre eigenen Behauptungen gegen sich gelten lassen muß, aus allen diesen im Interesse der Rechtsicherheit aufgestellten formellen Regeln ergibt sich für die Parteien oft eine Situation, in welcher ohne Prozeßtaktik nicht auszukommen ist. Ich verweise auf das, was ich unten bei Behandlung der Frage nach der Wahrheitspflicht ausführen werde.

Der Anwalt hat aber nicht nur mit der Gegenpartei, sondern auch mit dem Gerichte zu kämpfen und muß daher auch diesem gegenüber unter Umständen Prozeßtaktik walten lassen. Auch die Gerichte sind nur mit Menschen besetzt, denen nichts Menschliches fremd zu sein braucht. Es ist eine unter uns allgemein bekannte Tatsache, daß es nicht nur Gerichtskollegien gibt, welche mit Gewissenhaftigkeit über alle bestrittenen erheblichen, manchmal sogar auch über die unerheblichen Tatsachen Beweis erheben, sondern auch Kollegien, welche, wenn irgend angängig, eine Beweisaufnahme zu vermeiden suchen

5) Stein, Priv. Wissen, 32 ff.

6) a. a. D. 63, 75.

7) a. a. D. 63.

8) a. a. D. 74.

9) Der deutsche Zivilprozeß in praktischer Betätigung S. 71.

10) Stein, Kommentar II zu § 289 ZPO.

und eine Sache — vulgär ausgedrückt — „durchhauen“. Der Anwalt aber, welchem solche Gepflogenheiten eines Kollegiums bekannt sind, wird seine eigene Tätigkeit diesen Gewohnheiten anzupassen suchen und die Behauptungen möglichst so formulieren, daß es einem der Beweiserhebung abgeneigten Kollegium möglichst erschwert wird, über sie ohne Beweisaufnahme hinwegzukommen. Man kann bekanntlich einen rechtserheblichen Tatbestand auf verschiedene Weise zum Gegenstand einer tatsächlichen Behauptung machen. Entweder man behauptet unter Beweis antritt den rechtlichen Tatbestand selbst, indem man es der Beweisaufnahme überläßt, die einzelnen Hilfsstatfachen, welche als Indizien in ihrer Gesamtheit den Schluß auf die Wahrheit des behaupteten Rechtsstatbestandes rechtfertigen, zutage zu fördern, oder aber man behauptet schon diese einzelnen Hilfsstatfachen selbst. Tut man das letztere, so läuft man Gefahr, daß das nicht beweisgeneigte Kollegium mit irgendwelcher Dialektik nachweist, daß diese Tatsachen nicht erheblich seien, und eine Beweisaufnahme ablehnt. Die Prozeßtaktik gebietet es bei solcher Gefahr, an Stelle der Indizien den rechtserheblichen Tatbestand selbst unter Beweis zu stellen, also z. B. zu behaupten und Beweis dafür anzutreten, daß der Kläger dem Beklagten eine Summe als Darlehn gegeben habe, anstatt nur unter Beweis zu stellen, daß der Kläger Geld gegeben habe, daß der Beklagte am Tage vorher in Verlegenheit gewesen sei und bei verschiedenen Dritten Anleiheversuche gemacht und am Tage darauf seiner Dankbarkeit für den gefälligen Freund Ausdruck gegeben habe. Dies ein Beispiel aus Stein, Das private Wissen des Richters, S. 89, welcher hierbei allerdings die Indizien so gehäuft und damit eine solche Prozeßtaktik geübt hat, daß auch das beweisunlustigste Kollegium nicht darüber hinwegkommen würde. Stellt man aber die Indizien unter Beweis, so wird man sie unter Umständen über das von der Partei selbst angegebene Tatsachenmaterial hinaus häufen müssen. Denn die Erfahrung lehrt, daß Indizien in dem Augenblicke auf das Gericht eine ganz andere Wirkung auszuüben vermögen, wo sie durch Zeugen bewiesen sind, als vorher, wo sie nur von der Partei behauptet worden waren, und daß es auch genügen kann, wenn nur einzelne der behaupteten Indizien bewiesen werden und andere nicht, deren vorheriger Angabe es aber bedurft hatte, um eine Beweisaufnahme durchzusetzen. So kann es die Taktik auch gebieten, um die nach Überzeugung des Anwalts im Interesse einer gerechten Entscheidung notwendige Beweisaufnahme durchzusetzen, eine an sich richtige und zweifellos erhebliche Tatsache zu bestreiten, damit auf diese Weise das Gericht zur Beweisaufnahme gezwungen wird, die es alsdann auch leichter auf solche Tatsachen ausdehnen wird, über welche es sonst ohne Beweisaufnahme hinwegzukommen versucht haben würde. Dies führt schon zu der Frage nach der Wahrheitspflicht.

II. Die Wahrheitspflicht der Parteien.

Die österreichische Zivilprozeßordnung bestimmt bekanntlich in § 178, daß jede Partei alle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben habe. Eine gleiche Pflicht hatte der vorläufige Entwurf zur deutschen Zivilprozeßnovelle von 1908 für den Amtsgerichtsprozeß aufgestellt, und in deren

nachträglicher Streichung sieht Hellwig „ein beschämendes Zeugnis für den Tiefstand der sittlichen Auffassung unserer Zeit“. Die Stipulierung der gesetzlichen Wahrheitspflicht gilt auch in neuerer Zeit als etwas so Selbstverständliches, daß es fast als ein moralischer Defekt angesehen wird, wenn jemand wagt, sich hiergegen auszusprechen. Aber auch wer den Mut hat, die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines gesetzlichen Lügenverbots zu verneinen, betont meistens, daß die Wahrheitspflicht immerhin eine sittliche Pflicht sei und nur einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nicht bedürfe.

Demgegenüber muß ich es unternehmen, einen abweichenden Standpunkt zu vertreten und zu begründen, wobei ich mich von vornherein auf die ausgezeichnete Abhandlung von Philippsborn: „Wahrheitspflicht, Prozeßbetrug und Prozeßschikane“ in der Festschrift für Franz v. Liszt berufen kann, in welcher auch die sonstige Literatur angezogen ist. Im Anschluß an diese Schrift schicke ich es als selbstverständlich voraus, daß der Versuch, einen ungerechten Anspruch im Prozesse mit lügenhaften Behauptungen durchzuführen oder einen gerechten Anspruch mit solchen Mitteln abzuwehren, moralisch verwerflich ist und strafbar sein kann. Dieser Umstand ist aber nicht geeignet, die Aufnahme einer Bestimmung über die Wahrheitspflicht der Parteien in das Zivilprozeßgesetz zu rechtfertigen.

1. Von entscheidender Bedeutung für die Frage nach der Wahrheitspflicht ist, wie auch von Hellwig¹¹⁾ anerkannt wird, die Vorfrage, ob die Parteierklärungen Willens- oder Wissenserklärungen sind. Daß sie begrifflich nicht Willenserklärungen sein können, wird zwar von Klein¹²⁾ unter Zustimmung u. a. von Hellwig¹³⁾ behauptet, während Stein¹⁴⁾ sie im Gegensatz hierzu als reine Willenserklärungen und Kohler¹⁵⁾ sie als Rechtsakte der Parteien bezeichnet. Die Dialektik Kleins ist nichts weniger als überzeugend. Die Parteibehauptungen sollen nach ihm nicht imstande sein, die geringste richterliche Aktion hervorzurufen.¹⁶⁾ Gerade das Gegenteil ist richtig. Die Behauptungen rufen die richterliche Aktion ihrer Prüfung auf ihre Erheblichkeit hin und der Beweiserhebung, soweit sie erheblich und bestritten sind, hervor. So ist es denn bezeichnend, daß die älteren deutschen Partikularzivilprozeßgesetze, welche, mehr oder weniger auf dem Code de Procédure aufgebaut, bis zum 1. Oktober 1879 in Geltung waren, die vorbereitenden Schriftsätze geradezu als „Anträge“ bezeichneten,¹⁷⁾ einen Ausdruck, der von Klein¹⁸⁾ „die markante Gestalt der Willenserklärung im Prozesse“ genannt wird.

Nicht die Kennzeichnung als Willenserklärung, sondern im Gegenteil gerade die Kennzeichnung als Wissenserklärung ist, wenigstens für einen Teil der Parteibehauptungen, begrifflich ausgeschlossen. Denn alle diejenigen Behauptungen einer Partei können keine Wissenserklärungen sein, welche sie über Tatsachen aufstellt, die sich ihrer sicheren Kenntnis entziehen.

11) System des Zivilprozesses S. 431.

12) Die schuldhafte Parteihandlung S. 20 ff.

13) System S. 430.

14) Kommentar, Vorbem. vor § 128 ZPO. IV, 3.

15) Der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 46.

16) A. a. O. S. 22.

17) Vgl. Hannoversche Prozeßordnung §§ 92 und 93.

18) A. a. O. S. 17.

Im Prozesse wird nicht nur über Tatsachen gestritten, welche beiden Parteien gleichmäßig bekannt sind, sondern auch über Tatsachen, welche entweder nur einer Partei oder auch gar keiner Partei bekannt sein können. Die Behauptung solcher Tatsachen im Prozeß ist oft notwendig, sie werden geltendgemacht, wenn eine Partei vermuten oder es wenigstens nicht für völlig ausgeschlossen halten kann, daß sich solche Tatsachen zugetragen haben. Nur die Form des Prozesses als Verhandlungsform bringt es mit sich, daß solche als möglich angenommenen Tatsachen in der Form von Behauptungen in den Prozeß eingeführt werden, weil das Gericht bei seiner Entscheidung nur positive Behauptungen berücksichtigen darf. Es ist auch durchaus verfehlt, mit Trutter¹⁹⁾ die zulässigen Parteibehauptungen auf die Behauptung solcher Tatsachen einschränken zu wollen, von deren Wahrheit die Parteien überzeugt sind, und ihnen nur das Bestreiten solcher Tatsachen zu gestatten, von deren Unwahrheit sie überzeugt sind. Es gibt viele Tatsachen, welche für die Entscheidung des Prozesses von Wichtigkeit sein können, bei denen aber die Partei gar keine Überzeugung von ihrer Wahrheit oder Unwahrheit haben kann, weil ihr jede Möglichkeit fehlt, sich vor dem Prozesse eine Überzeugung davon zu verschaffen. In einem vor dem Kammergerichte verhandelten Prozesse handelte es sich darum, ob der Kläger vom Beklagten einen Scheck, den dieser ihm zur Begleichung einer Kaufpreisforderung in einem gewöhnlichen, nicht eingeschriebenen Briefe übersandt hatte, erhalten hat. Es wurde festgestellt, daß der Brief von einem Handlungsgehilfen des Klägers geöffnet und der Scheck von diesem unterschlagen worden war. Da das Kammergericht diese Handlung des Gehilfen nicht gegen den Kläger gelten lassen und in dem Verfahren des Beklagten ein diesem zur Last fallendes Versehen finden wollte, sah sich der Anwalt des Beklagten veranlaßt, noch im Termin die neue Behauptung aufzustellen, daß der Handlungsgehilfe Postvollmacht gehabt habe. Der Vorsitzende äußerte sein Befremden über diese Behauptung und stellte die Frage an den Anwalt, woher denn der Beklagte wissen wolle, daß solche Postvollmacht erteilt gewesen sei. Dies war natürlich ganz ungerechtfertigt, und das Gericht hat sich denn auch, ohne daß diese Frage des Vorsitzenden beantwortet werden konnte, von der Erheblichkeit der Tatsache überzeugt und Beweisaufnahme darüber beschlossen. Alle solche Behauptungen können aber nicht die Natur von Wissensserklärungen haben, und daraus folgt, daß, wenn man die Parteierklärungen im Prozesse unter einen gemeinsamen Begriff bringen will, dies nur der Begriff der Willenserklärungen sein kann. Andernfalls müßte man ja auch die gerichtlichen Geständnisse rechtlich anders behandeln, als die sonstigen Parteierklärungen, denn daß diese Willenserklärungen sind, wird fast allgemein mit Rücksicht darauf angenommen, daß die Zulässigkeit ihres Widerrufs nicht nur an die Voraussetzung des Nachweises der Unrichtigkeit, sondern auch an die weitere Voraussetzung des Nachweises eines Irrtums geknüpft ist.²⁰⁾

Zugegeben werden muß nur, daß eine Parteierklärung neben

einer Willens- auch eine Wissensserklärung enthalten kann.²¹⁾ So, wenn die Partei ausdrücklich die Richtigkeit einer Behauptung versichert oder eine gegnerische Behauptung direkt als unwahr bezeichnet. Man wird sogar in der bloßen Behauptung von Tatsachen, die Gegenstand von Handlungen oder Wahrnehmungen der betreffenden Partei gewesen sein sollen, ohne weiteres eine Wissensserklärung finden können. Dagegen ist es unrichtig, das bloße Bestreiten einer Tatsache, welche einen solchen Gegenstand gebildet haben soll, aus dem Grunde als Wissensserklärung zu bezeichnen, weil, wie Hellwig²²⁾ meint, das Bestreiten zugleich die Behauptung enthalte, es verhalte sich nicht so, wie der Gegner es behauptet habe. Denn diese Argumentation würde höchstens richtig sein, wenn jede Parteierklärung schlechthin Wissensserklärung sein würde; ist sie dagegen in erster Reihe Willenserklärung, so bedeutet das Bestreiten an sich nichts weiteres, als das Verlangen, die betreffende Behauptung nicht ohne Beweis gelten zu lassen.

Geht man von diesem grundsätzlichen Standpunkt aus, so gewinnt die Frage, ob den Parteien durch Gesetz die Wahrheitspflicht auferlegt werden soll, ein ganz anderes Gesicht. Die Partei, welche eine Behauptung aufstellt oder bestreitet, verbürgt sich damit nicht mit ihrer Person für ihre Wahrheit oder Unwahrheit, sondern will nur, daß ihre Wahrheit nach den Grundsätzen des Prozeßrechts ermittelt werden soll. Wissenlich unwahre Behauptungen sollen sie allerdings nicht aufstellen, aber das wissenliche Bestreiten wahrer Tatsachen kann unter Umständen eine taktisch gebotene und daher erlaubte Maßnahme sein, wenn nämlich die Erheblichkeit der von einer Partei behaupteten wahren Tatsache durch eine andere Tatsache aufgehoben wird, deren Beweis aber der Gegenpartei obliegen würde, ohne daß diese instande ist, diesen Beweis zu führen.

In einem vor dem Kammergerichte verhandelten Ehescheidungsprozesse, in welchem beiderseits auf Scheidung geklagt worden war und beide Parteien sich gegenseitig Mißhandlungen und Beschimpfungen vorgeworfen hatten, hatte die Beweisaufnahme nichts ergeben. Im Schlußtermin warf der anwesende Ehemann seiner anwesenden Ehefrau vor, daß sie ihn neuerdings auf der Straße mit einem Regenschirm ins Gesicht geschlagen habe. Die hierüber vom Vorsitzenden befragte Ehefrau gab dies zu, erklärte aber, daß ihr Mann mit geballten Fäusten auf sie zugekommen sei und sie ihm den Schlag nur versetzt habe, um sich seines Angriffs zu erwehren. Einen Beweis hierfür konnte sie nicht erbringen, und so wurde denn ein für den Fall der Richtigkeit der Sachdarstellung der Ehefrau offenbar ungerechtes Urteil gefällt, durch welches die Ehe geschieden und die Frau für allein schuldig erklärt worden ist. Das Gericht hielt die Mißhandlung des Ehemannes durch das Zugeständnis der Ehefrau für erwiesen, während es die Verteidigung der Ehefrau als unerwiesen für nicht beachtlich erklärte. Nun lassen sich zwar schon an sich gegen die Richtigkeit dieses Urteils Bedenken erheben, denn die gesetzlichen Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses gelten für das Ehescheidungsverfahren nicht, und hiernach gilt auch nicht die Bestimmung des § 289 P.D., daß die einem Zugeständnisse gemachten Einschränkungen, insoweit sie

19) Bona fides im Zivilprozeß, S. 59 ff.

20) Stein, Privates Wissen, S. 91; a. M. allerdings Hellwig, System S. 437.

21) Vgl. Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts II, 104.

22) Lehrbuch II § 71 Anm. 11.

selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthalten, von dem Zugestehenden bewiesen werden müssen. Das Gericht hätte daher die Erklärung der Ehefrau nicht in ihre einzelnen Teile zerlegen und den einen Teil als zugestanden, den anderen als unerwiesen behandeln dürfen, sondern die Erklärung der Ehefrau in ihrer Totalität als eine einheitliche prüfen müssen.²³⁾ Aber daß solche Entscheidungen ergehen können, beweist, wie recht eine Partei unter Umständen handelt, wenn sie eine vom Gegner behauptete Tatsache trotz Kenntnis ihrer Wahrheit bestreitet. Die Rechtfertigung solchen Verhaltens liegt in der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis und der Unmöglichkeit, dem Gericht in jedem Falle die volle Wahrheit eines Sachverhalts klarzulegen. Die sittliche Berechtigung dazu kann man in der Annahme einer Notwehr finden. Ist der Gegner in seinen Parteibehauptungen nicht wahrhaftig, so braucht man es selbst auch nicht zu sein, denn sonst würde der Unredliche vor dem Redlichen im Prozesse stets die Oberhand haben. Der Ehemann hatte unredlich gehandelt, indem er dem Gericht eine falsche Darstellung von dem Vorfall gegeben hatte, da er dabei das wesentliche Moment verschwiegen hatte, daß seine Frau nur zur Abwehr seines eigenen Angriffs geschlagen hatte, und diese Unredlichkeit versetzte die Ehefrau in den Zustand der Notwehr, in welchem sie berechtigt gewesen wäre, den Schlag zu bestreiten, um der Notwendigkeit zu entgehen, ihrerseits einen nicht führungsfähigen Entlastungsbeweis zu erbringen.

Man denke an einen anderen Fall. Im Urkundenprozeß wird eine Forderung eingeklagt und dabei eine der mehreren zur Klagebegründung notwendigen Behauptungen nicht mit Urkunden belegt. Die behauptete Tatsache ist an sich richtig, der Beklagte hat aber Einwendungen, welche dem Anspruche entgegenstehen, ohne diese mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln beweisen zu können. Er würde töricht sein, wenn er die an sich wahre, aber nicht mit Urkunden belegte Behauptung des Klägers nicht bestreiten würde, da er sich alsdann einem sofort vollstreckbaren Urteile aussetzen würde. Denn die — meines Erachtens allerdings unrichtige — Praxis der Gerichte geht jetzt dahin, den Urkundenprozeß auch da zuzulassen, wo solche Klagebehauptungen nicht durch Urkunden belegt werden, welche von der Gegenseite nicht bestritten werden. Auch hier liegt ein Akt der Notwehr vor, wenn der Beklagte die Behauptung bestreitet, denn der Kläger hat materiell zu Unrecht einen Anspruch im Urkundenprozeß erhoben, der ihm nach einer außerhalb des Urkundenprozesses erweislichen Einrede nicht zusteht.

Umgekehrt liegt folgender Fall: Im Wechselprozeß wird gegen den Akzeptanten eines Wechsels geklagt. Der Akzeptant wendet ein, daß nach den zwischen den Parteien getroffenen Abreden der Wechsel zur Sicherung des Klägers für eine Provisionsforderung aus der Vermittlung eines Grundstückskaufes gegeben sei, diese Provision aber nur unter der Bedingung versprochen worden sei, daß es dem Beklagten gelingen sollte, für einen auf dem Grundstücke beabsichtigten Bau die Baugelder von einer bestimmten Bank zu erhalten, daß aber die Bank die Gewährung eines Baugelddarlehens abgelehnt

habe. Diese Tatsache ist an sich richtig. Der Beklagte hat aber die Gewährung des Darlehens wider Treu und Glauben verhindert. Dies läßt sich im Wechselprozeß nicht nachweisen. Ebenso wenig kann der Beklagte im Wechselprozeß nachweisen, daß das Baugeld nicht gegeben ist. Der Beklagte befindet sich im Zustande des Vermögensverfalls. Wenn der Kläger nicht schleunigst ein vollstreckbares Urteil gegen ihn erlangt, läuft er dringende Gefahr, um die Befriedigung wegen seiner Forderung zu kommen. Er begeht kein materielles Unrecht, wenn er seinen Anspruch im Wechselprozeß verfolgt und dort die Einrede des Beklagten, daß die Bedingung für die Geltendmachung seiner Forderung nicht eingetreten sei, bestreitet. Auch hier kann man noch von einer Notwehr sprechen, da der Beklagte berechtigterweise nicht hätte einwenden dürfen, daß die Bedingung nicht erfüllt sei.

Aber der Gesichtspunkt der Notwehr reicht allein nicht aus, man muß noch darüber hinausgehen und mit Wach unter Umständen das Bestreiten einer wahren Behauptung auch dem redlichen Gegner gegenüber zulassen. Er sagt:²⁴⁾ „Vermöge des Zweiparteienverhältnisses im Zivilprozeß und der damit verbundenen Verteilung der Behauptungs- und Beweislast schiegt der Kläger, wenn er lediglich den Klaggrund behauptet und prima facie beweist, und es dem Beklagten nicht gelingt, den Gegenbeweis respektive den Beweis seiner Einreden zu erbringen. Wäre es nun nicht widersinnig, wollte man den Beklagten verpflichten, den an sich wahren Klaggrund zuzugestehen und sich damit die Bürde des vielleicht nicht zu erbringenden Beweises der ebenso wahren Einreden aufzuerlegen, welche der gewissenlose Gegner nicht einräumt oder der gewissenhafte deshalb nicht einräumen kann, weil er von den Einredetatsachen nichts weiß? Man begreift, daß die Wahrheitspflicht als Rechtspflicht nur dann aufstellbar ist, wenn ihr durch die nötigen inquisitorischen Druckmittel nachgeholfen wird, daß, wo dem nicht so ist, häufig die rechtliche Konstruktion des Prozesses die ehrliche Partei ruiniert und der Schelmenzunft zum Freibrief dient.“ Das von Klein²⁵⁾ hiergegen vorgebrachte Argument, daß in solchem Falle die Eidesdelation oder die Auferlegung eines Noteides alle Schwierigkeiten löse, trifft nicht zu. Selbstverständlich wird die gewissenhafte Partei eine Behauptung nicht bestreiten, über deren Wahrheit ihr ein Schieds- oder Noteid auferlegt werden könnte. Aber für solche Eidesaufgabe ist nicht immer Raum. Ein Rittergutsbesitzer hat einem Makler für den Fall eine Provision versprochen, daß er seinem jüngeren Sohne ein Gut zum Ankaufe nachweist, und ihm einen Provisionschein ausstellt. Der Makler führt den Auftrag aus und erhält seine Provision gegen Quittung ausbezahlt. Bald darauf stirbt der jüngere Sohn und darauf auch der Rittergutsbesitzer selbst, der von seinem älteren Sohne beerbt wird. Dieser findet in dem Nachlasse des Vaters die Provisionsquittung, die er sich nicht aufhebt, weil er ihr keine Bedeutung mehr beimißt. Auch der Makler stirbt. In seinen Nachlasspapieren wird der Provisionschein vorgefunden, dagegen ergeben seine Papiere keinen Anhalt dafür, daß die Provision bezahlt ist. Die Erben des Maklers klagen nun gegen den

²³⁾ So auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. Warnerer Rspr. 6 Nr. 328.

²⁴⁾ Defensionspflicht und Klagerecht, in Grünhuts Zeitschrift 6, 549.

²⁵⁾ Schuldhafte Parteihandlung, S. 129.

Erben des Rittergutsbesitzers auf Zahlung der Provision mit der Behauptung, daß ihr Erblasser die Nachweistätigkeit mit Erfolg ausgeübt habe, ohne daß sie hierfür Zeugen namhaft machen können. Kann man es in einem solchen Falle dem Erben verdenken, wenn er diese ihm als wahr bekannte Behauptung, über welche eine Eideszuschreibung nicht statthaft ist, bestrittet, da er die Zahlung der Provision selbst nicht nachweisen kann? In solchem Falle wird allerdings die volle Unwahrheit — nämlich nicht ausgeübte Maklertätigkeit und nicht geleistete Zahlung — zur Urteilsgrundlage, aber diese falsche Urteilsgrundlage entspricht dem materiellen Recht besser als die halbe Wahrheit, nämlich die erfolgreiche Ausübung der Maklertätigkeit und die Nichtzahlung der Provision. Dem Gerichte dazu zu verhelfen, zu dieser halben Wahrheit zu gelangen, dazu kann die Partei keine Verpflichtung haben, um sich als unschuldig Opfer dieser halben Wahrheit selber der Schlachtbank eines materiell unrichtigen Urteils auszuliefern.

Man darf nicht vergessen, daß die Wahrheitsermittlung im Prozesse nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zwecke ist, nämlich das Mittel zu dem Zwecke einer dem materiellen Rechte entsprechenden Entscheidung des Prozesses. Ein solcher Wahrheitsfanatiker wie Klein erhebt sie allerdings zum Selbstzweck. Die richterliche Prozeßleitung soll nach ihm neben dem Prozeßzwecke dem selbständigen Zwecke der Realisierung der Pflicht zur Wahrhaftigkeit dienen. Seine Worte:²⁶⁾ „**Nur der ihr obliegenden Wahrhaftigkeitspflicht wegen** hat die Partei keinen Anspruch darauf, daß sich der Richter mit ihrer vielleicht künstlich vieldeutigen Behauptung begnüge, sondern muß es zulassen, daß das Gericht auch wider ihren Willen zergliedere, aufkläre, undeutliche Punkte frageweise hervorhebe und die Wahrheit durch selbständige Heranziehung von Beweisen ausfindig mache,“ werfen ein grelles Schlaglicht auf den Geist staatlicher Bevormundungs- und Beaufsichtigungssucht, von welcher der Schöpfer der Osterreichischen Zivilprozeßordnung befeelt gewesen ist. Man könnte sich in den Gedankengang eines Gesetzgebers hineinversetzen, der dazu kommen würde, weil die Parteien **keine** Wahrheitspflicht haben, das Gericht zu berechtigen, gegen den Willen der Parteien die Wahrheit durch selbständige Beweiserhebungen aufzuklären; man kann sich auch den Gedanken eines Gesetzgebers vorstellen, daß, **trotzdem** die Parteien zur Wahrheit verpflichtet seien, das Gericht zur selbständigen Beweiserhebung berechtigt sein müsse, weil es nicht sicher sei, daß die Parteien auch ihrer Wahrheitspflicht genügen; aber ein Gesetzgeber, der vorschreibt, weil den Parteien die Wahrheitspflicht obliege, müsse man sie der Kontrolle einer selbständigen Beweiserhebung durch das Gericht unterwerfen, vertritt Anschauungen, gegen welche sich das Gefühl jedes freigesinnten Mannes aufbäumen muß. Dem Gericht soll hiernach in jedem Zivilprozeß neben der Aufgabe der Entscheidung des Rechtsstreits noch die Aufgabe einer Kriminaluntersuchung gegen die Parteien auf etwaige Übertretung des Wahrheitspflichtgebots zufallen!

2. Eine Partei, welcher vom Gesetze die Wahrheitspflicht auferlegt wird, müßte auch an das Gesetz den Anspruch erheben können, daß es dafür Sorge trifft, daß ihrer einseitigen Aus-

sage auch geglaubt werde, die von ihr aufgestellten Behauptungen als wahr angesehen werden. Denn für den redlichen Mann, der weiß, daß das Gericht gesetzlich berechtigt ist, von ihm die Wahrhaftigkeit seiner Erklärungen zu verlangen, muß es ein unerträglicher Gedanke sein, wenn diese Erklärungen nachher vom Gericht als unwahr behandelt werden. Darum müßte das Gesetz als Korrelat der Wahrheitspflicht der Parteien die Verpflichtung des Gerichts aussprechen, die Glaubwürdigkeit der Parteibehauptungen zu prüfen. Dann müßte man aber entweder zu dem für die modernen Verhältnisse unmöglichen Institute der Eideshelfer zurückgreifen,²⁷⁾ oder man müßte zu der Vernehmung der Parteien als Zeugen gelangen. Insofern besteht in der Tat ein innerer Zusammenhang zwischen der Anordnung der Wahrheitspflicht in der Osterreichischen Zivilprozeßordnung und deren Institut der eidlichen Vernehmung der Parteien. Es kann auch zugegeben werden, daß bei einem solchen Institut die oben geschilderte Notwendigkeit für die Partei, unter Umständen wahre Behauptungen zu bestritten, in den meisten Fällen fortfallen würde, da die Partei als Zeuge den ganzen Sachverhalt darlegen könnte und die Regeln über die Beweislast bei der eidlichen Vernehmung der Parteien ihre Bedeutung verlieren. Es ist gewiß ein idealer Gedanke, daß die Partei berechtigt sein soll, vor Gericht mit dem ganzen Gewicht ihrer Persönlichkeit für eine von ihr aufgestellte Behauptung einzutreten, aber dieses Ideal scheitert an der realen Wirklichkeit der Dinge. Hierüber muß ich auf das unten Gesagte verweisen.

III. Verhandlungs- und Instruktionsform, Verhandlungs- und Inquisitionsmaxime.

Die Beantwortung der zu I und II erörterten Fragen ist typisch für den Gegensatz der beiden Rechtspflegeideale, welcher sich jetzt wiederum angesichts der Reformbestrebungen auf dem Gebiete des Zivilprozesses geltend macht. Auf der einen Seite „ein Prozeß vor einem Gericht, das in starker Tätigkeit der Parteien oder ihrer Anwälte ein Gegengewicht für seine große Verantwortlichkeit findet, das mit einem erheblichen, gesetzlich geregelten Formenapparat zu arbeiten hat“, auf der anderen Seite „ein Prozeß mit beweglichen, sehr machtvollen Richtern, in dem Anwälte nicht nötig, womöglich ausgeschlossen sind, eine Rechtspflege, deren Verfahren dem richterlichen Ermessen überlassen wird.“²⁸⁾

Von diesem Gegensatz werden auch die beiden Grundfragen beherrscht, ob für den Zivilprozeß die Verhandlungs- oder die Instruktionsform und die Verhandlungs- oder die Inquisitionsmaxime gelten soll. In diesen Gegensätzen drückt sich auch der Gegensatz aus zwischen dem absoluten und dem Verfassungsstaat. Das friederizianische Regierungssystem des aufgeklärten Absolutismus brachte die staatliche Bevormundung der Unter-

²⁷⁾ Die Eideshelfer waren zwar Wahrheits- und nicht Glaubwürdigkeitszeugen, sie schworen aber auch bei Nichtkenntnis der Wahrheit im Vertrauen auf die Partei (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, 260; II, 389) und setzten sich hiernach nur mit ihrer Person für die Glaubwürdigkeit der Partei ein, welcher sie als Eideshelfer beitraten.

²⁸⁾ Richard Schmidt, Der Prozeß und die staatsbürgerlichen Rechte S. 5.

tanen durch die Staatsorgane mit sich, und dies bedeutete für den Zivilprozeß die Form der Instruktion des Prozesses durch den Richter und die Herabdrückung der Prozeßparteien zu Prozeßobjekten. Im Gegensatz hierzu statuiert der Verfassungsstaat die bürgerliche Freiheit, welche man nach einem Ausspruche Bismarcks dem einzelnen Bürger in dem Umfange einzuräumen hat, in welchem sich dies mit dem Allgemeinwohl irgendwie vereinbaren läßt. Auf dem Gebiete des Zivilprozesses bedeutet dies Verhandlungsfreiheit für die Parteien und deren Behandlung als Prozeßsubjekte, nicht Objekte. Wenn Klein in seinem von der kurzfristigen Begeisterung²⁹⁾ der österreichischen Juristenwelt für seine Schöpfung getragenen Selbstbewußtsein von der Österreichischen Zivilprozeßordnung rühmt, daß darin sein Rechtspflegeideal verwirklicht worden sei, während dessen Ausgestaltung durch die preußische Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts „ein zu früh aufgeblühtes Reis, ein warmherziges Aufleuchten, ein Wagnis, aber keine organische Frucht des Kulturzustandes jener Tage“ gewesen sei,³⁰⁾ so macht er sich damit eines eigentümlichen Anachronismus schuldig. Das Prozeßrecht der Österreichischen Zivilprozeßordnung bedeutet gegenüber der Deutschen Zivilprozeßordnung nach Richard Schmidt³¹⁾ „entwicklungsgeschichtlich einen Rückschritt, einen Rückfall in primitivere, minder feine und wertvolle Formen, es bedeutet dasselbe, was eine Rückkehr des Verfassungsstaates in die Formen des absoluten Staates bedeuten würde, dem jenes preußische Prozeßrecht seinem Wesen nach entsprungen und adäquat war.“

Hiernach muß der noch weit über die reaktionären Grundsätze des Österreichischen Zivilprozesses hinausgreifende Vorschlag Wildhagens, welcher für die ganze Stoffammlung in Gestalt seines Vorverfahrens die Verhandlungsform durch die Instruktionsform ersetzen will, mit Entschiedenheit zurückgewiesen werden, seinem Appell an den Idealismus der deutschen Rechtsanwaltschaft³²⁾ setze ich die Überzeugung entgegen, daß der deutsche Anwaltstag seine Vorschläge einmütig ablehnen und für die volle Wahrung der den Anwälten im Rahmen des Zivilprozesses zukommenden Stellung eintreten und sich vor einem solchen Akte der Selbstentmannung bewahren wird. Dem oben angezogenen Zeugnisse Götzes über die schädlichen Wirkungen der Übertragung der Prozeßinstruktion auf das Gericht in der Allgemeinen Gerichtsordnung kann ich noch einen Ausspruch von Richard Schmidt³³⁾ an die Seite stellen, daß im Prozesse eine und dieselbe Person nicht zwei prozessuale Funktionen ausüben soll, deren Erfüllung eine wechselseitige Beeinträchtigung beider bedingen würde.

Auch die Frage, ob Verhandlungs- oder Inquisitionsmaxime oder auch Verhandlungsfreiheit der Partei oder Prozeßleitung des Richters, ist an der Hand der grundsätzlichen Frage nach staatlicher Bevormundung oder bürgerlicher Freiheit zu beantworten. Wenn auch die Gelehrten jetzt darüber einig sind,

daß die Verhandlungsmaxime kein begrifflich notwendiger Ausfluß des Zivilprozesses sei und insofern ihre Ein- und Durchführung nur Zweckmäßigsfrage sei, so darf man sich doch nicht ausschließlich von Rücksichten der Zweckmäßigkeit leiten lassen. Auch Bierhaus³⁴⁾ hebt hervor, daß die Frage keine juristische, sondern eine politische im Sinne der Abgrenzung der Staatsstätigkeiten sei. Da nun der Staat, wie selbst Kohler³⁵⁾ zugibt, ein Interesse an der richtigen Entscheidung eines einzelnen vermögensrechtlichen Prozesses nicht hat, so würde es eine sachlich nicht zu rechtfertigende Bevormundung der Parteien sein, wenn das Gericht über die Grenzen dessen hinaus, was ihm die Parteien an Tatsachen und Beweismitteln an die Hand geben, bei solchen Streitigkeiten selbsttätig nach der Wahrheit zu forschen hätte. Das Wort *My house is my castle* muß auch hier gelten, die Parteien müssen vor dem Eindringen des Gerichts in ihre Privatheimnisse, die sie ihm nicht offenbaren wollen, geschützt sein. Der Gegensatz der Parteiinteressen bildet den ausreichenden Regulator dafür, daß ihm nichts für die Sache Erhebliches verschwiegen werden wird. Darum sind alle aus der Inquisitionsmaxime hergeleiteten Normen der Österreichischen Zivilprozeßordnung, welche dem Gericht eine selbständige Tätigkeit der Wahrheitsermittlung zuweisen, abzulehnen. Abzulehnen ist insbesondere neben der bereits zu II erörterten Pflicht der Parteien zur Abgabe wahrheitsgemäßer Erklärungen, welche auch Bierhaus³⁶⁾ aus dem Inquisitionsprinzip ableitet und gegen welche er seinerseits erhebliche Bedenken vorträgt, auch die Pflicht zur Vollständigkeit der Erklärungen, und abzulehnen ist das Recht des Gerichts, von Amts wegen Beweismittel auszuwählen, welche die Partei dem Gerichte nicht angeboten hat, ein Recht, welches übrigens auch schon in der Österreichischen Zivilprozeßordnung dadurch sehr abgeschwächt ist, daß durch § 183 Abs. 6 bestimmt ist, daß die vom Gericht angeordnete Vorlegung von Urkunden oder Vernehmung von Zeugen nicht stattfinden darf, wenn beide Parteien übereinstimmend dem widersprechen.³⁷⁾ Es ist bemerkenswert, daß auch Kohler³⁸⁾ sich gegen den freien Gebrauch der Tatsachen- und Beweismittel durch den Richter ausgesprochen hat.

Mit dem Vorstehenden soll nun nicht gesagt werden, daß den Parteien die alleinige Verantwortung für die Stoffammlung zufallen soll, denn es verträgt sich mit der Verhandlungsmaxime sehr wohl, das Gericht für diese Stoffammlung mitverantwortlich sein zu lassen, wie sich aus der richterlichen Fragepflicht ergibt, wie sie in der Deutschen Zivilprozeßordnung geregelt worden ist. Es kann nun aber in Frage kommen, ob diese Fragepflicht im Rahmen der Verhandlungsmaxime nicht noch eines weiteren Ausbaues fähig und bedürftig ist, damit der Zivilprozeß auch seine soziale Aufgabe erfüllt, auf welche Bierhaus mit besonderer Betonung hingewiesen hat. Schon im Jahre 1897 habe ich in meinem Artikel über die Münd-

³⁴⁾ Die sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Zivilprozeßgesetzgebung, S. 49, 50.

³⁵⁾ Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 7.

³⁶⁾ a. a. D. S. 61, 62.

³⁷⁾ Diese Bestimmung ist, wohl sehr gegen die Intentionen von Klein, erst durch das Parlament in das Gesetz hineingekommen.

³⁸⁾ a. a. D. S. 23 ff.

²⁹⁾ Vgl. hierüber Richard Schmidt, in Zeitschrift für Politik, I, S. 266.

³⁰⁾ Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse S. 31.

³¹⁾ Die Neuerungen im Zivilprozeßrecht S. 15.

³²⁾ a. a. D. S. 87.

³³⁾ SächsArch. 2, 303.

lichkeit im Lichte der Praxis³⁹⁾ auf diese Notwendigkeit hingewiesen. Gerade die Mündlichkeit des Verfahrens gibt die Gelegenheit und Möglichkeit zum wechselseitigen Gedankenaustausch zwischen dem Gericht und den Parteien beziehentlich ihren Anwälten, und gerade hierin liegt der besondere Vorzug der Mündlichkeit. Auf diesen Gesichtspunkt ist denn auch von einem der Referenten über die Mündlichkeit der Verhandlung auf dem 31. Deutschen Juristentag⁴⁰⁾ hingewiesen worden. Die jetzt für das amtsgerichtliche Verfahren getroffene Bestimmung des § 502 ZPO., daß das Gericht in der mündlichen Verhandlung das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern habe, müßte auch auf den Anwaltsprozeß übertragen werden, es muß vermieden werden, daß die Parteien in den Gerichtsurteilen durch Gründe überrascht werden, welche gar nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind. Das Gericht sollte kein Argument für seine Entscheidung verwenden, ohne daß die Parteien sich darüber geäußert haben oder daß ihnen wenigstens die Gelegenheit hierzu geboten gewesen wäre. Die Analogie des § 264 StPO. sollte dazu führen, auch in das Zivilprozeßgesetz eine Bestimmung aufzunehmen, wonach vom Gericht für maßgeblich erachtete rechtliche Gesichtspunkte, welche in den Parteivorträgen nicht geltend gemacht worden sind, vom Gericht in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben werden müssen, damit die Parteien in der Lage sind, ihre tatsächlichen Ausführungen diesen rechtlichen Gesichtspunkten entsprechend zu ergänzen. Dies allein würde aber noch nicht einmal ausreichen, es müssen auch tatsächliche Erwägungen vom Gerichte zur Debatte gestellt werden, soweit diese nicht schon von selbst von den Parteien in ihren Vorträgen behandelt worden sind.

Die so auszugestaltende richterliche Fragepflicht ist sodann angesichts der schwankenden Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Bedeutung des Fragerechts⁴¹⁾ ausdrücklich als eine dem Gericht den Parteien gegenüber obliegende Rechtspflicht, keine bloße Amtspflicht zu bezeichnen. Auch ist es erforderlich, im Gesetze vorzuschreiben, daß zu Protokoll festgestellt werden muß, daß und nach welchen Richtungen hin die Fragepflicht ausgeübt worden ist und daß dieser Teil des Protokolls den Parteien zur Genehmigung vorgelesen werden muß.

Sehr beachtlich ist auch der Vorschlag von Levin,⁴²⁾ das Gericht zum Zwecke der Vorbereitung der Ausübung der Fragepflicht zu berechtigen, schon vor der mündlichen Verhandlung die Parteien durch schriftliche Verfügungen darauf hinzuweisen, daß und in welcher Weise die Fragepflicht im Termine werde ausgeübt werden.

IV. Die gegenseitige Unterstützung der Prozessparteien.

§ 184 der Osterreichischen Zivilprozeßordnung bestimmt: „Jede Partei kann zur Aufklärung des Sachverhaltes über alle den Gegenstand des Rechtsstreites oder der mündlichen Verhandlung betreffenden, für die Prozeßführung erheblichen Umstände und insbesondere auch über das Vorhandensein und die

Beschaffenheit der zur Prozeßführung dienlichen Urkunden, Auskunftssachen und Augenscheinsgegenstände an die anwesende Gegenpartei oder deren Vertreter Fragen durch den Vorsitzenden stellen lassen oder mit dessen Zustimmung unmittelbar selbst stellen.“

Diese Bestimmung ist in Anlehnung an das englische Institut der interrogatories getroffen.⁴³⁾ Was jedoch Klein zur Rechtfertigung der Befugnis der Parteien zu gegenseitiger Befragung über alle den Gegenstand des Rechtsstreits betreffenden, für die gegenwärtige Prozeßführung des Fragenden erheblichen Umstände (Sachverhalt, Legitimationspunkt, Beweismittel), anführt, scheint mir zur Rechtfertigung nicht ausreichend. Nur in einem Punkte möchte ich empfehlen, dem Beispiele der Osterreichischen Zivilprozeßordnung zu folgen, nämlich wenn es sich um die Angabe des Namens eines Zeugen handelt. Es kommt oft vor, daß solcher Name nur der einen Partei, nicht aber derjenigen Partei bekannt ist, welche sich auf ihn berufen will, und daß es dann dieser Partei, wenn überhaupt, nur unter den größten Schwierigkeiten möglich ist, diesen Namen zu erfahren. Dies ist besonders dann der Fall, wenn die Partei bei einem zwischen den Parteien begründeten Vertragsverhältnisse erhebliche Abreden mit einem Bevollmächtigten oder Gehilfen der anderen Partei getroffen hat, ohne seinen Namen zu kennen, z. B. also wenn sie in einem Laden einen Einkauf gemacht hat, dort von einem Ladendiener bedient worden ist und von diesem irgendwelche Zusicherungen erhalten hat. Nach Analogie der Pflicht zur Edition gemeinschaftlicher Urkunden müßte die betreffende Partei auf Ersuchen der Gegenpartei verpflichtet sein, den Namen dieses gewissermaßen gemeinschaftlichen Zeugen zu nennen.

V. Der Ersatz des Parteieides durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen.

Eine glänzende legislatorische Rechtfertigung für den Schieds- und Noteid und für die Ablehnung der Zeugenvernehmung der Parteien gibt Wach in dem das Beweisystem behandelnden Abschnitt seiner Vorträge. Ich könnte nur Wort für Wort wiederholen, was dort unter V (S. 236—240) gesagt ist, und bitte, dies nachzulesen. Richard Schmidt⁴⁴⁾ lehnt die Zeugenvernehmung der Parteien mit folgenden treffenden Worten ab: „Dadurch würde aber für das Gericht eine ungesunde Verantwortlichkeit geschaffen. In den Fällen, wo die Entscheidung in Ermangelung anderer Beweismittel vom Eid abhängt, also gerade in den kritischsten Fällen aller Zivilprozeße würde in die Hand des Gerichts die Machtvollkommenheit gelegt, der einen oder der anderen Partei diese Entscheidung zuzuschreiben. So entstände hier in besonders großem Maßstabe die Gefahr, die eine jede Betätigung des richterlichen Ermessens mit sich führt — nämlich die Gefahr, daß sich das Gericht durch äußere Eindrücke, Vorurteile, Gefühlsregungen leiten läßt, oder mindestens die Gefahr, daß es durch Einmischung seiner persönlichen Auffassung eine gehässige Kritik der benachteiligten Partei und weiterhin größerer Kreise des Volkes herausfordert. Gerade in der Kunst, dies zu verhindern, liegt die tiefe Weisheit unseres

³⁹⁾ DZ. II, 53.

⁴⁰⁾ Magnuß, Verhandl. d. 31. DJT. III, 898.

⁴¹⁾ Vgl. v. Wilimowski-Levy Nr. 1 zu § 130.

⁴²⁾ Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei, § 15.

⁴³⁾ vgl. Klein pro futuro, S. 36 ff.

⁴⁴⁾ Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 542, 543.

geltenden Rechts. Es ist gerade sein größter Vorzug, daß es den Gebrauch des Eides unter genau fixierten Bedingungen in die Hand der Partei selbst legt. Die einschneidenden Wirkungen dieser Entschliebung, dem Gegner den entscheidenden Eid zuzuschreiben, ist einerseits ein heilsamer Sporn, vorher alle anderen Aufklärungsmittel in Bewegung zu setzen. Andererseits aber gestattet die *Z.P.O.* ihr, falls sie einmal zum Eide greift, alle Folgen genau vorauszuberechnen. Vor allem wichtig und heilsam hierfür ist das Prinzip, daß nur die Eideszuschreibung derjenigen Partei beachtet wird, die die Beweislast trägt. Da sich dies nach fester Regel bestimmt, so liegt in der Eideszuschreibung eine der bedeutendsten Garantien der Freiheit des Bürgers gegenüber der Zivilrechtspflege. Das einzige Ausgleichsbedürfnis (für den Fall, wo etwas bewiesen ist) wird durch den richterlichen Eid bereits hinlänglich befriedigt.“

Die Bestrebungen, den Parteieid durch die eidliche Vernehmung der Parteien zu ersetzen, sind in Deutschland schon vor Schaffung der Zivilprozeßordnung aufgetreten. Als es galt, dieses große Gesetzgebungswerk ins Leben zu rufen, hat sich der 8. Deutsche Juristentag mit der Frage befaßt: Ist unter Voraussetzung freier richterlicher Beweiswürdigung die eidliche Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache in den deutschen Zivilprozeß einzuführen? Der Juristentag hat diese Frage trotz lebhafter Befürwortung durch ein Gutachten von v. Bar und ein Referat des Oberappellationsgerichtsrats Becker verneint.

Sodann ist in der Justizkommission des Reichstags die Aufnahme der eidlichen Parteivernehmung in das Gesetz befürwortet, aber bekanntlich abgelehnt.

Der 23. Deutsche Juristentag hat die Frage alsdann wieder aufgenommen. Sie war dahin gestellt worden: Ist die Eideszuschreibung im Zivilprozeß durch Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? Beide Gutachter (v. Canstein und Kleinfeller) haben sich — bei Verschiedenheit ihrer Ansichten im einzelnen — dafür ausgesprochen, ebenso der Referent v. Wilimowski, dagegen der Korreferent Hamm nur mit sehr erheblichen Einschränkungen. Die Anträge des letzteren wurden im wesentlichen angenommen. Auf den sachlichen Inhalt dieses oft mißverstandenen Beschlusses gehe ich unten näher ein.

Alsdann hat der 13. Deutsche Anwaltstag auf das Referat von Levy — die beiden Verfasser des Kommentars zur Zivilprozeßordnung standen sich dabei als Antipoden entgegen — beschlossen, die Frage: Ist der Parteieid im Zivilprozeß durch eine Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? zu verneinen.

Trotzdem ist die Frage, besonders mit Rücksicht auf die Aufnahme der eidlichen Vernehmung der Parteien in die Osterreichische Zivilprozeßordnung, nicht zur Ruhe gekommen, ihre Bejahung wird besonders in denjenigen Richterkreisen, welche sich für die selbsttätige Ermittlung der Wahrheit durch das Gericht einsetzen, lebhaft befürwortet. Es ist daher notwendig, auch an dieser Stelle auf diese Frage des näheren einzugehen. Ich unterscheide dabei zwischen dem Schieds- und dem Noteid.

1. Der Schiedseid.

Der Schiedseid ist der letzte Notanker, den eine Partei ergreift, wenn sie für ihre Behauptungen keine Beweismittel hat oder die angegebenen Beweismittel verfaßt haben. Dieser Notanker muß den Parteien im Prozeß erhalten bleiben, er darf nicht durch ein Institut ersetzt werden, welches ein neues, der freien Beweiswürdigung unterliegendes Beweismittel in den Prozeß einführt. Die Regelung dieses neuen Beweismittels durch die Osterreichische Zivilprozeßordnung hat denn auch keineswegs allen den Bedürfnissen entsprechen können, welche durch die Zuschreibung und Zurückschreibung des Schiedseides befriedigt werden sollen. Ganz ihrem sonstigen Systeme entsprechend, welches überall dem richterlichen Ermessen den freiesten Spielraum gewährt und den Parteien zwar umfangreiche Pflichten, aber nur sehr wenige Rechte gewährt, hat sie im § 371 auch die Parteivernehmung ganz in das Ermessen des Gerichts gestellt. Hiernach hat insbesondere der Beweispflichtige, der also in Ermangelung anderer Beweise beweisfällig bleiben würde, keinen Anspruch darauf, daß die Gegenpartei, welcher nach unserem Recht der Eid zuzuschreiben wäre, eidlich vernommen wird. Dazu kommt die eigentümliche Bestimmung des § 374, wonach in solchem Falle, wo der Beweispflichtige von der betreffenden Tatsache nach Überzeugung des Gerichts keine eigene Kenntnis haben kann, die Parteivernehmung in der Regel fortfallen soll, und dazu kommt dann noch, daß das Gericht nach vollzogener uneidlicher Vernehmung beider Parteien, welche der eidlichen Vernehmung stets vorangehen muß, berechtigt ist, von der Eidesabnahme ganz abzusehen und auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung der nicht einmal mit einer Strafbedrohung für die Unwahrheit ausgestatteten uneidlichen Aussage der einen oder anderen Partei zu glauben. Es fehlt hiernach vollständig der Zwang der Parteien zum Eide, und die tatsächliche Handhabung hat sogar nach allen Zeugnissen aus Osterreich dahin geführt, daß von der Abnahme eines Eides von einer der Parteien — beide Parteien dürfen überhaupt nicht beeidigt werden — fast stets Abstand genommen wird. Schon hiernach kann die eidliche Vernehmung der Parteien, so wie sie in Osterreich geordnet ist, unmöglich als ein Ersatz des Eideszwanges gelten, welchem bei unserer Regelung des Schiedseidverfahrens die Parteien unterliegen. Noch viel bedenklicher ist es, daß nicht etwa nur der Gegner der beweispflichtigen Partei der sogenannten eidlichen — in Wahrheit uneidlichen — Parteivernehmung unterliegt, sondern daß sich diese Parteivernehmung auf beide Parteien erstrecken muß und es rein dem Ermessen des Gerichts überlassen bleibt, ob es die beweispflichtige oder die andere Partei vereidigen beziehentlich der uneidlichen Aussage der einen oder der anderen Partei Glauben schenken will.

Im Gegensatz zu dieser Vernehmung beider Parteien ist das Wesentliche bei der Eidesauflage der Umstand, daß nur eine Partei die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung zu versichern hat. Bei dem Schiedseid hat dies zur Folge, daß es gerade der Gegner der beweispflichtigen Partei ist, welcher den Eid zu leisten hat, falls er es nicht vorzieht, den Eid zurückzuschreiben. Setzt man an Stelle dieses Beweismittels die Zeugenvernehmung beider Parteien und unterstellt man diese der freien Beweiswürdigung des Gerichts, so ist damit

die notwendige Folge verbunden, daß der Beweispflichtige selbst, auch gegen den Willen des Beweisgegners, beeidigt werden kann, wie auch immer im einzelnen die Vernehmung der Parteien geregelt werden sollte, mag man die Beeidigung beider Parteien für notwendig erklären, mag man dem Gerichte die Auswahl der zum Eide zuzulassenden Partei überlassen, oder mag man es dem Gerichte freistellen, beide Parteien auch unbeeidigt zu lassen. Dann treten aber die Gefahren ein, vor denen von den verschiedensten Seiten gewarnt ist,⁴⁵⁾ und vor denen gar nicht eindringlich genug gewarnt werden kann. Es sollte die Stimme von Levy nicht ungehört verhallen, wenn dieser auf dem 13. Deutschen Anwalts-tage gesagt hat:⁴⁶⁾ „Von durchschlagender Bedeutung ist dagegen meines Erachtens das Bedenken, daß die fast regelmäßig durch subjektive Auffassung gefärbten Parteiaussagen für die richterliche Überzeugung überhaupt keine geeignete Erkenntnisquelle bilden. Die an den Richter gestellte Zumutung, aus einer so trüben Quelle die reine Wahrheit zu schöpfen, übersteigt das gewöhnliche Maß des menschlichen Erkenntnisvermögens. Die Aufgabe, zwischen zwei entgegengesetzten Aussagen gleich achtungswerter oder gleich unzuverlässiger Parteien zu wählen, wird häufig völlig unlösbar, oder die Lösung wird ein Spiel des Zufalls sein. Ich sehe ganz davon ab, daß die persönliche Vernehmung der Parteien vor dem erkennenden Gericht in vielen Fällen praktisch undurchführbar ist. Aber welchen Täuschungen ist auch bei persönlicher Anhörung der Parteien der Richter ausgesetzt! Wie trügerisch ist der sogenannte persönliche Eindruck! Wie leicht kann es sich ereignen, daß die unbeholfene blöde, ängstliche, besangene Partei trotz der Gerechtigkeit ihrer Sache vor der sicher auftretenden, in der Verstellung, der Lüge heimischen und gewandten Gegenpartei den kürzeren ziehen und zu dem Verlust ihres Prozesses noch den Makel der persönlichen Unglaubwürdigkeit aus dem Gerichtssaal mit nach Hause tragen muß. Und wie würde eine solche Rechtspflege, meine Herren, das Rechtsgefühl verwunden und allmählich abstumpfen, wie müßte sie zuletzt jede Achtung vor den Gerichten untergraben! Erinnern Sie sich weiter, meine Herren, des so häufig wiederkehrenden Falles, daß von der Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Tatsache nur die eine Partei Kenntnis erlangt haben kann, die andere nicht: — soll dann das Schicksal des Prozesses von der einseitigen Aussage der Partei abhängen, deren eigene Handlung oder Wahrnehmung gerade interessiert? Dies wäre vielleicht noch erträglich, wenn sie der Gegner der beweispflichtigen Partei ist. Aber soll denn auch die einseitige Aussage der beweispflichtigen Partei über die tatsächlichen Grundlagen ihres Anspruchs oder ihrer Einrede allein den Prozeß entscheiden dürfen? Wenn ein unmündiges Kind verklagt wird mit der Behauptung, daß sein Vater und Erblasser von dem Kläger ein Darlehn erhalten habe, soll es in Ermangelung anderer Beweismittel einfach auf Grund der eidlichen Aussage des Klägers verurteilt werden? Wenn dies möglich ist, kann dann ein redlicher Mann unter dem schützenden Dach der Staatseinrichtungen sich noch im sicheren Besitze seines Vermögens wähnen, oder kann dann

noch der Zivilprozeß mit Zug ein Rechtsschutzinstitut genannt werden?“⁴⁷⁾

In der Tat würde es einen eigentümlichen Rückwärtschritt der Gesetzgebung bedeuten, wenn sie jetzt zu der eidlichen Parteivernehmung schreiten würde, nachdem erst durch die Novelle vom 1. Juni 1909 vorgeschrieben worden ist, daß der Zedent als Zeuge unbeeidigt zu vernehmen ist. Diese Bestimmung ist offenbar einem praktischen Bedürfnisse entsprungen, da sich die Notwendigkeit der Beeidigung des Zedenten als ein schwerer Übelstand herausgestellt hatte. Dieser Übelstand würde sich aber nicht so fühlbar gemacht haben, wenn die Gerichte nicht oft ihre Urteile lediglich auf das beeidete Zeugnis des Zedenten allein gegründet haben würden. Gerade hier hat sich die richterliche freie Beweiswürdigung nicht bewährt, und es ist daher dringend davor zu warnen, diese freie Beweiswürdigung noch so auszudehnen, daß es dem Gericht freigestellt sein dürfte, ohne Anhalt an dem sonstigen Ergebnis der Verhandlung und einer sonstigen Beweisaufnahme sein Urteil lediglich auf die Aussage einer Prozeßpartei selbst zu stützen.

Eine ganz andere Frage ist es, ob die Auflage des Eides in der Fassung eines formulierten Satzes befürwortet werden soll, oder ob sie durch ein freies Verfahren zu ersetzen ist, in welchem der zum Eid kommenden Partei Gelegenheit gegeben wird, sich eidlich im Zusammenhang zu äußern wie ein Zeuge.⁴⁸⁾ Lediglich letzteres war die Meinung des 23. Juristentages, und nur so ist der von diesem gefaßte Beschluß zu verstehen:

1. „Es empfiehlt sich, die Eideszuschiebung im Zivilprozeß durch Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen“,
2. „und zwar derartig, daß ohne Änderung der Verhandlungsmaxime und der Beweislast noch der formalen Beweislast des Eides die Abnahme des Eides durch Vernehmung der betreffenden Personen geschieht.“

Dieser Beschluß beruhte auf dem Antrag des Korreferenten Hamm, welcher mit voller Entschiedenheit betont hat, daß die formale Beweismaterie des Eides gewahrt werden müsse und daher nur diejenige Partei eidlich vernommen werden dürfe, welcher der Schiedseid zugeschoben oder zurückgeschoben worden sei, und daß die Beeidigung der von dieser an Stelle der fixierten Eidesnorm abzugebenden Erklärung beziehentlich die Verweigerung des Eides den von der richterlichen Überzeugung völlig unabhängigen formalen Beweis liefern müsse. Der wesentliche Unterschied dieses Vorschlags von dem System der österreichischen Zivilprozeßordnung besteht also darin, daß 1. nur eine und nicht beide Parteien vernommen werden sollen, und daß 2. der Schwurpflichtige nicht vor, sondern erst nach der Eidesauflage zu vernehmen ist, und daß 3. dessen zu beeidende Aussage den vollen formalen Beweis liefert.

Merkwürdigerweise hat auch Wach⁴⁹⁾ diesen Beschluß mißverstanden. Er glaubte, ihn dahin verstehen zu müssen, daß die Vernehmung vor der Eidesauflage erfolgen, dabei beide Parteien vernommen werden sollen und der Richter als-

45) Vgl. insbesondere Bähr, Zeitschrift für Zivilprozeß 19, 99.

46) Verhandlungen S. 22, 23.

47) Vgl. auch Wolffson, Verhandlungen des 8. DJT. II, 305 ff.

48) Richard Schmidt, Lehrb. S. 563.

49) Vorträge, S. 240, 241.

dann zwischen Schieds- oder Noteid zu wählen, also auch zu bestimmen habe, welcher der beiden Parteien der Eid aufzuerlegen sei. Noch merkwürdiger erscheint es mir, daß Wach sich für einen so verstandenen Vorschlag erwärmt und damit den Richter berechtigen will, „auch die inneren, mit der Person verknüpften Wahrscheinlichkeitsmomente“ bei der Wahl zwischen Schieds- und Noteid zu prüfen. Denn damit gelangt er doch gerade zu einer richterlichen Prüfung der Glaubwürdigkeit der Parteien nach ihrem äußeren persönlichen Eindruck und kommt in der Sache auf die Vernehmung der Parteien als Zeugen zurück, gegen welche er sich vorher mit solcher Entschiedenheit ausgesprochen hat. Von dem persönlichen Eindruck der Parteien sagt er vorher:⁵⁰⁾ „Wie steht es mit der Überzeugungskraft des Parteieides oder der eidlichen Parteiaussage“ und „die Parteien sind dem Richter völlig unbekannt; sieht er sie vor der Eidesanordnung, so machen sie ihm keinen oder einen Eindruck; und dieser ist vielleicht mehr oder weniger angenehm, vertrauenerweckend — aber wie trügerisch ist diese Impression“.

Tatsächlich ist der Vorschlag des Juristentags ganz anders zu verstehen, Hamm denkt sich das Verfahren so, daß der Eid in der Form wie bisher auferlegt werden, im Termin zur Eidesleistung aber die schwurpflichtige Partei über die in der Eidesformel enthaltenen Tatsachen vernommen werden soll.⁵¹⁾ Der ganze Vorschlag läuft also darauf hinaus, daß der Partei Gelegenheit gegeben werden soll, an Stelle eines bestimmten Wortlautes eine detaillierte Auseinandersetzung über das maßgebende Sachverhältnis zu geben, und beruht auf folgenden Erwägungen. Entweder wird der Eid über eine, einen Rechtsbegriff in sich schließende rechtserhebliche Tatsache (z. B. Darlehn, Kauf), oder aber er wird über einzelne Indizien zugeschoben, welche in ihrem Zusammenhange den Schluß auf den rechtlichen Tatbestand rechtfertigen.⁵²⁾ Im ersteren Fall enthalte die der Eideszuschreibung gemäß fixierte Eidesnorm einen Rechtsbegriff, über dessen Vorhandensein die schwurpflichtige Partei oft im unklaren sein könne. Sei der Partei nach der jetzigen Einrichtung gestattet, einfach den Eid über das Geschehensein oder Nichtgeschehensein eines solchen rechtlichen Tatbestandes zu schwören, so sei die Gegenseite nicht bloß von der Gewissenhaftigkeit, sondern auch von dem Rechtsverständnis der schwurpflichtigen Partei abhängig, und letztere werde oft erst ihren Anwalt fragen, ob sie nach Lage der Sache den Eid leisten könne oder nicht. Da sei es doch viel natürlicher, daß sie dem Richter den tatsächlichen Hergang auseinandersetze und dieser dann sein Urteil darüber abgebe, ob der ihm von der Partei geschilderte tatsächliche Hergang den Schluß auf den Rechtsatbestand rechtfertige oder nicht. Oder aber, wenn die Eideszuschreibung über jene speziellen Tatsachen erfolge und der Eid dementsprechend normiert werde, sei es möglich, daß der Gegner des Schwurpflichtigen in der einen oder anderen Tatsache irre und damit der anderen Partei eine Hintertür öffne, so daß sie das Spezielle mit gutem Gewissen verneinen könne, während sie die erheblichen Tatsachen nicht hätte verneinen

können. Auch kenne der Deferent des Schiedsides oft gar nicht die näheren Tatumstände, wenn es sich um Handlungen des Gegners handelt. So Hamm⁵³⁾ auf Grund des Gutachtens von v. Canstein.

Wir scheinen diese Vorschläge sehr beachtlich. Die nicht abzuleugnende, vielfache Abneigung gegen das Eidesinstitut der ZPD. scheint mir zum großen Teil auf die schlechten Erfahrungen zurückzuführen zu sein, welche gerade mit der starren Form des „gestabten“ Eides in der Praxis gemacht worden sind, man wird die Gegner des Instituts zufriedenstellen, wenn man die Starrheit dieser Form beseitigt. Einen Vorgang darin haben wir in der früheren Bayerischen Zivilprozessordnung in deren wörtlich folgendermaßen lautenden Bestimmungen:

Art. 455. Ist der Eid über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen zugeschoben, so hat dieser nach genauer und vollständiger Angabe des Sachverhältnisses, soweit eine solche möglich, zu schwören, daß er nichts oder nichts weiteres als das Angeführte getan oder wahrgenommen habe.

Kann demjenigen, welchem der Eid über eigene Handlungen zugeschoben ist, nach den Umständen des Falles die Ableistung des Eides über die Tatsache selbst nicht wohl zugemutet werden, so hat das Gericht auf seinen Antrag anzuordnen, daß der Eid nur über das Nichtwissen oder Nichterinnern zu leisten sei.

Art. 456. Ist der Eid nicht über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen zugeschoben, so hat er die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden und nach genauer und vollständiger Angabe des etwa Erforschten zu schwören, daß ihm ungeachtet gewissenhafter Nachforschung von den Tatsachen, welche Gegenstand der Eideszuschreibung sind, nichts oder nichts weiteres als das Angegebene bekannt sei.

Nach Artikel 460 hatte das Gericht den Eid zunächst nur vorläufig festzusetzen und ihn erst im Termine zur Eidesabnahme den Erklärungen des Eidespflichtigen entsprechend endgültig zu normieren, konnte alsdann aber, falls die Erklärungen des Eidespflichtigen hierzu Veranlassung gaben, von der Eidesnormierung absehen und noch andere Beweise beschließen. Dieses Verfahren mutet allerdings eigentümlich schwerfällig an und dürfte sich nicht zur Nachahmung empfehlen. Aber der Gedanke von Hamm hat meines Erachtens etwas sehr Bestechendes. In Anlehnung an seinen Vorschlag wäre das Verfahren etwa folgendermaßen zu gestalten.

Der Eid wird, wie bisher, fest normiert. Erscheint der Eidespflichtige im Termin nicht, so treten die Versäumnisfolgen wie bisher ein; erklärt er, den Eid nicht leisten zu können, so gilt der Eid wie bisher als verweigert. Will er aber den Eid leisten, so hat ihm das Gericht in Ermangelung abweichender Parteianträge den normierten Eid abzunehmen. Beantwagt aber der Schwurpflichtige oder die Gegenpartei, ihn an Stelle der Abnahme des Eides zur Sache zu vernehmen, so hat das Gericht ihn über den Gegenstand der Eidesnorm wie einen Zeugen zu vernehmen. Enthält seine Aussage nach Ansicht des Gerichts eine Bestätigung der Eidesnorm, so hat es ihn wie

⁵⁰⁾ U. a. D. S. 238, 235.

⁵¹⁾ Bhd. des 23. DJZ. II, 323; vgl. auch Hamm in DJZ. I, 350 ff.

⁵²⁾ Vgl. Stein, Priv. Wissen S. 89.

⁵³⁾ Bhd. des 23. DJZ. II, 321, 322.

einen Zeugen zu beeidigen und hiernach den normierten Eid für geleistet zu erklären; enthält die Aussage nach Ansicht des Gerichts dagegen keine Bestätigung der Eidesnorm, so hat es den normierten Eid für verweigert zu erklären und hat natürlich auch von der Beeidigung seiner Aussage Abstand zu nehmen, da diese keinen Zweck haben würde.

Ein praktisches Beispiel mag dies näher erläutern. Eine Kohlen-Engroßhandlung hat eine Rahnladung Kohlen erhalten, welche von dem Besteller Lehmann wegen eines bei ihm ausgebrochenen Arbeiterstreiks nicht abgenommen werden kann. Die Kohlenhandlung (Müller & Co.) bietet die Ladung zunächst einem gewissen Schulze an, der sich aber nicht sofort zur Annahme entschließen kann. Darauf tritt Müller, der Inhaber von Müller & Co. mit der Handelsgesellschaft Gebrüder Cohn (Inhaber Siegfried und Berthold Cohn) in Verbindung. In einem mündlichen Gespräch bietet er die Ladung für den Fall, daß Schulze sie nicht nehmen sollte, Herrn Berthold Cohn an, welcher sich unter Umständen zur Abnahme bereit erklärt, ohne sich aber fest binden zu wollen. Nach einiger Zeit ruft Müller die Handlung Gebrüder Cohn telephonisch an, und nunmehr findet folgendes telephonisches Gespräch statt:

Müller: Ich hatte eben mit Ihnen wegen einer Rahnladung Kohlen verhandelt.

Siegfried Cohn: Ach, da haben Sie wohl mit meinem Bruder gesprochen.

Müller: Wenn nicht Sie es sind, mit dem ich persönlich verhandelt habe, sondern Ihr Bruder, so bemerke ich, daß ich mit diesem folgendes besprochen habe. Für uns ist eine Rahnladung Kohlen angekommen, die für Lehmann bestimmt war, von diesem aber wegen des Streiks nicht abgenommen werden kann. Wir verhandeln mit Schulze über die Abnahme dieser Ladung, bitten Sie aber, uns die Kohlen abzunehmen, wenn Schulze sie nicht nimmt. Darauf hat Ihr Bruder mir geantwortet, daß er sie abnehmen wolle, wenn Schulze sie nicht nimmt, diese Erklärung aber ohne jede Verbindlichkeit abgebe. Nun möchte ich Sie bitten, mir diese Erklärung nicht nur unverbindlich, sondern verbindlich abzugeben.

Cohn: Welchen Preis haben Sie ausbedungen?

Müller: 95 \mathfrak{M} für den Zentner.

Cohn: Wir müssen aber ein dreimonatliches Zahlungsziel haben.

Müller: Das ist gut.

Cohn: Dann können Sie uns den Ladeschein schicken.

Müller: Es ist gut, dann werden wir Ihnen den Schein schicken.

Tatsächlich hat nachher Schulze die Ladung genommen, so daß die Lieferung an Gebr. Cohn unterblieben ist. Diese beanspruchen nun von Müller & Co. Schadenersatz wegen Nichtlieferung, und letztere wenden ein, daß der Kauf mit der Klägerin nicht unbedingt, sondern unter der Bedingung abgeschlossen worden sei, daß Schulze die Ladung nicht nehmen würde. Kommt es nun im Prozesse zur Eideszuschiebung darüber, daß die Beklagte die Kohlen an Klägerin unbedingt und nicht unter der Bedingung verkauft habe, daß Schulze die Kohlen nicht nehmen würde, so würde der Eid dahin zu nor-

mieren sein: Ich schwöre, es ist nicht wahr, daß ich der Klägerin die Ladung Kohlen unbedingt verkauft habe, vielmehr ist es wahr, daß ich sie ihr nur unter der Bedingung verkauft habe, daß Schulze sie nicht nehmen würde.

An Stelle dieser Eidesnorm würde nun Müller auf Antrag einer der beiden Parteien in dem Eidesleistungstermine den oben geschilderten Sachverhalt auseinanderzusetzen und das Gericht alsdann zu prüfen haben, ob in diesem Sachverhalt die Stellung einer Bedingung zu finden ist oder nicht. Findet es darin eine Bedingung, so hat es Müller auf seine Aussage wie einen Zeugen zu beeiden und alsdann den normierten Eid für geleistet zu erklären; findet es darin keine Bedingung, so hat es ohne Beeidigung des Müller den Eid für verweigert zu erklären. Daß die Rechtsfrage im obigen Falle zweifelhaft ist, ergibt die Tatsache, daß das Kammergericht in einem vor ihm verhandelten, dieser Sachlage entsprechenden Prozesse in mehreren Terminen bei wechselnder Besetzung des Kollegiums die Frage einmal in dem einen und das anderemal in dem anderen Sinne beurteilt hat.

Diese von mir vorgeschlagene Regelung verträgt sich auch sehr wohl mit der Auserlegung des Eides durch bedingtes Endurteil. Es ist keineswegs notwendig, das Urteil durch einen Beweisbeschluß zu ersetzen, wie Hamm dies vorgeschlagen hatte. Sein darauf abzielender Antrag ist auch vom Juristentage abgelehnt worden, und ich halte es für durchaus unrichtig, daß, wie in den Verhandlungen des 13. Deutschen Anwaltstages mehrfach geltend gemacht worden ist, dieser Beschluß des Juristentags eine Inkonssequenz enthalten soll.

Ein Mißstand ist freilich mit dieser Regelung verbunden, nämlich der, daß im Läuterungsverfahren ein Streit darüber entstehen kann, ob die Vernehmung der schwurpflichtigen Partei eine Bestätigung der Eidesnorm ergeben hat oder nicht, daß das Läuterungsurteil hierüber eine Entscheidung enthalten muß und daß hiergegen wieder der Instanzenzug eröffnet sein würde; aber es würde wohl angängig sein, wenigstens die Revision hierüber nicht zuzulassen.

Wird der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt, also wenn es sich um ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel handelt, ferner im Urkunden- und Wechselprozesse und wenn die Parteien über die Erheblichkeit des Eides einverstanden sind — das Einverständnis über die Norm muß bei der Nichtmaßgeblichkeit der Norm fortfallen —, müßte eine Bestimmung getroffen werden, daß, falls auf die Leistung oder Nichtleistung des Eides nicht sofort ein Endurteil ergeht, ein Zwischenurteil zu erlassen ist, durch welches die Leistung oder Nichtleistung endgültig für die Instanz festgestellt wird.

2. Der Noteid.

Der Beschluß des 23. Juristentages enthält noch folgenden letzten Absatz:

3. Das gleiche gilt von der Abnahme des richterlichen Eides.

Hiernach soll also auch bei dem Noteid eine feste Eidesnorm bestimmt werden und der Eidespflichtige nur bei Leistung des Eides an Stelle dieser Norm nach Art eines Zeugen eine Aussage abgeben und beschwören. Dementsprechend würde ich vorschlagen, es bei den gegenwärtig geltenden Bestimmungen über

den Noteid zu belassen, aber bei ihm wie bei dem Schiedsseite auf Antrag einer der Parteien eine Vernehmung der schwurpflichtigen Partei eintreten zu lassen.

Gerade bei der Regelung des Noteides und der Frage, inwieweit dieser durch eine Parteivernehmung zu ersetzen ist, spielt die Frage eine große Rolle, ob die Vernehmung der Partei der Eidesaufgabe voranzugehen oder nachzufolgen hat. Läßt man sie ihr nach meinem Vorschlage nachfolgen, so wird dem persönlichen Eindrucke, den eine Partei auf das Gericht machen kann, nicht der breite Spielraum gelassen, welcher ihm zukommen würde, wenn man die Eidesaufgabe der Parteivernehmung nachfolgen läßt. Soll dagegen eine Parteivernehmung stattfinden, bevor es zur Eidesaufgabe kommt, so kann sich naturgemäß die Anordnung der Parteivernehmung nicht nur auf die der einen Partei beschränken, sondern sie muß sich auf beide Parteien erstrecken, und damit würde im wesentlichen derjenige Zustand hergestellt werden, welcher nach der Osterreichischen Zivilprozeßordnung Platz greift. Aus diesem Grunde halte ich auch die Vorschläge von Jastrow⁵⁴⁾ nicht für annehmbar. Denn eine Vorschrift, welche die gegenwärtigen Bestimmungen über den Noteid dahin abändern würde, daß das Gericht die Vernehmung beider Parteien anordnet und nach ausgeführter Vernehmung einer Partei einen richterlichen Eid auferlegen kann, würde der Sache nach die Zeugenvernehmung der Parteien in die Zivilprozeßordnung einführen. Einer solchen Vorschrift stehen aber natürlich alle diejenigen Bedenken entgegen, welche oben bei der Frage nach dem Erfasse des Schiedsseids durch die Parteivernehmung erhoben worden sind. Nun könnte demgegenüber geltend gemacht werden, daß auch schon nach gegenwärtigem Verfahren das Gericht befugt sei, beide Parteien zur Sache zu vernehmen und auf Grund des von ihnen hierbei gewonnenen persönlichen Eindruckes einer von ihnen einen richterlichen Eid aufzuerlegen. Um diesem Einwande zu begegnen, muß ich mit einigen Worten auf den gegenwärtigen Rechtszustand eingehen.

Die Rechtslage ist in dieser Beziehung keineswegs unbestritten, es kommt auf die Auslegung der §§ 141 und 475 ZPO. an. Zunächst fragt es sich, ob die persönliche Befragung der Parteien auf Grund einer Anordnung des persönlichen Erscheinens zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhältnisses nach § 141 die Natur einer Beweiserhebung oder nur die Natur einer Aufklärung von Zweifeln darüber hat, was die Parteien tatsächlich behaupten oder bestreiten wollen. Bleibt also die Partei auch in diesem Falle bloße Prozeßpartei (Prozeßsubjekt), oder wird sie zur Auskunftsperson (Prozeßobjekt)? Beide Meinungen werden in der Wissenschaft vertreten. Richard Schmidt sieht in dem Rechte des Gerichts, das persönliche Erscheinen behufs Aufklärung des Sachverhältnisses anzuordnen, nur eine Verstärkung der Fragepflicht des § 139. Er sagt:⁵⁵⁾ „Von hervorragender Bedeutung wird die Aufklärungspflicht für den Parteiprozeß vor dem Amtsrichter, falls die Parteien die Unterstützung der Anwälte nicht zur Seite haben (§ 503). Hier vor allem führt die richtige Handhabung des Fragerechts zu einem fortgesetzten Durchsprechen

des gesamten Verhandlungsstoffes, obwohl sie an sich die maßgebende Bedeutung des Parteiwillens für Tatsachen und Beweismittel unberührt läßt. Aber auch im Anwaltprozeß wird es schon gegenüber den Anwälten selbst von Bedeutung und noch mehr als Befragung der Parteien neben den Anwälten. Besonders zu letzterem Zweck tritt ergänzend neben das Fragerecht die Befugnis des Gerichts, das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhaltes anzuordnen (§§ 141, 619). Die Befugnis ist von größter und segensreicher Bedeutung, um Mißverständnisse aufzuklären, das Bild des Tatbestands lebensvoller zu gestalten, die Auflage unklarer oder verhänglicher Eide zu verhindern, Vergleiche zu erleichtern.“ Also nur der Aufklärung von Mißverständnissen usw., kurz der Aufklärung dessen, was von den Parteien behauptet werden soll, soll die Bestimmung dienen. Ganz zweifellos ergibt sich dies aus seinen Bemerkungen über das Verfahren in Ehesachen, denn gerade im Gegensatz zu § 141 legt er dem § 619 ZPO. die Bedeutung bei, daß die persönliche Befragung zu einer Vernehmung über die von den Parteien oder dem Staatsanwalt behaupteten Tatsachen werde.⁵⁶⁾ Auf dem gleichen Standpunkte bei der Auslegung des § 141 stehen u. a. Wach,⁵⁷⁾ von Wilimowski-Levy,⁵⁸⁾ und Skonieczki-Gelpke.⁵⁹⁾ Letztere sagen: „Unstatthaft dagegen ist, auf Grund des § 141 die Partei über eine klare, aber streitige Tatsache zeugenmäßig zu vernehmen.

In direktem Gegensatz hierzu stehen u. a. Bland,⁶⁰⁾ Stein, Levin,⁶¹⁾ Schneider⁶²⁾ und Kann⁶³⁾. Letzterer bemerkt: „Die Anordnung des persönlichen Erscheinens ist eine Art Beweisanordnung in weiterem Sinne, die Partei soll nicht als Prozeßsubjekt mitwirken, sondern lediglich als Beweisobjekt dienen.“ Stein bezeichnet die Partei im Falle des § 141 auf S. 362 seines Kommentars als Auskunftsperson und bemerkt auf S. 398, daß die Befragung, richtig gehandhabt, die von der Zivilprozeßordnung abgelehnte zeugeneidliche Vernehmung wohl entbehrlich machen könne, und definiert die Erklärungen der so vernommenen Parteien im Gegensatz zu ihren sonstigen Erklärungen als Wissensserklärungen.

Stellt man sich auf letzteren Standpunkt, so folgt daraus ohne weiteres, daß das Gericht auf Grund des § 475 berechtigt sein müßte, ohne weitere Beweiserhebung lediglich auf Grund der Parteivernehmung einer der beiden Parteien einen richterlichen Eid aufzuerlegen. Dies um so mehr, wenn man der Rechtsprechung des Reichsgerichts folgt, welches in dem Urteil vom 20. April 1895⁶⁴⁾ ausgesprochen hat, daß der § 475 lediglich voraussetze, daß das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu begründen, und dies auch dann

⁵⁶⁾ a. a. D. S. 430.

⁵⁷⁾ Vorträge S. 75.

⁵⁸⁾ R. 4 zu § 132.

⁵⁹⁾ R. 5 zu § 141.

⁶⁰⁾ Lehrbuch II S. 104.

⁶¹⁾ Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei S. 131 f.

⁶²⁾ Richterliche Ermittlung des Sachverhaltes, § 17.

⁶³⁾ R. 1 zu § 141.

⁶⁴⁾ RG. 35, 105.

⁵⁴⁾ DZB. I. 189, 190.

⁵⁵⁾ Lehrbuch S. 426, 427.

zutrefte, wenn überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden oder eine solche kein Ergebnis geliefert habe und auch die Verhandlungen ein ganz negatives Ergebnis gehabt haben. Dieses Urteil ist zwar in der Literatur vielfach angegriffen,⁶⁵⁾ das Reichsgericht hat aber auch in späteren Entscheidungen daran festgehalten, so — wenn nicht schon in den von Kann angezogenen und von ihm in beschränkterem Sinne ausgelegten Urteilen — jedenfalls ganz neuerdings in seinem Urteil vom 4. April 1913.⁶⁶⁾ Diese Entscheidungen führen zu der Folgerung, daß das Gericht auch einer solchen Partei einen Meineid auferlegen kann, welcher es glaubt, nachdem sie persönlich vor Gericht erschienen ist und dort Erklärungen abgegeben hat, sogar ohne daß das persönliche Erscheinen der Parteien zuvor angeordnet gewesen wäre, denn so lag der Fall anscheinend in dem letztgedachten Urteil, dessen näherer Sachverhalt allerdings bei Warneher nicht wiedergegeben ist. Selbst aber wenn dies zu weit gehen sollte, müßten doch die Anhänger derjenigen Meinung, welche in der Befragung der Parteien nach § 141 deren Vernehmung als Auskunftspersonen sieht, es zur Auferlegung des richterlichen Eides für genügend ansehen, wenn das Gericht aus dieser Vernehmung eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die betreffende Tatsache entnimmt. Dann ist aber ein Unterschied zwischen unserem geltenden Rechte und der österreichischen Zivilprozeßordnung kaum vorhanden, zumal nach deren § 277 Abs. 2 das Gericht berechtigt ist, aus der unbeeideten Aussage der Partei einzelne Behauptungen hervorzuheben, welche die Partei nunmehr unter Eid zu wiederholen hat, also mit anderen Worten eine feste Eidesnorm aufzustellen. Der Unterschied besteht dann eigentlich nur noch darin, daß das Gericht nach österreichischem Recht auch der uneidlichen Aussage der einen Partei Glauben schenken darf, während ihr nach unserem Recht erst unter allen Umständen ein Eid aufzuerlegen ist. Wenn man sich daher dafür entscheidet, das Institut der Zeugenvernehmung der Parteien abzulehnen, so muß man noch einen Schritt weitergehen und auch der Möglichkeit einen Riegel vorschieben, daß einer Partei ein richterlicher Eid auferlegt werden kann, ohne daß eine andere Wahrscheinlichkeit für die betreffende Behauptung vorliegt, als die aus den Erklärungen der zum Eide zu verstattenden Partei selbst hergeleitete Vermutung für deren Richtigkeit.

Zu diesem Behufe schlage ich vor, dem § 475 ZPO. folgende Fassung zu geben:

Ergibt das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nach Überzeugung des Gerichts zwar nicht den vollen Beweis, wohl aber eine, wenn auch nur geringe Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei über diese Tatsache einen Eid auferlegen. Die Wahrscheinlichkeit darf nicht ausschließlich auf den persönlichen Eindruck gegründet

werden, welchen die Parteien dem Gericht bei ihrer Vernehmung gemacht haben.

Bei dieser Fassung ist der persönliche Eindruck der Parteien für die richterliche Überzeugung nicht völlig ausgeschaltet, er soll nur nicht allein entscheidend sein dürfen.

Eine andere Frage ist es, ob sich die eidliche Vernehmung der Parteien nicht im Ehescheidungsverfahren empfehlen würde, in welchem sie merkwürdigerweise im österreichischen Prozeß⁶⁷⁾ gerade ausgeschlossen ist. Im Ehescheidungsprozeß fällt das formale Beweismittel der Eideszuschiebung, soweit es sich um Tatsachen handelt, welche zur Scheidung der Ehe geltend gemacht werden, fort, nicht etwa aus dem Grunde, weil der geleistete Eid in diesem Verfahren nicht imstande sein könnte, Beweis zu erbringen, sondern weil bei Nichtleistung eines zugeschobenen Eides angesichts der Möglichkeit einer Kollusion der Parteien ein Beweis für das Gegenteil nicht als erbracht gelten kann. In diesem Falle fehlt es daher der beweispflichtigen und in Ermangelung anderer Beweismittel beweisfälligen Partei an einem geeigneten Ersatzbeweis. Diesen Ersatzbeweis sollte die eidliche Vernehmung der Parteien liefern können. Gerade nachdem durch das Bürgerliche Gesetzbuch neben einige positive eklatante Eheverletzungen das ehelose oder unsittliche Allgemeinverhalten eines Ehegatten als Ehescheidungsgrund gesetzt ist, wenn es eine Zerrüttung des ehelichen Lebens herbeigeführt hat, müßte der Zivilprozeß auch das geeignete Beweismittel für den Nachweis solchen Allgemeinverhaltens zur Verfügung stellen. Das intime Eheleben spielt sich unter vier Augen ab. Nur das eine oder andere daraus wird von Dritten beobachtet, aber diese Dritten können meist nur kleine Mosaiksteine zu dem großen Gemälde einer unglücklich verlaufenden Ehe liefern, über die Vorgänge in ihrer Gesamtheit gibt es oft keine anderen Zeugen als die Eheleute selbst. In den Anwaltsbureaus werden oft die interessantesten Romane ehelichen Lebens geschildert, aber eine auch noch so beredte Wiedergabe solcher Romane in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung ist oft nutzlos, weil es an den Mitwissern fehlt, welche dem Gericht bezeugen können, daß es sich dabei nicht nur um Romane, sondern um Abbilder wirklicher Geschehnisse gehandelt hat. Die Zeugenvernehmung der Parteien im Ehescheidungsverfahren ist nur ein Schritt weiter auf der Bahn, welche die Rechtsprechung des Reichsgerichts eingeschlagen hat, wenn sie es für zulässig erklärt hat, den einseitigen Parteierklärungen im Ehescheidungsprozeße Glauben zu schenken,⁶⁸⁾ und nur ein Ausbau der Vorschrift des § 619 ZPO., welche das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht erzwingen will und damit die Vernehmung der Parteien selbst schon als ein Beweismittel anerkennt.

VI. Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

Daß die Beweisaufnahme tunlichst vor dem Prozeßgerichte selbst stattzufinden hat, um das Prinzip der Unmittelbarkeit für das Beweisverfahren zur Durchführung zu bringen, darüber

⁶⁵⁾ Stein, Anm. 8 zu § 475; Stoniecki-Gelpcke, R. 2 zu § 475; Struckmann-Koch, R. 1 zu § 174; Kann, R. 1 zu § 475. Ohne dieses Urteil zu zitieren, meinen auch Richard Schmidt (Lehrbuch S. 538) und Wach (Vorträge S. 233), daß sich einige Wahrscheinlichkeit für den Schwörenden ergeben haben muß.

⁶⁶⁾ Warneher Rechtspr. 6 Nr. 346.

⁶⁷⁾ Vgl. Bayer, Entscheidungsgrundlagen im Deutschen und Österreichischen Zivilprozeß S. 208.

⁶⁸⁾ ZW. 1912 S. 1061 Nr. 4.

herrscht im Prinzip völlige Einigkeit, und darum sind die Vorschläge des letzten Juristentages, welche darauf abzielen, nur zu billigen. Daß sich der Verwirklichung dieser Bestrebungen schwer überwindliche tatsächliche Hindernisse in den Weg stellen würden, ist eine Befürchtung, deren Berechtigung leider nicht in Zweifel gezogen werden kann. Fay hat auf dem letzten Juristentage von Armeekorps von Richtern gesprochen, die allein in Preußen angestellt werden müßten, um dem Bedürfnisse zu genügen. Ich möchte aber auf einen Vorschlag zurückkommen, den ich schon im Jahre 1887 in meiner Schrift über Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Zivilprozeß⁶⁹⁾ gemacht habe, und dessen praktische Durchführung jedenfalls dazu führen würde, den Zeitaufwand, welchen eine Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht verursacht, sehr erheblich herabzumindern, und dies ist die der Vernehmung vor dem Prozeßgericht vorausgehende uneidliche Vernehmung der Zeugen vor einem Einzelrichter entsprechend den Beweiserhebungen durch den Untersuchungs- oder Skrutinialrichter im Strafverfahren.

Thesen.

1. Es ist grundsätzlich an der vollen Wahrung der Verhandlungsform und der Verhandlungsmaxime festzuhalten. Dagegen bedarf die richterliche Fragepflicht einer weiteren gesetzlichen Ausgestaltung, indem diese ausdrücklich als eine gesetzliche Pflicht des Gerichts den Parteien gegenüber zu statuieren ist, ferner auch für den Landgerichtsprozeß anzuordnen ist, daß das Gericht das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung zu erörtern und ferner alle bei der Vorbereitung oder Beratung des Gerichts auftauchenden Erwägungsgründe, welche von den Parteien selbst noch nicht zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden sind, nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, den Parteien zur Erklärung mitzuteilen und, daß und in Beziehung auf welche Punkte dies geschieht, im Protokoll festzustellen hat, welches den Parteien zur Genehmigung vorzulesen ist.

⁶⁹⁾ GruchotsBeitr. 31, 212 ff.

2. Eine gesetzliche Wahrheitspflicht der Parteien ist nicht zu statuieren.

3. Die Einführung der Vernehmung der Parteien als Zeugen empfiehlt sich nur für das Ehescheidungsverfahren.

Im übrigen ist der Erfaß des Schieds- und Noteides durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen abzulehnen. Nur unter Aufrechterhaltung aller bestehenden Vorschriften über den Schieds- und Noteid ist auf Antrag einer der beiden Parteien der Schwurpflichtige an Stelle der Leistung der Eidesnorm zur Sache eidlich zu vernehmen.

Dem § 475 ZPO. ist folgende Fassung zu geben:

Ergibt das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nach Überzeugung des Gerichts zwar nicht den vollen Beweis, wohl aber eine, wenn auch nur geringe Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei über diese Tatsache einen Eid auferlegen. Die Wahrscheinlichkeit darf nicht ausschließlich auf den persönlichen Eindruck gegründet werden, welchen die Parteien dem Gericht bei ihrer Vernehmung gemacht haben.

4. Dem Beschlusse des 31. Deutschen Juristentages:

„Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht als Regel ist durch geeignete gesetzliche Vorschriften sicherzustellen. Die zulässigen Ausnahmen sind gesetzlich genau zu bestimmen; sie dürfen nicht der Rücksicht auf die Geschäftsfrage des Gerichtes entnommen werden,“

ist beizutreten, ihm aber noch hinzuzufügen, daß der Vernehmung der Zeugen vor dem Kollegium in der Regel, d. h. in allen nicht sehr einfachen Sachen eine uneidliche Vernehmung der Zeugen zu Protokoll des beauftragten oder nötigenfalls auch des ersuchten Richters voranzugehen hat.

5. Es empfiehlt sich die Aufnahme einer Bestimmung in die Zivilprozeßordnung, wonach die eine Partei der anderen gegenüber bei Vermeidung sachlicher Nachteile zur Angabe der Namen gemeinschaftlicher Zeugen verpflichtet ist.

