

**Verhandlungen**  
des  
**Einunddreißigsten**  
**Deutschen Juristentages.**

Herausgegeben  
von  
dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

**Erster Band.**  
(Gutachten.)



Berlin 1912.  
Kommissions-Verlag von J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,  
G. m. b. H.



## Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Gutachten des Herrn Rechtsanwalts und Notars a. D. Dr E u g e n J o s e f in Freiburg i. Breisgau über die Frage: Unter welchen Voraussetzungen kann die rechtliche Gleichstellung der in Oesterreich oder in dem Deutschen Reich errichteten Notariatsurkunden in beiden Reichen erzielt werden? . . . .	3
II. Gutachten des Herrn Justizrats M. S a l i n g e r in Berlin über die Frage: Sind die Grundsätze der Mündlichkeit der Verhandlung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in dem jetzt geltenden deutschen Zivilprozeß zweckmäßig durchgeführt, oder welche Änderungen empfehlen sich für den Fall einer durchgreifenden Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits? . . . . .	29
III. Gutachten des Herrn Dr S e i n z P o t t h o f f zu Düsseldorf über die Frage: Welche der für Privatangestellte außerhalb des Handelsgesetz- buchs geltenden sozialen Schutzvorschriften eignen sich zur Er- streckung auf alle Privatangestellten? . . . . .	68
IV. Gutachten des Herrn Dr M a x R e i c h, f. l. Notars in Knittelfeld (Steiermark) über die Frage: Unter welchen Voraussetzungen kann die rechtliche Gleichstellung der in Oesterreich oder in dem Deutschen Reich errichteten Notariatsurkunden in beiden Reichen erzielt werden? . . . . .	112
V. Gutachten des Herrn Dr G e o r g B a u m, Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin über die Frage: Welche der für Privatangestellte außerhalb des Handelsgesetzbuchs geltenden sozialen Schutzvorschriften eignen sich zur Erstreckung auf alle Privatangestellten? . . . . .	138

	Seite
VI. Gutachten des Herrn Professors Dr. Rud. Kubatsch in Wien über die Frage: Welche der für Privatangestellte außerhalb des Handelsgesetzbuchs geltenden sozialen Schutzvorschriften eignen sich zur Erstreckung auf alle Privatangestellten? . . . . .	226
VII. Gutachten des Herrn Oberlandesgerichtsrats Dr. Walter Deegen in Dresden über die Frage: Sind die Grundsätze der Mündlichkeit der Verhandlung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in dem jetzt geltenden deutschen Zivilprozeß zweckmäßig durchgeführt, oder welche Änderungen empfehlen sich für den Fall einer durchgreifenden Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits? . . . . .	250
VIII. Gutachten des Herrn Professors Dr. Moriz Weispacher in Wien über die Frage: Empfiehl sich eine Änderung des im Deutschen Reich und in Oesterreich geltenden Rechtes betreffend die aus Anlaß einer Grundstücksveräußerung stattfindende Übernahme einer durch Hypothek gesicherten Forderung durch den Grundstückserwerber? . . . . .	366
IX. Gutachten des Herrn Oberlandesgerichtsrats Dr. Salinger in Breslau über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübergabe? . . . . .	409
X. Gutachten des Herrn Professors Dr. Karl Lehmann in Göttingen über die Frage: Welche Grundsätze des deutschen Aktienrechts werden bei einer Robifizierung des österreichischen Aktienrechts zu berücksichtigen sein? . . . . .	502

# G u t a c h t e n.

(Erster Band.)

---



## I.

### Gutachten des Herrn Rechtsanwalt und Notar a. D. Dr. Eugen Josef in Freiburg i. Breisgau

über die Frage:

Unter welchen Voraussetzungen kann die rechtliche Gleichstellung der in Oesterreich oder in dem Deutschen Reich errichteten Notariatsurkunden in beiden Reichen erzielt werden?

---

1. Die formell gültige Urkunde eines Beamten liefert den Beweis, daß er oder eine andere Person vor ihm zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Handlung vorgenommen oder eine bestimmte Erklärung abgegeben habe, nicht bloß in dem Staat, in dem der Beamte die Urkundstätigkeit entfaltet hat, sondern auch außerhalb dieses Staates. Dieser allgemein gültige öffentliche Glaube der von den Beamten eines Staates innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommenen Beurkundungshandlungen beruht auf einem allgemeinen Gewohnheitsrecht, ohne das ein geordneter Verkehr unter den Bewohnern verschiedener Staaten kaum möglich sein würde. Freilich hat ein Staat, der für gewisse Geschäfte die notarielle oder gerichtliche Form vorschreibt, zunächst nur seine eigenen<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Die von den berufenen Beamten in den deutschen Schutzgebieten aufgenommenen Urkunden haben durchaus die Geltung inländischer Urkunden; denn die Schutzgebiete sind deutsches Machtgebiet, in denen deutsche Gesetze gelten und deutsche Beamte walten. Vgl. Josef „Die deutschen Schutzgebiete als Inland und als Ausland in der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ im Recht 08, 563—573.

Urkundspersonen im Auge; die strenge Folgerung aus gewissen Vorschriften fast aller Gesetzbücher (wonach z. B. Schenkungsversprechen und Erbverträge gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, Anmeldungen und Anträge zu öffentlichen Büchern und Registern gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung bedürfen, Wechselproteste von Gerichtsbeamten oder Notaren aufgenommen werden müssen) wäre dann die, daß Rechtshandlungen dieser Art im Ausland überhaupt nicht vorgenommen werden können. Diese Folgerung wäre aber mit den Bedürfnissen des zwischenstaatlichen Verkehrs unvereinbar. Wie dieser die Staaten nötigt, gegenseitig durch ihre Behörden Beweise, die für die Entscheidung von vor den Gerichten des anderen anhängigen Rechtsstreitigkeiten erforderlich sind, erheben zu lassen und ebenso solchen von fremden Behörden vorgenommenen Feststellungen rechtliche Wirkung beizumessen, so sind sie auch genötigt, den in anderen Staaten errichteten „präkonstituierten“ Beweisurkunden öffentlichen Glauben beizumessen. Der zwischenstaatliche Verkehr drängt also zu der Annahme, jeder zivilisierte Staat sorge dafür, daß seine Beamten die vor ihnen oder von ihnen aufgenommenen Akte richtig bezeugen; und jener Verkehr beruht auf dem Bewußtsein der Gemeinsamkeit vieler Rechtseinrichtungen, ganz besonders des Notariats. Der zwischenstaatliche Verkehr bringt es mit sich, daß — wenigstens grundsätzlich — jeder Staat sich damit begnügt, wenn die Beurkundung im Auslande vor einer der bezüglichen inländischen gleichen Stelle, sofern es eine solche gibt, errichtet wird. So sind nach der Rechtsprechung die von einer ausländischen Behörde vorgenommenen Beglaubigungen auch Beglaubigungen im Sinne des § 29 der Grundbuchordnung und des § 129 Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>2)</sup>. Mit Recht weist v. Bar darauf hin, daß gerade aus diesem über den Errichtungsstaat hinausreichenden öffentlichen Glauben der öffentlichen Urkunde sich der Grundsatz „locus regit actum“ entwickelt hat, also nicht etwa umgekehrt auf den Grundsatz „locus regit actum“ die Anerkennung der publica fides der öffentlichen Urkunde zurückzuführen ist<sup>3)</sup>.

2. Andererseits bedarf es, wenn ausländische Urkunden außerhalb des Staates, in dem sie errichtet sind, gebraucht werden, gewisser Nach-

<sup>2)</sup> Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 27 S. 260; Entscheidungen aus dem Reichsjustizamt Bd. 4 S. 122; Recht 04 S. 294; DLG. Stuttgart, Württembergische Zeitschr. 08 S. 297.

<sup>3)</sup> v. Bar, „Das internationale Privat- und Strafrecht“ S. 420 ff.; J a f f e r o w, Formularbuch und Notariatsrecht (16. Aufl.) S. 330; L a m a s c h in v. Holzendorffs Handbuch des Völkerrechts Bd. 3, S. 396.

weise hinsichtlich ihrer äußeren Beweisraft wie hinsichtlich ihrer inneren Wirkung; es ist nachzuweisen, daß die Urkunde, auf der sich die Unterschrift des ausländischen Notars befindet, wirklich von ihm unterschrieben ist (Echtheit der Urkunde) und daß der Unterzeichner tatsächlich Notar ist (Eigenschaft als Urkundsperson), daß er ferner zu der vorliegenden Beurkundung zuständig ist und die für diese nach dem Recht des Ausstellungsorts vorgeschriebene Form beobachtet hat. Diese Nachweispflicht hat zur Folge den sogenannten *Legalisierungszwang*: die Echtheit der Unterschrift und die Amtseigenschaft des ausländischen Beamten sind nach zwischenstaatlichem Brauch<sup>4)</sup> zu erweisen durch eine diplomatische oder konsularische Legalisation der Unterschrift des Beamten. Die nähere Regelung sowohl hinsichtlich der Notwendigkeit einer Legalisation und ihres Inhaltes sowie hinsichtlich des dabei zu beobachtenden Verfahrens unterliegt zurzeit noch dem Landesrecht und ist in den von den einzelnen deutschen Bundesstaaten mit den ausländischen Staaten geschlossenen Verträgen<sup>5)</sup> und den dazu ergangenen landesrechtlichen Vorschriften enthalten.

Sieht man zunächst von dem Geschäftsverkehr der deutschen Staaten untereinander und von dem Geschäftsverkehr zwischen dem Deutschen Reich und Oesterreich-Ungarn (worüber unten besonders zu sprechen ist) ab, so wird also im zwischenstaatlichen Verkehr die Legalisation<sup>6)</sup> der Unterschrift des Notars verlangt. Das Verfahren ist in Preußen und den meisten deutschen Staaten im wesentlichen folgendes: Der Notar kann einen doppelten Weg einschlagen; er kann den im Deutschen Reich angestellten Konsul desjenigen fremden Staates, in dem die Urkunde verwendet werden soll, um die Legalisation seiner Unterschrift ersuchen. Diesem Konsul wird aber der Notar nicht immer zuverlässig bekannt sein<sup>7)</sup>; auch ist der ausländische Konsul zu derartigen Legalisationen nicht

<sup>4)</sup> Die griechische Prozeßordnung kennt nach den Mitteilungen *O b e r n e t z* (Zeitschr. des D. Notarvereins Bd. 7 S. 607) den Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Urkunden überhaupt nicht.

<sup>5)</sup> Diese sind nach Art. 56 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. aufrecht erhalten.

<sup>6)</sup> Diese beweist nur die Echtheit der Unterschrift und die Amtseigenschaft des Notars, nicht auch dessen Zuständigkeit zur Beurkundung und die erfolgte Beobachtung der Vorschriften des eigenen Landes; s. die in Anm. 2 mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichts.

<sup>7)</sup> Ein Verzeichnis der inländischen Konsuln mit Angabe ihres Amtsbezirks wird alljährlich im Auswärtigen Amt herausgegeben.

verpflichtet, zuweilen übrigens die Legalisation durch den Konsul für sich allein nicht genügend<sup>9)</sup>. Daher wird der Notar die Legalisation der Unterschrift zumeist auf diplomatischem Wege erwirken. Zu diesem Behuf hat er in Preußen die Urkunde dem Landgerichtspräsidenten einzureichen, der die Unterschrift des Notars beglaubigt; hiermit sind indes die Förmlichkeiten nicht erledigt. Vielmehr ist die Urkunde sodann dem Preussischen Justizministerium einzureichen, das die Urkunde der zuständigen ausländischen Amtsstelle (Gesandtschaft, Ministerium des Auswärtigen) zwecks weiterer Beglaubigungen übermittelt. Soll von der Urkunde des Preussischen Notars in Rußland Gebrauch gemacht werden, so hat der Notar die ihm vom Landgerichtspräsidenten zurückgegebene Urkunde zunächst an dasjenige russische Konsulat, in dessen Bezirk der Landgerichtspräsident seinen Amtssitz hat, behufs Legalisation der Unterschrift des Landgerichtspräsidenten einzureichen und es schließen sich hieran noch eine Reihe weiterer Förmlichkeiten an. Des näheren muß hierüber auf die sehr eingehenden zusammenhängenden Ausführungen von *F a s t r o w a. a. O. S. 325 ff.* verwiesen werden; sie ergeben, daß die vorerwähnten Staatsverträge in den Einzelheiten große Verschiedenheiten aufweisen: einzelne Staaten verlangen noch eine Bescheinigung hinsichtlich der Zuständigkeit des Notars; wieder andere Staaten (so Rußland) verlangen gar noch eine Bescheinigung darüber, daß bei Aufnahme der Urkunde die inländischen Gesetze beobachtet sind usw. Übrigens verursachen alle diese Zeugnisse und Zwischenzeugnisse erhebliche Kosten.

3. Das Vorgetragene galt zu Zeiten des Deutschen Bundes sogar im Verhältnis der einzelnen Bundesstaaten zu einander. Doch waren von einigen Bundesstaaten in den Jahren 1863 und 1865 mit Oesterreich Vereinbarungen über die Beglaubigung derjenigen von öffentlichen Behörden des eines Landes ausgestellten oder beglaubigten Urkunden getroffen worden, welche in dem anderen Lande als Beweismittel benützt werden sollen. Solche Abkommen sind geschlossen von

---

<sup>9)</sup> Vgl. die merkwürdige Mitteilung in *Not. B. S. 645*: Eine Verordnung der portugiesischen Regierung hebt für Urkunden, die zum Gebrauch für Portugiesisch-Ostafrika bestimmt sind, einen Teil der Zwischenbeglaubigungen auf; es soll ferner genügen die Legalisierung durch einen portugiesischen Konsul in Europa, wenn seine Unterschrift durch den portugiesischen Generalkonsul in Kapstadt und dessen Unterschrift durch das portugiesische Generalgouvernement beglaubigt wird. Also immernoch drei Beglaubigungen!

- Preußen durch Vertrag vom 4. September 1865 (Gesamml. S. 1036),
- Bayern durch Vertrag vom 13. Februar 1863 (RegBl. S. 558),
- Königreich Sachsen durch Vertrag vom 6. Dezember 1865 (GesBl. 1866 S. 35),
- Mecklenburg-Schwerin durch Ministerial-Erklärung vom 15./24 Oktober 1865 (RegBl. S. 272),
- Großherzogtum Sachsen durch Ministerial-Erklärung vom  $\frac{10. \text{Juli}}{9. \text{August}}$  1865 (RegBl. S. 373),
- Sachsen-Meiningen durch Übereinkunft vom  $\frac{23. \text{Juni} 1865}{15. \text{Juli}}$  (Samml. d. Verordn. S. 207),
- Anhalt durch Ministerial-Erklärung vom  $\frac{2. \text{Juli} 1865}{7. \text{August}}$  (Gesamm. S. 473),
- Schwarzburg-Sondershausen durch Ministerial-Erklärung vom 15./18. Oktober 1865 (Gesamml. S. 347),
- Schwarzburg-Rudolstadt durch Übereinkunft vom 7./30. Juni 1865 (Gesamml. S. 232),
- Reuß jüngerer Linie durch Übereinkunft vom 6. Juni 1865 (Gesamm. S. 497).

Diese Verträge waren im wesentlichen gleichlautend; die Erleichterungen, die ihre Bestimmungen im Verkehr zwischen den beteiligten Staaten gewährten, zeigten sich insbesondere in Art. 1 Abs. 1 und in Art. 2 Abs. 1 des Preußisch-Österreichischen Vertrages, die lauteten:

Art. 1 Abs. 1: „Diejenigen Urkunden, welche von Zivil- oder Militärgerichten in und außer Streitsachen und in Strafsachen als amtliche Urkunden ausgestellt werden, bedürfen, wenn sie mit dem Amtssiegel versehen sind, einer Legalisation nicht.“

Art. 2 Abs. 1: „Die von Notaren ausgefertigten Urkunden müssen mit der Legalisierung eines Gerichtes erster Instanz ihres Wohnorts versehen sein.“

Somit fiel eine Mitwirkung der obersten Justizverwaltungsbehörden, wie sie nach dem oben Vorgetragenen im Verkehr mit ausländischen Staaten noch heute besteht, und ebenso jede konsularische Legalisation, im Verkehr zwischen Österreich und den oben erwähnten deutschen Staaten

für notarielle Urkunden weg, während Urkunden der Gerichte in beiden Staaten einander überhaupt gänzlich gleichgestellt wurden.

4. Nach Art. 4 Nr. 12 der Reichsverfassung unterliegen der Beaufsichtigung seitens des Reichs und dessen Gesetzgebung die Bestimmungen über die Beglaubigung von öffentlichen Urkunden. Durch Beschluß vom 5. Oktober 1874 — anläßlich der Vorverhandlungen zu dem unten zu besprechenden deutsch-österreichischen Vertrage — ersuchte der Bundesrat den Reichskanzler um Schritte zur Beseitigung des zwischen den einzelnen Bundesstaaten noch bestehenden Legalisierungszwanges. Das infolge dessen ergangene Reichsgesetz vom 1. Mai 1878 (RGBl. 89) bestimmt in § 1, daß Urkunden, die von einer inländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes aufgenommen oder ausgestellt sind, zum Gebrauch innerhalb des Deutschen Reichs einer Beglaubigung (Legalisation) nicht bedürfen. Der § 2 bestimmt sodann weiter, daß zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, die als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs genügt. Zur Rechtfertigung dieser Vorschriften bemerkt die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs<sup>\*)</sup>: wo der Legalisationszwang für inländische Urkunden noch bestehe, werde er überall als eine Belästigung empfunden, die in keinem Verhältnis zu den Vorteilen der Legalisation — Erschwerung der Fälschung und vermehrte Sicherheit des Gebrauchs öffentlicher Urkunden — stehe. Dagegen müsse für ausländische öffentliche Urkunden das betreffende Landesrecht hinsichtlich der Notwendigkeit einer Legalisation aufrecht erhalten und es müsse der letzteren ferner allgemein die Straft beigelegt werden, die Echtheit der Urkunde selbst festzustellen.

5. Der Bundesrat erklärte sich durch den oben erwähnten Beschluß vom 5. Oktober 1874 ferner damit einverstanden, daß auf der Grundlage des oben erwähnten preussisch-österreichischen Vertrages vom Jahre 1865 zwischen dem Deutschen Reich und Österreich-Ungarn ein Vertrag über die Legalisierung der von öffentlichen Behörden ausgestellten oder

<sup>\*)</sup> Stenographische Berichte über die Reichstagsverhandlungen, dritte Legislaturperiode, II. Session 1878, Bd. 3 S. 747. Die Annahme des Gesetzes erfolgte im Reichstag ohne Kommissionsberatung und ohne Eingehen auf den Inhalt des Entwurfs, so daß die sonstigen Vorarbeiten keinen Erläuterungsstoff bieten. Bd. 1 S. 664, S. 774.

beglaubigten Urkunden abgeschlossen werde. Infolge dieser Anregung kam ein Vertrag des Deutschen Reiches mit Österreich-Ungarn vom 25. Februar 1880 (RGBl. 1881 S. 4) — ausgedehnt durch Vertrag vom 13. Juni 1881 (eb. S. 253) auf Bosnien und die Herzegowina — zustande; der Art. 2 dieses Vertrages lautet:<sup>10)</sup>

„Die von Notaren, Gerichtsvollziehern und anderen gerichtlichen Hilfsbeamten, ferner die im Deutschen Reich von Landesbeamten sowie die von den Hypothekendewähmern — soweit diese nicht zu den im Art. 1 genannten Behörden gehören — ausgefertigten Urkunden bedürfen der gerichtlichen Beglaubigung.

Diese ist als erfolgt anzusehen, wenn sie die Unterschrift und das Amtssiegel eines Gerichts des Staates trägt, in welchem der Aussteller seinen amtlichen Wohnsitz hat.

Wechselproteste, welche von Notaren, Gerichtsvollziehern oder Gerichtsschreibern ausgestellt und mit deren Amtssiegel versehen sind, bedürfen keiner weiteren Beglaubigung. Das gleiche gilt von den mit einem Amtssiegel versehenen Ausfertigungen der in Ungarn mit der Aufbewahrung von Privaturkunden gesetzlich betrauten Kapitel und Ordenskonvente.“

Der Zustand ist sonach hinsichtlich der notariellen Wechselproteste hier derselbe wie innerhalb des Deutschen Reichs. Betreffs der übrigen Notariatsakte erfüllt die gerichtliche Beglaubigung den Zweck, die Echtheit der Unterschrift und zugleich die Amtseigenschaft des Ausstellers zu verbürgen. Sie ist sonach nicht eine bloße Unterschriftsbeglaubigung im Sinne des § 183 FGG., sondern rechtlich ebenso zu behandeln wie eine Unterschriftsbeglaubigung im „diplomatischen Wege“ (§ 43 Preuß. AOGVG.) und erfolgt, wie die oben unter 2 besprochene Beglaubigung zum Zweck der Legalisation, in Preußen durch den Landgerichtspräsidenten<sup>11)</sup>.

<sup>10)</sup> Dem Entwurf ist eine kurze Begründung beigelegt; Reichstagsverhblgen. 4. Legislaturperiode, III. Session, 1880, Druck. Nr. 95. Die Annahme im Reichstag erfolgte ohne Kommissionsberatung und ohne daß von irgend einer Seite auf den Entwurf eingegangen wurde.

<sup>11)</sup> Dagegen bestimmt § 73 der badiſchen Allgemeinen Ausführungsverordnung vom 11. November 1899: „Soweit inländische öffentliche Urkunden zum Zweck des Gebrauchs im Ausland einer gerichtlichen Beglaubigung bedürfen, ist hierfür bezüglich der von Behörden und Beamten des Großherzogtums ausgestellten Urkunden das Amtsgewicht ihres Amtssitzes zuständig.“ — Dies gilt also nur für den Verkehr mit Österreich-Ungarn. Zum Zweck des

Dagegen bestimmt Art. 1 des bezeichneten Vertrages:

„Urkunden, welche von Zivil- oder Militärgerichten in streitigen oder nicht streitigen bürgerlichen Angelegenheiten und in Strafsachen ausgestellt werden, bedürfen, wenn sie mit dem Amtssiegel versehen sind, keiner Beglaubigung.

Ausfertigungen deutscher Kriegs-, Stand- oder spruchgerichtlicher Erkenntnisse müssen durch das zuständige Militärgericht beglaubigt werden.

Den gerichtlichen Urkunden stehen diejenigen gleich, welche von einer der folgenden Behörden ausgestellt sind:

#### I n D e u t s c h e n R e i c h :

- a) vom Disziplinarhofe und den Disziplinar-kammern des Deutschen Reichs;
- b) vom Bundesamt für das Heimatwesen;
- c) vom Patentamte;
- d) vom Ober-Seeamte und den Seeämtern;
- e) von den Seemannsämtern;
- f) von den mit der Regulierung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, dem Verfahren in Auseinandersetzungen und Zusammenlegungen beauftragten General- und Spezial-Kommissionen, Ablösungsbehörden und Regierungsabteilungen, mit Inbegriff des Revisionskollegiums für Landeskultursachen in Berlin;
- g) von den Universitätsgerichten, Gewerbegerichten und Verwaltungsgerichten;
- h) vom Königlich preussischen Disziplinarhof für nicht richterliche Beamte und
- i) von der Vormundschaftsbehörde in Hamburg.

#### I n Ö s t e r r e i c h :

- a) vom Reichsgerichte;
- b) vom Verwaltungsgerichtshofe;
- c) vom Staatsgerichtshofe;
- d) von den bei den politischen Landesbehörden und bei dem Ministerium des Innern zur Durchführung der Grundentlastung, der Grund-

---

Gebrauch in anderen außerdeutschen Staaten bedarf die Urkunde des hiesigen Notars einer Beglaubigung durch das Ministerium des Auswärtigen oder einer durch dessen Vermittlung einzuholenden diplomatischen oder konsularischen Beglaubigung, d. i. der Legalisation; und der Notar hat zu diesem Zweck die Urkunde dem gedachten Ministerium vorzulegen. § 17 R.P.D. v. 23. Nov. 1899.

lasten-Ablösung und Regulierung; dann zur Aufhebung des Pro-  
pinations- und des Lehenverhältnisses bestellten Kommissionen;

- e) von den Gefällsgerichten;
- f) von den Gewerbegerichten;
- g) von den Landtafel- und Grundbuchämtern, den Depositenämtern,  
den als Depositenämter verwendeten Steuerämtern und anderen  
gerichtlichen Hilfsämtern;
- h) von den selbständigen Hypothekenämtern in Dalmatien.

### In Ungarn:

- a) von den geistlichen Ehegerichten;
- b) von den Waisenbehörden (Waisenstühlen);
- c) von den Grundbuchämtern und den als Depositenämtern ver-  
wendeten Steuerämtern.“

Es sind also die von den G e r i c h t e n (und den ihnen gleichgestellten  
Behörden) ausgestellten Urkunden in beiden Staaten einander rechtlich  
gleichgestellt <sup>12)</sup>.

#### 6. So erhebt sich die Frage:

unter welchen Voraussetzungen auch für No-  
tariatsurkunden in beiden Reichen die recht-  
liche Gleichstellung erzielt werden kann?

Diese Frage ist auf dem Kongress der Notare Deutschlands und Öster-  
reichs in Wien am 7. September 1907 erörtert, und es ist dort nach der  
eingehenden Begründung des Justizrats Dr. O b e r n e d (Berlin) und  
des k. k. Notars Dr. M a g R e i c h in Knittelfeld (Steiermark) ein Be-  
schluß dahin gefaßt:

I. bei den zuständigen Behörden dahin vorstellig zu werden:

- A. daß die zwischen Österreich-Ungarn, Bosnien, Herzegowina  
einerseits und Deutschland anderseits geschlossenen Verträge

---

<sup>12)</sup> Der gleiche Rechtszustand besteht zwischen Deutschland und der Schweiz.  
Der Art. 1 des Staatsvertrages vom 14. Februar 1907 (RGBl. S. 411) lautet:  
„Die von Gerichten des einen Teils, mit Einschluß der Konsulargerichte, auf-  
genommenen, ausgestellten oder beglaubigten Urkunden bedürfen, wenn sie mit  
dem Siegel oder Stempel des Gerichts versehen sind, zum Gebrauch im Gebiet  
des anderen Teils keiner Beglaubigung (Legalisation). Zu den bezeichneten  
Urkunden gehören auch die von dem Gerichtsschreiber unterschriebenen Ur-  
kunden, sofern diese Unterschrift nach den Gesetzen des Teils genügt, dem das  
Gericht angehört.“ — Die notarielle Urkunde ist hier nicht berücksichtigt.

vom 24. Februar 1880 und vom 13. Juni 1881 dahin geändert werden:

Art. 2 enthält folgenden Absatz 1:

Die von den Notaren eines der Vertragsstaaten errichteten Urkunden bedürfen zum Gebrauche und ihrer Beweiskraft im Inlande einer weiteren Beglaubigung nicht.

Die weiteren Bestimmungen des Art. 2 werden entsprechend geändert.

B. daß zwischen Deutschland und Oesterreich folgendes Abkommen getroffen werde:

Die im § 3 österr. N. O. und in den §§ 794 Nr. 5, 800 deutsche Z. P. O. bezeichneten Notariatsurkunden und Akte werden in beiden Staaten ohne weitere Beglaubigung und ohne Vollstreckungsurteil zur unmittelbaren Vollstreckung zugelassen.

Es genügt für Oesterreich die Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung der deutschen Notariatsurkunde bei dem zuständigen Gerichte, um den Antrag auf Exekutionsbewilligung zu begründen. Es genügt für Deutschland, daß an Stelle der nach deutschem Rechte notwendigen Vollstreckungsklausel die Ausfertigung des Beschlusses des zuständigen österreichischen Gerichtes über die Exekutionsbewilligung dem Vollstreckungsorgan vorgelegt wird. (D. Not. B. 7, 609, 615.)

II. Es empfiehlt sich, der Notariatsurkunde im zwischenstaatlichen Verkehre die gleiche Beweiskraft und Vollstreckbarkeit zu sichern, wenn

1. das Notariat in bezug auf die Persönlichkeit der Notare wie auch in bezug auf die Form der notariellen Urkunde beiderseits gleichmäßig eingerichtet ist, und
2. wenn jene Fragen des materiellen Rechtes, welche im zwischenstaatlichen Verkehre in Betracht kommen, nach gleichen Grundsätzen geregelt sind. .

Insolange jedoch eine vollkommene Gleichartigkeit des Notariats und der formellen und materiellrechtlichen Bestimmungen nicht erreicht ist, empfiehlt es sich, diejenigen notariellen Urkunden, welchen zwischenstaatlich die volle Beweiskraft und Vollstreckbarkeit eingeräumt werden soll, in Staatsverträgen vorzusehen.“ (Eb. S. 625, 626.)

Desgleichen hat der ständige Ausschuß des internationalen Notar-Kongresses in Verfolg seiner am 19. Mai 1908 zu Nürnberg gefaßten

Beschlüsse an das auswärtige Amt des Deutschen Reichs, an das Österreichische Ministerium des Auswärtigen und an den Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft eine Denkschrift gerichtet, in der u. a. verlangt wird, daß die notarielle Urkunde zum Gebrauch im Ausland keiner Legalisation bedürfen solle (DNotZ. 8, 585). Weiter ist zu erwähnen, daß auch die Niederösterreichische Handels- und Gewerbekammer auf Grund eines von Universitätsprofessor Dr. Hans Speerl (Wien) erstatteten Berichts verlangt hat, daß in Deutschland wie in Österreich als „Ezekutionstitel“ anerkannt werden sollen u. a.:

„Vollstreckbare und formgerechte Notariatsurkunden, die von einem österreichischen oder deutschen Notar aufgenommen worden sind, aber nicht in weiterem Umfange, als sie nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar sind.“ (Eb. 9, 454.)

und daß auch der Landesverein der ungarischen Notare in seiner in Budapest am 20. Februar 1910 abgehaltenen Generalversammlung den oben erwähnten Bestrebungen, die die „Freizügigkeit der notariellen Urkunde“ zum Gegenstand haben, voll und ganz beigetreten ist. (Eb. 10, 491.)

7. Bei Beantwortung der gestellten Frage ist von folgenden Erwägungen auszugehen:

Der Staat verleiht den Urkunden der von ihm angestellten Beamten öffentlichen Glauben, weil er diese seine Beamten als glaubwürdig kennt. Und nur unter dieser selben Voraussetzung kann er den von den Beamten eines anderen Staats aufgenommenen Urkunden öffentlichen Glauben verleihen. Nicht dagegen ist eine Voraussetzung für die Verleihung der Glaubwürdigkeit, daß die Rechtszustände beider Staaten in betreff des Bürgerlichen Rechts und des Verfahrensrechts die gleichen seien. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich sofort, wenn man die Rechtszustände der deutschen Staaten beim Inkrafttreten des oben unter 4 erwähnten Reichsgesetzes vom 1. Mai 1878 betrachtet. Es gab damals kein einheitliches bürgerliches Recht, sondern drei große Rechtsgebiete, nämlich das gemeine, das preußische und das französische Recht, daneben aber — und zwar ganz besonders auf dem Gebiet des Familien- und des Grundbuchrechts — noch etwa ein halbes Hundert Partikularrechte von minderm Geltungsgebiet, an die sich ungefähr ebensoviele Grundbuchordnungen angeschlossen. Und diese Rechtsnormen beruhten zum Teil auf bloßen Gewohnheitsrechten, zum Teil stammten sie aus verflochtenen Jahrhunderten. Der gleiche Rechtszustand herrschte auf dem Gebiet der Notariatsverfassung und des Beurkundungswesens. In Ostpreußen und den meisten norddeutschen Staaten war das Notariat als bloßes

Nebenamt mit der Rechtsanwaltschaft verbunden; die Notare mußten hier die Befähigung zum Richteramt haben und ihre Tätigkeit war auf bloße Beurkundungen beschränkt, für die aber die Gerichte gleichfalls zuständig waren. In anderen Staaten, namentlich im Gebiet des französischen Rechts, bestand dagegen das Notariat als selbständiges Amt; die Vorbildung der Notare war hier vielfach eine geringere als die der Richter, zuweilen nur die von mittleren Beamten, und die Notare hatten hier wieder vielfach neben der beurkundenden Tätigkeit noch allerlei andere Tätigkeitszweige, ganz besonders Vermittelungen von Darlehen, freiwillige Versteigerungen und Vollstreckungen. Und während die Notare grundsätzlich Einzelbeamte waren, war ihnen in Württemberg (teilweise auch in Baden) zugleich die Tätigkeit des Nachlaß- und Vormundschafts- sowie des Vollstreckungsgerichts übertragen, so daß hier das Notariat behördlich eingerichtet war oder wenigstens der Notar etwas ausgeprägt Behördliches an sich hatte. Ebenso bunt und mannigfaltig war das von den Notaren bei Beurkundungen zu beobachtende Verfahren: reichlich dreißig verschiedene, zum Teil ganz veraltete Gesetze gab es hierüber, die über die Fragen: wie der Notar sich der Mündlichkeit der Beteiligten zu versichern, welche Vorschriften er bei der Unterschriftsbeglaubigung, bei Verhandlungen mit Gebrechlichen und Sprachfremden zu beobachten, wie er die Beteiligten zu belehren und zu beraten habe, wie er mit Geschäftsbeschränkten zu verhandeln habe, ja selbst darüber, ob er die Beurkundung in Form eines Protokolls oder in irgendwie abgekürzter Weise zu bewirken habe, endlich auch über die gesetzliche Ausschließung des Notars, die denkbar verschiedensten, zum Teil auch gar keine Bestimmungen enthielten. Anlangend insbesondere das preussische Staatsgebiet, so gab es bis zum Gesetz vom 8. März 1880 in dem Gebiet des vormaligen Großherzogtums Nassau, in den vormaligen großherzoglich hessischen Gebiets teilen und in den hohenzollernschen Landen überhaupt keine Notare. Für die altrechtlichen Landesteile galt eine Notariatsordnung vom 11. Juli 1845, für die französisch-rechtliche Rheinprovinz eine Rheinische Notariatsordnung vom 25. April 1822, für Hannover eine Notariatsordnung vom 18. September 1853; in den sonstigen preussischen Landesteilen des gemeinen Rechts, so besonders in Schleswig-Holstein, Kurhessen, Frankfurt a. M. galten wieder andere, zum Teil ganz veraltete Bestimmungen, an deren Stelle durch das oben erwähnte Gesetz vom 8. März 1880 die preussische Notariatsordnung vom 11. Juli 1845 eingeführt wurde. Der Rechtszustand war um so verworrener, als die Zivilprozessordnung die Einrichtung der vollstreckbaren notariellen Urkunden

eingeführt hatte, deren Gültigkeit stets nach Maßgabe der Gesetze des Errichtungsorts zu prüfen war, und diese Gesetze waren, wie oben erwähnt, selbst in einem und demselben Oberlandesgerichtsbezirk nicht die gleichen. So erklärt es sich, daß z. B. in Bayern jede Urkunde des bayerischen Notars, sofern von ihr außerhalb des Bezirks des betreffenden Appellationsgerichtsbezirks Gebrauch gemacht werden sollte, der Beglaubigung durch das Gericht des Sprengels, in dem der Notar seinen Wohnsitz hatte, bedurfte.

Und trotz dieses wirren und verwickelten Zustandes schaffte das oben erwähnte Reichsgesetz vom 1. Mai 1878 den Legalisierungszwang für die innerhalb des Deutschen Reichs ausgestellten Urkunden ab und es haben sich hieraus keinerlei Mißstände ergeben; es ist nicht bekannt geworden, daß die Aufhebung dieses Zwanges Fälschungen erleichtert oder den Gebrauch von Urkunden außerhalb des Ursprungsstaats in erheblichem Maße erschwert hat\*). Und es muß hierbei noch ausdrücklich hervorgehoben werden, daß auch heute noch im Deutschen Reich die Zuständigkeit der Notare nur zur Beurkundung von Rechtsgeschäften sowie von einigen rechtsgeschäftlichen Urkunden, (besonders von Beglaubigungen, Wechselprotesten, Generalversammlungsbeschlüssen), ferner für die Aufnahme vollstreckbarer Urkunden und die Antragstellung in Grundbuchsachen, weiter auch das hierbei zu beobachtende Verfahren reichsgesetzlich festgelegt ist. Dagegen ist die Form der Ausfertigung von rechtsgeschäftlichen Urkunden sowie das gesamte nichtrechtsgeschäftliche Beurkundungswesen (mit Ausnahme der eben erwähnten Fälle) in vollem Umfange der Landesgesetzgebung unterstellt, ebenso aber auch das gesamte Dienstrecht der Notare, also die Vorbildung, Ernennung, Amtszucht, die Verfassung als Einzelbeamte und als Behörde, die Verbindung mit der Rechtsanwaltschaft und endlich auch das gesamte Gebührenwesen. Auf die Verschiedenheiten, die hiernach in den einzelnen deutschen Staaten bestehen, soll hier nicht genauer eingegangen werden; es sei nur kurz auf folgendes hingewiesen:

Abgesehen von einigen wenigen Staaten, in denen auch zurzeit noch das Notariat überhaupt nicht besteht (dahin zählen: Oldenburg, Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck und die beiden Lippe), sind innerhalb des Deutschen Reichs hinsichtlich der Gestaltung des Notariatswesens drei verschiedene Gruppen von Landesrechten zu unterscheiden.

\*) Vgl. aber auch das unten bei 11 gefagte (S. 24).

a) Länder des reinen Notariats im Sinne des französischen (rheinischen) Rechts; dahin gehören: Elsaß-Lothringen, Bayern und Hamburg. Die wesentliche Besonderheit des bezüglichen Rechtszustandes liegt, wie bereits oben bemerkt, einerseits in der fast ausschließlichen Beurkundungsbefugnis der Notare, andererseits in der Unabhängigkeit des Notariats von der Rechtsanwaltschaft.

b) Länder des Anwalts-Notariats; dahin gehören: Preußen (einschließlich Rheinpreußen), Hessen, das Königreich Sachsen, die beiden Mecklenburg, Bremen, Braunschweig, Koburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg. In diesen Ländern teilt das Notariat die Urkundbefugnis mit den Gerichten; andererseits ist das Notariat mit der Rechtsanwaltschaft, wenn auch zum Teil nur fakultativ, vereinigt.

c) Länder des behördlichen Notariats; hier sind dem Notariat, außer der Beurkundungsbefugnis, anderweite behördliche Verrichtungen, so Verrichtungen des Nachlaßgerichts, des Vormundschaftsgerichts, der Immobilienzwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, der Grundbuchämter übertragen; dahin gehören Württemberg und Baden.

8. Weiter bedarf es zur Beantwortung der gestellten Frage eines kurzen Eingehens auf die Notariatsverfassung und das Beurkundungswesen in Österreich<sup>13)</sup>.

Die österreichisch-ungarische Monarchie besteht aus zwei Teilen, die im Verhältnis zueinander als selbständige Staaten anzusehen sind, nach außen aber eine einzige Monarchie vorstellen, die nicht nur einen Herrscher, sondern auch sonstige gemeinsame Angelegenheiten (besonders das Heer- und Geldwesen, die Vertretung gegenüber dem Ausland) hat. Die westliche — größere Hälfte — dieses Doppelstaats — und von ihr allein ist im folgenden die Rede — heißt Österreich; die östliche — Ungarn — hat ihre eigene und selbständige Gesetzgebung, die hier nicht in Betracht kommt. Nach der österreichischen Notariatsordnung vom 25. Juli 1871 nimmt das österreichische Notariat eine Mittelstellung zwischen dem System des reinen Notariats und des Anwaltsnotariats ein. Die Notare sind keine Beamten, führen aber den Titel: k. k. (kaiserlicher königlicher) Notar; ihr Amt gilt als Staatsamt. Sie können auch im Auftrag des Gerichts in Nachlaß-, Vormundschafts- und Zwangsvollstreckungssachen eine gewisse Beamtentätigkeit entfalten. In solchen Fällen hat sich der

<sup>13)</sup> Vgl. Rietzsch im „Urkundwesen der deutschen Staaten“ S. 619. Mehrfache Mitteilungen hat mir in dankenswerter Weise der Herr Mitberichterstatter Dr. Reich-Knittelfeld gemacht.

Notar „i. I. Notar als Gerichtskommissär (Gerichtsabgeordneter)“ zu nennen, muß aber seine Protokolle dem Gerichte zur Genehmigung vorlegen und bekommt die ihm zugesprochenen Gebühren. Sonst ist der Notar bei Aufnahme öffentlicher Urkunden Urkundsperson. Da ihm aber auch die Abfassung von Privaturkunden, die Abfassung von Eingaben in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und mit Einschränkungen sogar eine Parteienvertretung in Streitfachen gestattet ist, so muß man auch von einer rechtsanwältlichen Tätigkeit des Notars sprechen.

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich: Die österreichische Notariatsverfassung weist, verglichen mit den reichsdeutschen keine größere Verschiedenheit auf, als die reichsdeutschen Notariatsverfassungen unter einander aufweisen.

Anlangend das bei Beurkundungen der österreichischen Notare anzuwendende Verfahren, so sei kurz darauf hingewiesen, daß sowohl bei Beurkundung leibwilliger Verfügungen („notarielle Protokolle“) als auch bei der Beurkundung sonstiger Rechtsgeschäfte („Notariatsakte“) wie auch bei nichtrechtsgeschäftlichen Beurkundungen („notarielle Beurkundungen“) die vom Notar zu wahrenen Formvorschriften im wesentlichen den im Deutschen Reich geltenden gleich sind, mit der weiter unten zu besprechenden sehr erheblichen Abweichung, daß es in Österreich keine einheitliche „S t a a t s s p r a c h e“ gibt.

Befähigt zum Notariat ist in Österreich zurzeit noch, „wer die Notariats-, Advokaten- oder Richteramtprüfung mit Erfolg bestanden hat“. Ein bereits vorliegender Entwurf zu einer neuen Notariatsordnung verlangt aber für die Notare die Befähigung zum Richteramt (MotB. 11 S. 396). Die Dienstaufsicht und das Amtszuchtverfahren sind schließlich in Österreich für die Notare in ganz ähnlicher Weise geregelt, wie in den Staaten des Deutschen Reichs.

Erwägt man hierzu, daß Deutschland und Österreich ein gemeinsames Handels- und Wechselrecht haben, daß ihr bürgerliches Recht auf einem gemeinsamen Ursprung, nämlich dem gemeinen Recht, beruht, und daß die Zivilprozeßordnungen beider Staaten in ähnlicher Weise auf einer gemeinschaftlichen Grundlage beruhen, daß auch sonst beide Staaten zahlreiche gemeinschaftliche Verührungspunkte haben, so muß man dem oben mitgeteilten Beschluß des Notarkongresses z u s t i m m e n , der dahin geht:

im Verkehr der beiden Reiche für notarielle Urkunden jeden Legalisierungszwang, insbesondere auch den bestehenden Beglaubigungszwang zu beseitigen.

Man kann von dieser zwischen Deutschland und Österreich bestehenden Rechtseinrichtung dasselbe sagen, was die Begründung u dem oben erwähnten Reichsgesetz vom 1. Mai 1878 über den Legalisierungszwang zwischen den einzelnen deutschen Staaten sagt: er werde überall als eine Belästigung empfunden, die in keinem Verhältnis zu den Vorteilen — Erschwerung der Fälschung und vermehrte Sicherheit beim Gebrauch öffentlicher Urkunden — steht.

9. Auch führt der jetzige Rechtszustand zu sonderbaren Folgen. So sind in Baden für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen die Notare zuständig, und in Amtsgerichtsbezirken, in denen mehr als ein Notar angestellt ist, werden die Geschäfte, soweit nicht die Wahl des Notars den Beteiligten überlassen ist, von dem Justizministerium auf die einzelnen Notarstellen verteilt (§§ 45, 47 des Rechtspolizeigesetzes vom 17. Juni 1899). Ferner ist nach § 1 des Badischen Ausführungsgesetzes zum Zwangsversteigerungsgesetz vom 18. Juni 1899 die Versteigerung und die Erlösverteilung von den Notaren, von einem Jeden für die ihm nach der Geschäftsverteilung zugewiesenen Gemeinden wahrzunehmen. Die badischen „Notariate“ sind fest eingerichtete Behörden, ganz wie die Amtsgerichte; ihre amtliche Bezeichnung für jene Verrichtungen ist „Großherzogliches Notariat als Nachlaßgericht“, „Großherzogliches Notariat als Vollstreckungsgericht“. Nimmt man nun an, daß die badischen Notariate, insofern ihnen die Nachlasssachen und die bezeichneten Versteigerungshandlungen obliegen, das „Nachlaßgericht“ und das „Vollstreckungsgericht“ sind<sup>14)</sup>, so fallen die von ihnen in dieser Eigenschaft<sup>15)</sup> ausgestellten Urkunden (also insbesondere die Teilungsverhandlung [§§ 91, 93 ZGB.]) unter den oben unter 5 angezogenen Art. 1 des Deutsch-Osterreichischen Vertrages, wonach Urkunden, die von Gerichten in streitigen oder nichtstreitigen bürgerlichen Angelegenheiten ausgestellt

<sup>14)</sup> Nach den Motiven zum Entwurf des ZGB. von 1888 S. 374 ist in diesem Falle das badische Notariat „Delegierter“ des Vollstreckungsgerichts.

<sup>15)</sup> Über rechtsgeschäftliche Erklärungen, die das Vollstreckungsgericht im Verteilungstermin aufnimmt, s. Du Chesne im ZBlfZ. Bd. 11 S. 3, anderseits auch Prebari, ZBlfZ. S. 55.

sind, keiner Beglaubigung bedürfen. Nun sind aber die badischen Notariate zugleich die Urkundsämter, und wenn derselbe Notar dann in seiner Eigenschaft als Vertreter des Urkundsamts eine Urkunde aufnimmt oder beglaubigt, dann fällt diese seine Urkundsbehandlung unter Art. 2 des Vertrages, d. h. sie bedarf der gerichtlichen Beglaubigung (oben Anm. 11). Nimmt man aber an, daß die badischen Notariate nicht „Nachlaßgericht“ und „Vollstreckungsgericht“, also nicht Gerichte im Sinne des Art. 1 des Vertrages sind, dann ergibt sich die wiederum höchst sonderbare Folge, daß dieselbe dem Nachlaßgericht und dem Vollstreckungsgericht als solchem obliegende Beurkundungshandlung bald der Beglaubigung bedarf, bald ohne sie rechtswirksam ist, obwohl es in allen Fällen eine eingerichtete Staatsbehörde ist, die diese Handlungen tätigt.

Ferner: Die Begründung zu dem oben unter 5 mitgetheilten Art. 2 Abs. 2 bemerkt: um den in Wechselfachen besonders empfindlichen bei Einholung einer jeden Beglaubigung unvermeidlichen Zeitverlust auszuschließen, empfehle es sich, auszusprechen, daß Wechselproteste einer Beglaubigung nicht bedürfen. Nun ist aber der Protest nicht eine bloße Beweisurkunde, sondern zugleich eine (fristmäßig zu beschaffende) Bedingung des Bestehens von Wechselverbindlichkeiten, eine Ergänzung der Wechselurkunde; und man sollte meinen, daß, wenn eine so wichtige Urkunde des Notars (und sogar des Gerichtsschreibers und des Gerichtsvollziehers) einer Beglaubigung nicht bedarf, notarielle Urkunden anderen, bloß beweisenden, also minderwichtigen Inhalts erst recht ohne Beglaubigung voll wirksam sein müßten. — Ein anderes Beispiel: nach Art. 21 Preuß. FGG. kann das Amtsgericht eine bei ihm beantragte Auseinandersetzung einem Notar überweisen, auf den dann — mit Ausnahme der Fällung gewisser Entscheidungen — alle Obliegenheiten des Nachlaßgerichts übergehen: er kann gegen ausgebliebene Beteiligte im Versäumnisverfahren vorgehen, Zeugen und Sachverständige eidlich vernehmen, Rechtshilfe von Behörden beanspruchen und es findet gegen die Verfügungen des Notars die Beschwerde statt, ganz wie gegen die des Nachlaßgerichts<sup>16)</sup>. Insbesondere aber geht auf den Notar die in §§ 91, 93 FGG. bezeichnete Verpflichtung über, wonach „das Gericht“ die Auseinandersetzung zu beurkunden hat. Sonach ist der Schluß nahe liegend, daß die so vom Notar im überwiesenen Auseinandersetzungsverfahren aufgenommene Teilungsurkunde im Sinne des Art. 1 des Staatsvertrages eine vom Gericht aufgenommene Urkunde ist, also

<sup>16)</sup> Vgl. Josef in RGVl. 11 S. 86.

keiner Beglaubigung bedarf. Wenn dagegen die Beteiligten den Notar von vornherein auffuchen, um die von ihnen vereinbarte Auseinandersetzung beurkunden zu lassen, dann liegt lediglich eine notarielle Urkunde vor, die nach Art. 2 des Staatsvertrages der gerichtlichen Beglaubigung bedarf. Diese verschiedene Behandlung derselben Urkunde desselben Beamten, je nachdem sie in einem dem Notar überwiesenen Verfahren oder ohne solche Überweisung von ihm beurkundet ist, entbehrt jeden inneren Grundes. Nimmt man aber an, die vom Notar aufgenommene Urkunde sei auch im überwiesenen Verfahren keine gerichtliche, sondern eine notarielle, so wäre der Rechtszustand der, daß eine dem Nachlaßgericht als solchem obliegende Handlung — nämlich die Beurkundung der Auseinandersetzung — nicht als eine gerichtliche angesehen wird. — Man nehme hier ferner die Verhältnisse in Württemberg: hier sind auf Grund des Art. 147 GGWB. die Geschäfte des Vormundschaftsgerichts Kollegien von vier nicht rechtskundigen Waisenchirtern unter dem Vorsitz eines Bezirksnotars übertragen. Diese Behörde ist nicht eine Verwaltungsbehörde, sondern berufen zur Handhabung der Rechtspflege; denn indem das Bürgerliche Gesetzbuch überall vom Vormundschaftsgericht spricht, erklärt es die Führung der Obervormundschaft als eine Angelegenheit der Rechtspflege, danach als Sache der Gerichte<sup>17)</sup>. Sonach dürften die von dieser württembergischen Gerichtsbehörde, die von einem Notar geleitet wird, aufgenommenen Urkunden unter den Art. 1 des Staatsvertrages fallen, also keiner Beglaubigung bedürfen. Wenn aber dieser selbe Notar in seiner Eigenschaft als „öffentlicher Notar“, also als Urkundsbeamter, eine Urkunde des gleichen Inhalts aufnimmt, dann fällt sie unter Art. 2 des Staatsvertrages, bedarf also der Beglaubigung. Allein ob das württembergische Vormundschaftsgericht als Gericht im Sinne des Art. 1 anzusehen ist, erscheint zweifelhaft, da die dem Art. 1 beigelegte, oben wiedergegebene Aufzählung wohl die „Vormundschaftsbehörde in Hamburg“<sup>18)</sup> den Gerichten gleichstellt, nicht aber die württembergischen Vormundschaftsbehörden. Erachtet man diese letzteren danach nicht als Gerichte im Sinne des Staatsvertrages, so wäre die Folge auch hier, daß Berrichtungen,

<sup>17)</sup> Vgl. Josef im „Recht“ 10 S. 128 und Josef in BB. 40 S. 289.

<sup>18)</sup> Beim Inkrafttreten des Staatsvertrages (1880) bestand in Hamburg eine Vormundschaftsbehörde, die zusammengesetzt war aus Richtern und rechtsunkundigen Beisitzern. Motive z. GGW. Bb. 4 S. 1012.

die dem von einem Notar geleiteten Vormundschafts g e r i c h t als solchem obliegen, nicht als gerichtliche angesehen werden.

So ruft die im Staatsvertrag gemachte Unterscheidung, wonach die Beglaubigung nicht erforderlich ist bei Urkunden der Gerichte, wohl aber bei solchen der Notare, eine Reihe von Zweifelsfragen hervor und von Unterscheidungen, die innerlich ganz unbegründet sind.

10. Unter den sog. „prozeßrechtlichen Verträgen“<sup>19)</sup> ist von besonderer Wichtigkeit der Vertrag, durch den die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung erleichtert wird; sowohl das deutsche (§ 794 Z. 5 ZPO.) wie auch das österreichische Prozeßrecht (§ 3 des Notariatsgesetzes vom 25. Juli 1871) kennen einen auf sofortige Zwangsvollstreckung gerichteten Vertrag, die sog. vollstreckbare Urkunde, und die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit sind in beiden Staaten fast dieselben. Während nun bei der Frage nach der Bedeutung anderer Urkunden im zwischenstaatlichen Verkehr nur ihre Beweiskraft in Betracht kommt, kommt bei den vollstreckbaren Urkunden in Frage, ob der Staat in seinem Gebiet aus ausländischen Urkunden eine Zwangsvollstreckung dulden kann; denn grundsätzlich erwächst der Rechtschutzanspruch auf Zwangsvollstreckung nur aus inländischen Vollstreckungstiteln und nur auf diese sind die Vorschriften der deutschen Zivilprozeßordnung zugeschnitten. Nach dieser ist der einzige ausländische Schuldtitel, aus dem eine Zwangsvollstreckung in Deutschland in Betracht kommt, das Urteil eines ausländischen Gerichts; und auch hier muß aber ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen sein, das insbesondere abzulehnen ist, wenn das ausländische Urteil in unbilliger Weise die Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners verletzt (§§ 722, 723, 328 ZPO.). Das deutsche Gericht kann also (bei verbürgter Gegenseitigkeit) den Erlaß des Vollstreckungsurteils kaum je ablehnen, wenn der Schuldner sich dem ausländischen Gericht gestellt und vor diesem gemäß seinem A n e r k e n n t n i s verurteilt ist. Einem solchen Verhalten des Schuldners kommt es aber ziemlich gleich, wenn dieser dieselbe Absicht, die er durch ein vor dem ausländischen Gericht abgegebenes A n e r k e n n t n i s und durch das daraufhin ergangene Urteil verwirklicht, durch Abgabe einer vollstreckbaren Erklärung vor dem ausländischen Notar betätigt<sup>20)</sup>. Mit Recht bemerkt v. B a r (Theorie und

<sup>19)</sup> Vgl. R o h l e r in Gruchots Beitr. 31 S. 314.

<sup>20)</sup> Vgl. v. A m e l u n g e n im ZblZG. 7 S. 547 „Freiwillige Gerichtsbarkeit und freiwillige Urteile“.

Praxis des internationalen Privatrechts, zweite Auflage, Bd. 2 (S. 542) <sup>21)</sup>:

„Die wenigsten Bedenken hat jedenfalls die Zulassung der Zwangsvollstreckung auf Grund von ausländischen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mag man auch einem auswärtigen Richter spruche mißtrauen, so ist doch nicht ohne Weiteres Fälschung oder großes Mißverständnis zuzuschreiben den in einem zivilisierten Staate aufgenommenen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zumal die Parteien sich meist selbst die geeigneten Organe aussuchen können, Fälschungen aber, bei denen in Wahrheit nicht erschienene Personen als handelnd aufgeführt werden, glücklicherweise doch selten sind.“

Auch wird die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urkunden erfordert durch die stetige Steigerung des Verkehrs mit dem Ausland und die Erweiterung der Verkehrsmittel, die es dem Schuldner gestatten, seine Habe durch Übersiedelung nach dem Ausland dem Gläubiger zu entziehen. So erklärt sich der schon oben unter 6 wiedergegebene Beschluß des Notarkongresses, die vollstreckbaren Urkunden beider Staaten ohne weitere Beglaubigung und ohne Vollstreckungsurteil zur unmittelbaren Vollstreckung zuzulassen, und zwar soll es für Deutschland genügen, daß an Stelle der hier erforderlichen Vollstreckungsklausel die Ausfertigung des Beschlusses des österreichischen Gerichts über die Exekutionsbewilligung dem Vollstreckungsorgan vorgelegt wird.

Aber es stehen der Durchführbarkeit dieses Beschlusses doch erhebliche Bedenken entgegen, die auf dem Kongreß nicht erörtert sind.

Man setze den Fall: Ein deutscher Staatsangehöriger hat bei seinem Aufenthalt in Wien sich vor dem österreichischen Notar der Zwangsvollstreckung unterworfen und der Gläubiger hat diese in Berlin vorgenommen. Nun wendet der Schuldner ein, die Zwangsvollstreckung sei unzulässig, weil die Urkunde bei richtiger Auslegung gar nicht die Unterwerfungsklausel enthalte, oder weil diese sich auf eine andere als die beizutreibende Schuld beziehe, oder weil bei richtiger Auslegung der Urkunde die Vollstreckung noch gar nicht zulässig sei, oder weil er —

<sup>21)</sup> Nicht zu verwechseln mit dem in Anm. 2 angezogenen Werk desselben Verfassers. — Das Zitat in *NotW.* 7 S. 610 enthält hier Druckfehler betr. des Namens und der Seitenzahl.

der Schuldner — zu Unrecht als der Rechtsnachfolger des in der vollstreckbaren Urkunde aufgetretenen Schuldners angesehen werde, oder weil der Antragsteller zu Unrecht als Rechtsnachfolger des in der Urkunde bezeichneten Gläubigers auftrete. Wäre diese Urkunde von einem deutschen Notar aufgenommen, so würde es sich hier um Einwendungen handeln, die die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen und es hätte über sie das Amtsgericht des Wohnsitzes des Notars zu entscheiden (§ 797 Abs. 3 BPD). Da die Urkunde aber von einem österreichischen Notar aufgenommen ist, fehlt es an einem zur Entscheidung zuständigen deutschen Gericht. Die Entscheidung hierüber etwa durch Ergänzung des § 797 dem deutschen Vollstreckungsgericht zu übertragen, wäre ganz unangemessen, da über jene Einwendungen nach der Natur der Sache das Gericht des Errichtungsstaats unter Anwendung des dortigen Gesetzes zu entscheiden hat; es würde staatsrechtlichen Grundsätzen widersprechen, wenn das deutsche Gericht die in der Exekutionsbewilligung bereits vorliegende Entscheidung des österreichischen Gerichts änderte. Wollte man sonach die Entscheidung über solche Einwendungen dem österreichischen Gericht übertragen, so ergäbe sich die Folge, daß das deutsche Vollstreckungsorgan — sei dies nun ein Gerichtsvollzieher oder (wie bei der Forderungspfändung und der Vollziehung in Grundstücke) ein Gericht — bei dieser seiner Amtstätigkeit von den Entscheidungen einer ausländischen Behörde abhängig sein soll, was wieder mit feststehenden staatsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar sein dürfte. Man nehme auch den Fall: der Schuldner wendet gegen die erfolgte Vollstreckung ein, er sei zur Abgabe der von ihm vor dem österreichischen Notar erklärten vollstreckbaren Urkunde durch Irrtum, Täuschung oder Drohung veranlaßt, so wäre das in § 797 Abs. 5 BPD. bezeichnete deutsche Gericht, also grundsätzlich das Gericht des Wohnsitzes des Schuldners, zur Entscheidung hierüber zuständig. Diese Entscheidung müßte wohl nach österreichischem Recht erfolgen und daß ein deutsches Gericht über die Rechtswirksamkeit der Amtshandlungen einer ausländischen Urkundsperson unter Anwendung des ausländischen Rechts entscheidet, ist zwar sehr wohl denkbar, aber sehr unerwünscht. Ob nicht auch die Anwendung noch anderer Vorschriften des deutschen Zwangsvollstreckungsrechts auf die vollstreckbaren Urkunden des ausländischen Staats Schwierigkeiten bereiten würde, soll hier nicht untersucht werden; es sei aber nochmals darauf hingewiesen, daß die Vorschriften der deutschen Zivilprozessordnung durchweg zugeschnitten sind auf die Vollstreckung deutscher Schuldtitel, wie dies der § 722 und der § 794 B. 5 zum

Ausdruck bringt. Wollte man aber, wie dies *Oberned* in einem Eventualantrag zu dem oben erwähnten Beschluß des Notarkongresses vorschlägt, die Zwangsvollstreckung aus österreichischen Urkunden abhängig machen von der zu vorigen Erwirkung eines deutschen Vollstreckungsurteils, so wäre die österreichische vollstreckbare Urkunde fast wertlos. Jedenfalls passen, wie *Oberned* anerkennt, die Vorschriften der §§ 722 ff. *BP.D.* auf ein solches Verfahren für notarielle Urkunden gar nicht, da bei jenen Voraussetzungen geprüft werden, die für notarielle Urkunden gar nicht in Betracht kommen. — Welche Einwendungen vom Standpunkte des österreichischen Zwangsvollstreckungsrechts gegen die Durchführung des vom Notarkongreß gefaßten Beschlusses bestehen, bleibe dahin gestellt; die Annahme *Oberned's* (*NotB.* 7, 611—614): daß in Österreich auch ausländische vollstreckbare notarielle Urkunden Exekutionstitel seien, ist nicht zutreffend. So bemerkt auch *Rietsch* (*Urkundenwesen der deutschen Staaten* S. 639), daß auf Grund einer vollstreckbaren ausländischen Notariatsurkunde in Österreich eine Zwangsvollstreckung nicht stattfindet.

11. Wird der Staatsvertrag dahin abgeändert, daß die von den Notaren eines der Vertragsstaaten errichteten Urkunde zum Gebrauch im anderen Vertragsstaat einer Beglaubigung nicht bedürfen, so hätte das — wie ausdrücklich hervorzuheben, weil dieser Gesichtspunkt auf dem Kongreß gar nicht berührt ist — durchaus nicht den Erfolg, daß dann Urkunden österreichischer Notare in Deutschland unter allen Umständen als echt anzusehen wären. Die Aufhebung des Legalisierungszwanges hatte eine solche Folge nicht einmal für die in Deutschland aufgenommenen Urkunden und würde sie daher für die in Österreich aufgenommenen Urkunden um so weniger haben. Vielmehr würde man in Deutschland Urkunden österreichischer Notare doch nur behandeln, wie inländische i. S. des § 1 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1878 (oben unter 4) und das könnte Belästigungen für den Rechtsverkehr zur Folge haben. Denn wie die Begründung des eben erwähnten Gesetzes ausdrücklich hervorhebt, bestimmt dies durchaus nicht, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen inländische öffentliche Urkunden als echt anzusehen seien; hierüber soll vielmehr, so hebt die Begründung hervor, für den Zivilprozeß der § 437 (ä. F. 402) *BP.D.* (wonach inländische öffentliche Urkunden zwar die Vermutung der Echtheit für sich haben, das Gericht aber bei Zweifeln an der Echtheit die Ausstellungsbehörde zu einer Erklärung über die

Echtheit veranlassen kann) maßgebend sein. Die Begründung bemerkt dann weiter, das Gesetz wolle auch darüber nicht bestimmen:

„unter welchen Umständen außerhalb des Prozeßgebiets, z. B. beim Grundbuchverkehr, vor dem Vormundschaftsgericht, bei Verwaltungsbehörden, im Verwaltungsstreitverfahren usw. die betreffende Behörde die Echtheit der ihr vorgelegten Urkunde anzuerkennen habe, indem hierüber dem bestehenden Recht nach wie vor die Entscheidung anheimgegeben bleibt. Demzufolge schließt der Entwurf auch die Befugnis der Behörde nicht aus, wenn sie im Einzelfall an der Echtheit einer ihr vorgelegten Urkunde zweifelt, eine Legalisation zu fordern, falls die Behörde nicht, was ihr ebenfalls offen steht, etwa der eigenen Feststellung: ob die Urkunde für echt gelten könne, den Vorzug gibt.“

Also selbst wenn die Urkunde von einem im Gebiet des Deutschen Reichs wohnhaften Notar aufgenommen ist, kann das deutsche Gericht, wenn es an ihrer Echtheit Zweifel hegt, von dem die Urkunde vorlegenden Beteiligten die Beschaffung einer Legalisation fordern oder auch zur Beseitigung seiner Zweifel selbständige Feststellungen treffen. Steht dies Recht aber den deutschen Gerichten gegenüber den von inländischen Notaren aufgenommenen Urkunden zu, so steht es ihm gegenüber den Urkunden österreichischer Notare umsomehr zu; und es ist die Befürchtung naheliegend, daß die deutschen Gerichte gegenüber den Urkunden österreichischer, also ausländischer Notare, in der Ausübung des Rechts zur Echtheitsprüfung recht weit gehen könnten. Daß die deutschen Gerichte gegenüber den Urkunden deutscher Notare von diesem Recht keinen übermäßigen Gebrauch gemacht haben, erklärt sich daraus, daß man vom Standpunkt der Reichseinheit sämtliche zum Deutschen Reich gehörigen Staaten als Inland ansah. Aber dennoch hat das Preussische Kammergericht (RGZ. 6,85) entschieden, daß ein Preussisches Gericht das Siegel eines sächsischen Notars als ihm unbekannt beanstanden dürfe, und daß die Beteiligten verpflichtet sind, dem Gericht darüber Nachweisungen zu führen, ob der Notar das gebrauchte Siegel mit Recht führe. Es ist auch zu erwähnen, daß man bei der Beratung des EGBGB. (Prot. 6 S. 461) und besonders des FGG. — also etwa zwanzig Jahre seit der Geltung des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1878 — noch Beschwerde führte, daß die Behörden des einen deutschen Bundesstaats notarielle Urkunden

als ungenügend zurückgewiesen haben lediglich deshalb, weil der Notar, der sie aufgenommen hatte, nicht demselben Bundesstaat, sondern einem anderen Bundesstaat angehöre. Es wurde daher bei der Beratung des F&G. in der Kommission (KommB. 64) eine gesetzliche Bestimmung dahin beantragt:

„Die von einem Gericht oder Notar innerhalb seiner Zuständigkeit aufgenommene Urkunde ist im Geschäftsverkehr aller öffentlichen Behörden als eine öffentliche Urkunde zu behandeln, ohne Rücksicht darauf, ob von ihr in dem Bundesstaate, welchem das Gericht oder der Notar angehört, oder in einem anderen Bundesstaate Gebrauch gemacht wird.“

Der Antrag wurde abgelehnt, nachdem der Bundesratsvertreter eine solche Handhabung als unrichtig bezeichnet und sie zurückgeführt hatte auf die damals bestehende Verschiedenheit der bürgerlichen Rechts. Und da diese Verschiedenheit zwischen Deutschland und Oesterreich erst recht besteht, so ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß auch wenn entsprechend der hier vertretenen Ansicht, eine Änderung des Staatsvertrages erfolgt, die deutschen Behörden die Rechtswirklichkeit österreichischer Urkunden grundlos anzweifeln möchten, hierdurch aber den Beteiligten Schwierigkeiten entstehen, die auf dem Kongreß nicht genügend gewürdigt sind. Zur Beseitigung dieser Schwierigkeiten hat schon *Berneß* auf dem Kongreß sachgemäß vorgeschlagen, daß alljährlich die Namen der Notare beider Länder und ihre Amtsbezirke sowie das Amtssiegel amtlich veröffentlicht werden sollen (a. a. O. S. 608). Empfehlenswert wäre es, hiermit jedesmal zugleich einen kurzen Grundriß über die wesentlichen Abweichungen der in beiden Staaten bestehenden Beurkundungsvorschriften zu verbinden. Wird die Echtheit der Urkunde so als feststehend verbürgt, so werden sich — darauf kann man vertrauen — die Gerichte beider Staaten allmählich von der Erwägung leiten lassen, daß der Urkunde auch die „Vermutung der Legalität“ zur Seite stehe, d. h. die Vermutung, daß bei Aufnahme der Urkunde die am Ort der Aufnahme geltenden Gesetze beobachtet sind und der Notar innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt hat<sup>22)</sup>.

<sup>22)</sup> v. *Bar*, Theorie und Praxis des internat. Privatrechts (2) I S. 137 Anm. 18; *Worchardt*, Wechselordnung, Zusatz 846 zu Art. 86; *Dorner*, Komm. zur badischen Rechtspolizeigesetzgebung S. 288 Anm. 4; *RGZ.* 5 S. 99.

12. Schließlich sei hier hervorgehoben ein Gesichtspunkt, der auffallenderweise auf dem Kongreß gar nicht berührt ist. In Deutschland können notarielle Urkunden jeder Art nur in deutscher Sprache errichtet werden; die deutsche Sprache ist hier die alleinige Amtssprache. Dagegen kennt Österreich keine einheitliche Staatssprache; dort können auch Notariatsurkunden in tschechischer, polnischer, slovenischer, italienischer, ruthenischer, rumänischer, kroatischer Sprache aufgenommen werden. Die Notare in diesen Ländern erhalten vom Oberlandesgericht die Bestätigung, daß sie zur Beurkundung in der bestimmten nichtdeutschen Sprache befähigt sind; der Notar muß sogar bei seiner Anstellung nachweisen, daß er die für die Stelle, für die er ernannt werden soll, erforderliche Kenntnis der Landessprachen besitze. In Verfolg der hier vertretenen Ansicht (oben 7, 8) muß der Wegfall des Beglaubigungszwanges auch für die in einer nichtdeutschen Sprache aufgenommenen Urkunden der österreichischen Notare verlangt werden, wie ja doch auch Urteile österreichischer Gerichte, die in nichtdeutscher Sprache abgefaßt sind, keinem Beglaubigungszwang unterliegen; der Art. 1 des Staatsvertrages enthält in dieser Beziehung keinen Unterschied und auch die Begründung des Gesetzes erwähnt ihn nicht.

Aus den Vorschriften der deutschen Gesetze über die Gerichtssprache (§ 186 CPO., § 8 ZPO.) ist nicht zu folgern, daß eine Beweisführung durch Urkunden in fremder Sprache unzulässig sei; das Gegenteil ergibt sich aus § 142 Abs. 3 ZPO., wonach das Gericht anordnen kann, daß von fremdsprachlichen Urkunden eine von einem vereidigten Dolmetscher gefertigte Übersetzung beizubringen ist (RG. Bd. 9 S. 436; RGZ. Bd. 2 S. 157). Es liegt aber auf der Hand, daß die Brauchbarkeit der von österreichischen Notaren in einer nichtdeutschen Sprache aufgenommenen Urkunden hiernach in Deutschland sehr erschwert wird und in diesem Sinne eine Gleichstellung solcher Urkunden mit den in Deutschland aufgenommenen natürlich ausgeschlossen ist. Es muß auffallen, daß diese Erwägung auf dem Kongreß gar keine Erörterung gefunden hat.

Danach empfehlen sich nachstehende Beschlüsse:

1. Im Verkehr zwischen dem Deutschen Reich und Österreich ist, wie dies bereits für gerichtliche Urkunden geschehen, so auch für notarielle Urkunden der bestehende Beglaubigungszwang zu beseitigen. Denn die Notariatsverfassung und das Beurkundungswesen beruhen in beiden

Staaten auf wesentlich gleichen Grundlagen; hervortretenden Schwierigkeiten kann durch sachgemäße Anordnungen der Justizverwaltung vorgebeugt werden.

2. Dagegen ist es nicht zu empfehlen, daß aus den in dem einen Staat aufgenommenen Urkunden eine Zwangsvollstreckung im Gebiete des anderen Staats stattfinden darf. Denn die Vorschriften des deutschen Zwangsvollstreckungsrechts sind lediglich auf inländische Schuldtitel zugeschnitten und eine Änderung dieser Vorschriften nach der gedachten Richtung wäre ohne Durchbrechung feststehender staats- und prozeßrechtlicher Grundsätze undurchführbar.

---

## II.

### Gutachten des Herrn Justizrats M. Saffinger in Berlin

über die Frage:

Sind die Grundsätze der Mündlichkeit der Verhandlung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in dem jetzt geltenden deutschen Zivilprozeß zweckmäßig durchgeführt, oder welche Änderungen empfehlen sich für den Fall einer durchgreifenden Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits?

#### I.

Bei der vorstehenden mir zur Begutachtung vorgelegten Frage wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit auch den künftigen deutschen Zivilprozeß zu beherrschen haben. Das ist in der That ein zwingendes Postulat unserer ganzen Rechtsentwicklung; das mündliche Verfahren ist nicht nur der eines freien und großen Volkes allein würdige Rechtszustand, es ist auch die geeignetste Form zur Erreichung des Zweckes des Zivilprozesses<sup>1)</sup>. In der öffentlichen Diskussion herrscht darüber jetzt auch kaum noch ernstliche Meinungsverschiedenheit, wenn man auch hier und da von einer Überspannung des Mündlichkeitsprinzips spricht und für besonders geartete Fälle eine Entscheidung auf Grund der Akten empfiehlt<sup>2)</sup>. Um

<sup>1)</sup> Vgl. Wach, Vorträge über die Reichs-ZPD., 2. Aufl. 1896 S. 2, 4.

<sup>2)</sup> Unannehmbar erscheint mir der Vorschlag Sellwigs (Justizreform S. 24), die mündliche Verhandlung dann wegfällen zu lassen, wenn die Parteien

so zahlreicher sind dagegen die geheimen Feinde der Mündlichkeit, und zwar sowohl unter den Richtern als auch unter den Anwälten; und wahre Freunde hat sie auch nicht bei den Justizverwaltungen der deutschen Bundesstaaten. Für wenige von den Gegnern des Unmittelbarkeitsprinzips im Zivilprozeß würde die Frage diskutabel sein, ob im Strafverfahren die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit aufzugeben seien; und doch ist die geistige Tätigkeit des Gerichts, die Feststellung eines Tatbestandes und seine rechtliche Beurteilung, in beiden Arten des Verfahrens genau dieselbe.

Leonhardt und seine Mitarbeiter an der deutschen ZPO. waren von der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit durchdrungen. Sie wollten, wie es in der Begründung des Kommissionsentwurfes heißt, volle Mündlichkeit, kein halb schriftliches, halb mündliches Verfahren; sie wollten den Grundsatz zur Geltung bringen, daß der Richter nur die in der Verhandlung vorgebrachten Tatsachen zu berücksichtigen habe, um zu verhindern, daß die Verhandlung nach und nach wieder zur Bedeutungslosigkeit einer Scheinverhandlung herabsinke<sup>3)</sup>. Sie haben geglaubt, diese Grundsätze in den nachfolgenden Bestimmungen zu einem zweifelnsfreien Ausdruck zu bringen:

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit ist gemäß § 128 ZPO. eine mündliche, und zwar vor dem erkennenden Gericht. Das Urteil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. § 309. Hat also eine frühere Verhandlung, z. B. infolge einer beschlossenen Beweisaufnahme, nicht zum Urteil geführt, so muß die Sache in dem späteren Termine, soweit sie den Richtern nicht mehr erinnerlich ist, von neuem verhandelt werden; dies muß stets geschehen, wenn das erkennende Gericht anders als früher besetzt ist.

Die Beweisaufnahme erfolgt nach § 355 vor dem Prozeßgericht und kann nur in einigen ganz bestimmten Ausnahmefällen (§§ 372, 375, 382, 402, 434 und 479) einem Mitgliede des Gerichts oder einem anderen Gerichte übertragen werden.

Da eine mündliche Verhandlung — von ganz einfachen Streitfachen abgesehen<sup>4)</sup> — ihren Zweck nur erreichen kann, wenn sie gehörig

anzeigen, daß sie ihren schriftlichen Erklärungen nichts hinzusetzen haben. Wir würden in dem größten Teile Deutschlands in einem Jahrzehnt ein rein schriftliches Verfahren haben, wenn wir ein solches Gesetz bekämen!

<sup>3)</sup> S a h n, Materialien II S. 508.

<sup>4)</sup> Im Amtsgerichtsprozeß verlangt § 129 keinen Schriftsatzwechsel und § 500 läßt eine Verhandlung des Rechtsstreits sogar ohne Klageschrift zu.

vorbereitet ist, so ordnen §§ 129, 130 an, daß die Anwälte die Anträge, Tatsachen und Beweismittel, welche sie in der mündlichen Verhandlung vorzubringen beabsichtigen, einander vorher in zuzustellenden Schriftsätzen mitzuteilen haben. Die Schriftsätze sollen u. a. „die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse“ und „die Erklärung über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners“ enthalten. Der Nachdruck liegt auf dem Worte „tatsächlichen“; die Motive <sup>6)</sup> zu dem entsprechenden § 117 des Kommissionsentwurfes heben denn auch hervor, daß die Absicht des Gesetzgebers völlig verkannt werden würde, wenn man die Schriftsätze mit rechtlichen Erörterungen belasten wollte. § 129 bestimmt ausdrücklich, daß die Unterlassung der schriftlichen Vorbereitung der Verhandlung Nachteile in der Sache selbst nicht zur Folge hat. Um eine sachgemäße Leitung der Verhandlung zu ermöglichen, ordnet § 133 an, daß die Parteien eine für das Gericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze nach der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen haben.

## II.

Diese sorgfältig überlegten Bestimmungen haben nicht verhindern können, daß unser Prozeßverfahren im großen und ganzen ein schriftliches geblieben ist und, soweit ein solches vor der Einführung der P.D. in Deutschland nicht bestand, an Schriftlichkeit zugenommen hat. Bei den Landgerichten in Berlin findet eine wirkliche Verhandlung nur ausnahmsweise statt. Die Regel ist, daß in dem Verhandlungstermin ausdrücklich oder stillschweigend auf die Schriftsätze Bezug genommen, und daß nur ab und zu von Seiten des Gerichts auf eine Ergänzung des schriftlichen Materials in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung hingewirkt wird. *G u t t m a n n* <sup>6)</sup> bestätigt, daß auch anderwärts bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze und einzelne Zusätze dazu als mündlicher Vortrag gelten. *S c h m a l e* teilt in der *JW.* 1907, 537 für Dortmund und andere Industriestädte bezüglich des amtsgerichtlichen Prozesses, für den die P.D. sogar eine gesteigerte Mündlichkeit vorsieht, die Tatsache mit, daß ein rein schriftliches Verfahren das mündliche ersetzt habe. Bei *v. S o m m e r l a t t e* <sup>7)</sup> finden wir das interessante und zugleich naive Bekenntnis, wie ein großes

<sup>6)</sup> *S a h n*, a. a. O. S. 212.

<sup>6)</sup> Unmittelbarkeit und freie Beweismwürdigung S. 56.

<sup>7)</sup> Enquete über das Berufungsverfahren, 1897 S. 10.

deutsches Oberlandesgericht und seine Rechtsanwälte die mündliche Verhandlung verstehen. Der Bericht lautet wörtlich: „Beim Oberlandesgericht in Dresden findet vor der mündlichen Verhandlung eine nicht öffentliche Beratung statt, welche grundsätzlich nur den Zweck hat, daß das Kollegium einstweilen über den Sachstand informiert wird. Das schließt nicht aus (!), daß der Senat sich in einfachen Sachen bei Gelegenheit der Vorbesprechung für den Fall, daß der Sachstand unverändert bleibt, über den Erfolg der Berufung oder über einzelne Streitfragen schlüssig macht.“ Dasselbe Oberlandesgericht beklagt<sup>\*)</sup>, daß die Anwälte in der Verhandlung ihr tatsächliches Vorbringen aus den Schriftsätzen ablesen, und daß es dem Gericht nicht gelingt, sie zu einem freien Vortrage zu bestimmen.

Ebenso wenig wie die gesetzlichen Bestimmungen über die unmittelbare Sachverhandlung sind diejenigen über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zur Geltung gekommen. Der Gesetzgeber war sich vollständig darüber klar und hat es in den Motiven zu dem § 311 des Entwurfs ausgesprochen, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht eine Konsequenz der Unmittelbarkeit der Verhandlung und zugleich der freien Beweiswürdigung ist. Die gerichtliche Praxis hat von Anfang an bis auf den heutigen Tag die gesetzliche Regel zur Ausnahme, bei den Oberlandesgerichten zu einer seltenen Ausnahme gemacht.

### III.

Wenn hiernach das Ideal, welches den Verfassern der ZPO. vorgeschwebt hat, nicht zur Wirklichkeit geworden ist, so liegt die Schuld zum geringsten Teile an dem Gesetze selbst. Die ZPO. ist nach Form und Inhalt eines unserer vollendetsten Gesetze; sie stammt noch aus der großen Zeit des neuen Deutschen Reichs, kein geeigneterer als *Leonhardt* konnte für die Ausarbeitung des ersten Entwurfs gefunden werden. Unter seinem Vorstiz hat sodann eine Kommission der ausgezeichnetsten Juristen, von denen ich nur *Falk*, *Dipenbroick-Grüter*, *Planck*, *Dorn* und *v. Wilnowski* nenne, den vom Bundesrate dem Reichstage vorgelegten Entwurf verfaßt. In der Reichstagskommission, welche diesen Entwurf beraten hat, saßen u. a. *Miquel*, *Strudmann*, *Baehr*, *Gneist*, *Lascher* und *Wolffson*. Man wird heute eine solche Zahl von gleich qualifizierten Männern nicht

<sup>\*)</sup> a. a. O. S. 24.

zusammenbringen können. Wir haben daher alle Veranlassung, an diesem Werke nur mit der größten Vorsicht zu reformieren.

Ob eine Änderung der ZPO. erforderlich ist, und wie sie zu bewirken ist, kann nur dann richtig beurteilt werden, wenn wir die Gründe untersuchen, die dahin geführt haben, daß wir, vielleicht vom Rheinland abgesehen, zu einer lebensvollen Mündlichkeit des Verfahrens bisher nicht gelangt sind.

Zunächst bedeutete die Einführung des mündlichen Verfahrens für den größten Teil Deutschlands einen vollständigen Bruch mit der seit Jahrhunderten gewohnten Schriftlichkeit. Man kann damit den Rechtszustand in Frankreich bei der Einführung des *code de procedure civile* überhaupt nicht vergleichen, der nichts neues geschaffen, sondern im wesentlichen nur die *ordonnance* Ludwigs XIV. vom Jahre 1667 wiederholt hat. Wie man sich in Frankreich seit Jahrhunderten eine andere Ordnung des Verfahrens nicht vorstellen kann, so ist für uns Deutsche die Schriftlichkeit des Zivilprozesses noch bis auf den heutigen Tag eine fest eingewurzelte Gewohnheit. Es kommt hinzu, daß, wie mit Recht in den Motiven zu der österreichischen Zivilprozessordnung gesagt wird, das Urteilen auf Grund sorgfältig ausgearbeiteter schriftlicher Akten für den Richter zweifellos leichter ist, als das Urteilen unmittelbar auf Grund mündlicher Verhandlung. Auch für die Mehrzahl der Anwälte, insbesondere bei der Verbindung des Notariats mit der Anwaltschaft, ist der Prozeßbetrieb von ihrer Schreibstube aus bequemer als in dem Gerichtssaal. Es erklärt sich daher vor allem aus der *vis inertiae*, daß sowohl Richter wie Anwälte sehr bald das Loch in der ZPO. erkannten, durch welches sie die alte Schriftlichkeit in das neue Verfahren hinübertraten. Die gutgemeinte Vorschrift der Niederlegung einer Abschrift der Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei wurde für die praktische Gestaltung des deutschen Zivilprozesses verhängnisvoll. Schon bei der ersten Beratung des Entwurfs im Plenum des Reichstages hatte der Abgeordnete *Kloppel*<sup>9)</sup> die Gefahr mit voller Klarheit erkannt und mit Lebhaftigkeit gegen die Beibehaltung der Gerichtsakten gekämpft. Er erklärte mit Recht für die wesentlichste Voraussetzung des Prinzips der Unmittelbarkeit der Verhandlung, daß der Richter wirklich ganz uneingenommen nach jeder Seite in die Verhandlung hineinkommt, und bezeugte zugleich aus seiner eigenen Er-

<sup>9)</sup> *S a h n*, a. a. O. S. 517.

fahrung in dem Gebiete des französisch-rheinischen Rechts, daß dort niemals das Bedürfnis für den Gerichtsvorsitzenden hervorgetreten sei, behufs sachgemäßer Leitung der Verhandlung auch nur vorübergehend von den Älten Einsicht zu nehmen. Bei den Beratungen der Reichstagskommission beantragte auch der Abgeordnete K l o <sup>10)</sup> die Streichung der fraglichen Bestimmung mit der Begründung, der bezügliche § 120 werde der Tod der mündlichen Verhandlung sein, die durch die Schriftsätze informierten Richter würden weder den tatsächlichen noch den rechtlichen Ausführungen der Advokaten mit Aufmerksamkeit folgen. Im gleichen Sinne sprachen sich die Abgeordneten H e r z und R e i c h e n s p e r g e r aus; der letztere wies auch bereits auf das Übergewicht hin, welches der aus den Älten informierte Richter über die anderen ausüben werde, und betonte, daß im Rheinlande das mündliche Verfahren ohne eine derartige Hinterlegung von Schriftsätzen gedeihe. H e r z bezog sich auf den Vorgang Baherns, welches im Verfahren vor dem Einzelrichter und vor den Handelsgerichten Schriftsätze nicht kenne und damit durchaus günstige Resultate erzielt habe.

Die Befürchtungen dieser hervorragenden Praktiker sind leider vollständig eingetroffen. Die Rechtsanwälte fuhrten auch nach Einführung der ZPD. fort, die Schriftsätze ebenso abzufassen wie ihre früheren Prozeßschriften, obgleich Zweck und Bedeutung der Schriftsätze sich vollständig verändert hatten. Der deutsche Rechtsanwalt spricht noch heute in seinen Schriftsätzen zum Gericht und nicht zum Gegner. Gegen die Vorschrift des § 130 nimmt er in die Schriftsätze Rechtsausführungen auf; manche Schriftsätze bestehen ausschließlich aus solchen. Aber auch in tatsächlicher Beziehung überschreiten die Schriftsätze weit die durch ihren Zweck einer bloßen Vorbereitung der mündlichen Verhandlung von selbst gezogenen Grenzen. Die Motive zu § 117 des Entwurfs (S a h n a. a. D. S. 212) sagen ausdrücklich: „Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten; ihre Bedeutung, wie sie vom Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden, wenn in dieselben alles, was in tatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Tatsachen aufgenommen werden und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde.“ Diese gesetzwidrige Bearbeitung der Schriftsätze hat sich im Laufe der Zeit nach Einführung der Schreibmaschine in den Anwaltsbüros fortgesetzt ver-

<sup>10)</sup> S a h n , a. a. D. S. 518, 1110.

schlimmert. Die Rechtsanwälte diktieren ihren Stenographen nicht selten vollständige Plaidoyers, wobei es dann nicht ausbleiben kann, daß solche oft nicht ausreichend durchgesehenen Schriftsätze ein buntes Durcheinander von erheblichen und unerheblichen Anführungen enthalten und von Wiederholungen strotzen. Wieviel kostbare Zeit wird in Deutschland täglich und stündlich mit der Lektüre derartiger, geradezu ästhetischen Widerwillen erregender Schriftsätze vergeudet!

Diese mißbräuchliche Behandlung der Schriftsätze würde nun aber noch nicht zum Ruin der Mündlichkeit geführt haben, ja sie würde überhaupt nicht haben Platz greifen können, wenn die Gerichte das vom Gesetz gewollte Verhältnis zwischen den Schriftsätzen und der mündlichen Verhandlung beachtet und gewahrt hätten, wenn also die Vorsitzenden sich damit begnügt hätten, die Akten nur insoweit einzusehen, als ihnen dies zur besseren Leitung der Verhandlung zweckmäßig erschien. Statt dessen haben gerade die gewissenhaftesten Vorsitzenden ihre Kraft in dem Aktenstudium erschöpft und, da es von vornherein klar war, daß dem Vorsitzenden zu einer vollständigen Beherrschung des Aktenmaterials die Zeit fehlen würde, so hat man ganz allgemein aus dem früheren Verfahren den Referenten übernommen, welchen die ZPO. nur in einem einzigen Falle (in dem Zwischenstreite über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung) kennt. Wenn auch nicht die Unzulässigkeit der Ernennung eines Referenten behauptet werden kann, da § 199 G.B. die Möglichkeit einer solchen voraussetzt, so hat doch die Übung bei den Kollegialgerichten, daß fast bei jeder Sache, und zwar alsbald nach ihrem Eingange ein Referent ernannt wird, am meisten dazu beigetragen, daß die gesunden Prinzipien der ZPO. nicht in die Praxis übergegangen sind. Das Referentenwesen hat erst zu dem Schriftsatzwesen geführt. Die Rechtsanwälte sind doch im allgemeinen Männer des praktischen Lebens, die nicht zwecklos oder zu ihrem Privatvergnügen einen großen Teil ihrer Zeit auf die Herstellung weitläufiger Schriftsätze verwenden! Dem ernannten Referenten erscheint es als eine erhebliche Erleichterung seiner Tätigkeit, schon vor der Verhandlung in den Akten eine vollständige tatsächliche und rechtliche Bearbeitung der Streitsache zu finden. Je eifriger er ist, um so besser beherrscht er bereits vor der Verhandlung den gesamten Prozeßstoff und er erlangt damit für die ihm zugeteilte Sache in dem Kollegium erklärlicherweise ein derartiges Übergewicht, daß er es in der Regel ist, welcher den Prozeß entscheidet. Kommt dann etwa noch hinzu, daß der Vorsitzende, welcher gleichfalls wenn auch weniger genau wie der Berichterstatter

die Akten kennen mag, ebenso votiert, so ist damit, auch bei den Oberlandesgerichten, die Entscheidung in der großen Mehrzahl der Fälle gegeben. Unter diesen Umständen kann es nicht Wunder nehmen, daß die Rechtsanwälte, auch diejenigen, welche wohl wissen, wie wenig dieses Verfahren dem Gesetze entspricht, im Interesse ihrer Parteien vor allem den Referenten des Gerichts durch eine möglichst ausführliche Behandlung der Tatsachen und Rechtsfragen auf ihre Seite zu bringen suchen, daß sie sich selbst nicht scheuen, auf vielen Bogen über das Ergebnis einer stattgehabten Beweisaufnahme zu plaidieren, was ausländischen Juristen völlig unbegreiflich erscheint. So haben wir denn jetzt ein Verfahren, das sich von dem früheren noch durch eine Vermehrung des Schriftwerks auszeichnet, da die Zahl der Schriftsätze durch keine Eventualmaxime beschränkt wird.

Bleibt hiernach für die mündliche Verhandlung wenig oder gar nichts neues zu sagen übrig, so konnte es nicht ausbleiben, daß sie für alle Beteiligten mit Ausnahme vielleicht von einigen Rechtsanwälten, deren Optimismus nicht zu töten ist, völlig uninteressant werden mußte. Dem Vorsitzenden, welcher die Akten kennt, dem Referenten, der sie noch genauer kennt, ist zumeist jedes Wort zu viel, das die Anwälte sprechen. Die übrigen Mitglieder des Kollegiums, gewöhnt sich auf den Referenten und Vorsitzenden zu verlassen, schenken der Regel nach den Anwaltsvorträgen nur geringe Aufmerksamkeit. Es ist ein offenes ehrliches Wort, wenn der Amtsrichter Schmale a. a. O. sich mit dem oben konstatierten schriftlichen Verfahren bei den größeren Amtsgerichten völlig einverstanden erklärt; es ermögliche die Erledigung einer großen Zahl von Prozessen, seine Bekämpfung sei auch zwecklos, da das Gericht doch nur dasselbe noch einmal mündlich hören würde, was es bereits gelesen und in sich verarbeitet habe!

Selbst bei den Gerichten, welche wie das Kammergericht die Geduld üben, die Anwälte anzuhören, ist eine volle Aufmerksamkeit der sämtlichen Mitglieder des Senats nicht zu erreichen, wie sich auch abgesehen von dem Vorsitzenden leicht durch die Art der Plaidoirie erklärt. Ich bin beim Kammergerichte seit der Einführung der Zivilprozeßordnung tätig und kann bezeugen, daß hier von den Anwälten mit Ernst und Eifer plaidiert wird. Es ist indessen klar, daß die Aktenkenntnis des Referenten und Vorsitzenden die Vorträge der Anwälte nach Form und Inhalt beeinflussen mußte. Man kann einem Kollegium, von dem zwei Mitglieder die Akten kennen, die Sache unmöglich so vortragen, als ob sie dem Gericht völlig unbekannt wäre. Ein solches Plaidoyer würde gerade die einfluß-

reichsten Mitglieder des Kollegiums in einer unerträglichen Weise langweilen. Auf der anderen Seite müßte man die Sache so vortragen, wenn auch die anderen Mitglieder in den Stand gesetzt werden sollen, sie selbstständig zu beurteilen. In diesem Dilemma entscheidet man sich für einen Sachvortrag, der mehr oder weniger die Aktenkenntnis voraussetzt. Bei solchen Plaidoyers, die sich im wesentlichen nur an den Referenten und Vorsitzenden wenden, muß insbesondere bei verwickelteren Sachen die Aufmerksamkeit der übrigen Mitglieder des Kollegiums mit Notwendigkeit erlahmen. Bei der häufigen Schwierigkeit und der übergroßen Zahl der Sachen, welche im Kammergericht an einem Sitzungstage verhandelt werden, würde eine angespannte Teilnahme aller Mitglieder des Senats an sämtlichen Verhandlungen auch das Können eines normalen Menschen übersteigen. Eine im Kammergericht neue Übung, welche in auffälliger Kurzsichtigkeit auch von den Rechtsanwälten gefördert worden ist, hat die Verhandlung vollends zu einer Scheinverhandlung gemacht. Die Senate lassen jetzt, um möglichst Pausen im Verhandeln zu vermeiden, die Anwälte, welche sich gerade zusammenfinden, ihre Sachen hintereinander verhandeln und beraten sie erst nach der letzten Verhandlung. Damit verflüchtigt sich die Wirkung der Plaidoyers, wie mir von Mitgliedern des Kammergerichts wiederholt erklärt worden und ja auch selbstverständlich ist, bei den meisten nicht einfachen Berufungssachen noch bis auf ein Minimum, und die Ansicht des Referenten wird zu einer völlig ausschlaggebenden, da diejenigen anderen Mitglieder des Senats, welche der Verhandlung wirklich Aufmerksamkeit geschenkt haben, bei der großen Zahl der verhandelten Sachen (8—10) nur noch eine blasse Erinnerung von der Verhandlung zurückbehalten. An mich ist geradezu von einem Mitgliede des Kammergerichts die Frage gerichtet worden, wozu die Anwälte sich bei dieser Situation noch die Mühe des Plaidoyers gäben, der Referent kenne ja die Sache und die übrigen wüßten bei der Beratung von den Plaidoyers doch nichts mehr.

So haben denn trotz des redlichsten Bemühens der beteiligten Richter und Anwälte die gesetzwidrige Behandlung der Schriftsätze und das damit zusammenhängende Referentenunwesen zum Ruin nicht bloß der Mündlichkeit des Verfahrens, sondern auch der kollegialen Rechtsprechung geführt. Nebenbei bemerkt sind es nicht einmal zwei für die Entscheidung gleich bedeutsame Mitglieder, welche bei uns, und zwar auch bei den Oberlandesgerichten, Recht sprechen. Nach der Art, wie das Referentenunwesen tatsächlich gehandhabt wird, ist es in der großen Mehrzahl der Fälle der Referent allein, welcher bei den Kollegien sämtlicher Instanzen den Au-

schlag gibt. Da nämlich ganz allgemein das Referentenvotum mit den Akten dem Vorsitzenden vorgelegt und von ihm gelesen wird, so tritt dieser zumeist nicht einmal in eine unbefangene Prüfung des Materials ein, und er kommt daher erklärlicherweise, wenn das Votum nicht zu offensichtlichen Bedenken Anlaß gibt, nur zu leicht dazu, sich ihm einfach anzuschließen. Nur so ist die auffällige Tatsache zu verstehen, daß in der großen Mehrzahl der Prozesse und selbst der schwierigsten und zweifelhaftesten eine so schöne Harmonie zwischen dem Referenten und Vorsitzenden besteht. Und wenn trotz alledem die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, insbesondere des Kammergerichts befriedigt, so wird damit nur die gute Auslese dieses Richterpersonals und der Wert bewiesen, den selbst noch der Schein einer Kollegialität besitzt <sup>11)</sup>.

Auch in der Anwendung der Vorschriften über die Beweisaufnahme waren die Macht der Gewohnheit, mangelndes Verständnis für den Wert dieser Vorschriften und der übel angebrachte Eifer, möglichst viele Prozesse in möglichst kurzer Zeit zu erledigen, stärker als der Wille des Gesetzes. Die Handhabe für die mittelbare Beweiserhebung bot der § 375 B. 2, welcher die Zeugenvernehmung durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht dann zuläßt, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde. Schon bei den Beratungen der Reichstagskommission wurde von den Abgeordneten *H e r z*, *V a s k e r* und *M e i c h e n s p e r g e r* auf die Dehnbarkeit dieser Bestimmung und auf die Gefahr hingewiesen, daß die Gerichte den Fall ihrer Belastung mit anderen Geschäften zu den erheblichen Schwierigkeiten rechnen könnten. Obgleich der Regierungsvertreter wiederholt erklärt hat <sup>12)</sup>, unter den Schwierigkeiten seien solche

<sup>11)</sup> Ich würde es für unzulässig erachten, aus diesen Tatsachen etwa die Überflüssigkeit der Kollegialgerichte herzuleiten, da schon die Notwendigkeit das Votum vor dem Kollegium zu begründen, einen Ansporn für den Referenten zu gründlicherem Arbeiten bildet. Immerhin sind sie in dem Streit, ob Einzelrichtertum oder Kollegialgerichtsbarkeit, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Dieses Problem hat verschiedene Seiten. Es ist nicht abstrakt, sondern nur unter sorgfältiger Berücksichtigung der historischen Tradition, des Volksempfindens und der Qualität des Richterpersonals zu lösen. In Deutschland sprechen Geschichte und das größere Vertrauen des Volkes zur kollegialischen Rechtsprechung für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Grundzüge unserer Gerichtsverfassung. Im einzelnen sind indessen die Abgrenzung des Einzelrichtertums und der Kollegien sowie die Stärke der Besetzung der letzteren sehr wichtige Fragen der Prozeßreform, die ich unten noch berühren werde.

<sup>12)</sup> *S a h n*, a. a. O. S. 624, 1114, 1116 ff.

gemeint, welche in der Sache selbst und in der Art der Beweisaufnahme, nicht solche, welche in den Geschäftsverhältnissen des Gerichts liegen, der Entwurf stehe unzweifelhaft auf dem Standpunkt, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht die allgemeine Regel bilden solle, darüber werde sich jeder Richter klar sein, und er werde auch so gewissenhaft sein, dem Willen des Gesetzgebers zu gehorchen, obgleich auch in der Litteratur über diese Auslegung des Gesetzes nirgends eine Meinungsverschiedenheit besteht, wird überall die Geschäftslast des Prozeßgerichts als eine ausreichende Begründung für die kommissarische Beweisaufnahme angesehen. Die im § 355 festgesetzte Unanfechtbarkeit des bezüglichen Gerichtsbeschlusses macht auch für die revidiblen Sachen den Versuch unmöglich, durch das Reichsgericht dieser gesetzwidrigen Praxis entgegenzutreten.

Die erörterten Gründe würden indessen allein die Nichtbeachtung der grundlegenden Prinzipien der ZPO. bei einem so loyalen Stande wie dem deutschen Richtertum nicht erklären können. Der Notstand der Überlastung der Richter und das Verhalten der Justizverwaltungen haben zum erheblichen Teile diese Zustände mit schaffen helfen. Die Belastung der deutschen Richter, wenigstens in den größeren Städten, ist eine übermäßige. Ich kenne zahlreiche Richter, welche bei der Bewältigung der ihnen zugemuteten Arbeitslast geradezu ihre Gesundheit opfern und ihr Leben in Gefahr bringen. Es bleibt ihnen keine Muße zu einer wissenschaftlichen Vertiefung, zu der für einen Richter so notwendigen freien Beschäftigung mit nicht juristischen Dingen und zur Erholung. Nur bei wenigen Herren von besonderer Elastizität und Lebensklugheit habe ich eine Ausnahme wahrnehmen können. Die Tüchtigkeit des Richters wird von den Justizverwaltungen in erster Linie nach der Zahl der Prozesse beurteilt, die er erledigt. Da soll denn viel Arbeit in wenig Zeit getan werden. Hier wie überall in der Welt gilt aber der Satz: „Gut Ding will Weile haben“. Der deutsche Richter, wenigstens in den größeren Städten, hat keine Zeit für eine wahre mündliche Verhandlung, er hat auch keine Zeit für eine Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht. Als ob die Rechtsprechung ein Geschäft mit fungiblen Waren wäre, ist mir in meinen häufigen Gesprächen über dieses Thema mit Richtern der Land- und Oberlandesgerichte immer eine gewisse Mindestzahl von Prozessen entgegengehalten worden, die von dem Kollegium nach der Geschäftslage im Jahre erledigt werden müßte. Wenn trotzdem, wenigstens nach meinen Erfahrungen, unsere Recht-

sprechung hinter derjenigen keines anderen Staates zurücksteht, so ist dies ein Beweis für die Tüchtigkeit unseres Richterstandes, dessen Gewissenhaftigkeit, Gesezeskunde und juristische Bildung ich nirgends erreicht gefunden habe. Indessen liegt die Schattenseite unserer Rechtsprechung, die unzulängliche Beurteilung des Faktums und die nur zu oft mit aller Erfahrung im Widerspruch stehende Würdigung der Beweise für jeden, der das Leben kennt, klar zu Tage <sup>13)</sup>. Es würde ja auch geradezu ein Wunder sein, wenn überbürdete Richter in einem schriftlichen Verfahren und auf Grund papierner Zeugenaussagen die Wahrheit sollten finden können. Wie soll das Leben in seiner Wirklichkeit von dem Gericht erfaßt werden, wenn alles geschieht, um ihm den Eingang in den Gerichtssaal zu versperren. So erklärt sich die beständige Klage über die Weltfremdheit unserer Richter und über die Unvollständigkeit unserer ganzen Rechtsprechung. Die Rechtszustände sind auch in anderen Ländern keine idealen. Frankreich und England leiden schwer unter Institutionen, die sich völlig überlebt haben, und unter einer an Rechtsverweigerung grenzenden Kostspieligkeit der Rechtsverfolgung, Frankreich außerdem noch unter der grenzenlosen Prozeßverschleppung der Advokaten. Aber in diesen Ländern beklagt man sich nicht über den Mangel der Richter an Lebensflugheit; die dortigen Richter sind vielmehr anerkanntermaßen welterfahrene Männer <sup>14)</sup>. Ich würde eine rechtlich schwierige Sache ungern vor ein französisches oder englisches Gericht bringen, ich würde von ihm aber eine zutreffendere Würdigung einer komplizierten Beweisaufnahme erwarten.

Der schon oben erwähnte Ausdruck der Motive <sup>15)</sup>, daß die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zugleich eine Konsequenz der freien Beweiswürdigung sei, ist eine nicht zu bezweifelnde Wahrheit. Man kann dem Gericht das Recht der freien Beweiswürdigung nur geben, wenn es den Beweis selbst erhebt und bei der Entscheidung unter dem lebendigen Eindruck der unmittelbaren Beweisaufnahme steht. Die freie Würdigung, welche an Beweisprotokollen geübt wird, entbehrt all und jeder Garantie für ihre Richtigkeit. Zum schriftlichen Prozeß gehören die formellen Beweisregeln, wenn die Beurteilung nicht zur Willkür werden soll. Jene

<sup>13)</sup> Übereinstimmend G u t t m a n n a. a. D. S. 54, 88.

<sup>14)</sup> Vgl. S a e g e r, Der französische Zivilprozeß und die deutsche Zivilprozeßreform S. 55 ff., der manche beachtenswerte Reformvorschläge auf Grund des französischen Prozesses macht.

<sup>15)</sup> Vgl. auch S a h n, a. a. D. S. 275.

Regeln haben wenigstens das für sich, daß sie den Niederschlag Jahrhunderte langer Erfahrung bilden. Was insbesondere die kommissarische Zeugenvernehmung anlangt, so enthalten die darüber aufgenommenen Protokolle üblicherweise nur das Resultat der Vernehmung und zwar nicht in der Ausdrucksweise des Zeugen, sondern in der des terminierenden Richters. So enthalten 10 Zeilen oft genug das Ergebnis eines stundenlangen schwierigen Verhandeln. Die während der Verhandlung seitens des Richters und der Parteien oder ihrer Vertreter an den Zeugen gerichteten Fragen werden in den seltensten Fällen in dem Protokoll wiedergegeben, obgleich sie oft von der größten Wichtigkeit für die Beurteilung ihrer Beantwortung sind. Selbst die Fragen des Richterkommissars, der sich als Referent der Regel nach schon eine bestimmte Ansicht gebildet hat, sind oft, ohne daß er sich dessen auch nur bewußt ist, suggestiver Natur. Läge selbst dem erkennenden Gericht ein genaues Stenogramm der ganzen Beweisverhandlung vor, so würde ihm immer noch der Eindruck der Persönlichkeit des Zeugen, der Ton seiner Aussage und seine Gebärden-sprache fehlen. Wie soll also eine freie Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache aus unseren Beweisprotokollen gewonnen werden können. Die mittelbare Beweisaufnahme als Regel ist um so gefährlicher, als der deutsche Richter durchweg den Wert des Zeugenbeweises überschätzt. Daß auch heute noch, nachdem William Stern, dessen Schrift „Zur Psychologie der Aussage“ in der Bibliothek keines Richters fehlen sollte, seine experimentellen Untersuchungen über die Erinnerungstreue bereits 1902 veröffentlicht, und andere diese Untersuchungen weiter gefördert haben, die richterliche Leichtgläubigkeit Zeugenaussagen gegenüber keine Verminderung erfahren hat, ist kaum noch verzeihlich.

Die Würdigung der Beweisaufnahme ist nun aber eine geistige Operation, welche auch der Laie, ganz besonders der erfahrene Geschäftsmann, sehr wohl imstande ist, nachzuprüfen. Auf diesem Gebiete erfährt daher unsere Rechtsprechung eine fortgesetzte und wohlbegründete Kritik. Hier klafft ganz besonders der von B ö r n g e n zugegebene Riß zwischen Volksempfinden und Justiz. Während ich dies niederschreibe, liegt vor mir ein „Justizreform und Hausbesitzer“ überschriebener Leitartikel der „Allgemeinen Haus- und Grundbesitzer-Zeitung“ vom 23. September 1911, der sich gegen die Vorschläge einer noch freieren Ausgestaltung des materiellen und prozessualen Rechts wendet und den bemerkenswerten Ausspruch enthält: „Nein! Was wir brauchen, ist nicht mehr Richterfreiheit, sondern mehr Rechtssicherheit, beruhend auf größerer Gleich-

mäßigkeit der Rechtsprechung und vor allem der Beweiswürdigung.“ Es wird hier mit Recht zugleich noch ein weiterer wunder Punkt unseres Beweisrechts berührt. Die dreißigjährige Praxis der ZPO. hat es bisher noch nicht einmal zu einem Ansaß von gleichmäßig beobachteten Beweisregeln gebracht, und damit fehlt unserer freien Beweiswürdigung überhaupt die solide Basis. Mit Recht haben schon die Motive zur ZPO.<sup>16)</sup> bemerkt: „Übrigens darf bei Anwendung des § 249 (jetzt § 286) nicht übersehen werden, daß mit der Verwerfung einer gesetzlichen Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Vorschriften den Charakter goldener Erfahrungssätze annehmen“ und sie machen sich den Ausspruch P l a n d's zu eigen: „Die Regeln über Zulässigkeit und Wert des Beweises sollen aus dem Gesetzbuche verschwinden und der Rechtschule wie dem Gerichtsgebrauch überlassen bleiben, damit sie die klassische Gestalt bewahren, die für ihren heilsamen Gebrauch unentbehrlich ist.“

Weiter ist nicht zum wenigsten darauf, daß regelmäßig die Beweisaufnahme nicht in der mündlichen Verhandlung stattfindet, auch die Tatsache zurückzuführen, daß im Gegensatz zum Strafverfahren in unserem Zivilprozeß eine Kunst der Zeugenvernehmung noch nicht in den Anfängen existiert und zwar sowohl bei den Richtern als auch bei den Anwälten. Die Wahrheitsermittlung durch Ausfragung interessierter Zeugen — und die große Mehrzahl der Zeugen im Zivilprozeß ist mehr oder weniger für die eine oder die andere Partei interessiert — ist ein Geschäft, dessen Schwierigkeit bei uns durchweg unterschätzt wird. In welchem Maße dies geschieht, zeigt die von Sermond im „Recht“ Bd. 14 S. 173 berichtete Tatsache, daß sich nicht selten in den Geschäftsverteilungsbeschlüssen der Landgerichte die aus mehr als einem Grunde gesetzwidrige Bestimmung findet, nach welcher ein dem Landgerichte als Hilfsrichter überwiesener Assessor an drei Vormittagen für die Zivilkammern Beweisnahmen als beauftragter Richter zu erledigen hat. Ich habe zumeist einen großen Mangel an Geschicklichkeit und vor allem an Vorsicht bei der Vernehmung von Zeugen beobachten können. Schon bei der Ladung des Zeugen wird die veränderte Vorschrift des § 377 Abs. 2 Z. 2 nicht beachtet, nach welcher dem Zeugen nur summarisch der Gegenstand seiner Vernehmung und nicht, wie es noch jetzt allgemein

<sup>16)</sup> S a h n, a. a. D. S. 276.

geschieht, eine wörtliche Abschrift des bezüglichen Beweisfahes mitgeteilt werden soll. Was die anwaltliche Zeugenvernehmung anlangt, so gilt in England und in den Vereinigten Staaten von Amerika die *cross examination* als der Hort des Beweisverfahrens. Die Möglichkeit, welche § 397 Abs. 2 für die Entwicklung einer gleichen Einrichtung bei uns bot, ist nicht benutzt worden. Von dem vernehmenden Richter wird bei uns im allgemeinen — Ausnahmen gibt es selbstverständlich — einerseits die Stellung von Fragen seitens der Anwälte als störend empfunden und deshalb nach Möglichkeit beschränkt, was um so unangebrachter ist, als die Anwälte sicherlich über den Zeugen besser Bescheid wissen als das Gericht; andererseits werden oft sehr bedenkliche suggestive Fragen zugelassen, deren Stellung ein englischer Anwalt nicht einmal versuchen würde. So steht bei uns weder das Beweisverfahren noch die Beweiswürdigung auf der Höhe, und auf diesem Gebiete könnten wir noch sehr viel von England lernen.

Seitens der *J u s t i z v e r w a l t u n g e n*, insbesondere der preussischen ist nicht nur nichts geschehen, um die Grundprinzipien der *B P O.* zur Geltung zu bringen, sondern noch manches zu ihrem Schaden geschehen. Daß bei den drei Berliner Landgerichten zur Zeit noch mehr als früher das Verfahren ein rein schriftliches geworden ist, ist eine Folge des im Jahre 1906 in Kraft getretenen Gesetzes betr. die Organisation der Berliner Gerichte, welches leider weder die Berliner Anwaltschaft, noch die Berliner Kaufmannschaft zu verhindern vermocht haben. Die räumliche Trennung der Gerichte hat in Verbindung mit der simultanen Zulassung der meisten Berliner Rechtsanwälte das ohnedies schwierige Zusammenbringen der Anwälte zu den Verhandlungen bis zur Unmöglichkeit steigert. Diese Neuordnung mußte, wenn nicht ein völliges *justitium* eintreten sollte, zu dem jetzt bestehenden Kartellwesen führen, bei welchem die die Verhandlungstermine wahrnehmenden Vertreter der Prozeßbevollmächtigten gar nicht die Aufgabe haben, die Sache zu plädieren, wozu sie bei ihrer unzulänglichen Informierung auch nicht imstande wären, sondern lediglich formell die Vereitelung der Termine verhindern. Für diejenigen Anwälte, welche ihre Sachen selbst wahrnehmen, hat dieses unglückliche Gesetz zu unerträglichen Zeitverlusten geführt, und das Vertagungsunwesen ist ganz außerordentlich gefördert worden. Diese schwere Schädigung des gesamten Berliner Rechtslebens findet so wenig Beachtung bei der preussischen Justizverwaltung, daß der Vorschlag einer gemeinsamen Kommission des Berliner Richtervereins und des Berliner Anwaltvereins, wenigstens die Vereinigung der Zivilkammern und der Kammern

für Handelsfachen der drei Berliner Landgerichte in einem der vorhandenen Gerichtsgebäude herbeizuführen, abgelehnt worden ist.

Dieses *laissez aller* der deutschen Justizverwaltungen wird nur dadurch verständlich, daß ihre Beamten, welche teils selbst Richter sind, teils aus dem Richterstande hervorgegangen sind, die dargestellte Prozeßpraxis gar nicht als mangelhaft und den Gesetzen widersprechend erkennen. Es fehlt bei uns in den Justizverwaltungen, insbesondere bei den Zentralstellen, durchweg an einer überzeugten Anhängerenschaft für die Grundzüge der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und daher an dem ernstesten Willen, sie zur Geltung zu bringen. In einem wohlthuenden Gegensatz zu diesem passiven Verhalten steht die straffe Energie, mit der man es in Oesterreich verstanden hat, in unglaublich kurzer Zeit mit einem sicherlich nicht besser qualifizierten Richterpersonal die gleichen Prinzipien der dortigen neuen Prozeßordnung in die Praxis einzuführen. Schon im Jahre 1900 konnte in den „Juristischen Blättern“ Nr. 40 festgestellt werden, daß eine mittelbare Beweisaufnahme zu den Ausnahmen gehöre, und in Nr. 16 von 1902 desselben Organs konnte ein österreichischer Jurist rühmen: „In keinem Punkt steht unser Prozeß höher über dem deutschen wie darin, daß mit verschwindenden Ausnahmen das Beweisverfahren sich vor dem versammelten Gericht abspielt, während dies in Berlin und in den meisten größeren Städten Deutschlands zu den Seltenheiten gehört“. Die stetige Überwachung der Gerichte im Aufsichtswege wird auch nicht nach dem Geschmack der österreichischen Richter sein; sie ist indessen, solange es sich darum handelt, eine neue Ordnung gegen die Macht alter eingewurzelter Gewohnheiten und gegen den passiven Widerstand widerwilliger Richter und Anwälte ins Leben zu rufen, eine Notwendigkeit. Wie sorgsam bis auf den heutigen Tag das österreichische Justizministerium darauf bedacht ist, einen Rückfall in das schriftliche Verfahren zu verhindern, zeigt sein Erlaß vom 20. August 1911, in dem gerügt wird, daß die Schriftsätze entgegen dem Gesetz einen übermäßigen Umfang annehmen und Rechtsausführungen und kritische Darlegungen über die Ausführungen des Gegners und über Beweise enthalten; es wird den Gerichten aufgegeben, solchen Gesetzwidrigkeiten durch Handhabung der Bestimmungen über die Kostenzusprechung und durch Kostenstrafen entgegenzutreten und verspätet eingebrachte vorbereitende Schriftsätze, welche häufig nur zu Anträgen auf Erstreckung der Verhandlung Anlaß geben, der Partei zurückzustellen. Der Minister macht in diesem Erlaß den Gerichten zur Pflicht, die Vorzüge des österreichischen Prozesses durch tatkräftige Prozeßleitung, strenge Konzentration der Verhandlung und sorgfältige Sütung der

Unmittelbarkeit zu erhalten; und er verlangt von den Rechtsmittelinstanzen und den Organen der Justizverwaltung, daß sie in Ausübung ihres Aufsichtrechtes einer fehlerhaften Praxis mit Nachdruck entgegenreten. Im übrigen weiß ich, daß ein österreichischer Anwalt, der auf sein Ansehen hält, Rechts- und Beweisausführungen von seinen Schriftfäßen fernhält; und mir ist nicht minder bekannt, daß schon vor dem erwähnten Erlaß die Gerichte vielfach die Zuspredung von Gebühren für nicht dem Gesetze entsprechende Schriftsätze abgelehnt haben.

Vielleicht erkennen die deutschen Justizverwaltungen auch, daß die Grundsätze der ZPO. sich nicht ohne sehr erhebliche Vermehrung des richterlichen Personals verwirklichen lassen, und man scheut die Kosten.

#### IV.

Nach den vorstehenden Darlegungen ist die erste und wichtigste Frage für unseren künftigen Zivilprozeß, ob man ein unverwässertes mündliches Verfahren vor dem erkennenden Gericht will oder nicht. Man wird es wollen müssen, wenn man die Wahrheit in unserer Rechtspflege<sup>17)</sup> will, wenn man will, daß das Gericht das streitige Faktum nacherleben soll, wenn man will, daß die Gesetzesauslegung sich nicht in spitzfindige Begriffskonstruktionen verlieren soll, wenn die Rechtsprechung die Bedürfnisse unseres wirtschaftlichen und sozialen Lebens befriedigen soll. Dann ergibt sich schon aus dem Gesagten, daß verschiedene Bestimmungen der ZPO. der Abänderung bedürfen, wenn ihre Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zur Durchführung gelangen sollen. Dies gilt vor allem von den Vorschriften über die Schriftsätze und über die mittelbare Beweisaufnahme.

a) Was zunächst das wichtige Verhältnis der Schriftsätze zur Verhandlung betrifft, so trete ich vollständig *§ a m m* (Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages Bd. 3 S. 496) bei, daß „in ein Verfahren, das mündlich ist, Richter gehören, die das Faktum erst in der Verhandlung kennen lernen und sich nicht vorher hingesezt und sich in die Sache einstudiert haben“. Die bei uns oft gehörte Behauptung, daß nur einfache Sachen von nicht informierten Richtern verstanden werden können, wird durch die Erfahrung in Frankreich und in zahlreichen Ländern widerlegt, in denen der Zivilprozeß nach fran-

<sup>17)</sup> Vgl. *W a c h*, Vorträge, S. 4, 215, *G u t t m a n n a. a. O.* Seite 101 ff., 111.

zösischem Muster eingerichtet ist. Ich habe, abgesehen von Frankreich, u. a. in Rußland und Rumänien geführte Prozesse sehr verwickelter Art instruiert und dort wohlbegründete Entscheidungen erlangt. Daß es auch in Deutschland geht, bezeugt kein geringerer als *Hamm*<sup>18)</sup>, welcher das Verfahren bei dem Oberlandesgericht in Köln, wie es jedenfalls noch im Jahre 1902 gelübt worden ist, wie folgt schildert: Die Berufungsschrift enthält regelmäßig keine Begründung des Rechtsmittels, auch späterhin werden häufig gar keine oder nur sehr kurze Schriftsätze gewechselt, so daß ein Informieren des Gerichts über das, was in zweiter Instanz vorgebracht werden soll, im voraus meist gar nicht möglich ist. Der Präsident hat die Akten vielleicht gelesen und ist dadurch höchstens über das Vorbringen erster Instanz informiert. Keiner der beisitzenden Richter weiß, wem demnächst der Vorsitzende die Abfassung des Urteils übertragen wird. *Hamm* rühmt als den Segen dieses Verfahrens das ungemeine Interesse, mit welchem sämtliche Richter die Vorträge der Anwälte anhören. Die mündliche Verhandlung sei fast immer eine Freude für das Gericht. Da werden die Rechtsfragen erschöpfend behandelt, da werde vor allem auch das Faktum bis in die feinsten Nuancen dargestellt. Durch die lichtvolle Darstellung des Sachverhalts von zwei verschiedenen Standpunkten werde das Bild in der Zusammenfassung für den Richter zu einem stereoskopischen voll körperlichen Lebens. In ähnlicher Weise spricht sich *Mosler* über die mündliche Verhandlung im Rheinland aus<sup>19)</sup>.

Es gibt kaum eine Streitsache, die sich nicht für die mündliche Verhandlung eignet. Zumeist verwechselt man diese Frage mit der davon verschiedenen, ob jede Sache für die kollegialgerichtliche Verhandlung und Entscheidung paßt. Punktsachen eignen sich selbstverständlich nur für eine einzelrichterliche Behandlung. § 348 sieht daher für solche Prozesse auch ein Verfahren vor einem Richterkommissar vor. Daß aber auch solche Sachen ebensogut und besser mündlich vor dem Richter als in Schriftsätzen behandelt werden, bedarf kaum einer Ausführung. Im übrigen finden wir für die seltenen Fälle, in welchen der Umfang und die Art des Tatsachenmaterials seine Erfassung in der mündlichen Verhandlung erheblich erschwert, sowohl im *code de procedure* als auch in der österreichischen *BP.D.* praktikable und nachahmenswerte Einrichtungen

<sup>18)</sup> a. a. D. S. 495 ff.

<sup>19)</sup> Deutsche Juristen-Zeitung Bb. 13 S. 289 f.

zur Vereinfachung der mündlichen Verhandlung und zur Erleichterung der Sachbeherrschung durch das Gericht, im code die délibérés und die instructions par écrit, im österreichischen Prozeß ein erweitertes vorbereitendes Verfahren. Nach Art. 93 ff. c. d. p. kann das Gericht anordnen, daß die Anwälte ihre dossiers überreichen, und daß auf den Bericht eines ernannten Richters über die Sache beraten wird; das Gericht kann auch schriftliche Instruktion der Sache vor einem Richter anordnen; in beiden Fällen wird der Bericht in einer Audienz erstattet, in welcher die Anwälte schriftliche Bemerkungen zur Vervollständigung und Berichtigung des Berichts übergeben können. Die österreichische RPD. hat in den §§ 245 ff. das aus der unsrigen übernommene vorbereitende Verfahren auf solche Fälle und auch auf schwierige Beweisaufnahmen ausgedehnt, und zwar so, daß dieses Verfahren schon vor der mündlichen Verhandlung beschlossen werden kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich als die erste und wichtigste Forderung die Abschaffung des Richterstatters bzw. seine Beschränkung auf die Fälle der zuletzt erwähnten Art. Dieses sowohl wie die Beschränkung des Umfangs und der Zahl der Schriftsätze auf ein die Mündlichkeit nicht gefährdendes Maß würde sich von selbst ergeben, wenn man den § 133 und damit die Gerichtsakten beseitigen wollte. Diese Maßnahme würde zugleich den vielbeklagten Mißstand beseitigen, daß die Richter in Folge von Terminsvertagungen so außerordentlich viel Zeit durch eine vergebliche Vorbereitung zur Verhandlung verlieren. Hiernach würde die Klageschrift nur dem Vorsitzenden des Gerichts zur Terminsbestimmung vorzulegen und eine Abschrift derselben bei Gericht niederzulegen sein. Lernt auf diese Weise weder ein Referent noch auch nur der Vorsitzende die Schriftsätze kennen, so fällt für die Anwälte jedes Interesse weg, einander in weitläufiger Weise tatsächliche oder gar Rechtsausführungen mitzuteilen. Sie würden alsbald die Zwecklosigkeit und taktische Unklugheit eines solchen Verfahrens erkennen, während sie jetzt dem Gegner reslos auch das entgegenste offenbaren, was sie für ihre Partei etwa vorbringen könnten. Wollten wir in dieser Art das französische Muster ohne seine historischen Eigentümlichkeiten nachahmen, so würden wir freilich immer noch nicht seine einfache Struktur erreichen, die es ihm gestattet, der Regel nach in einem Verhandlungstermine die Sache in einer Instanz zu erledigen. Das liegt daran, daß wir die Beschränkung des Zeugenbeweises aus dem französischen Prozeß nicht übernommen haben und nicht übernehmen können. Es ist einleuchtend, daß dadurch für uns die Bewirk-

lichung des Unmittelbarkeitsprinzips erheblich erschwert wird. Da unser Beweis in der Hauptsache Zeugenbeweis ist, so ergibt sich bei dieser Ordnung des Verfahrens, von besonderen Prozeßarten abgesehen, für die Regel die Unmöglichkeit einer Beweisaufnahme in dem ersten Verhandlungstermin und damit die Notwendigkeit einer mehrfachen Sachverhandlung, was für uns ja nichts neues, immer aber zumal bei einem wirklich mündlichen Verfahren eine sehr unerwünschte Belastung des Gerichts und der Anwälte bedeutet. Diese Belastung, welche man wie die aus anderen Gründen sich als notwendig erweisenden Wiederholungen der mündlichen Verhandlung eben in den Kauf nehmen muß, wird jedoch bei einer verständigen Behandlung der Dinge sehr vermindert; man wird eine Sache, in der eine Beweisaufnahme un vermeidlich erscheint, im ersten Termine sehr kurz verhandeln können.

Diejenigen, welche nach Analogie des Strafprozesses als ein wesentliches Ziel der Zivilprozeßreform die Konzentration der Sachverhandlung und Beweisaufnahme in einen Termin betrachten, können allerdings die Gerichtsakten nicht entbehren. Nur bei ihrer vollen Kenntnis kann das Gericht bzw. der Gerichtsvorsitzende für die Heranschaffung des Beweismaterials zum Verhandlungstermine sorgen. Diesen Weg ist die Prozeßreform in Oesterreich gegangen. Wie indessen der oben mitgeteilte Erlaß des dortigen Justizministers erkennen läßt, ist dort auch bereits ein Rückschlag in das Schriftsatzwesen wahrnehmbar.

b) Da ich unseren Juristen, welche schließlich die Justizgesetze machen, den kühnen Entschluß nicht zutraue, auf die Gerichtsakten zu verzichten, so will ich nicht unterlassen, für den Fall der Ausrechterholung des § 133 Vorschläge für eine praktische Durchführung des Mündlichkeitsprinzips zu machen.

1. Zunächst müßte durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Bestellung eines Berichterstatters vor Schluß der mündlichen Verhandlung verboten werden. Die Schriftsätze würde hiernach nur der Vorsitzende lesen, was allerdings die Mündlichkeit der Verhandlung nicht annähernd so gefährdet wie die Akteneinsicht des Referenten, da der Vorsitzende der Regel nach das Urteil nicht verfaßt. In Oesterreich werden Referenten nur in verschwindenden Ausnahmefällen ernannt. Durch die genaue Akteneinsicht erlangt der Vorsitzende dort allerdings ein großes Übergewicht über die anderen Mitglieder des Kollegiums; immerhin verschafft die eingehende mündliche Verhandlung und die sorgfältige Beweis-

aufnahme den sämtlichen Mitgliedern die volle Kenntnis des Streitstoffes. Die Urteile werden nicht vom Vorsitzenden, sondern in wichtigen Fällen von einem Beisitzer, der Regel nach von dem das Verhandlungsprotokoll führenden Gerichtsschreiber (Schriftführer) verfaßt.

2. Sodann handelt es sich darum, die Schriftsätze auf eine knappe Skizze der vorzutragenden Tatsachen zu beschränken. Die Kürze der Schriftsätze würde übrigens bei uns selbst dann noch eine Vorbedingung für die Erhaltung der reinen Mündlichkeit sein, wenn sie vor der Verhandlung dem Gericht nicht zu Gesicht kommen, da unsere Gerichte ausführliche, insbesondere den Rechtspunkt erörternde Schriftsätze wahrscheinlich nicht, wie die französischen die sogenannten conclusions grossoyées ungelesen lassen<sup>20)</sup>, sondern einfach nach der Verhandlung zur Grundlage der Entscheidung machen würden! Die österreichische Prozeßordnung hat in offener Anlehnung an die unsrige deren Grundsätze etwas schärfer zum Ausdruck gebracht. Sie bestimmt in §§ 78, 76, daß in dem vorbereitenden Schriftsätzen die tatsächlichen Verhältnisse, auf welche sich die Partei zur Begründung ihrer Anträge oder zur Bekämpfung gegnerischer Anträge berufen will, in knapper, übersichtlicher Fassung gedrängt darzustellen und Rechtsausführungen sowie Darlegungen über die Wahrscheinlichkeit oder Glaubwürdigkeit einzelner tatsächlicher Behauptungen oder über die vermutliche Beweiskraft angebotener Beweise nicht aufzunehmen sind. Es empfiehlt sich, die bezüglichen Bestimmungen unserer ZPO. ähnlich zu fassen und die strikte Vorschrift hinzuzufügen, daß der Vorsitzende des Gerichts Schriftsätze mit einem diesen Bestimmungen zuwiderlaufenden Inhalt zurückzuweisen hat. Schon jetzt ist das Gericht durch keine Vorschrift der ZPO. gezwungen, solche Schriftsätze bei den Akten zu behalten.

3. Die Zahl der vorbereitenden Schriftsätze ist zwar auch nach dem code de procedure (Art. 81) und der österreichischen Prozeßordnung (§ 258) unbegrenzt. Während sich aber die deutschen Anwälte auch in dieser Beziehung keinerlei Schranken auferlegen, erreicht sowohl in Frankreich wie in Oesterreich der Schriftenwechsel regelmäßig mit der Erwiderung auf die Klagebeantwortung sein Ende, wenn der Kläger es überhaupt

<sup>20)</sup> Vgl. Haeger, a. a. D. S. 111.

noch für nötig hält, eine solche Erwiderung zuzustellen. Diese im Interesse der Erhaltung der Reinheit des mündlichen Verfahrens unerläßliche Einschränkung der Schriftsätze ist mit auf die schärferen Fristbestimmungen des ausländischen Rechtes zurückzuführen. Nach dem code hat der Beklagte binnen acht Tagen nach der Zustellung der assignation, die unserer Klageschrift entspricht, durch einen dem avoué des Klägers zuzustellenden Akt einen Anwalt zu bestellen. Dieser hat innerhalb weiterer 14 Tage seine défenses, und der Kläger in den nächsten 8 Tagen seine reponse zuzustellen. Nach Art. 81 c. d. p. dürfen keine weiteren Schriftsätze in die Kostenrechnung gebracht werden. Nach § 243 der österreichischen Prozeßordnung hat der Vorsitzende bzw. der mit der Abhaltung des Vortermine betraute Richter in diesem Termin dem Beklagten eine den Umständen des einzelnen Falles angemessene, vier Wochen nicht überschreitende Frist zur Klagebeantwortung zu bestimmen. Nicht rechtzeitige Überreichung der Klagebeantwortung gibt dem Kläger das Recht, in einem auf seinen Antrag anzusetzenden Verhandlungstermin Verfallurteil in der Hauptsache zu beantragen (§ 398), wobei zu beachten ist, daß auch das Verfallurteil nur durch das sehr eingeschränkte Rechtsmittel der Berufung angefochten werden kann. Nach rechtzeitigem Eingange der Klagebeantwortung setzt der Vorsitzende des Gerichts den Termin zur mündlichen Streitverhandlung (§ 244) der Regel nach mit so kurzer Frist an, daß bis zum Termine auch nur höchstens für eine Replik Raum bleibt. Auch in Oesterreich werden die Gebühren der Anwälte nach den einzelnen Akten ihrer Tätigkeit berechnet. Wie schon oben erwähnt, kann und soll das Gericht den Kostenanspruch für unnötige Schriftsätze ablehnen. Es scheint fast, als ob das in diesen beiden Ländern geltende Gebührensystem mit dazu beigetragen hat, daß die Anwälte durchweg größere Sorgfalt auf die Bearbeitung der Schriftsätze verwenden, als dies bei uns geschieht. Wie bei Briefen ist es schwerer und zeitraubender, einen kurzen Schriftsatz zu verfassen als einen langen. In beiden Ländern befleißigen sich die Anwälte einer anerkanntswerten Konzentration bei der Darstellung der Tatsachen, ganz besonders in Frankreich läßt man alles minder wesentliche fort, während bei uns der Anwalt vielfach das von ihm selbst für unerheblich erachtete deshalb in den Schriftsatz aufnimmt, weil — möglicherweise das Gericht die bezüglichen Tatsachen für erheblich halten könnte.

Die Verfasser unserer BPD. gingen, wie es in den Motiven zu den §§ 244 und 245 (§§ 235, 236 des Entwurfs)<sup>21)</sup> wörtlich heißt, „von der

<sup>21)</sup> § a h n , a. a. O. S. 263.

Annahme aus, daß regelmäßig zwei Schriftsätze — die Klageschrift und die Klagebeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung ausreichend vorzubereiten. Diese Annahme stützt sich auf die umfassenden Erfahrungen, welche in den deutschen und außerdeutschen Geltungsgebieten des mündlichen Verfahrens gemacht worden sind; insbesondere haben diese Erfahrungen ergeben, daß die Beschränkung der Vorbereitung auf zwei Schriftsätze die Gründlichkeit der Rechtspflege nicht gefährdet und Vertagungen, welche eine rasche energische Rechtspflege beeinträchtigen könnten, nicht veranlaßt.“ Ich habe persönlich die gleichen Erfahrungen gemacht; in den zahlreichen Prozessen, die ich in den Ländern des französischen Prozesses geführt habe, sind die häufigen Vertagungen niemals auf eine unvollständige Vorbereitung der Verhandlung durch die gewechselten Schriftsätze, sondern ausschließlich auf persönliche Hinderungsgründe der Advokaten (politische Wahlen, Reisen, Unpäßlichkeit und dergl.) zurückzuführen gewesen. Die ZPO. setzte ursprünglich in dem § 244 eine Frist für die Klagebeantwortung in der Art, daß sie innerhalb der ersten zwei Drittel der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Verhandlungstermine liegt, gestellt werden sollte. Für den Fall, daß Klageschrift und Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, sollte nach § 245 (jetzt 272) jede Partei dem Gegner neue Tatsachen, Beweismittel und Anträge so zeitig vor der mündlichen Verhandlung mitteilen, daß die etwa erforderliche Erkundigung noch eingezogen werden kann. Die Novelle von 1898 hat mit dem § 244 die vorerwähnte Frist für die Zustellung der Klagebeantwortung beseitigt, so daß jetzt der § 245 (272) auch für diesen Schriftsatz gilt. Tritt eine Vertagung der Verhandlung ein, insbesondere dann, wenn die gewechselten Schriftsätze zur Vorbereitung nicht ausgereicht haben, so ist in dem zweiten Absätze des § 245 (272) im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens dem Gericht die wichtige Befugnis gegeben, die Fristen zu bestimmen, in welchen die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze vor dem neuen Verhandlungstermine zu stellen sind. Nach § 226 darf endlich die Einlassungsfrist derartig abgekürzt werden, daß die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann. Die Nichtbeachtung der Fristbestimmungen seitens des Klägers hat die Folge, daß er in dem Verhandlungstermine kein Versäumnisurteil beantragen kann; im übrigen treffen den Säumigen nur die Kosten der etwa notwendigen Verlegung oder Vertagung des Termins. Sowohl die Strafbestimmung des § 48 GKG. als auch die Befugnis des Gerichts nach § 279 ZPO. zur Zurückweisung von Bertei-

digungsmitteln haben andere Voraussetzungen als die bloße Verfümung der Schriftsätze.

Die Praxis hat bei der Anwendung der vorgedachten Fristbestimmungen gänzlich versagt, sie hat jedes Verständnis für die Intentionen des Gesetzes vermissen lassen. Die Anwälte haben weder die Bestimmung des früheren § 244 noch die jetzt allgemeine Vorschrift des § 272 Abs. 1 beachtet. Die Gerichte haben sich die Bestimmung des 2. Absatzes dieses Paragraphen fast gänzlich entgehen lassen; sie haben damit die zahlreichen Terminverlegungen und Vertagungen, welche auch noch nach dem ersten Verhandlungstermin infolge verspäteter Zustellung von Schriftsätzen stattgefunden haben und stattfinden, selbst mitverschuldet.

Da die ZPO. mit gutem Grunde die Eventualmaxime aufgegeben hat, so ist bei uns (anders als in Frankreich, wo das mündliche Verfahren einen unverrückbaren Bestandteil des gesamten Rechtslebens bildet) die Sicherung der Verhandlung in dem ersten Termin eine Lebensfrage für die Mündlichkeit. Je mehr Terminvertagungen, um so mehr Raum für Schriftsätze; je mehr Schriftsätze, um so weniger echte Verhandlung. Wollte man den ersten Verhandlungstermin auf etwa 4—6 Wochen nach Einreichung der Klage ansetzen, so würde dieser Zwischenraum in der großen Mehrzahl aller Fälle für die Vorbereitung der Sachen ausreichen. Die durch die Novelle von 1898 eingeführte Bestimmung (§ 261), daß der Termin nur so weit hinausgerückt werden soll, als es zur Wahrung der zweiwöchigen Einlassungsfrist geboten erscheint, dürfte nur für ganz einfache Sachen angebracht sein; sie läßt zumeist schon dem Beklagten keine genügende Zeit für die Klagebeantwortung, und noch weniger läßt sie dem Kläger, wenn der Beklagte die Einlassungsfrist voll ausnußt, die erforderliche Zeit zu einem Replikvorbringen; endlich würde der Kläger bei einem solchen Vorbringen wohl niemals die Frist des § 272 einhalten können. Die präzisen gesetzlichen Fristen des Code für den Schriftsatzwechsel würden bei uns ebensowenig beachtet werden, wie die lagere Fristbestimmung des § 272 beachtet worden ist, zumal wenn an ihre Nichtbefolgung keine Nachteile geknüpft werden; sie erscheinen mir auch zu schematisch. Unter Berücksichtigung unserer deutschen Gewohnheiten, insbesondere des Respekts, dessen sich bei uns noch immer richterliche Anordnungen zu erfreuen haben, bin ich für die Fristsetzung durch den Vorsitzenden des Gerichts, bei der zugleich der Individualität der Streitfache Rechnung getragen werden kann. Ich halte für das