

so sinkt damit der Juristenstand nicht blos intellektuell, sondern auch moralisch.“

Diese düstere Prophetie aus dem Munde eines Mannes, dem die deutsche Juristenwelt reiche Belehrung verdankt, mahnt zu strenger Prüfung der Lage. Sie soll im Folgenden versucht werden. Dabei ist das Ziel fest im Auge zu behalten. Wir fragen nicht nach Mängeln des Gesetzes — an ihnen fehlt es nicht und sie werden keinem Gesetze fehlen. Es handelt sich um letale Fehler, darum, ob die Bähr'sche Verurtheilung des grundsätzlichen Aufbaues unseres Prozessverfahrens berechtigt ist. Und wie auch immer die Sache liegt, jedenfalls ist es ein grosses und dankbar anzuerkennendes Verdienst B.'s, zu solcher Prüfung den Anstoss gegeben zu haben²⁾.

I.

Bähr gegen Leonhardt.

B. legt bei der Beurtheilung der CPO. mit Recht grossen Werth auf das psychologische Moment, darauf, inwiefern das Gesetz richtig mit den menschlichen Fähigkeiten und Neigungen rechnet. Dieses Moment aber ist nicht minder wichtig für die Erspriesslichkeit der kritischen Thätigkeit. Der Kritiker will richten, und für sein Urtheil

2) Gegen ihn wendet sich zum Theil die Abhandlung des Dr. Henrici, Senats-Präsident des Reichsgerichts, „das deutsche Reichsgericht“ in den gen. Jahrbüchern Bd. XXIV (N. F. XII. Bd.) S. 1—32, vgl. S. 3 ff., 15 f. 29 f. — Die folgende Erörterung wird sich fast ausschliesslich mit der ersten bez. der Berufungsinstanz befassen. B.'s Angriffe gegen die Revision und die Praxis des Reichsgerichts sind von dem Thema, welches ich mir gestellt habe, trennbar.

die Zustimmung seiner Leser gewinnen; wir trauen seinem Urtheil, wenn wir nicht nur seiner Intelligenz und Objektivität trauen, sondern wenn auch seine Beweisführung die Unbefangenheit des Lesers wahrt. Im letzteren Punkte scheint mir B. nicht ganz die wünschenswerthe Zurückhaltung beobachtet zu haben.

Er beginnt seine Abhandlung mit einem scharfen Angriff auf den verstorbenen Justizminister Leonhardt. Indem er ihm die ausreichende Befähigung und Kenntniss für grosse gesetzgeberische Aufgaben abspricht, macht er den Leser befangen in der Beurtheilung der CPO. welche er für das „eigenste Werk“ jenes Mannes erklärt.

Von anderen verfehlten legislatorischen Versuchen abgesehen wird die übertriebene Konsequenzmacherei des ersten Entwurfs der CPO., zumal das Bestreben, die Berufung in kollegialgerichtlichen Sachen zu opfern, gerügt, und daran, dass Männer, welche bei der Abfassung der Justizgesetze „den grössten Einfluss“ hatten, jener Verirrung verfallen gewesen, erinnert, um „auch in der Beurtheilung dessen, was positiv aus ihrer Thätigkeit hervorgegangen ist, unbefangener“ zu machen (S. 357)³⁾.

3) In dem Kampf gegen die Revision war ich in der glücklichen Lage, O. Bähr sekundiren zu können. Er hatte 1871 in weiterer und vertiefter Ausführung seiner bereits auf dem Stuttgarter Juristentag am 29. August 1871 (s. Verhandlungen d. IX. deutsch. Juristentags Bd. II Berlin 1871 S. 323 ff.) ausgesprochenen Gedanken die treffliche Schrift „über das Rechtsmittel zweiter Instanz“, Jena 1871 veröffentlicht. Ich habe die Frage behandelt in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XV München 1873 S. 88 ff. 351 ff.

Ich beabsichtige nicht, mich zum Vertheidiger des Minister Leonhardt aufzuwerfen. Aber die Schlussfolgerungen aus der Unzulänglichkeit des angeblichen Autors des Werkes auf die des Werkes selbst muss ich ablehnen. Weder sind die Grundgedanken der CPO. — und gerade gegen sie richtet sich B.s Angriff — Erfindungen des Dr. Leonhardt, noch ist er die eigentliche treibende Kraft gewesen, welche jene Grundgedanken ins deutsche Rechtsleben eingeführt hat. Ihn in jener und dieser Beziehung zum intellektuellen Urheber der CPO. machen, heisst ihn in der That überschätzen. Er war nur ein Instrument, um dem immer wachsenden Drängen nach der Reform des Prozesses und der Wandlung desselben in die mündliche Form zum Ausdruck zu verhelfen. Die Gedanken, um deren Aufnahme es sich handelte, waren uralt und aus altgermanischem Wesen herausgebildet. Dass sich dieser Vorgang auf französischem Boden und nicht auf dem unsrigen vollzogen hatte, hängt mit der Geschichte der Reception der fremden Rechte zusammen. Dass wir sonach die Grundgedanken der Reform dem französischen Wesen entlehnten, kann uns diese nicht verdächtigen; denn auch auf dem Rechtsgebiet soll der Geistesaustausch, das „Geben und Nehmen, Entleihen und Mittheilen“ den Fortschritt fördern⁴⁾. Oder sollen wir vergessen, dass erst hierdurch der deutsche Geist die reichste Befruchtung und Vertiefung in der Aufnahme der fremden Rechte erfahren hat?

4) Vgl. hierzu die Worte v. Iherings in seinem Geist des römischen Rechts Bd. I § 1 S. 5 ff.

An anderer Stelle habe ich die Vorgeschichte der CPO. dargestellt⁵⁾ und, wie ich glaube, die Richtigkeit dieser Behauptungen erwiesen; wenn sie überhaupt des Beweises bedürfen. Was also soll uns die Unzulänglichkeit des Dr. Leonhardt beweisen?

Aber B. ist auch nicht ganz gerecht gegen ihn. Er sagt (S. 357), dass durch die ganze CPO., wie sie aus Leonhardts Händen hervorgegangen, ein Zug hindurchgehe, welcher zu dem Gedanken verleiten könne, als ob es die Gesetzgebung für ihre Aufgabe gehalten habe, denen, welche Prozesse führen wollen, das Leben nicht so leicht zu machen und ihnen durch allerhand offengehaltene Fährnisse zu Gemüthe zu führen, dass das Prozessiren kein Scherz sei. Dahin sollen auch, wenigstens dem Erfolge nach, zielen die grosse Machtfülle, mit welcher man das Justizpersonal ausgestattet habe (die des Anwalts, des Richters, des Gerichtsvollziehers), die „unglückliche Erfindung von der Reinhaltung des richterlichen Amtes“, der Prozessbetrieb der Parteien, das complicirte Zustellungswesen.

Wäre wirklich das Gesetz in allen diesen Beziehungen so tadelnswerth, wie B. meint, so wäre doch Dr. Leonhardt — zu dessen Streben das „Wohlwollen“ der altpreussischen Gesetzgebung in Gegensatz gestellt wird (S. 358) — dafür nicht streng zur Rechenschaft zu ziehen; denn alle jene Einrichtungen sind ihrem Grund-

5) Vgl. mein Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I. Leipzig 1885, S. 129—155.

gedanken nach nicht seine „Erfindungen“, sondern altfranzösisch, und nach weit verbreitetem Urtheil dort, wo man sie in Deutschland eingeführt hatte, wohl bewährt erfunden und von den verschiedenen Gesetzgebungskommissionen (des deutschen, des norddeutschen Bundes, des Reichs), an welchen Praktiker anerkannter Bedeutung theilnahmen, gebilligt worden.

Aber jene Institutionen verdienen den auf sie gehäuften Tadel keineswegs. Die generelle Behauptung des die CPO. durchdringenden kaptiösen Charakters entzieht sich, sofern er nicht in den unten zu besprechenden Hauptgegenständen der Bährschen Kritik substantiirt wird, der Nachprüfung⁶⁾. Die gefährliche Steigerung der Macht-

6) Wenn die CPO. von der Androhung der Versäumnissfolgen in der Ladung absieht, so hat das etwas kaptiöses. Aber war nicht das gemeinrechtliche Prozesssystem mit seiner Eventualmaxime trotz solcher Androhungen noch kaptiöser? Und darf man nicht mit Recht erwarten, dass auch ohne die Androhung die Ladung mit richterlicher Terminanberaumung als ernster Akt behandelt und geachtet werde? Ist die Partei nicht in Ermangelung eigener Einsicht immer auf den Rath des Anwalts angewiesen? Giebt endlich nicht die CPO. mit ihrem Einspruchssystem ein dem gemeinen Prozess ganz unbekanntes, machtvolles Schutzmittel in die Hand der Partei? — Vgl. auch Vierhaus in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess her. v. H. Busch, Bd. II., Berlin 1880, S. 142 ff. und die Motive für CPO. § 209 (202), über deren doktrinäre Begründung des Satzes der CPO § 209 man verschieden denken kann, deren historische Unterlage in den CPOⁿ von Hannover, Bayern, Württemberg, Oldenburg aber hinlänglich stark war. — Für das gesetzgeberische „Wohlwollen“ gegenüber der Partei spricht u. a. die Art, wie ihr der Gerichtsschreiber zum Beirath und zur Unterstützung verpflichtet wird: vgl. meine Vorträge über die Reichs-civilprozessordnung, Bonn 1879, S. 66 ff.

fülle des Anwalts ist eine Fabel⁷⁾. Der gesetzliche Umfang seiner Vollmacht ist praktisch schwer entbehrlich und ohne Schaden; und schwerlich hat der schriftliche Prozess der Partei in ähnlichem Maasse eine Kontrolle des Anwalts ermöglicht, als das der heutige thut. Die im Termin erscheinende Partei kann ihm in der wirksamsten Weise hineinreden und thut es oft zu seinem Verdruss; sie hört den Gesamtgang der Verhandlung und bekommt, — wenn sie überhaupt urtheilsfähig ist — einen entschiedenen Eindruck davon, ob der Anwalt seine Sache gut oder schlecht führt.

Dass „dem Richter Befugnisse eingeräumt sind, welche ihn, wenn er zur Willkür neigt, zu deren Uebung ohne Kontrolle in den Stand setzen“, ist nicht zu leugnen. Zumal im amtsgerichtlichen Verfahren trifft das zu. Auch soll keineswegs behauptet werden, dass hier nicht Manches besserungsbedürftig sei. Aber es gilt zu konstatiren, dass das deutsche Gesetz in diesem Punkte weit hinter dem französischen Muster zurückbleibt; die sog. „Souveränität“ des Gerichts ist bewusst ausgeschlossen. Auch wird man sich zu erinnern haben, dass immerhin der Anwalt, auch im amtsgerichtlichen Prozess, eine bedeutsame Kontrolle des Gerichts selbst dort übt, wo das Rechtsmittel

7) Wie anders sich die Welt in den verschiedenen Geistern spiegelt, beweist zu diesem Punkt die Klage des Justizrath Bessel (Cöln) auf dem achten (Heidelberger) Anwaltstage: s. die Verhandlungen des VIII. Anwaltstages S. 9: „unsere Thätigkeit im Prozess ist so vermindert, dass wirklich wenig übrig bleibt. Was haben wir noch zu thun?“

einen genügenden Schutz nicht gewährt. Und kann überhaupt ein Gesetz den Missbrauch ausschliessen? Hat nicht je und je sich, zumal im einzelnrichterlichen Verfahren, zu ihm reichliche Gelegenheit geboten? Ich berühre damit einen Punkt, auf den noch zurückzukommen sein wird.

Besonders scharf tadelt B. das Institut des Gerichtsvollziehers, „dieses echten Sprösslings französischen Wesens“; hier sei die Partei dem Missbrauch, der Gewalt halbgebildeter Menschen preisgegeben. „Es war der grösste Fehler, Menschen mit halber Bildung selbstständig gegen Gebührenbezug mit Funktionen der Justiz zu betrauen, welche nicht minder, wie die richterliche Thätigkeit vom Standpunkte objektiven Rechts geübt werden sollen“ (S. 357). Die Zustellungsgrundsätze werden zum Beleg herangezogen. — Nicht die CPO. oder das GVG., sondern die Justizverwaltung des einzelnen Staates hat dafür zu sorgen, dass die Gerichtsvollzieher die für ihr Geschäft erforderliche Bildung besitzen und ihnen zugleich die Auskömmlichkeit der Stellung gewährt ist, welche sie vor gefährlichen Versuchungen bewahrt⁸⁾. Die Aufgaben, welche man ihnen gestellt hat, erreichen lange nicht die des französischen Huissier und erfordern keineswegs, wie B. zu meinen scheint, tiefere juristische Bildung oder gar

8) Der preussische Justizminister Dr. Friedberg konstatirt in seinem am 31. Januar 1882 Sr. Majestät dem Kaiser und König erstatteten Bericht über den Stand der Justizverwaltung und Rechtspflege, dass zwar die Gerichtsvollzieher nicht durchgängig solchen Versuchungen widerstanden hätten, dass aber die Hoffnung auf das Schwinden der Missstände und die gedeihliche Entwicklung dieser neuen Beamten-Kategorie begründet sei.

richterliche Schulung. Oder sollte es wirklich nöthig sein, dass, um sich für korrekte Zustellung oder Vollstreckung tüchtig zu machen, die gelehrte Bildung des Richters erworben würde? Reicht nicht hier eine praktische Vorübung im Gerichtsvollzieherdienst nebst genügender Kenntniss der einschlagenden Gesetzesbestimmungen und Instruktionen auch bei subalternen gut disciplinirten Persönlichkeiten vollkommen aus? Liegt nicht insbesondere die eigentlich juristisch erhebliche Discretion bei der Zustellung in der Person des Auftraggebers, wogegen diese selbst wesentlich mechanischer Natur ist? Und hat denn etwa nach früherem Recht der Richter in Person die Zustellung besorgt und sich nicht vielmehr für sie des Subalternen bedient? Ueberdies ist jedem mit dem heutigen Rechtsleben Vertrauten hinlänglich bekannt, wie exakt die Zustellungsmaschinerie arbeitet, wie sicher der Postbote im Auftrag des Gerichtsvollziehers die Postzustellung vermittelt, wie selten unter den tausenden und aber tausenden von Zustellungen, die tagtäglich geschehen, Verfehlungen vorkommen? Und will nicht auch hier erst gelernt sein? — Mit dem Vorstehenden soll nicht dem Zustellungswesen der CPO. in allen Einzelbestimmungen das Wort geredet werden. Hier liesse sich Vieles vereinfachen. Weshalb z. B. darf, um nur Eins zu nennen, der Anwalt nicht ebenso gut, wie der Gerichtsvollzieher unmittelbar die Post beauftragen? — Dass das Gerichtsvollzieherinstitut uns in Verbindung mit den Vollstreckungsgrundsätzen des Gesetzes, insbesondere der „vorläufigen Vollstreckbarkeit“ und dem Parteibetrieb, einen unsagbaren

Segen gebracht hat, dafür hat B. kein Wort der Erwähnung. Ihm ist „der werthvollste Gedanke des modernen Prozesses, dass jeder Rechtsstreit, wenigstens in der Hauptsache, nur einmal durch die Instanzen zu laufen habe“ (S. 425).

II.

Bährs Enquête.

Zum „eigentlichen“ Gegenstand seiner Besprechung macht B. diejenigen Mängel der CPO., welche nach seiner Meinung ihren Einfluss auf die ganze Erziehung des Juristenstandes üben (S. 359) und daher zu seiner Degeneration und Demoralisation führen müssen. Sie liegen im Gesamtaufbau des Verfahrens bis zur Urtheilsfällung, in der fakultativen Natur des vorbereitenden Schriftenwechsels, dem Mangel sicherer schriftlicher Urtheilsgrundlage, in dem verwerflichen Institut des „Thatbestandes“. Das Gesetz ist zu lax; es giebt der Willkür, dem Missbrauch zu vielen Spielraum. Daher mögen wohl einzelne tüchtige Richter und Anwälte sich leidlich wohl bei diesem Verfahren fühlen; aber das Schwergewicht menschlicher Unvollkommenheit, welchem volle Freiheit der Entwicklung gewährt wird, muss unaufhaltsam die Justiz mit in die Tiefe ziehen.

Diese Behauptungen stützen sich theils auf eigene Erfahrung und Deduktion aus dem Gesetz, theils auf fremde Mittheilungen. Bähr hat eine Enquête veranstaltet über folgende drei Fragen: