

bringen, geben nach B.'s Meinung in Verbindung mit seiner eigenen Kenntniss genügende Unterlage für seinen Angriff auf das Gesetz.

Ich gehe nun zur Prüfung desselben über.

III.

Das Referat und Votum.

Die Aufgabe des schriftlichen Referats und Votums ist, dem Kollegium das Selbststudium der Akten zu ersetzen und die Beleuchtung des Rechtsfalls nach seinen möglichen Seiten der Beurtheilung nebst dem eigenen begründeten Urtheilsvorschlag zu geben. Niemand wird die hohe bildende Kraft solcher Arbeit unterschätzen und auch heute noch wird sie als Bildungsmittel zu fordern sein (s. unter Anm. 36). Aber ihr eigentlicher Zweck ist mit dem Grund, der sie hervorrief, hingefallen.¹⁰⁾

Das der mündlichen Verhandlung vorangehende (schriftliche) Referat ist im erstinstanzlichen kollegialgerichtlichen Verfahren¹¹⁾ zwecklos, wenn nicht schädlich.

bestandens nur selten Veranlassung gegeben ist.“ Ein Anwalt aus Elsass-Lothringen schreibt freilich (S. 384): „was nun mein Urtheil über das mündliche Verfahren in seiner heutigen Gestalt anlangt, so ist dasselbe kein günstiges. Unter der Mündlichkeit leidet zweifellos die Wissenschaftlichkeit (sic) der Rechtssprechung.“ Aber es gründet sich diese Ansicht vorwiegend auf die freie Beweiswürdigung und vorschnelles Publiciren des Urtheils.

10) Das Referat stammt aus dem Reichskammergerichtsprozess: KGO. v. 1500 *tit.* 18. Chr. Martin, Anleitung zu dem Referiren über Rechtssachen, 2. Aufl. Göttingen 1819, S. 2 f.

11) In der Rechtsmittelinstanz ist für das Referat genügende Unterlage in den Vorakten gegeben; denn auch in der Berufungs-

Der Richter wird aus dem Munde der Parteien über ihren Streitstoff und Streitwillen aufs beste unterrichtet; hier schöpft er unmittelbar an der Quelle. Es wäre in der That unerträglich, wollte man ihm zumuthen, dass er sich des unerachtet vorher ein sehr wahrscheinlich unvollständiges Bild der bevorstehenden mündlichen Verhandlung aus dem Munde eines seiner Kollegen oder durch Studium eines von diesem auf Grund der vorbereiteten Schriftsätze verfassten Schriftstückes geben lasse. An Stelle des letzteren würde er zum mindesten besser die Schriftsätze selber lesen. Allerdings wendet man ein: vielleicht liest er sie nicht! Ich werde unten Einiges auf dieses Bedenken erwidern; jedenfalls träfe es die Kenntnissnahme des Referats gleichermaassen, wenn man dasselbe nicht mündlich vorträge oder es nicht gelänge, die Aufmerksamkeit der Herrn Kollegen für den Vortrag zu fesseln. Und woher die Zeit nehmen, um den Terminen für die mündliche Verhandlung Sitzungen für solche Referentenvorträge voraus zu schicken? Sie würden die Sitzungstage verdoppeln. Und wie viel leeres Stroh würde in ihnen gedroschen! Keine der Sachen, welche sich durch Versäumnissurtheil oder Vergleich erledigen oder durch Circumduktion des Termins von der Tagesordnung verschwinden, bliebe dem unglücklichen

instanz bleibt unerachtet der Abänderungs- und Ergänzungsfähigkeit unterinstanzlichen Streitstoffs die Aufgabe die Nachprüfung des unterrichterlichen Urtheils. Dass durch die Eigenart des Rechtsmittels der Revision das Referat für die Zweckerfüllung desselben unentbehrlich ist, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Kollegium in diesen Sitzungen *ad referendum* erspart, in denen der Berichterstatter dringend wünscht, den Inhalt seiner Vorarbeit an die übrigen Mitglieder loszuwerden. Es würde dahin kommen, dass das Gericht sehnlichst das Unterbleiben des Schriftenwechsels wünschen müsste, um nur der nutzlosen Plage des Referats zu entgehen. Was endlich soll ein Referat nützen angesichts der steten Veränderungs- und Ergänzungsmöglichkeit des Stoffes in der mündlichen Verhandlung, von welcher in höherem oder geringerem Maasse unerachtet der Schriftsätze überaus häufig Gebrauch gemacht wird?

Aber das Referat wäre nicht nur ohne Zweck, sondern geradezu schädlich. Die Juristen aus der Schule des französischen Prozesses haben eine ausgesprochene Scheu vor der Kenntnissnahme des Akteninhalts seitens des Gerichts vor der mündlichen Verhandlung. Sie fürchten davon Befangenheit, Voreingenommenheit durch vorgefasste Meinung. Die Juristen des schriftlichen Prozesses verstehen das nicht, und auch ich halte mit B. diese Furcht für grundlos. Aber hinter ihr verbirgt sich ein richtiger Gedanke. Hört der Richter vor dem mündlichen Vortrag der Parteien einen solchen des Referenten, so dürfte es ihm schwer fallen bei Verschiedenheit des einen und des andern auseinanderzuhalten, was vorgetragen und was referirt ist. Beides würde sich leicht in seinem Gedächtniss mischen. Obschon, wie ich noch zu bemerken haben werde, der Beisitzer in der Verhandlung deren Inhalt durch Notizen festzuhalten suchen muss, so bleibt er dabei immerhin auf die Unterstützung des

Gedächtnisses angewiesen, dessen Trübung sorgfältig vermieden werden muss. Von ihr kann natürlich dann nicht die Rede sein, wenn der Akteninhalt im Gericht vorliegt und zu diesem in der Verhandlung vermerkt werden kann, was nicht, was vervollständigend, was anders vorgetragen wurde. Und doch gilt es auch hier noch sehr vorsichtig zu verfahren, damit nicht Schrift- und Vortragsinhalt verwechselt werde.

Das Studiren der Akten vor der mündlichen Verhandlung hat seinen wichtigen Zweck: nur nicht den des Referats. Es soll, wie auch B. anerkennt, befähigen mit grösserer Leichtigkeit der mündlichen Verhandlung zu folgen, sich durch Aktenextrakt das andernfalls unerlässliche Selbstprotokoll (Notiren) des Vortrags ganz oder zum Theil zu ersparen, sich auf die angemessene Leitung der Verhandlung vorzubereiten und über sie Vorverständigung im Kollegium zu suchen, sich wohl auch mit dem nöthigen Rüstzeug für die eventuelle Beurtheilung des Falles zu versehen. Diese Erleichterung ist für den Vorsitzenden schwer entbehrlich, aber auch für die Beisitzer ist sie höchst erwünscht. Mit ihr — die annähernde Vollständigkeit der Schriftsätze vorausgesetzt — muss jeder nicht völlig unfähige Richter im Stande sein, der mündlichen Verhandlung zu folgen. Ob und inwieweit sie entbehrlich ist, werde ich später erörtern. Dass, wenn zu ihr durch Akteneinsicht Gelegenheit geboten wird das Mitglied diese unbenutzt lassen sollte, ist nicht anzunehmen: es sei denn, dass traditionelle verkehrte Anschauungen, wie sie im französischen Rechtsgebiet zu herrschen

scheinen, davon zurückhalten. Denn das eigenste Interesse drängt dazu, sich diese Vorbereitung nicht entgehen zu lassen. Kann ihr Mangel doch nur zum Theil durch das auf die Dauer sehr ermüdende Selbstprotokoll des Richters ausgeglichen werden.

All' das rechtfertigt den im grössten Theil Deutschlands verbreiteten Gebrauch, in der letzten Woche vor der Sitzung mindestens einem Mitglied, dem zukünftigen Urtheilsverfasser, die Akten zugehen zu lassen, damit er — nicht nur der Vorsitzende, welcher gewissenhafter Weise nie ihr Studium unterlassen darf, — sich durch sorgsames Excerpt und Studium der einschlagenden Rechtsgrundsätze und des wissenschaftlichen Apparates auf die Sache vorbereiten könne. Ich kenne diese Art und Weise hinlänglich aus eigener Erfahrung, um bestätigen zu können, dass sie sich trefflich bewährt.

Ein Votum über die angemessene Leitung und eventuelle Entscheidung auf Grund zusammenfassender Darstellung des wesentlichen Schrifteninhalts vor der Sitzung — etwa gegenüber dem Vorsitzenden schriftlich oder dem Kollegium mündlich — zu erstatten, hat nur in vereinzelt Fällen einen Zweck¹²⁾. Ist ein Versäumnissurtheil in Sicht, so kann ein ungeschicktes, rechtlich unhaltbares Petitum zur Vorbesprechung Veranlassung

12) Mehr scheint doch auch Schaper in seinen höchst lezenswerthen Abhandlungen über die Anleitung bez. Ausbildung der Referendare in den von Rassow und Küntzel herausgegebenen „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts“ Bd. XXIV (3. F. Bd. IV), S. 638 ff. und Bd. XXV (3. F. Bd. V), S. 229 ff. nicht sagen zu wollen. An ersterer Stelle sagt er zwar: „wie beim

geben; ähnlich die Frage, ob etwa ein vorbereitendes Verfahren, ob Trennung der Verhandlung über den Grund und die Höhe des Anspruchs anzuordnen, eventuell auf eine Vereinigung der Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides, oder auf einen Vergleich hinzuwirken sei, ob überhaupt auf eine eventuelle Beweisantretung einzugehen oder in der Sache zu entscheiden sein werde, wie sich die Beweislast stelle u. dergl. mehr. Nur dann, wenn das Gericht den pomphaften und höchst bedenklichen Gelüsten Raum geben wollte, die Entscheidung sogleich „vom Stuhl“ zu sprechen, statt die Verkündung auf die gesetzmässigen acht Tage auszusetzen, steht die Sache anders. In diesem Falle wäre einer Vorberathung mit Referat oder noch besser einer Nachberathung unmittelbar nach der Sitzung auf Grund eindringender Vorarbeit nicht zu entgehen. Aber dieser gefahrvolle Weg ist schlechthin zu meiden — sofern es sich nicht nur um Versäumnissurtheile, welche zu keinerlei Zweifel Anlass geben oder Urtheile auf Grund CPO. § 277, 278

Reichsgericht für seine Entscheidungen eine schriftliche Vorbereitung aus den vorbereitenden Schriftsätzen“ (richtiger Vorakten) „zur Regel gemacht ist, so gebietet schon die Verwicklung der heutigen Verkehrs-, Vertrags- und sonstigen Streitverhältnisse in zahlreichen Civilprozesssachen erster Instanz eine ähnliche schriftliche Vorbereitung.“ An der zweiten Stelle (S. 229) aber bemerkt er zutreffend: „zur häuslichen schriftlichen Vorbereitung eignen sich nur solche Sachen, in denen bereits der Klageschriftsatz rechtliche Bedenken bietet, oder in denen sich vermöge weiterer Schriftsätze, stattgehabter Beweisaufnahmen und sonstiger Verhandlungen sachliche, wie rechtliche Streitpunkte ergeben.“ Dabei erörtert er die Schriftlichkeit der Vorarbeit nur für den Vorbereitungsdienst. Auf ihn komme ich an anderer Stelle zurück.

oder um den Erlass von Beweisbeschlüssen handelt. — Denn so lange die mündliche Verhandlung den Urtheilstoff liefert, würde jede Vorberathung immer nur eine unsichere, eventuelle sein, zudem das besser zu vermeidende Referat erfordern. Jedes Novum in der mündlichen Verhandlung könnte die Rechtslage in der überraschendsten Weise verschieben. Dazu kommt, dass nur dann wirklich auf ein ausgereiftes und sicheres Urtheil gerechnet werden darf, wenn zum mindesten der Thatbestand genau festgestellt, womöglich auch die Gründe ausgearbeitet sind. Nur zu leicht wird eine andere Behandlung der Sache zu Urtheilen führen, deren Unhaltbarkeit das Gericht selbst zu seinem Schrecken und seiner Beschämung bei der Feststellung des Sach- und Streitstandes und der Gründe inne wird¹³⁾. Selbst unter „dem unmittelbaren Eindruck“ der mündlichen Verhandlung kann eine Thatsache in der der schriftlichen Unterlage entbehrenden Berathung entweder ganz übersehen oder trotz aller Vorberathung bei unerwarteter Verschiebung der Sachlage in ihrer rechtlichen Bedeutung verkannt werden; und nur zu leicht werden erst nachträglich bei der Ausarbeitung Rechtsbedenken auftauchen, welche das Urtheil erschüttern. Allerdings giebt es einfache Sachen, für die das Gesagte nicht gilt. Aber das Gericht sollte niemals unter dem augenblicklichen Eindruck diese Einfachheit bejahen, sondern sich ausnahmslos zur Norm machen, über keine

13) Dann bleibt nichts anderes übrig, als ehrlich in den Gründen die Partei auf die Grundlosigkeit des Urtheils und das Rechtsmittel hinzuweisen: wenn es solches noch giebt!

kontradiktorische Verhandlung sofort zu urtheilen. Dazu kommt eine weitere Erwägung. Die sofort der Verhandlung folgende Urtheilsberathung erzeugt eine wahre Kalamität für den Anwaltsstand durch die nothwendig werdende Verzögerung der folgenden Verhandlungen. Fühlt das aber das Gericht und sucht es dem abzuhelpen, dann wird es entweder zu einer überstürzten Berathung gedrängt oder es setzt dieselbe an den Schluss der Tagesordnung. In diesem Falle unterliegt es der Gefahr eines Uebersehens entscheidender Momente in erhöhtem Maasse; denn dann droht die Vermischung einer und der anderen Sache; auch macht sich die nach langer Sitzung leicht begreifliche Ermüdung und das Drängen zum Schlusse geltend. — Endlich gebe ich zu bedenken, dass ja die sofortige Publikation in kontradiktorischen Fällen den Parteien schlechterdings nichts nützt. Denn sie können mit dem Urtheil erst etwas anfangen, wenn es ausgefertigt vorliegt. Und auf die Abfassung und Ausfertigung müssen sie nach der Verkündung genau so lange warten, als wenn dieselbe ausgesetzt wird. — Es scheint denn auch, dass diese Erkenntniss sich mehr und mehr in Deutschland die Bahn bricht und man sich gewöhnt, durchgängig in kontradiktorischen Fällen von der Freiheit der CPO. § 281 Gebrauch zu machen.

Ist dem so, dann bleiben für die Urtheilsberathung verschiedene Wege offen. Es erscheint jetzt unbedenklich, nach der Sitzung sofort in eine Berathung und Beschlussfassung einzutreten, welche als eine provisorische für den Urtheilsentwurf die Weisung giebt. Man wird

sich mit ihr begnügen nur, wenn ernste Zweifel nicht auftauchen; das Provisorische aber liegt darin, dass die Verkündung nicht erfolgt ist und daher eine Aenderung des Beschlusses vorbehalten bleiben muss, wenn bei der Ausarbeitung des Thatbestandes und der Gründe oder ihrer Prüfung neue Bedenken entstehen. Damit aber ihnen Gelegenheit und Raum gegeben werde, sollte die Publikation so lange ausgesetzt werden, bis der Urtheilsentwurf fix und fertig vorliegt oder doch soweit durchdacht ist, dass keinerlei Uebersehen zu befürchten ist. Das kann eine Ueberschreitung der wöchentlichen Urtheilsfrist das § 281 nothwendig machen. Die erstinstanzlichen Gerichte entschliessen sich dazu nicht gern; das Reichsgericht ist darin freier: es kommt vor, dass es auf mehrere Wochen die Urtheilspublikation hinaussetzt. Und es ist dringend zu wünschen, dass die Untergerichte, freilich in strengster Gewissenhaftigkeit, lieber diesem Beispiel folgen, als ungenügend durchdachte Urtheile verkünden.

Immerhin bleibt auf diesem Weg ein „Erdenrest zu tragen peinlich“: nämlich der Umstand, dass wenn nicht neue Bedenken zu erneuter Berathung zwingen, das Urtheil auf Grund der unmittelbar nach der Sitzung stattgefundenen ausgearbeitet wird und nur durch Circulation zur Prüfung der übrigen Richter gelangt. Damit aber ist eine volle Sicherheit korrekter Feststellung des Thatbestandes nicht gegeben. Auch dann, wenn derselbe wirklich mit Bedacht und unter Herbeiziehung aller Hülfsmittel gelesen würde, könnte leichter etwas

übersehen werden, als wenn er in besonderer Sitzung (Thatbestandssitzung) vorgetragen und nachgeprüft wird. Nur so wird der Austausch der Erinnerungen und Notizen jede Unsicherheit beseitigen — und zugleich die Garantie bieten, dass das Urtheil nicht ohne sorgsame Kontrolle der Kollegen unterzeichnet wird. Freilich kann das zeitraubend und ermüdend sein, wenn es sich um umfangreiche Thatbestände handelt; andererseits wird sich das auch bei solchen verhältnissmässig leicht erledigen, wenn ausreichende und gut gefasste Schriftsätze bei den Akten sind, auf welche sich das Gericht beziehen kann oder doch der Vortrag in zusammenfassender Weise auf diejenigen Punkte zugespitzt wird, in welchen Zweifel über Thatbestandsmomente denkbar sind. Aber wie dem auch sei: die Sache fordert diese Mühe. Daher sollte jedes Kollegium feste Berathungstage haben und seine Arbeitslast so bemessen sein, dass zu ihnen ausreichende Zeit bleibt.

IV.

Die vorbereitenden Schriftsätze als Informationsmittel.

Die vorbereitenden Schriftsätze dienen zur wechselseitigen Information der Parteien und des Gerichts, zur Stütze der Erinnerung des Gerichts über den Inhalt der mündlichen Verhandlung und zu dessen Beurkundung. In letzteren beiden Richtungen kommen sie zugleich mit dem Thatbestand im folgenden Abschnitt zur Besprechung.