

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

VII

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1978

PETER BÖHM

Der Streit um die Verhandlungsmaxime

Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts
auf das gegenwärtige Prozeßverständnis*

Andauerndes Flickwerk am Gesetz um punktueller Verbesserungen willen läßt erkennen, daß das positive Verfahrensrecht heute den praktischen Anforderungen nicht mehr genügt. Trotz des latenten Unbehagens fehlt es aber an Kraft und Schwung zur umfassenden Neugestaltung¹. Dies liegt freilich nicht zuletzt auch an einer unzulänglichen Prozeßrechtswissenschaft, deren methodisches Selbstverständnis und rein dogmatische Erkenntnisziele für die Erfassung der realen Bedürfnisse und deren rechtspolitische Verarbeitung wenig hilfreich sind². Ein solcher Befund zwingt zur Neubesinnung auf die theoretischen Grundlagen und die gesellschaftlichen Funktionen des Zivilverfahrens. Ihr vorangehen muß aber die Bestimmung des Standortes, den die jeweilige Prozeßordnung und ihre wissenschaftliche Behandlung auf der geschichtlichen Entwicklungslinie einnehmen. Mein kurzer Rückblick auf das vorige Jahrhundert, der notwendig fragmentarisch bleibt, will vorerst zeigen, daß an dessen Beginn die vernunftrechtliche Theorie des gerichtlichen

* Der vorliegende Aufsatz gibt den Vortrag wieder, den ich am 13. 10. 1977 im Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/Main gehalten habe. Diese Arbeit widme ich dem Direktor des Instituts Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut COING, dem ich auch ihre Veröffentlichung in dieser Zeitschrift verdanke.

¹ Vgl. aber die Ansätze einer Gesamtreform der deutschen Justiz im Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, hrsg. vom Bundesjustizministerium 1961 (dazu allerdings die Kritik von ZWEIGERT, in: C. Schmid-FG, 1962, 311 FN 10a, wonach dieser Reformvorschlag „die durch die Ethisierung unserer Rechtsordnung von Grund auf geänderte Ausgangslage“ verfehlt), und im Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz 1977.

² Insoweit erscheint die scharfe Polemik H.-J. PUTTFARKENS (Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, JuS 1977, 493) berechtigt. Diese rechtspolitisch treffende Kritik überschreitet freilich dort ihre legitimen Grenzen und fällt ins andere Extrem, wo sie vermeint, die Prozeßrechtswissenschaft könne auf Grundbegriffe und zentrale Institute verzichten, die sich aus der Sachstruktur des Prozesses ergeben.

Verfahrens steht, die — ungeachtet aller berechtigten Einwände und Bedenken gegen sie — für eine kurze Zeitspanne ein methodisches Niveau erreicht hat, das der Rechtslehre nach ihr abhanden gekommen ist. In der ‚Sache‘ des Prozesses möchte ich sodann ein Leitmotiv herausgreifen, das die Grundstruktur des Zivilverfahrens bis heute prägt: das Verhältnis von Richter und Parteien und ihr jeweiliger Einfluß auf den Gang des Verfahrens und die Sammlung des Prozeßstoffes. Die im 19. Jh. dafür gewonnenen Prinzipien bestimmen nämlich maßgebend die nachfolgende Verfahrenstheorie und Prozeßpolitik³. Kein anderes Thema ist im übrigen so geeignet, das Wort *Radbruchs* zu bekräftigen: „Wie die Spitze eines Mastes auf die kleinste Bewegung des Bootskörpers mit heftigem Ausschlage antwortet, so spiegeln sich in der Entwicklung des Prozeßrechts die allmählichen Wandlungen des sozialen Lebens in scharfen Gegensätzen wider⁴.“ Sofern es überhaupt in der Geschichte einen „Zug des *Fortschreitens* . . . zur *Prozeßidee*“ gibt, wie dies Wilhelm *Sauer*⁵ annimmt, kann er daher immer nur vor dem jeweiligen geistigen und gesellschaftlichen Hintergrund sichtbar werden.

Vorweg ist jedenfalls mit einem verbreiteten Vorurteil aufzuräumen, nämlich der im gängigen Schrifttum⁶ bis heute wiederkehrenden Behauptung, daß sich die Prozeßrechtswissenschaft vor Oskar *Bülow* auf eine ‚beschreibende Prozeßkunde‘ beschränkt habe⁷. Dies ist ganz und gar unzutreffend. Ein derart abwertender Befund mag für weite Teile der theoretischen Befassung mit dem gemeinen Prozeß im 18. Jh. und dann wieder für die vorwiegend exegetisch-rezeptive Phase um die Mitte des 19. Jh. gelten. Spätestens seit und mit dem grundlegenden Werk des Nikolaus Thaddäus v. *Gönnner* wird er unberechtigt⁸. Dies läßt sich zur Genüge anhand reprä-

³ Dazu J. DAMRAU, Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877 (1975); K. W. NÖRR, Hauptthemen legislatorischer Zivilprozeßreform im 19. Jahrhundert, ZZP 87 (1974) 277 (281 f.).

⁴ RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft⁹ (1958) 176.

⁵ Allgemeine Prozeßrechtslehre (1951) 92 f.

⁶ Seit J. GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage (1925) 1 f., 146 ff.

⁷ Richtig dagegen K. W. NÖRR, Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jh. (1976) 43. Mit BÜLOW setzt — im Anschluß an WINDSCHEIDS Umdeutung der *actio* zum materiellrechtlichen Anspruch — lediglich die den Prozeß vom Privatrecht völlig ablösende ‚konstruktive Epoche‘ der Prozeßrechtswissenschaft ein. Vgl. auch NÖRR, Zur historischen Schule im Zivilprozeß- und Aktionenrecht, FS 500 J. Tübinger Juristenfakultät (1977) 73 (73, 86, 89).

⁸ Schon Karl GROLMAN, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen entworfen, 3. Aufl. (1810), setzt sich die „wissenschaftliche Bearbeitung des Prozesses“ zum Ziel. Christoph MARTIN bescheinigt

sentativer Stellen seines berühmten „Handbuches⁹“ belegen. Daran soll sich einmal die heute gern vernachlässigte Einsicht unseres Autors: „Das Studium der Rechtsgeschichte ist besonders im Prozesse sehr notwendig¹⁰“ bewähren; zum anderen soll damit auch die unveränderte Aktualität mancher von ihm erarbeiteter Grundgedanken für die Prozeßauffassung der Gegenwart deutlich werden. Ja es mag sich erweisen, daß das Niveau der Verfahrenstheorie im ausgehenden 19. Jh. mitunter hinter den Erkenntnisstand zurückgefallen ist, den Gönner bereits zu Beginn dieses Säkulums erreicht hatte.

Den Ausgangspunkt seiner Studien bildet für ihn die Grundfrage: ‚Was soll im deutschen gemeinen Prozesse gelehrt werden?‘¹¹. Denn in der „richtige(n) Absteckung der Gränzen einer Wissenschaft“ sieht er „das erste Erforderniß ihrer zweckmäßigen Behandlung“¹². So wendet er sich gegen die vor ihm verbreitete Übung, mit der theoretischen Darstellung „eine Anleitung zur Praxis“ zu verbinden¹². Vor allem die „Abfassung der Berichte und Relationen“ sei kein angemessener Gegenstand der theoretischen Prozeßlehre¹³. In diesem grundsätzlichen Punkt weicht Gönner entschieden von seinem sonst häufig herangezogenen Gewährsmann Karl *Grolman* ab¹⁴. Dieser nahm noch mit Daniel *Nettelblatt*¹⁵ an, daß in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens *auch* „die Theorie zu der Kunst, Acten zu verfertigen, und mit ihnen geschickt umzugehen, gelehrt werde“¹⁶. Demgegenüber fällt für Gönner die Beschreibung und Erläuterung der in der Staatsverwaltung gebräuchlichen Geschäfte und ihrer ‚äußeren Form‘ zur Gänze aus dem Rahmen einer wis-

seinem Lehrbuch, daß es „Epoche in der Geschichte der Bildung der Proceßtheorie als Wissenschaft macht“ (Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Vorrede zur 2. Aufl. 1805).

⁹ Handbuch des deutschen gemeinen Processes in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände. Vom Hofrath und Professor Gönner zu Landshut. Erster Band. Zweyte vermehrte und verbesserte Auflage. Erlangen bey Johann Jacob Palm 1804.

¹⁰ Handbuch, III § 1 (76).

¹¹ Handbuch, V (106 ff.).

¹² Handbuch, V § 1 (106).

¹³ Handbuch, V § 1 (107).

¹⁴ GROLMAN, Theorie (FN 8) §§ 4, 5.

¹⁵ Abhandlung von der practischen Rechtsgelahrtheit überhaupt, deren Theilen, Quellen und Hülfsmitteln wie auch der Art und Weise, dieselbe zu lehren und zu lernen (Halle 1764) § 8. Freilich wäre es eine grobe Verkennung, die Arbeit des Christian Wolff-Schülers Nettelblatt, von dem u. a. die Begriffe ‚Prozeßhandlung‘ und ‚Rechtsgeschäft‘ geprägt wurden, auf die bloße Erörterung der Verfahrenstechnik zu reduzieren. Gegen diese Annahme, die seit DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) 1 FN 5 und BÜLOW, ZZP 27 (1900) 203, verbreitet wird und sich noch jüngst bei SPRUNG, ZZP 90 (1977) 382, vorfindet, wendet sich NÖRR, Naturrecht (FN 7) 20 ff.

¹⁶ Handbuch, V § 3 (112).

wissenschaftlichen Prozeßlehre. Diese habe sich vielmehr auf die im Gerichtsverfahren *typischen Handlungen* zu konzentrieren; und selbst dabei dürfe sie sich nicht auf das Abfassen der Geschäftsstücke als solcher richten, sondern ausschließlich auf das, „was den gerichtlichen Handlungen besonders eigen ist“¹⁷, sowie auf die *innere Form*, die Verfahrensart. Gerade diese Aufgabe, die „Form, unter welcher gerichtliche Handlungen erscheinen“, näher zu bestimmen¹⁸, sei in der Literatur weithin außer acht gelassen worden. Wissenschaftlicher Behandlung sei dieser Problembereich schon deshalb wert, weil die Prozeßhandlungen „doch nur unter einer zweckmäßigen Form denkbar sind“ und sich die gesamte Verfahrenstheorie auf die Beantwortung der zentralen Frage zurückführen lasse: „Was soll der gemeine Prozeß leisten?“¹⁸. Sehr klar hebt Gönner hervor, daß wohl „die Rechtslehre überhaupt eine praktische Wissenschaft sey“, aber auch „bei einer praktischen Wissenschaft ihre Theorie und Anwendung (Praxis) zu unterscheiden“ sei¹⁹. Den Lehrgegenstand einer Theorie des gerichtlichen Verfahrens, nach der er eingangs fragt, orientiert Gönner am Umfang der richterlichen Gewalt. Demnach steht für ihn die richterliche Bestimmung im Mittelpunkt der Prozeßlehre, da mit dem Rechtsgang „allemaal die Idee eines *Civilrichters* verbunden wird“²⁰. Eine Grundlegung der Verfahrenstheorie, die in neuerer Zeit erst Karl Alfred Hall unter dem Aspekt wieder aufnimmt, daß er den Prozeß als Rechtslage des urteilenden Richters begreift²¹.

Die unverkennbare *naturrechtliche* Komponente in Gönners Rechtsdenken erhellt aus seinem Bestreben, die richterliche Gewalt und ihre Zwecke aus der Idee des Staates abzuleiten und darin die vernunftmäßige Grundlage des gemeinen Prozesses zu erkennen. Zugleich macht sich damit der Zeitgeist des aufgeklärten Absolutismus geltend. Der angedeutete gesellschaftspolitische Horizont und die vernunftrechtliche Grundposition kommen in den methodischen Vorbemerkungen Gönners schön zum Ausdruck. Ihres zeitverhafteten Pathos unerachtet könnte man geneigt sein, sie dem Positivismus heutigen Lehr- und Forschungsbetriebes gegenüberzustellen: „Zum Wohl der Menschheit ist es nun dahin gekommen, daß man bei dem Rechtsstudium sich nicht mehr mit Kenntniß des Gesetzlichen begnügt, sondern untersucht: ob das gesetzliche auch rechtlich sei“²².“ Nur eine solche Einstel-

¹⁷ Handbuch, V § 4 (114).

¹⁸ Handbuch, V § 1 (107).

¹⁹ Handbuch, V § 1 (107 Anm. a).

²⁰ Handbuch, V § 2 (110).

²¹ HALL, Der Prozeß als Richterlage, in: Schwinge-FS (1973) 227.

²² Handbuch, VI § 1 (118 f.).

lung erhebe die Jurisprudenz in den Rang einer Wissenschaft. Denn „erst sie macht, daß es nicht bloß Gedächtnißsache ist, erst sie setzt den Studierenden in den Stand, auch bey veränderten positiven Gesetzen ohne Beschwerde sich in die neue Lage der Dinge zu finden, und nur durch sie erhält der Gesetzgeber Kenntniß von den Mängeln der bestehenden Gesetze“²³. Ganz im Gegensatz zum heute vorherrschenden technisch-instrumentalen Prozeßverständnis meint Gönner sogar, daß diese Methode für den Rechtsgang im besonderen Maß angezeigt und fruchtbar sei, „da bei ihm weit mehr, als in anderen Rechtstheilen, die Verfasser unserer Reichsgesetze selbst in der Grundlage des Verfahrens, bei ihren Reformen die Sprache der Vernunft hörten“²³.

Das Fortschrittliche wie das Problematische in der vernunftrechtlichen Methodik spiegelt sich in den Anforderungen wider, die Gönner an die Prozeßwissenschaft stellt²⁴. Und dies gleicherweise in dem *systematischen* „Bestreben, die Prozeßtheorie überall auf die ersten Grundsätze alles Rechts zurückzuführen“ wie in dem *praktischen* Anliegen, die dadurch gewonnenen Grundbegriffe als „Materialien jeder zweckgemäßen Prozeßgesetzgebung“ auszuwerten²⁵. Die unleugbaren Übertreibungen vernunftrechtlicher Deduktionen wären freilich nicht voll verständlich, sähe man sie nicht vor dem Hintergrund einer heute kaum mehr faßbaren Zersplitterung der für den gemeinen Prozeß maßgeblichen Rechtsquellen. Sie erklärt daher auch Gönners Ansicht, daß man „keinen befriedigenden Grund“ zur Lösung der vielfältigen Probleme habe, „wenn man nicht in den Geist des gemeinen deutschen Prozesses eindringt, die Gegenstände, die man antrifft, aus richtigen allgemeinen Principien ableitet, und die Harmonie der Grundsätze, welche in den Gesetzen enthalten sind, mit den ersten Forderungen der Rechtslehre durch eine richtige Entwicklung darstellt“²⁶. Allein auf solche Weise könne es gelingen, einen *allgemeinen Teil* der Theorie des gerichtlichen Verfahrens ohne Rücksicht auf Prozeßgegenstände und Verfahrensarten zu entwickeln.

²³ Handbuch, VI § 1 (119).

²⁴ Quellenstudium und sorgfältige Interpretation der Gönnerschen Texte lassen die scharfe und einseitige Kritik an den vernunftrechtlichen Reflexionen, die Falk BOMSDORF, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO (1971), übt, als nicht berechtigt erscheinen. Meine zustimmenden Bemerkungen in *meiner* Besprechung der Schrift Bomsdorfs (ZfRV 1976, 158 f.) kann ich daher nicht aufrecht erhalten. NÖRR, Naturrecht (FN 7) Vorbemerkung 1 läßt die Methodenfrage ausdrücklich offen; im übrigen teilt er das ungünstige Urteil Bomsdorfs über Gönner ebenfalls nicht (a. a. O., 43).

²⁵ Handbuch, Vorrede zur 2. Aufl. XVI.

²⁶ Handbuch, VII § 2 (134).

Ein Hauptanliegen damaliger Rechtswissenschaft, dem in der Prozeßtheorie bis heute wohl nur unzureichend entsprochen ist. Die Gefahren der von ihm postulierten Denkweise sind Gönner indessen nicht entgangen. Geradezu klassisch formuliert er seine Warnung vor zwei extremen Positionen, die der modernen Literatur als freie Rechtsfindung bzw. als Gesetzespositivismus vertraut sind: „Groß sind die Irrthümer, welche bei Bearbeitung des positiven Rechts entstehen, wenn die Verordnungen der Gesetze vernachlässiget, und gesetzlose Raisonsnements an die Stelle desjenigen gesetzt werden, was nun einmal erklärter Wille des Gesetzgebers ist. Aber nicht geringere Irrthümer erzeugt eine sklavische Anhänglichkeit an den todtten Buchstaben der Gesetze, ohne in ihren Geist einzudringen, und ein übertriebenes Bestreben, nichts für wahr zu halten, als was den Buchstaben der Gesetze für sich hat, sollten uns auch Natur der Sache noch so viele Gründe für die Wahrheit eines Satzes, und die Lücken unserer positiven Gesetzgebung für die Nothwendigkeit, ihn in die Prozeßtheorie aufzunehmen darbieten. Beide Extreme müssen vermieden, Raisonement mit den positiven Verordnungen brüderlich vereint werden²⁷.“ Eine solche Bearbeitung des Gesetzes sei unerläßlich, weil die Quellen vielfach nur einzelne strittige Fälle entscheiden. Deshalb verbleibe die Aufgabe, „durch richtige Abstraction die in ihnen liegenden allgemeinen Sätze auszuheben, und durch wissenschaftliche Forschung die Lücken unserer Gesetze auszufüllen“²⁸. Folglich komme es überhaupt nicht darauf an, „ob etwas von den Gesetzen eingeführt, oder von den Rechtslehrern erfunden ist, sobald die Vernunft es als nothwendig ausspricht, und positives Recht nicht ausdrücklich entgegensteht“²⁹.

Wie bereits erwähnt, sieht Gönner die substantielle Bestimmung der Prozeßtheorie darin, die „aus dem Zwecke der richterlichen Gewalt abzuleitenden notwendigen Folgen für das gerichtliche Verfahren“ zu untersuchen³⁰. Aus dem (wertenden) Vergleich zwischen ihnen und den Grundsätzen, auf denen das positive Recht beruht, werde der Rechtstheorie wie auch der Gesetzgebungspolitik reicher Gewinn zuteil. Konkret leitet Gönner aus dem Staatszweck das staatliche Rechtspflegemonopol, die Rechtsgleichheit der Parteien vor Gericht und in enger Verbindung damit den Anspruch auf rechtliches Gehör her. Darüber hinaus bildet für ihn die Verhandlungsmaxime den Wesensausdruck zumindest des gemeinen Prozesses. Schon hier

²⁷ Handbuch, XIV § 3 (322 f.).

²⁸ Handbuch, XIV § 3 (323).

²⁹ Handbuch, XIV § 3 (324).

³⁰ Handbuch, VI § 1 (119).

ist freilich zu betonen, daß Gönner unter dem Verhandlungsgrundsatz primär das begreift, was heute mit der Dispositionsmaxime umschrieben wird. Im neueren deutschen Schrifttum wird dies weithin verkannt, ob es sich dabei nun um Befürworter oder um Gegner der Verhandlungsmaxime im technischen Sinne handelt. Selbst *Bomsdorf*, der sich jüngst in diesem speziellen Zusammenhang mit Gönners Prozeßlehre befaßt hat, erliegt diesem Vorverständnis³¹. Aus ihm heraus wird nämlich der Satz Gönners: „Wer auf das Recht selbst Verzicht leisten kann, ist auch zum Verzicht auf die Mittel zur Erhaltung des Rechts befugt“³², isoliert gelesen und ohne weiteres als Fundierung einer umfassenden Parteienmaxime betrachtet. Demgegenüber bezieht sich Gönner hier zunächst nur auf die Inanspruchnahme eines Rechtes vor Gericht, also auf die *Rechtsverfolgung* und die Einleitung des Verfahrens. Zweifelsfrei geht dies aus seiner anschließenden Wendung: wo kein Kläger ist, da ist kein Richter, hervor. Zudem begründet er diese Parömie auch mit dem Merkmal der ‚Veräußerlichkeit‘, das den Gegenstand des Privatrechtsstreites kennzeichne. Die in der deutschen Prozeßdogmatik bis heute noch nicht überwundene Schlußfolgerung von der Befugnis, über den geltend gemachten *Anspruch* zu verfügen, auf eine Parteienmacht über *Stoffsammlung* und Wahrheitsfindung kann sich somit nicht schlüssig auf Gönner berufen. Führt dieser doch ausdrücklich aus: „Doch würde dieser Satz, der bei Entstehung eines Rechtsstreits unbedingt gilt, allerdings misbraucht werden, wenn man die richterliche Thätigkeit im ganzen Verfahren auf das Vorbringen der Parteien beschränkte, indem nicht nur im allgemeinen alle Punkte, wobei es auf Anwendung des Rechtsgesetzes bei einem konkreten Falle ankommt, nach den unabänderlichen Gesetzen eines Vernunftschlusses, unabhängig vom Vorbringen der Parteien, vom Richter bestimmt werden müssen: sondern auch eine Gesetzgebung ganz rechtlich von der Idee ausgehen kann, daß, sobald einmal durch Aufforderung der richterlichen Gewalt zum Rechtsschutze (durch eine Klage) die Bedingung ihrer Tätigkeit erfüllt ist, die streitenden Theile zum voraus in alle Mittel consentirt haben, wodurch ihr Zweck erreichbar ist“^{32a}.“ Dieses letzte Argument stimmt fast wörtlich mit der Begründung überein, die am Ende des Jahrhunderts Franz *Klein* für seine scharfe Ablehnung jeglicher Verfügungsmacht der Parteien über den Tatsachenstoff gegeben hat. Gönner räumt lediglich ein, daß der gemeine Prozeß das Verbot amtswegigen Einschreitens auch auf den äußeren Gang

³¹ BOMSDORF, Prozeßmaximen (FN 24) 126 f.

³² Handbuch, VI § 4 (122).

^{32a} Handbuch, VI § 2 (122 f.).

des Verfahrens erstreckt, allerdings auch hierbei die richterliche Aktivität der Parteienwillkür Schranken setze. Zwingend ergebe sich diese Gestaltungsform aus der Prozeßidee aber nicht.

Gerade für die Herausbildung des modernen Zivilprozesses und seiner Grundstruktur gibt indes kaum ein Thema mehr Aufschluß als die Art der Stoffsammlung und die dafür leitenden Gesichtspunkte. Indem Gönner auch für diese innere Ordnung des Verfahrensablaufes allgemeine Grundsätze aufgesucht hat, die mit Vernunftätzen übereinstimmen, hat er die Einsicht in das Wesen des Prozesses entscheidend gefördert. Sein historisches Verdienst ist die Entwicklung zweier *Modelle*, die er Verhandlungs- bzw. Untersuchungsmaxime nennt. Beide sind nach ihm mit der Vernunft vereinbar, kämen jedoch in der Realität des positiven Rechts in idealtypischer Reinheit nicht vor. Der gemeine Prozeß orientiere sich am Verhandlungsgrundsatz, während die preußische Gerichtsordnung von der Untersuchungsmaxime geprägt sei. Die jetzt in einem engeren Sinn als vorhin verstandene Verhandlungsmaxime, wie sie bis heute Leitbild der deutschen Prozeßtradition geblieben ist, wird von Gönner auf den allgemeineren Grundsatz zurückgeführt, daß es im bürgerlichen Rechtsstreit kein Verfahren von Amts wegen gebe. Dieses ‚ne procedat iudex ex officio‘ werde dabei über die Einleitung des Verfahrens hinaus auf den *gesamten Ablauf* des Prozesses erstreckt. „Hier ist jeder Schritt des Richters, hier ist das gerichtliche Verfahren in jedem seiner Theile bestimmt und bedingt durch das Vorbringen der Parteien . . . er kann auf keine anderen Beweismittel Rücksicht nehmen, als welche der Beweisführer angegeben hat; er ist im ganzen Laufe des Prozesses nur thätig, wo ihn das Vorbringen der Parteien in Bewegung setzt; und er ist im Ganzen, wo es nicht der Subsumtion unter das Gesetz allein gilt, sondern wo es auf Thatsachen ankommt, eingeschränkt auf das Vorbringen der streitenden Theile. *Nichts von Amtswegen* ist hier die allgemeine Maxime, welche, . . . für das ganze gerichtliche Verfahren in allen seinen Theilen aufgestellt wird, und welche man die *Verhandlungsmaxime* nennen kann, weil alles von dem Vorbringen der Parteien, oder von ihren *Verhandlungen* abhängt³³.“ — Dem so umschriebenen Grundsatz stellt Gönner die Untersuchungsmaxime gegenüber. Sie bedeute, „daß der Staat, wenn der verletzte Theil seinen Schutz reclamirt, *unmittelbar* auf die Mittel wirkt, ohne welche dieser Zweck nicht gedacht werden kann, daß sie demnach es dem Richter zur Pflicht macht, alles von Amtswegen vorzukehren, wodurch die Merkmale des Factums, welches einem Prozesse zum Grunde liegt, nach dem gesetz-

³³ Handbuch, VIII § 4 A (182 f.).

lichen Grade als gewiß hergestellt werden. Hier geschieht nach angebrachter Klage *Alles von Amtswegen*; . . . bey ihr gehet alles den Weg einer richterlichen Untersuchung; man kann sie daher die *Untersuchungsmaxime* nennen³⁴. Treffend hebt Gönner hervor, daß auch nach ihr der Richter nicht ohne Aufforderung der Parteien handelt; doch werde dabei „aus der allgemeinen Reclamirung der richterlichen Hülfe auf eine Einwilligung in alle hiezu führenden Mittel geschlossen“³⁵. Fast auf das Wort kehrt dieses Argument in den Materialien zur öZPO wieder³⁶.

Im Zuge der Kritik an beiden Maximen anerkennt Gönner, daß sich jede von ihnen aus der Natur der Sache begründen lasse und auch mit dem Zweck der richterlichen Gewalt übereinstimme. Deshalb stellt er mit Nachdruck fest, was liberalistischem Prozeßverständnis offensichtlich entgangen ist: „. . . und es ist Irrthum, wenn man die *Verhandlungsmaxime* für die *Einzig*e ausgiebt, auf welche eine Ordnung des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn kann³⁷.“ Soweit sie aber gelte, liege ihre Rechtfertigung darin, daß jeder über sein Eigentum nach freier Willkür schalten könne. Daraus folge, daß man es ihm dann auch überlassen könne, alle Mittel anzugeben, von welchen er die Anerkennung seines Rechtes abhängig machen wolle. Wie bereits oben dargetan, ist diese Ableitung jedoch in keiner Weise zwingend. Mit ihr entfernt sich Gönner — im Bemühen, die Realstruktur des gemeinen Prozesses als durchwegs vernunftgemäß zu erweisen — von seinem klaren Ausgangspunkt und gerät in einen Zwiespalt, der sich nicht mehr harmonisch auflösen läßt. Und genau an dieser problematischen Stelle, die eine sorgfältige Interpretation allerdings nicht aus dem Kontext reißen dürfte, setzen die Verfechter der Verhandlungsmaxime an. In der Tat ist nicht zu leugnen, daß in solcher Sicht dem Staat bzw. der Gemeinschaft kein Eigeninteresse an der Rechtsverwirklichung zugebilligt werden kann. Vielmehr erschöpft sich dann der öffentliche Zweck der Rechtspflege in der Gewährung des Schutzes, der nach Art und Umfang zur Disposition der Parteien steht. Gegenüber einer derartigen Prozeßauffassung sieht Gönner durchaus, daß jeder, der vom Gericht eine Entscheidung begehrt, „durch eine sehr concludente Handlung erklärt, daß er sein Recht nicht aufgeben wolle“³⁸. Auf eben dieser Erwägung beruht aber die *Untersuchungsmaxime*. Denn „wenn der Staat verbunden ist, Schutz

³⁴ Handbuch, VIII § 5 B (183 f.).

³⁵ Handbuch, VIII § 5 (184).

³⁶ Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozeßgesetzen, hrsg. vom k. k. Justizministerium, I (1897) 263.

³⁷ Handbuch, VIII § 6 (184).

³⁸ Handbuch, VIII § 6 (185).

gegen Rechtsverletzungen zu ertheilen, so kann er es dem Richter auch zur Pflicht machen, nach geschehener Aufforderung durch eine Klage alle Mittel von Amtswegen anzuwenden, ohne welche dieser Zweck nicht erreicht werden kann³⁸. Obwohl nun Gönner versichert, daß beide Maximen mit allgemeinen Vernunftsatzen im Einklang stünden, verbirgt er doch nicht seine Sympathie für den Untersuchungsgrundsatz. Scharfsinnig widerlegt er den Einwand *Grolmans*, von Amts wegen beweisen wäre ebensoviel als von Amts wegen Rechte anerkennen. Und wohl leitet er die Pflicht des Gerichtes zu amtswegigem Vorgehen und aktiver Wahrheitsforschung nicht unmittelbar aus der Natur der Sache ab, sondern hält sie eher für ein Postulat an die positive Gesetzgebung. Jedenfalls aber sieht er sie mit Staatszweck und Prozeßidee voll im Einklang. Verfolgen nämlich die Parteien durch Anrufung des Gerichtes ihr Recht, so handelt der Richter, der den Sachverhalt aufklärt, „der Grundabsicht aller streitenden Theile gemäß, und diese willigen durch die Führung eines Rechtsstreits schon zum Voraus und im Allgemeinen in alle Mittel, welche zur Erreichung dieses Endzweks nothwendig sind“³⁹. Gewiß eine *sachlogische* Konsequenz, die jede Prozeßordnung, die auf der strengen Verhandlungsmaxime beruht, vermissen läßt. Umso erstaunlicher mutet es an, wenn in der deutschen Lehre der Folgezeit diese überzeugend begründete Einsicht wieder verschüttet werden konnte. Noch jüngst zieht etwa *Grunsky* in seinen Grundlagen des Verfahrensrechts unbekümmert die sachlich verfehlt Parallelle zwischen der Freiheit der Parteien, über den Anspruch als solchen zu disponieren, und der Verfügung über die zugrunde liegenden Tatsachen; es sei nur „interessengerecht“, wenn sie den materiell-rechtlich zulässigen Dispositionseffekt auch mittelbar im Prozeß herbeiführen könnten⁴⁰. Damit wird völlig außer acht gelassen, daß man solcherart den Richter zum Spielball der Parteien degradiert und die Institute des Prozeses ihrem wahren Zweck entfremdet⁴¹.

Mit Recht verweist Gönner darauf, daß die preußische GO den Untersuchungsgrundsatz gar nicht in extremer Form verwirklicht hat. Seine Grenzen verlaufen dort, wo die Verfahrensökonomie und die Eigenverantwortung der Parteien gegenüber der vollständigen Sachverhaltsermittlung vorrangig

³⁸ Handbuch, VIII § 8 (187 f.).

⁴⁰ GRUNSKY, Grundlagen des Verfahrensrechts² (1974) § 3 II 2.

⁴¹ Als einer der ersten deutschen Rechts theoretiker hat August HEGLER, GS 1926, 462, diesen Fehlschluß in voller Klarheit erkannt: „... nicht soll der Zivilprozeß den Parteien Gelegenheit geben, ihre Verhältnisse dadurch positiv zu gestalten, daß sie — indirekt — über den Streitgegenstand verfügen“. In der neueren deutschen Lehre vgl. vor allem die überzeugenden Ausführungen bei BOMSDORF, Prozeßmaximen (FN 24) 159 ff.

sind. Als markante Beispiele in dieser Richtung führt er die prozessualen Folgen des *Geständnisses* und der *Versäumung* von Terminen an. Diese leitet er erneut aus dem Gesichtspunkt her, daß jeder auf sein Recht Verzicht leisten kann⁴². Hinter dieser allgemeinen Erwägung erkennt er auch die rechtspolitische Rechtfertigung des Präklusionsprinzips als spezifisch prozessualer Sanktion. Wer nämlich den Termin verstreichen lasse, ohne die Handlung zu setzen, die er darin vornehmen sollte oder konnte, der sei im rechtlichen Sinn als verteidigt anzusehen. Andernfalls würde der Schutz des Staates von demjenigen abhängig gemacht, gegen den er sich richtet. M. a. W. müsse das Mittel, die Gewährung des Gehörs, dem Zweck, dem Rechtsschutz, folgen und daher so eingerichtet sein, daß der Zweck dadurch nicht aufgehoben wird⁴³. Als tragende Grundlage der Untersuchungsmaxime im preußischen Zivilverfahren hebt Gönner den programmatischen Satz hervor: „... der vom Staate angeordnete Richter hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß der That-sachen zu versichern, welche bei einem Rechtsstreit zum Grunde liegen“⁴⁴; und dies „auf dem sichersten und zugleich nächsten Weg“, weil es das „allgemeine Beste erfordert, daß die Prozesse, soweit es ohne Nachtheil der Rechte der Parteien geschehen kann, abgekürzt werden“⁴⁵. Die institutionellen Gewährleistungsbedingungen für die reale Umsetzung dieser Zielvorstellungen sieht Gönner in der Mündlichkeit des Instruktionsverfahrens, im Fragerecht des Richters und in den Pflichten der Parteien, „die zur Entscheidung ihres Prozesses gehörenden Thatsachen dem Richter der Wahrheit und ihrer Wissenschaft gemäß vorzutragen“ und zur Verhandlung persönlich zu erscheinen⁴⁶. Der Pflicht zu wahren und vollständigem Sachvorbringen tritt die Pflicht zur Seite, „dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden kann“⁴⁷. Doch ist der Richter an diese Tatsachen- und Beweisangaben nicht gebunden, sondern hat das Recht, andere Mittel zur Erforschung der Wahrheit — usw. auch ohne Verlangen der Parteien — heranzuziehen. Dennoch sind die Parteien gegen Willkür des Gerichtes geschützt. In dieser Hinsicht führt Gönner u. a. das Recht der Parteien an, sich eines rechtskundigen Beistandes zu bedienen, das Recht auf Teilnahme an der Instruktion und die Mitwirkungs-

⁴² Handbuch, VIII § 12 (193).

⁴³ Handbuch, VII § 6 (139).

⁴⁴ Handbuch, VIII § 14 (194 f.).

⁴⁵ Handbuch, VIII § 14 (195).

⁴⁶ Handbuch, VIII § 14 (195 f.).

⁴⁷ Handbuch, VIII § 14 (197).

bzw. Kontrollrechte bei der Protokollierung. Nach geschlossener Instruktion sind die Parteien befugt, auch Rechtsausführungen zu den festgestellten Tatsachen zu erstatten⁴⁸. Solche müssen in aller Regel mündlich zu Protokoll gegeben werden; nur bei weitläufigen, verwickelten Rechtssachen ist die Beibringung einer schriftlichen Deduktion gestattet, doch kommt es auch hier zu keinem eigentlichen Schriftsatzwechsel⁴⁹.

Im Anschluß an seine Übersicht über den typischen Ablauf des preußischen Zivilverfahrens stellt Gönner es zwar dem Leser anheim, sich selbst zwischen diesem und dem gemeinen Prozeß zu entscheiden. Zum Kriterium dafür erhebt er aber die Frage, „bei welchem von beiden der Zweck der richterlichen Gewalt besser erreicht, oder bei welchem die Justiz geschwinder und genauer mitgeteilt werden kann“⁵⁰. So ist nicht daran zu zweifeln, daß Gönner, der bayerische Rechtsgelehrte aus Landshut, dem preußischen Prozeß⁵¹ den Vorzug gibt. Im Blick auf die *rechtspolitische* Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes führt er abschließend aus: „Daß nur bei einer solchen Maxime dem leichtsinnigen Prozeßführen und dem Chicaniren Gränzen gesetzt werden können, leuchtet in die Augen. Statt daß die Parteien nur einen Advokaten sonst zu Rathe zogen, dessen Nahrung es fordert, die Parteien vor einem Prozeß nicht zu warnen, hören sie im preußischen Staate die Warnungen aus dem Munde des Richters, wo sie unverfälschter und eindringender sind. Statt daß bei der Verhandlungsmaxime die Parteien immer aus dem Munde des Advokaten reden . . . und der Chicane ein weites Feld geöffnet werden kann, statt daß der Richter ihren Wendungen, Drehungen und Ausschweifungen selten Schranken zu setzen vermag, und von dem, was sie ihm sagen, abhängig: erhält er nun die Wahrheit in ihrem einfachen, eher durchsichtigen Gewande . . . Selbst der Richter wird bei dieser ihm genau vorgezeichneten Bahn dasjenige strenger voraus beobachten, was das Wesentliche des Verfahrens erfordert, und worüber er bei der Verhandlungsmaxime durch das gemächliche Communicetur öfters hinweggleitet“⁵². Der für die Praxis grundlegende Unterschied liegt nach Gönner in folgendem: „Bei der Untersuchungsmaxime kann der Richter alle Mittel, Wahrheit zu erforschen, gebrauchen, sobald irgend ein Vorbringen eines Theils, der Zusammenhang

⁴⁸ Handbuch, VIII § 15 (197 ff.).

⁴⁹ Handbuch, VIII § 26 (211).

⁵⁰ Handbuch, VIII § 27 (212).

⁵¹ Zur Friderizianischen Prozeßordnung (Corpus Juris Fridericianum, Erstes Buch von der Prozeß-Ordnung, vom 26. 4. 1781), ihrer Entstehungsgeschichte und ihren ideellen Grundlagen vgl. NÖRR, Naturrecht (FN 7) 24 ff.

⁵² Handbuch, VIII § 28 (212 f.).

der Sache, die Aussagen der Zeugen oder der Inhalt der Urkunden darauf führt; und er braucht sie nicht beschränkt zu dem Zwecke, welchen ein Theil vorzeichnete (Artikel), sondern zum hohen Zweck des ganzen Verfahrens, *Erforschung der Wahrheit*⁵³.“ Demnach ist die Beweisaufnahme hier nicht mehr bloße Handlung der Parteien, sondern Aufgabe des Gerichts, und jede formelle Beweislast entfällt. Die Regeln der materiellen Beweislast treten in dem von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahren erst dann in Funktion, wenn der Versuch, die Wahrheit durch Beweismaterial zu ergründen, vergeblich war⁵⁴. Zum Spannungsverhältnis von Richtermacht und Parteienfreiheit allgemein bemerkt Gönner sehr schön: „Jedes Mittel ist bedingt durch seinen Zweck, und nur durch erlaubte Mittel darf man seinen Zweck zu erreichen suchen; nur zu sehr begründet tägliche Erfahrung die Besorgnisse der Gesetze, daß die Parteien das Recht ihrer Convenienz unterordnen, und es ist wohl niemand denkbar, welcher die Parteien auf dem geraden Weg halten, und jeder Abweichung vorbeugen könnte, als der Richter. Deshalb übertragen ihm die Gesetze die *Prozeßdirektion*, und eine Gesetzgebung, welche dem Richter diese entzieht, und ihn zur leblosen Maschine macht, ist mit sich selbst im Widerspruch⁵⁵.“

Beim gemeinen deutschen Prozeß gerät Gönner an diesem neuralgischen Punkt erneut in Schwierigkeiten. Denn die Verhandlungsmaxime räume nun einmal den Parteien nicht nur bei der Einleitung, sondern auch im Verlaufe des Rechtsstreites die Befugnis ein, „über das Ihrige nach Gefallen zu disponieren“, weshalb unleugbar sei, daß „im Gebrauche der Vertheidigungsmittel die Willkür der Parteien einen weiten Spielraum habe“⁵⁶. Auch hier verschleift Gönner wieder die Sachdisposition mit dem Einfluß der Parteien auf den Verfahrensgang, um den gemeinen Prozeß nicht als der regulativen Idee widersprechend erkennen zu müssen. Aus demselben Grund schränkt er die Parteienmaxime in vernunftrechtlicher Interpretation sofort ein: „Aber mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate wäre es nicht vereinbar, wenn *Alles* von der Willkür der Parteien abhänge, wenn der Richter im ganzen Verlaufe eines Rechtsstreits nur eine leblose Maschine wäre, welche erst durch Handlungen der Parteien in Bewegung gesetzt würde, wenn er stets an den kalten Buchstaben der von den Parteien gemachten Anträge gebunden, und aller positiven Thätigkeit beraubt wäre⁵⁷.“ Ja er findet geradezu

⁵³ Handbuch, VIII § 29 (214).

⁵⁴ Handbuch, VIII § 29 (215 f.).

⁵⁵ Handbuch, IX § 9 (228 f.).

⁵⁶ Handbuch, X § 1 (236).

⁵⁷ Handbuch, X § 2 (237).

pathetische Worte, um aufzuweisen, daß die prozeßleitende Funktion des Richters in der Natur der Sache liegt: Schon der Römer habe den Richter verpflichtet, das Versehen der Anwälte zu ergänzen; „und wir Deutsche, von jeher Feinde der Formularjurisprudenz, sollten die Macht des Richters auf Anträge der Parteien ganz eingeschränkt, sollten es ihm unmöglich gemacht haben, bei einem Rechtsstreite zunächst dasjenige zu verfügen, was *Wahrheit* und *Recht* fordern? Nein dies thaten wir nicht, auch der Richter hat auf die Verhandlungen eines Rechtsstreits bedeutenden Einfluß, auch er kann und muß unaufgefordert die Willkür der Parteien einschränken, wenn sie dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens entgegen strebt, die Prozeßdirektion, welche ihm die Gesetze übertragen, ist kein leerer Namen, sondern ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten“⁵⁸. In welchem Maß ist der Prozeßtheorie nach Gönner diese zentrale Einsicht verloren gegangen, wenn F. Klein sie am Ausgang des Jahrhunderts faktisch neu gewinnen mußte und sie erst mit seinem Reformwerk geschichtsmächtig werden konnte!

Insofern Gönner zwischen der Dispositionsmaxime und dem Parteibetrieb nicht in der heute üblichen Schärfe unterscheidet, ist es für ihn schwierig, den Bereich legitimer Verfügungsbefugnis von der Sphäre richterlicher Prozeßleitung exakt abzugrenzen. Mit Recht erscheint es ihm zu eng, mit *Grolman* den Parteien wohl die freie Disposition über die *Kraft* der Prüfungsmittel, nicht aber auch über deren *Gebrauch* an sich zu entziehen⁵⁹. Gönner selbst versucht die Zuordnung danach zu treffen, ob es sich jeweils um Objekte der *Verhandlung* seitens der Parteien oder um Objekte der *Reflexion* des Richters handelt. Freilich ist er nach diesem Kriterium genötigt, den Parteien beim Tatsachen- und Beweisvorbringen weitgehende Freiheit zuzubilligen. Denn die immanente Schranke für die Parteienwillkür setzt aus solcher Sicht erst dort ein, wo es auf die *Beurteilung* der Sache, also auf die Würdigung der Beweise und die rechtliche Einordnung, ankommt, da nur diese „den unabänderlichen Gesetzen eines Vernunftschlusses“ unterliege⁶⁰. Immerhin leitet Gönner aus seiner Bestimmung das Recht wie die Pflicht des Richters ab, irrelevantes Vorbringen und ungeeignete Beweismittel von Amts wegen zurückzuweisen⁶¹. Die abstrakte Gegenüberstellung der typologischen Leitbilder ‚urtheilender Richter‘ — ‚verhandelnde Parteien‘ vermag er jedoch nicht zu überwinden. Zu ihrer Vermittlung und konkreten Einheit in der

⁵⁸ Handbuch, X § 2 (237 f.).

⁵⁹ Handbuch, X § 3 (239).

⁶⁰ Handbuch, X § 4 (240).

⁶¹ Handbuch, X § 4 (241).

wechselweisen Kooperation von Richter und Parteien bei der Stoffsammlung dringt erst F. Klein vor. Gewiß ist diese Unzulänglichkeit dadurch mitbedingt, daß sich Gönner naturgemäß über das positive Recht seiner Zeit, insbes. die Wirksamkeit wahrheitswidriger Geständnisse, die formelle Behauptungs- und Beweislast usf. im gemeinen Prozeß nicht hinwegsetzen konnte. Fragwürdig erscheint bloß sein Versuch, dies alles aus der Vernunft zu rechtfertigen, indem er diese Regeln als logische Folgerung aus der allgemeinen Befugnis der Parteien, ihr Recht aufzugeben, hinstellt. Indes läßt sich etwa mit dem Prinzip der Privatautonomie nur das Postulat begründen, daß kein Zwang zur Rechtsverteidigung geübt werden darf. Hingegen ergibt sich aus ihm in keiner Weise, daß die Passivität des Richters die angemessene Form der Prozeßgestaltung wäre. Gönner ist durchaus bestrebt, die ihm vom Gesetz vorgegebene Parteienwillkür auf der Tatsachenebene dadurch zu relativieren, daß er das Vorbringen als Mittel zum übergeordneten Zweck der Rechtsverwirklichung begreift. Die Freiheit sei den Parteien (nur) insoweit gewährt, als durch ihr Verhalten der Zweck des Verfahrens erreicht werden könne. In der richterlichen Prozeßleitung erkennt er darum das zentrale Institut, um „die Parteien auf dem Wege zum Ziele unverrückt zu erhalten“⁶². Ein bleibendes Moment der Prozeßidee ist damit entfaltet.

Über die Ausbildung des gegenwärtigen Prozeßverständnisses gibt die entwicklungsgeschichtliche Analyse Aufschluß, in welcher Weise die von Gönner zum Thema Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime gewonnenen Gesichtspunkte aufgenommen und fortgeführt worden sind. Am Ende des Jahrhunderts sind die Grundlinien jedenfalls bereits so weit auseinander-gelaufen, daß Adolf Wach und Franz Klein als Antipoden zweier gegensätzlicher Strömungen anzusprechen sind⁶³. Schon deshalb erscheint es reizvoll, beide Prozeßdenker einander gegenüberzustellen und ihre Erwägungen zum Verhältnis von Richter und Parteien an der Verfahrenstheorie Gönners zu messen. Der zeitliche Sprung über acht bzw. neun Dezennien gebietet allerdings die Berücksichtigung der mittlerweile eingetretenen Veränderungen der Gesellschaftsstruktur. Von der auslaufenden Ära des aufgeklärten Absolutismus sind wir über den Vormärz, die Revolutionszeit und den Konstitutionalismus bis in die Periode des Hochliberalismus gelangt.

Die Auffassung der Rechtspflege, wie sie uns aus dem Werk des bedeutenden deutschen Rechtsgelehrten Wach entgegentritt, ist ein repräsentatives Abbild dieser Zeit. Sein *liberalistisches* Modell des Zivilprozesses ist für den

⁶² Handbuch, X § 6 (243).

⁶³ Vgl. ANONYMUS, Adolf Wach † und Franz Klein †, ZBl 1926, 323.

bürgerlichen Rechtsstaat des späten 19. Jh. kennzeichnend. Dies wird schon an seinem Verständnis des Privatrechts als einer „Ordnung der individuellen Interessen“ sichtbar, deren ausschließliche Funktion es sein soll, „die Herrschaftssphäre der Einzelnen in ihrem Verhältnis zu einander“ zu umgrenzen⁶⁴. Dieser Charakterisierung entspricht auch seine *individualistische* Zweckbestimmung des Zivilverfahrens. Darum berührt nach Wach die Rechtsprechung die Gemeinschaft nicht und ist der Staat wohl formell Träger des Rechtsschutzes, doch besteht dieser material „nicht für ihn als das berechnete interessierte Subjekt“⁶⁴. Ihren rechtsdogmatischen Ausdruck hat seine theoretische Position in der fragwürdigen Konstruktion des Rechtsschutzanspruches gefunden, die mehrere Jahrzehnte hindurch den Blick auf die Eigengesetzlichkeit des Prozesses und seine überindividuelle Funktion als richterliche Rechtsverwirklichung verstellte. Durch nichts wird aber die Prozeßauffassung Wachs und sein Richterbild deutlicher als an seinem engagierten Plädoyer für die Verhandlungsmaxime, wie sie in die Reichs-Civilprozeßordnung 1877 eingegangen ist. Dabei geht es ihm nur sekundär um die Handhabung des geltenden Rechts. Vielmehr verwirft er mit Entschiedenheit auch die rechtspolitische Forderung „moderner Reformjurisprudenz, daß das civilprocessualische Beweissystem gebaut werde auf das Princip der materiellen Wahrheit“⁶⁵. Zwar räumt er seinen Gegnern ein, daß die Wahrheit immer nur *eine* sein könne, und der Zivilrichter nicht genötigt werden könne, für wahr zu halten, was nicht wahr sei. „Aber wir können und müssen ihn nöthigen, Vieles als wahr zu *behandeln*, was ihm keineswegs zur Überzeugung erhoben wurde“⁶⁶. Denn: „Die Feststellung der Wahrheit ist . . . nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein“⁶⁶; sie ist nur „ein zufälliges Ergebnis“ des richterlichen Urtheiles⁶⁷. Zu dieser grundsätzlichen Aussage über das Wesen des gerichtlichen Rechtsschutzes gelangt Wach vor allem deshalb, weil er die materielle Wahrheit als Prozeßzweck nur in einem Officialverfahren für denkbar hält, in dem die „freie Forschungsmaxime“ amtliche Verpflichtung des Richters als Staatsorgan sei. Ein solcherart eingerichtetes Verfahren sei aber zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche rechtspolitisch nicht zu rechtfertigen. Denn „das kann nur geschehen, wo die Streitsache ein öffentliches Interesse ist“⁶⁶. Gerade das treffe eben für den bürgerlichen Rechtsstreit nicht zu. „So eliminirt in der

⁶⁴ WACH, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I (1885) 4.

⁶⁵ WACH, Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung² (1896) 198.

⁶⁶ Vorträge, 199.

civilprocessualischen Sachverhandlung die privatrechtliche Natur der Streit-sache die ‚freie Forschungsmaxime‘ und damit den Processzweck der objek-tiven Feststellung des wahren Sachverhalts⁶⁶.“ Daher mache die dZPO dem Richter die amtliche Tatsachenermittlung nicht nur nicht zur Pflicht, sie ge-statte sie ihm vielmehr gar nicht. Der tiefere Grund dafür liege durchaus nicht bloß in der mit der Wahrheitserforschung verbundenen Belastung des Gerichtes und des Verfahrens, sondern vornehmlich in dem Postulat, daß die „Einmischung in das dem Staate fremde Privatinteresse“ und die „Ge-fährdung der richterlichen Objektivität“ vermieden werden müßten⁶⁸.

Daran zeigt sich, daß für Wach der Prozeß im Grunde bloßer Rechtskampf zwischen den Parteien unter Beobachtung bestimmter Formen und Regeln der Konfliktsaustragung ist. Die Dimension des Zivilprozesses als sozialer Konflikt bleibt dabei völlig außer Betracht. Dies wird nicht zuletzt an der Problematik des Wachschen Begriffes der richterlichen ‚Objektivität‘ deut-lich. Er ist rein formal verstanden und erweist sich angesichts der gesellschaft-lichen Wirklichkeit als abstrakt und inhaltsleer. Ebenso wie dies für die un-ingeschränkte Privatautonomie im Bereich des zeitgenössischen Zivilrechts gilt, wird hier eine *formale* Rechtsgleichheit der Parteien vor Gericht garanti-ert, in die der Richter nicht regulierend eingreifen dürfe. Daß dieser ab-strakten Gleichheit in der Rechtsstellung noch keine faktisch gleichwertige Position, keine *materiale* Rechtsgleichheit entsprechen muß, war damals noch nicht ins allgemeine Bewußtsein gehoben. Im Rechtssystem der zweiten Hälfte des 19. Jh. wurde somit jede auf sozialen Ausgleich gerichtete Maß-nahme staatlicher Organe als Kompetenzüberschreitung und Machteingriff abgelehnt, der das ‚freie Spiel der Kräfte‘ und damit das Lebensprinzip der liberalistischen Gesellschaftsform beeinträchtigt. Dem Richter speziell wird weitgehend die Rolle eines Schiedsrichters zugewiesen, der eine ‚arbitrierende Feststellung‘ zu treffen hat und dem die amtliche Initiative oder auch nur Aktivität bei der Sachaufklärung entzogen ist. So gleicht er nach dem dra-stischen Bild Anton *Mengers* „einem verdorbenen Uhrwerk, welches fort-während gestoßen und geschüttelt werden muß, um wieder auf kurze Zeit in Gang zu kommen“⁶⁹.

In diametralem Gegensatz zu dieser Sicht steht die Prozeßauffassung Franz *Kleins*. Als Schüler des eben erwähnten ‚Kathedersozialisten‘ *Men-*

⁶⁷ Vorträge, 214.

⁶⁸ Vorträge, 199 FN 2.

⁶⁹ MENGER, BraunsArch 2, 21. Ganz ähnlich formuliert schon GÖNNER (vgl. oben FN 57).

ger⁷⁰ hat dieser Autor die „Wohlfahrtsaufgabe⁷¹“ der Rechtspflege nicht nur theoretisch klar erfaßt, sondern in seinem bahnbrechenden Reformwerk, den österreichischen Zivilprozeßgesetzen, auch praktisch verwirklicht⁷². Die „Einordnung der persönlichen Interessen in die Interessen des Gemeinwohles⁷³“ ist sein grundsätzlicher sozialpolitischer Ausgangspunkt. Da der Rechtsstreit „soziales Übel“ sei, indem er das Gesellschaftsleben und den Wirtschaftsverkehr empfindlich störe, sei „auch in den Formen der Austragung solcher Konflikte auf die Interessen von Staat und Gesellschaft Rücksicht zu nehmen“⁷³. Gegenüber der Wachsen Deutung des Zivilverfahrens als isolierter Rechtskampf der Parteien gelangt Klein damit zur entscheidenden Einsicht, daß der Prozeß gesellschaftliche (Massen-)Erscheinung ist und als solche weitreichende Auswirkungen auf die sozio-ökonomischen Beziehungen des Gemeinschaftslebens und der vom Konflikt betroffenen Individuen hat. Deshalb wendet er sich so vehement „gegen das Dogma, daß der Staat am Gegenstande des Civilstreites kein Interesse habe, und die darauf gegründete strenge Verhandlungsmaxime“⁷⁴. Die öffentliche Bedeutung des

⁷⁰ Dessen rechts- und sozialpolitische Auffassung ist neuerdings aufgearbeitet von MUELLER, Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem (1975) und von WILLRODT-v. WESTERNHAGEN, Recht und soziale Frage. Die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers (1975). Zur Beziehung zwischen Menger und Klein vgl. die Nachweise bei SPRUNG, ZZZP 90 (1977) 394 FN 38.

⁷¹ KLEIN, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) Vorwort IV; *ders.*, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, in: FRIEDLAENDER, F. Klein, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe (1927) 117 ff. (133 f.); KLEIN-ENGEL, Der Zivilprozeß Österreichs (1927) 190 ff.

⁷² Zur gesellschaftlichen Dimension des Zivilprozesses aus österr. Sicht vgl. GRÜNBERG, Der socialpolitische Gehalt der österreichischen Civilprozeßgesetzgebung, GZ 1900, 65; J. J. HAGEN, Die soziale Funktion des Prozesses, ZZZP 84 (1971) 385; FASCHING, Rechtsschutzverzichtsverträge im österreichischen Prozeßrecht? ÖJZ 1975, 431; *ders.*, Entwicklungstendenzen im Zivilprozeßrecht der Sozialistischen Staaten Osteuropas, ZfRV 1969, 98; SPRUNG, Die Grundlagen des österreichischen Zivilprozeßrechts, ZZZP 90 (1977) 380 (insbes. zur Beschleunigung, richterlichen Sachaufklärung und Prozeßleitung 383 ff., 391 ff. Bemerkenswert ist der Hinweis darauf, daß wesentliche Grundgedanken der Kleinschen Prozeßreform bereits bei Franz v. ZEILLER vorweggenommen sind: 388 f.). — Aus der deutschen Literatur vgl. M. RÜMELIN, Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege (1926) 26 ff., 47 ff.; W. KISCH, Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Judicium I (1928/29) 1; ESSER, Franz Klein als Rechtssoziologe, FS 50 J ZPO (1948) 35; D. BRÜGGEMANN, Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozeß (1968) 49 ff., 166 ff., 179 ff.; F. BAUR, Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß. Einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein, JBl 1970, 445; *ders.*, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193.

⁷³ KLEIN-ENGEL, Zivilprozeß (FN 71) 187.

⁷⁴ KLEIN, Vorlesungen (FN 71) 55.

Prozesses zeige sich darin, „daß die Rechtsordnung als Ganzes, d. h. das gesamte nach deren Grundsätzen und Regeln sich abwickelnde bürgerliche Leben das Gut ist, das der Staat schützt. — Die einzelnen Rechtsverhältnisse und Rechte genießen den Schutz nur als Teile, als Zellen dieses Ganzen“⁷⁵.

Folgerichtig sieht Klein die zentrale rechtspolitische Anforderung an den Prozeßgesetzgeber in der Beseitigung der überkommenen Verhandlungsmaxime der AGO von 1781. In seinen „Vorlesungen“ führt er dazu aus: „Dem interesselosen Staate hat sich das Organ der staatlichen Rechtsprechung, der interesselose Richter, nachgebildet. Die ausschließliche Disposition der Parteien nährte im Richter eine fast abergläubische Scheu vor jedem Eingreifen zu Gunsten der Wahrheitsermittlung . . . Mit allem dem ist es nun aber vorüber, und deshalb muß auch die Psychologie des alten Processes ein Ende haben. Der Richter des neuen Processes kann kaum je zu sehr wißbegierig und thatkräftig sein, wenn er den Anforderungen entsprechen will, die man an die Rechtsprechung heute stellt und in Zukunft noch weit mehr stellen wird“⁷⁶.“ Aber schon zuvor in seiner richtungweisenden Schrift „Pro futuro“ hat Klein die richterliche Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung gefordert. Nachdrücklich wendet er sich dort gegen die im gemeinen Prozeß wurzelnde Anschauung, der Prozeßstoff sei Eigentum der Parteien: „Die gang und gäbe doctrinäre Begründung aber sieht ganz danach aus, als wäre sie in der Werkstätte canonistischer Scholastik erfunden . . . jene Begründung aus dem Wesen des strittigen Civilrechtes, durchaus im Geiste der weltabgewendeten alten Dogmatik . . . Stets mußte der Schluß aus der Natur des im Prozesse geltend gemachten (Privat-)Rechtes die ganze Einrichtung tragen . . . aber an der Schwelle einer neuen Legislation wird man auch für diese Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes . . . die Frage der Existenzberechtigung aufwerfen müssen . . . Das unverwüsthliche Argument der ‚Civilsache‘, der Befugnis, über sein Eigenthum zu schalten, vermengt einander Fremdes . . . Die Herrschaft der Partei über den Prozeßstoff betrifft übrigens gar nicht die Forschungsweise — das Einzige, worin man eine theilweise Rückwirkung der Objectsbeschaffenheit rationell finden könnte — sondern in Wahrheit das Maß der Rechtserkenntnisbehelfe . . . Das richterliche Urtheil über den so willkürlich zugeschnittenen Sachverhalt kann selbstverständlich der Rechtslage . . . nicht entsprechen. *Deshalb ist die Herrschaft über den Prozeßinhalt . . . die Befugniß, den Richter zu einem irrigen oder doch nur relativ richtigen, bzw. ungenauen Urtheil zu leiten und zu verhal-*

⁷⁵ KLEIN-ENGEL, Zivilprozeß (FN 71) 188.

⁷⁶ KLEIN, Vorlesungen (FN 71) 55 f.

ten. Dieses Recht der Parteien, autoritativ den Grad der Richtigkeit des Urtheils zu bestimmen, und die Befugniß der Disposition über ihre privatrechtlichen Beziehungen sind zweifellos weder identisch, noch läßt sich das Recht der Einwirkung *auf die Ausübung des Richteramtes* irgendwie aus dem Rechte der Einwirkung *auf das Verhältniß zwischen Richter und Partei* folgern oder begründen⁷⁷.“ Das alte System sei „unendlich formal. Ohne Nöthigung . . . denaturirt es den Proceß und greift . . . die nie genug starke Spannkraft des Proceßinstitutes durch Einführung lähmender privatrechtlicher Principien an, bedroht die Gerechtigkeit seines Waltens durch die Disposition über die Richtigkeit des Urtheils . . . Und was will da inmitten socialer und publicistischer Beziehungen das ‚Eigenthum am Prozesse‘? . . . Welch’ weitgehende Beschränkungen muß sich das Eigenthum genannte Maximum vermögensrechtlicher Dispositivmacht gefallen lassen, sowie es mit Gemeinverhältnissen sich berührt⁷⁸!“

Das Instrument zur Überwindung der Parteienmaxime ist für Klein der Ausbau der richterlichen Prozeßleitung zum maßgebenden Faktor einer am Prozeßzweck orientierten aktiven Verfahrensgestaltung. Diese ist für ihn — wie schon für *Gönner*⁷⁹ — „in der Natur der Sache gelegen“ und überhaupt „der Lebensnerv unseres Processes“. Denn „an ihr liegt es, ob wir . . . im Verfahren der Civilproceßordnung ein gutes, einfaches, volksthümliches, rasches und billiges Verfahren besitzen“⁸⁰. Mit der konkreten Ausgestaltung dieses Instituts im positiven Recht geht es Klein um die „Einrichtung der Urtheilsvorbereitung auf Basis der Cooperation von Richter und Parteien“⁸¹. Dabei ist ihm u. a. die französische Auffassung Vorbild, weil sie die Instruktion „als ein aus der Richteraufgabe von selbst fließendes Recht des Richters“ betrachtet⁸². Dieses von Klein als „*Arbeitsgemeinschaft*“^{82a} charakterisierte Zusammenwirken ist Ausdruck eines angemessenen Verhältnisses von Richtermacht und Parteienfreiheit. Mit ihm ist zweifellos ein ausgewogenes

⁷⁷ KLEIN, Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich (1891) 10 ff.

⁷⁸ KLEIN, Pro futuro (FN 77) 16 f.

⁷⁹ Auf ihn beruft sich KLEIN schon in Pro futuro (FN 77) 11 f. zum Nachweis dafür, daß die Verhandlungsmaxime keineswegs „juristische oder vernunftmäßige Nothwendigkeit“ sei.

⁸⁰ KLEIN, Vorlesungen (FN 71) 96 f.

⁸¹ KLEIN, Pro futuro (FN 77) 23.

⁸² KLEIN, Pro futuro (FN 77) 24 f.; er hat hier die Souveränität des französischen Richters in der mündlichen Verhandlung vor Augen. Im übrigen ist indes der französisch-links-rheinische Prozeß weithin durch den Parteibetrieb charakterisiert.

^{82a} KLEIN-ENGEL, Zivilprozeß (FN 71) 185.

Gleichgewicht erreicht worden, das alle Verfahrensbeteiligten in der Verantwortung für die Vollständigkeit des Prozeßstoffes und die Wahrheitsermittlung sinnvoll vereint. Klein hebt die dynamische Wechselwirkung und *dialektische Einheit von Richter- und Parteibetrieb* hervor: Zwischen richterlicher Prozeßleitung und Parteidisposition bestehe kein echter Gegensatz. „Ihre Wege werden sich erst trennen, wenn die Parteien aus Unkenntnis, Unverstand oder um außerhalb des Prozesses liegender Zwecke willen den Prozeß schlecht, d. h. so führen, daß es die staatliche Rechtsprechung kompromittiert und die Ziele der Prozeßordnung dadurch vereitelt werden. Nicht bloß kein Widersacher der Parteienfreiheit im Prozesse wehrt er vielmehr die schlimmsten Feinde dieser Freiheit ab: ihren unrichtigen Gebrauch und ihren Mißbrauch... Diese reziproke Unterstützung und Arbeitsgemeinschaft hält die Verantwortlichkeit der Parteien wach und stellt einen weiten Abstand her zwischen einem Prozeß mit derart eingerichteten Betriebe und einem inquisitorischen Verfahren... Die Erweiterung des Gerichtsbetriebes ist für die Regeneration des Prozesses und die Gesundung der früher heillosen Prozeßzustände sehr ersprießlich geworden, ohne den Elan der Prozeßführung der Parteien zu beeinträchtigen. Sie hat sich überdies vielfach als kostensparende Maßregel erwiesen⁸³.“

Im einzelnen hat die öZPO den Richter dazu verhalten, über das Parteivorbringen hinaus die objektiv erforderlichen Entscheidungsgrundlagen sicherzustellen. Die Materialien führen dazu aus: „Die Zwecke, welche bei Anerkennung einer materiellen Prozeßleitung vorschweben, fordern weitreichende Vollmachten... Abgesehen also von der Berechtigung, die zur Feststellung des Thatbestandes der geltend gemachten Rechte und Ansprüche (sonach innerhalb der Sachanträge) nothwendigen Mittheilungen und Aufschlüsse von den Parteien zu begehren und hiezu eventuell das persönliche Erscheinen der Parteien zu verlangen, wird das Gericht deshalb auch zu ermächtigen sein, soweit erforderlich und ausführbar, jenen Thatbestand oder Bruchstücke desselben unmittelbar durch eigene Wahrnehmung kennen zu lernen, und desgleichen zu solcher Feststellung alle ihm aus dem Prozesse bekannt gewordenen Beweismittel von amtswegen heranzuziehen“⁸⁴. Die rechtspolitische Rechtfertigung für diese eminente Stärkung der Richtermacht beziehen die Materialien aus der Erwägung, daß die Parteien, die gerichtlichen Rechtsschutz begehren, regelmäßig erwarten, „daß bei der Entscheidung alle für die begehrte Zuerkennung des Rechtes irgendwie erheb-

⁸³ KLEIN-ENGEL, Zivilprozeß (FN 71) 184 f.

⁸⁴ Materialien (FN 36) 263 f.

lichen und bedingenden Sachverhaltsmomente berücksichtigt würden⁸⁵. Daran schließt sich eine Argumentation, die wir bereits von Gönner her kennen: „In erster Linie wird die Partei dabei an die von ihr selbst vorzubringenden Ausführungen und Beweise denken, aber im Grunde ihres eigenen Begehrens kann sie maßgebende wichtige Thatsachen nicht deshalb allein von der richterlichen Berücksichtigung ausschließen wollen, weil nicht gerade sie diese Thatsachen dem Richter dargeboten: je mehr es ihr um ein günstiges Urtheil zu thun, umsoweniger wird sie dagegen einzuwenden haben, im Sammeln und Feststellen der proceßerheblichen Thatsachen vom Richter unterstützt zu werden⁸⁵.“ — Kleins Bruch mit der gemeinrechtlichen Tradition äußert sich vor allem darin, daß die öZPO dem Richter die *diskretionäre Gewalt* übertragen hat, ihn also dazu ermächtigt, Beweise auch von Amts wegen aufzunehmen. Lediglich beim Zeugen- und beim Urkundenbeweis können beide Parteien dagegen gemeinsamen Widerspruch erheben. Diesen Abstrich mußte Klein zugestehen, um „die zürnenden Anhänger des Partei herrschafts dogmas zu besänftigen und mit dem Neuen zu versöhnen“⁸⁶. Sein bleibendes Verdienst liegt somit in der geistigen Erneuerung des Zivilverfahrens und in der Herausstellung dessen Gemeinschaftsbezuges. Obschon in einer vom Liberalismus geprägten Umwelt lebend hat Klein mit genialem Weitblick erstmals das *Prozeßmodell des sozialen Wohlfahrtsstaates* entwickelt.

Der historische Bogen, den wir gespannt haben, läßt deutlich werden, daß gegen Ende des 19. Jh. der zukunftsweisende Impuls, den der preußische Prozeß und die an ihm entwickelte Theorie Gönners freigesetzt haben, weitgehend abgeschwächt ist. Das gilt trotz fruchtbarer Ansätze in der Zwischenzeit, für die Namen wie *Mittermaier*, *Linde*, *Abegg*, *Osterloh* u. a. stehen mögen. Für diese Entwicklungsrichtung des deutschen Zivilprozesses sind vielfältige Gründe auszumachen. Die erneute Hinwendung zur starren Verhandlungsmaxime, die als ein dem Prozeß immanentes Konstruktionsprinzip nicht mehr hinterfragt wurde, beruht einmal auf der verfestigten literarischen Tradition. Hat sie doch eine Autorität wie *Wach* für sich. Die eminent politische Argumentation, die dieser zur Rechtfertigung der Parteienherrschaft verwendet, enthüllt zugleich den ideologischen Charakter dieser Prozeßauffassung. Danach werden Richtermacht und Polizeistaat auf der einen und Verhandlungsmaxime und Freiheit des Bürgers auf der anderen Seite als eindeutige Zuordnungen empfunden. Darüber hinaus macht sich auch die

⁸⁵ Materialien (FN 36) 263.

⁸⁶ KLEIN, Pro futuro (FN 77) 35.

ökonomische Struktur geltend. Von daher konnte die dZPO nachgerade als das Verfahren des Freihandelssystems gekennzeichnet werden. Dies nimmt kaum wunder, zieht man die parallel dazu verlaufende Überbetonung der Vertragsfreiheit im Privatrecht mit in Betracht. Nicht zufällig muß sich auch das auf die liberalistische Spätphase zurückgehende BGB den Vorwurf eines *Gierke, Menger* u. a. gefallen lassen, es entbehre jeder sozialen Note. — Daß demgegenüber Franz *Klein* die im preußischen Prozeß verankerten Ideen wiederaufgenommen und politisch die Gunst der Stunde genutzt hat, ist wohl seine persönliche Leistung⁸⁷. Der Umstand jedoch, daß sie in seinem legistischen Werk zum geschichtlichen Durchbruch gelangt sind, ist zweifellos nur vor dem andersartigen Hintergrund der österreichischen Szenerie zu verstehen. Allein das aus der vorindustriellen Zeit stammende ABGB ließ eine extrem liberalistische Auffassung des Privatrechts gar nicht erst aufkommen. Dies im Verein mit der josephinischen Unterströmung, die nie ganz erloschen ist, bereitete das Feld, auf dem dann die Prozeßreform gelingen konnte. Sie entspricht gesellschaftspolitisch dem System der *staatlichen Intervention* aus sozialen Gründen. In weiterer Folge hat sie erheblich auf den deutschen Zivilprozeß zurückgewirkt. Die Novellengesetzgebung zur dZPO hat unleugbare Anstrengungen unternommen, um die reine Verhandlungsmaxime zurückzudrängen. Leider hat dann das Zwischenspiel des Nationalsozialismus für längere Zeit jeden Ansatz zum weiteren Ausbau der Stellung des Richters verhindert, indem es ihn dem Verdacht autoritärer Grundhaltung ausgesetzt hat. Diese Abkehr vom Geist der Novelle 1933 ist umso bedauerlicher, als diese keineswegs nationalsozialistisches Gedankengut enthält, sondern nachweislich auf dem Vorbild der öZPO beruht. Persönlich scheint es mir auch so, als würden restaurative Tendenzen neoliberalistischer Herkunft durch das Streben mitbedingt, sich von den Maximen der Sozialistischen Rechtspflege scharf abzugrenzen. Aus solchem Antagonismus heraus wird sogar bisweilen die alte Verhandlungsmaxime mit ihrer formellen Behauptungs- und Beweislast wiederbelebt. So will etwa *Jauernig* eine „staatliche Bevormundung“ des mündigen Bürgers schon darin sehen, daß das Gericht seiner Entscheidung streiterhebliche Beweisergebnisse zugrunde legt, die sich die Parteien nicht ausdrücklich zu eigen gemacht haben⁸⁸. Bemerkenswerte Ansätze eines grundlegenden Umdenkens sind indes gleichfalls nicht zu verkennen. So hat Dieter *Brüggemann* in einer unserer Thematik

⁸⁷ NÖRR, Naturrecht (FN 7) 30 erkennt treffend „die notwendige Allianz von politischem Wollen und prozessualer Kunst“ für jede bleibende Reform.

⁸⁸ LENT-JAUERNIG, Zivilprozeßrecht 17(1974) § 25 III.

gewidmeten Schrift klargestellt, daß allein im Hinblick auf die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien „der Rückzug auf die quasi-axiomatische Unbezweifelbarkeit des Verhandlungsgrundsatzes versperrt“ ist⁸⁹. Und in einer auf Westeuropa bezogenen rechtsvergleichenden Zusammenschau weist *Habscheid* darauf hin, „daß die Beschränkung der Parteiautonomie und die Stärkung der Stellung des Richters in Fragen des äußeren Prozeßganges nicht etwa Ausdruck wiedererstarkten Obrigkeitsdenkens, sondern das Ergebnis zutreffender Erkenntnis und Bewertung öffentlicher und privater Interessen an der Ausgestaltung des *procedere* sind“⁹⁰. Nicht zuletzt sei *Bomsdorf* erwähnt, der in seiner oben genannten Abhandlung *de lege ferenda* die generelle Zulässigkeit amtswegiger Beweisaufnahme fordert⁹¹. Er erinnert an die richterliche Aufklärungspflicht in der preußischen GO. Daß diese durchaus nicht aus der absolutistischen Staatsauffassung ihrer Zeit ausreichend zu erklären ist, erweise sich an der Möglichkeit des bewußten Rückgriffs auf ihre leitenden Grundsätze durch *F. Klein*. Damit wird erneut deutlich, daß die Anerkennung wie die Ablehnung der Verhandlungsmaxime und das dogmatische Deduzieren aus ihr als scheinbar vorgegebener Größe weithin Ausdruck ideologischer Grundeinstellungen ist. Aber zugleich zeigt sich, daß das Aufsuchen einer angemessenen Weise des Zusammenwirkens von Richter und Parteien bei der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen, also die Herstellung einer sinnvollen Koordination der Verantwortungsgebiete aller Verfahrensbeteiligten eine zeitlose Aufgabe für Prozeßtheorie wie Rechtspolitik bleibt. Und es ist ihre praktisch überragende Bedeutung, die *Klein* zu der schönen Bemerkung veranlaßt, „daß die Wahrheitsbeurteilung im Prozesse tatsächlich zu jeder Zeit der Abglanz der höchsten Stufe des Geisteslebens eines Volkes ist“⁹².

⁸⁹ BRÜGGEMANN, *Judex* (FN 72) 124.

⁹⁰ HABSCHIED, *Richtermacht oder Parteifreiheit. Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozeßrechts*, ZZZ 81 (1968) 175 (194).

⁹¹ BOMSDORF, *Prozeßmaximen* (FN 24) 282.

⁹² KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen* (FN 71) 126.