

Zur Geschichte der Verhandlungs- und Offizialmaxime im zürcherischen Zivilprozess

Autor(en): **Bauhofer, A.**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **42 (1923)**

PDF erstellt am: **19.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896516>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Zur Geschichte der Verhandlungs- und Officialmaxime im zürcherischen Zivilprozess.¹⁾

Von Dr. A. BAUHOFFER, Gerichtsschreiber, Affoltern a. A.

Die Anfechtung, die ein Entscheid der II. Kammer des Obergerichtes Zürich vom 20. Juni 1921 wegen angeblich unzulässiger Anwendung der Officialmaxime erfahren hat,²⁾ bestätigt die auch sonst feststehende Tatsache, dass das Verständnis der Verhandlungs- und Officialmaxime und ihres gegenseitigen Verhältnisses unsern Gerichten noch immer nicht in Fleisch und Blut übergegangen ist. Die Erörterungen, die sich an jenen Entscheid des Ober-

¹⁾ Über den Begriff Verhandlungsmaxime dürfte angesichts der in der Prozessliteratur herrschenden Verschiedenheiten eine Verständigung am Platze sein. Während die meisten den Begriff Verhandlungsmaxime sowohl auf die Disposition der Parteien über das Prozessrechtsverhältnis (Anhebung des Prozesses; Anerkennung, Verzicht, Vergleich) als auch auf die Art und Weise der Stoffsammlung und Beweiserhebung beziehen, fordern andere (v. a. Richard Schmidt, Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts, 2. A. 1906, S. 381 ff., 419) eine begriffliche Trennung von Dispositionsmaxime und Verhandlungsmaxime, unter welcher letzterer sie nur die Verantwortlichkeit der Parteien für die Tatsachensammlung und Beweisbeschaffung begreifen. Im Folgenden ist von der Verhandlungsmaxime nur in diesem letztern, engern Sinne die Rede. Das Dispositionsrecht der Parteien, als Ausfluss des Privatrechtes, ist in der Tat etwas anderes als ihre Verantwortlichkeit für die Stoffsammlung usw. im Prozesse; es ist aber auch nie in Zweifel gezogen worden, während die Frage, ob die Stoffsammlung und Beweisbeschaffung vom Verhandlungs- oder Officialprinzip beherrscht sein solle, zu den wichtigsten Kontroversen des Prozessrechts gehört.

²⁾ Pfleghart in S. J. Z. 18, 254 ff.

gerichtetes knüpften,³⁾ veranlassten mich, der Geschichte der Prozessmaximen in unserm Zivilprozess nachzugehen. Sie weisen eine „ungemein interessante“ Entwicklung auf,⁴⁾ die für das richtige Verständnis und die richtige Anwendung der beiden Prozessmaximen auch in der Gegenwart manchen beherzigenswerten Wink geben dürften.

I.

Bevor in der zweiten Hälfte der 1820er Jahre das mit einer Anzahl von auf deutschen Universitäten gebildeten jüngern Juristen besetzte Amtsgericht Zürich zum Ausgangspunkte und Hauptsitze der „wissenschaftlichen Rechtspflege“ wurde,⁵⁾ war von einer grundsätzlichen Gestaltung des zürcherischen Zivilprozesses keine Rede. Das väterliche, bisweilen aber auch willkürliche Regiment der Zeit drückte auch der Rechtspflege seinen Stempel auf. „Da wurde der Richter, schon ehe der Prozess anhängig war, von den Parteien über den einzuschlagenden Weg konsultiert, und auch im Laufe der gerichtlichen Verhandlungen selbst unterstützte er bald die eine, bald die andere Partei mehr oder weniger kräftig, bald amtlich, bald ausseramtlich mit Rat und Tat. Den Nachlässigen machte er auf das Versäumte aufmerksam; den auf sein Recht Pochenden wies er in die Schranken der Bescheidenheit zurück; streitige Tatsachen verifizierte er selbst und ersparte so den Beteiligten die verdriessliche Mühe der Beweisführung . . .; nach Regeln fragte er nicht viel, sondern er behandelte jeden einzelnen Fall nach seiner Individualität und machte sich gar nichts

³⁾ Gegen Pflughart: Schweizer in S. J. Z. 18, 287 ff

⁴⁾ Auf sie hat neuestens Fritzsche, Richteramt und Persönlichkeit. — Wahrheit und Lüge im Zivilprozess. — Zwei akademische Antrittsreden, Zürich 1921, S. 54 ff. Anm. 12, aufmerksam gemacht.

⁵⁾ Der eigentliche Reformator der zürcherischen Rechtspflege war der spätere Pandektist F. L. Keller. Vergl. dessen Schrift: „Die neuen Theorien in der zürch. Rechtspflege.“

daraus, dem gewinnenden Teil die Prozesskosten aufzuerlegen, damit das freundnachbarliche Verhältnis unter den Parteien desto eher wieder hergestellt werde.“⁶⁾

Zu dieser patriarchalischen Rechtspflege bildete nun freilich die Einführung und straffe Handhabung der Verhandlungsmaxime einen solch schroffen Gegensatz, dass sie den Widerstand „von oben“⁷⁾ und aus dem Volke wachrief. Doch setzte sich die Verhandlungsmaxime, besonders seit Keller (1831) Obergerichtspräsident geworden war, bei den Gerichten erstaunlich rasch durch.⁸⁾ Die lange nicht verstummenden und — wie wir sehen werden — nicht durchwegs unbegründeten Klagen über den Formalismus der Rechtspflege führten aber im Laufe der Zeit zu weniger starrer Ausprägung der Verhandlungsmaxime und zu vermehrter Ausbildung der Officialtätigkeit des Gerichtes. Das Ergebnis dieser bald hundertjährigen Entwicklung ist die geltende ZPO vom 13. April 1913.

II.

Die gegenwärtige ZPO von 1913 legt in § 98 Abs. 1 die Geltung der Verhandlungsmaxime für die Stoffsammlung⁹⁾ ausdrücklich fest: „Im allgemeinen ist es Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen; tatsächliche Behauptungen und Einreden dürfen nicht von Amtes wegen ergänzt werden.“ Eine derartige Bestimmung enthielt das „Organische Gesetz

⁶⁾ J. J. Rüttimann, Die Formen des Zivilprozesses, Monatschronik VI 353 ff., 359.

⁷⁾ Das Amtsgericht Zürich wurde „von oben herab gehörig angefeindet“. Rüttimann a. a. O. 359 Anmerkung.

⁸⁾ F. v. Wyss, In welchem Sinne ist eine Reform des zürcherischen Zivilprozesses wünschbar? Z. schw. R. 4 Abhandlungen 47 ff., 53.

⁹⁾ Für die Beweiserhebung ergibt sich die Verhandlungsmaxime aus der ganzen Struktur des betreffenden Abschnittes (§§ 157 ff) und per argumentum e contrario aus § 166, der von der ausnahmsweisen Befugnis des Richters, von Amtes wegen Beweis zu erheben, spricht.

über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege insbesondere“ vom 7. Brachmonat 1831¹⁰⁾ nicht. Aus der ganzen Struktur dieses Gesetzes im Vergleiche zum Strafverfahren und aus der Natur des Zivilprozesses überhaupt wurde aber abgeleitet, dass der zürcherische Zivilprozess von der Verhandlungsmaxime beherrscht sei.¹¹⁾

Dass sich ein an den von Rüttimann so anschaulich geschilderten patriarchalischen Rechtsgang gewöhntes Volk mit dem neuen Prozessverfahren nicht leicht abfinden konnte, ist begreiflich. Während der ganzen 1830er Jahre führten die Klagen über den Formalismus der Rechtspflege in der Presse und im Grossen Rate zu heftigen Angriffen auf die Juristen.¹²⁾ In der Dezembersession 1836 des Grossen Rates erklärte z. B. Statthalter Guyer anlässlich der Beratung des obergerichtlichen Rechenschaftsberichtes, der Grund des im Volke herrschenden Missmutes über die Rechtspflege sei die im Zivilprozess aufgestellte Verhandlungsmaxime, die wie eine Scheidewand zwischen dem Richter und den Ansichten, Ideen und dem Charakter des Volkes stehe.¹³⁾ Diesen Klagen, mögen sie auch teil-

¹⁰⁾ O. S. I 132 ff.

¹¹⁾ So insbesondere Keller, Monatschronik I 11 ff., der in Übereinstimmung mit der Theorie seiner Zeit (vergl. Schmidt, Lehrbuch, 419) auf dem Standpunkte steht, die Verhandlungsmaxime sei der privatrechtlichen Natur der Streitsache allein angemessen. Anders dagegen schon Rüttimann a. a. O., der die Frage: Verhandlungs- oder Offizialmaxime? rein nur aus dem Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit zu Gunsten der Verhandlungsmaxime entscheidet.

¹²⁾ Vergl. Wettstein, Die Regeneration des Kantons Zürich, S. 542 ff: „Die Angriffe auf die Juristen und den Formalismus in der Rechtspflege.“

¹³⁾ Wettstein a. a. O. 552. — In einem Schreiben vom 19. Juni 1834 (St. A. Z., Akten P 4, 1 Fasc. 1) an den Grossen Rat regt die Zunft Stammheim bis zum Erlass eines ZGB die vorläufige Sammlung und Herausgabe der wichtigsten Rechtsvorschriften und Gerichtsgebräuche an und begründet dies u. a damit: der grösste Teil des Publikums könne sich nicht von dem Gedanken trennen, dass bei einem Prozesse der Richter von sich

weise durch politische Animosität gegen die Selbstherrlichkeit der von Keller geführten radikalen Juristen mitbedingt gewesen sein, teilweise auf Unkenntnis und Missverständnis beruht haben, kann doch in der Hauptsache eine Berechtigung nicht abgesprochen werden, wenn wir sehen, in welcher überspannten Weise die Verhandlungsmaxime eine Zeitlang angewandt wurde; es sei in dieser Beziehung vorerst nur aufmerksam gemacht auf die ausserordentliche Beschränkung des Fragerechts bzw. der Aufklärungspflicht des Richters (darüber unter IV 1), die — richtig verstanden — den Hauptanwendungsfall des Officialprinzips im heutigen Zivilprozess bildet und dem Streite über Verhandlungs- und Officialmaxime viel von seiner praktischen Bedeutung nimmt.¹⁴⁾

Auch in späterer Zeit erhoben sich Stimmen für die Official- und wider die Verhandlungsmaxime im Zivilprozess, am konsequentesten und schärfsten wohl diejenige des Pamphletisten Dr. Friedrich Locher.¹⁵⁾ In-

aus die Sache des nähern untersuche; ein mit solchen Begriffen sich befassender Rechtssuchender kenne die Verhandlungsmaxime nicht und komme zu Schaden, wenn ihm nicht durch die angeregte Sammlung Aufklärung verschafft werde.

¹⁴⁾ Als eine weitere Überspannung oder missverständliche Anwendung der Verhandlungsmaxime nennt v. Wyss, a. a. O. 69 die grosse Beschränkung des Rechtes, von der Gegenpartei die Edition von Urkunden zu verlangen. — Vergl. ein weiteres Beispiel in Note 26. Kennzeichnend für die übertriebene Anwendung der Verhandlungsmaxime ist auch, dass Rüttimann 20 Jahre nach Erscheinen seiner die Verhandlungsmaxime rechtfertigenden Abhandlung in Monatschronik VI 353 ff. (vergl. oben Note 6) in einem Vortrage äusserte: „Wohl aber sind wir, was den Prozess betrifft, in eine ganz falsche Bahn hineingeraten und haben uns einer Menge Formen und Maximen unterworfen, deren wissenschaftlicher Wert kaum höher anzuschlagen ist als ihr praktischer Nutzen.“ (Zur Geschichte und Fortbildung der zürcher. Rechtspflege (1855), S. 29. Auch in Kleine vermischte Schriften, S. 148. Vergl. Fritzsche a. a. O. 56.)

¹⁵⁾ Die Reorganisation des Rechtsganges (1884), S. 4/5. Vergl. auch Lochers Lebenserinnerungen „Republikanische Wandelbilder und Portraits“, S. 188/189.

wieweit diese Tendenzen im Laufe der Zeit zur Anerkennung gelangten, ist im Folgenden darzustellen.

III.

Wie sehr man in den Anfangszeiten der „wissenschaftlichen Rechtspflege“ geneigt war, die Verhandlungsmaxime zu überspannen, geht auch daraus hervor, dass man mit ihrer Anwendung selbst vor denjenigen Zivilprozessen, von denen ausnahmsweise die öffentlichen Interessen in besonderem Masse berührt werden (z. B. Ehe-, Vormundschafts-, Vaterschaftssachen), nicht Halt machte.¹⁶⁾ Hier erfolgte denn auch zuerst wieder die Rückkehr zum Oficialprinzip und zwar wurde dasselbe zunächst durch das materielle Recht für bestimmte Arten von Prozessen vorgeschrieben. Schon § 11 des von Bluntschli redigierten Vormundschaftsgesetzes vom 21. Brachmonat 1841¹⁷⁾ sah für die Bevormundungsprozesse gegen Verschwender die Beweiserhebung von Amtes wegen vor, eine Bestimmung, der indessen in der Praxis nur mangelhaft nachgelebt wurde.¹⁸⁾ Das Bluntschli'sche privatrechtliche Gesetzbuch von 1853—55 (PGB) schrieb ein Verfahren von Amtes wegen vor bei Prozessen betr. Ehescheidung (§ 204), Entmündigung wegen Verschwendung (§ 327)¹⁹⁾ und Entzug der väterlichen Vormundschaft (§ 283). Die nähern prozessrechtlichen Ausführungsvorschriften wurden zunächst auf dem Verordnungswege erlassen²⁰⁾ und gingen später in die Zivilprozessgesetze über,

¹⁶⁾ v. Wyss a. a. O. 66. — Prupppacher, Über die Oficialmaxime im zürch. Eheprozess, Diss. Zch. 1922, S. 28 ff.

¹⁷⁾ O. S. VI 193 ff.

¹⁸⁾ Bluntschli, Komm. zum PGB, Note 3 zu § 327. — Es folgten die Unterstützungsprozesse, § 13 Abs. 2 des Armenpolizeigesetzes vom 14. Oktober 1846 (O. S. VII, 278 ff.), später § 15 des Armengesetzes vom 28. Brachmonat 1853 (O. S. IX 265).

¹⁹⁾ Nur bei Entmündigung wegen Verschwendung fand ein gerichtliches Verfahren statt.

²⁰⁾ V. des Obergerichts vom 14. Febr. 1854 betr. das Verfahren in Prozessen über Entziehung der väterlichen Vormund-

wobei der Kreis der vom Officialverfahren beherrschten besondern Prozessarten sich allmählich erweiterte.²¹⁾ Die gegenwärtige ZPO von 1913 hat die Officialmaxime auf alle Ehe-, Vormundschafts-, Vaterschafts-, Personenstands- und Unterstützungssachen ausgedehnt.^{22, 23)}

IV.

So sicher die genannten besondern Prozessarten das Gebiet sind, auf dem die Officialmaxime ihre besondere Berechtigung hat, so gewiss ist, dass dies allein den grundsätzlichen Befürwortern der Officialmaxime nicht genügte und nicht einmal ihr nächstliegendes Ziel war. Denn ihnen schwebte die Ausgestaltung des ganzen Zivilprozessverfahrens nach den Grundsätzen der Officialmaxime vor; sie hätten — wie Rüftimann sich ausdrückt — den Richter zum Advokaten beider Parteien machen mögen, um schaft und über Bevogtigung Volljähriger (O. S. X, 45). — Vergl. auch Finsler, Gesetzesentwurf betr. das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zürich 1844), § 380 (Ergänzungseid bei zugestandenem, aber nicht anderweitig beweisbarem Ehescheidungsgrund; §§ 383, 384: Vom Verfahren in Sachen, bei denen richterliche Mitwirkung zu Erhebung des Beweises vorgeschrieben ist.

²¹⁾ Vergl. ZPO 1866 (O. S. XIV, 59) §§ 327, 339 (Verfahren bei Unklarheit von im Sühneverfahren abgeschlossenen Vaterschaftsvergleichen), 362 (neu: Entzug der ehemännlichen Vormundschaft). — ZPO 1874 (O. S. XVIII 109), §§ 508, 536 ff. (neu: Prozesse betr. Sicherstellung des Weibergutes).

²²⁾ § 98 Abs. 2: In Ehe-, Vormundschafts- und Vaterschaftssachen ist der Richter nicht an die Eröffnungen und Zugeständnisse der Parteien gebunden; vielmehr soll er hier die nähern Verhältnisse von Amtes wegen erforschen.“ Bei diesen Prozessen und ferner bei Prozessen über Eigentumsansprachen von Ehefrauen, Kindern und Mündeln an Haushaltsgegenständen, über Frauen- und Kindervermögen sowie Mündelgut ist der Richter „auch hinsichtlich der Beweiserhebung nicht an die Anträge der Parteien gebunden“, § 251 Abs. 2. Betr. Personenstands- und Unterstützungssachen vergl. §§ 275, 276, wonach hier in dem für Vormundschaftssachen vorgeschriebenen Verfahren entschieden wird.

²³⁾ Vergl. Pflughart, Official- und Untersuchungsmaxime im Zürcher Zivilprozess, S. J. Z. 14, 217 ff.

der materiellen Gerechtigkeit nach Möglichkeit zum Siege zu verhelfen und die Parteien vor Rechtsverlust aus Unkenntnis, Nachlässigkeit usw. zu schützen. In den erwähnten besondern Prozessarten bezweckt die *Offizialmaxime* zum Teil zwar auch den Schutz der Parteien, überwiegend beruht sie aber auf ganz andern Erwägungen: sie bezweckt nicht in erster Linie den Schutz der Parteien, sondern die Wahrnehmung öffentlicher Interessen oder die Hochhaltung gewisser Rechtsinstitute, was im konkreten Falle den persönlichen Interessen der Parteien geradezu zuwiderlaufen kann. Das typische Beispiel bildet von jeher der Ehescheidungsprozess, in welchem die *Offizialmaxime* zum Schutze der Ehe vor leichtfertiger Auflösung dient und weit davon entfernt ist, den Parteien die Prozessführung erleichtern zu wollen.^{24, 25)}

Im Laufe der Zeit kam es aber doch auch im Gebiete des gewöhnlichen Zivilprozesses zu Abschwächungen und Durchbrechungen des Verhandlungsprinzipes, die — ohne anderweitig erhebliche Nachteile zu zeitigen — bei richtiger Ausnützung ganz entschieden in höherem Masse ein der materiellen Wahrheit nahekommendes Prozessresultat ermöglichen als die einseitig durchgeführte Verhandlungsmaxime.

1. Hieher gehört in erster Linie das Fragerecht (und die Fragepflicht!) des Richters in seiner heutigen Ausgestaltung. Ein Fragerecht des Richters kannte allerdings auch die „wissenschaftliche Rechtspflege“ der

²⁴⁾ PGB § 181: „Das Gericht ist verpflichtet, bei der Prüfung und Beurteilung der vorgebrachten Scheidungsgründe die Würde und den Ernst der Ehe auch seinerseits aufrecht erhalten zu helfen und leichtfertige oder ungenügend begründete Scheidungsbegehren abzuweisen.“

²⁵⁾ Ullmer, Zürch. Zivilprozess (1861), S. 255 No. 17: „Es darf aber dieser Bestimmung (§ 204 PGB) keineswegs der Sinn beigelegt werden, dass das Gericht bei Scheidungsklagen den Parteien nachhelfen und Tatsachen, die allfällig zur Scheidung führen könnten, von sich aus herstellen solle.“ Vergl. aus neuester Zeit: Bl. Zürch. Rechtspr. 19 No. 111.

1830er Jahre, ein Fragerecht aber, das noch keineswegs als Ausfluss der Officialmaxime betrachtet werden kann. Die ersten einschlägigen Vorschriften betonen nämlich strenge, dass dem Richter lediglich die Prozessleitung obliege, dass er sich aber aller „inquisitorischen Einmischung“ zu enthalten habe.²⁶⁾ In einer Verordnung vom 7. Weinmonat 1837 über die Prozessleitung²⁷⁾ weist das Obergericht die Gerichte an, das Fragerecht zur Erzielung eines klaren und bestimmten Parteivortrages zu handhaben, warnt sie aber nachdrücklich davor, „diese bloss die erforderliche Klarheit und Bestimmtheit bezweckende Tätigkeit dazu zu benutzen, im Interesse der einen oder andern Partei Ergänzungen zu veranlassen, zu welchen die Parteivorträge keine Veranlassung geben.“ Das Fragerecht wird hier also noch lediglich als Teil der rein äussern Prozessleitung aufgefasst.

Als Ausfluss der Officialmaxime erscheint dagegen das Fragerecht des Richters, wenn es bezweckt, den Mangel der erforderlichen „Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit“ der Parteivorträge zu heben. So formulieren seit 1866 die Prozessgesetze das Fragerecht.²⁸⁾ Das bezieht sich, wie die ZPO von 1866 ausdrücklich hervorhebt,²⁹⁾ insbesondere auch auf die Substanziierungspflicht der Parteien. Das Fragerecht erscheint nicht mehr als blosses

²⁶⁾ In seiner Furcht vor dieser „Inquisition“ geht das Obergericht soweit, zu sagen, dass eine zu den Akten beigezogene Kriminalprozedur nur insoweit berücksichtigt werden dürfe, als eine Partei sich auf dieselbe berufe und die betreffenden Aktenstücke genau bezeichne (Ullmer, S. 51 No. b 4). Wieder ein schlagendes Beispiel für die Überspannung der Verhandlungsmaxime.

²⁷⁾ Monatschronik X 322 ff.

²⁸⁾ ZPO 1866 § 65 Abs. 1; ZPO 1874 § 287 Abs. 1; ZPO 1913 § 99 Abs. 1.

²⁹⁾ §§ 113 und 114 handeln von der Substanziierungspflicht der Parteien. § 115 bestimmt sodann: „Der Richter hat darüber zu wachen, dass die Vorträge der Parteien den in §§ 113 und 114 bezeichneten Erfordernissen entsprechen und es sind allfällige Mängel sofort durch geeignete Fragen zu heben (§ 65)“.

Mittel der Prozessleitung zur Erzielung eines klaren und bestimmten Vortrages allein, sondern es berechtigt und verpflichtet den Richter, die Parteien zur Ergänzung ihrer tatsächlichen Vorbringen anzuhalten, um sie vor Rechtsverlust wegen mangelnder Substanziierung zu schützen. Unter der Herrschaft einer solchen Vorschrift darf also ohne weiteres weder eine Klage mangels Substanziierung abgewiesen bzw. wegen mangelnder Substanziierung der Klagebeantwortung gutgeheissen werden,³⁰⁾ noch darf eine nicht ausdrücklich bestrittene Behauptung als anerkannt betrachtet werden.³¹⁾ Erst wenn die Partei die Antwort auf die an sie gerichteten Fragen des Richters verweigert, treffen sie nach entsprechender Androhung die genannten Rechtsnachteile (§ 99 Abs. 2). Bei dem rein mündlichen Verfahren, bei dem so leicht etwas übersehen werden kann, ist dies von ganz besonderer Bedeutung. § 98 Abs. 2 ZPO, der die Ergänzung tatsächlicher Behauptungen von Amtes wegen verbietet, ist also durch § 99 Abs. 1 dahin zu erläutern, dass die Ergänzung, soweit sie durch Ausübung des Fragerechtes erzielt werden kann, gestattet (und vorgeschrieben) ist.

Um das Fragerecht (im weitesten Sinne = Parteibefragung) in seiner vollen Bedeutung zu verstehen,

³⁰⁾ Sträuli, Komm. zu § 99 und 141 ZPO; Note 3 zu § 240. Pflughart, S. J. Z. 18, 255, der aber die im Text ausgeführten Grundsätze nicht gelten lassen will, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind. Dagegen Schweizer, S. J. Z. 18, 287 ff., der mit Recht auch auf die entsprechenden Vorschriften im deutschen Anwaltsprozess hinweist.

³¹⁾ Schon bei der Beratung der ZPO von 1866 wurde der im Entwurf enthaltene Satz, dass eine nicht speziell bestrittene Tatsache als anerkannt gelte, einstimmig gestrichen mit der gewiss zutreffenden Begründung: wenn die Darstellung einer Partei im ganzen und nach dem von ihr eingenommenen Standpunkte der Darstellung der Gegenpartei widerspreche, die Partei aber die spezielle Bestreitung eines Nebenpunktes (besser: eines einzelner Punktes) übersehe, so gehe die Annahme der Anerkennung dieses Punktes zu weit. Prot. der Beratungen über die ZPO, Staatsarchiv Zürich PP 17.

müssen wir unserer weiteren Darstellung etwas vorgreifen und schon in diesem Zusammenhange die persönliche Befragung der Parteien behandeln. Diese persönliche Befragung ist theoretisch von der Ausübung des bisher besprochenen Fragerechts zu unterscheiden; sie wird von der ZPO als Beweismittel behandelt und es steht in erster Linie bei den Parteien, die persönliche Befragung der Gegenpartei zu verlangen (§ 172 Abs. 1). Praktisch gehen aber Ausübung des Fragerechts nach § 99 und persönliche Befragung gemäss § 172 vielfach ununterscheidbar ineinander über. Dies vor allem deshalb, weil der Richter gemäss § 172 Abs. 2 die persönliche Befragung der Parteien auch von Amtes wegen anordnen kann und weil die Befragung schon in der Hauptverhandlung vorgenommen werden darf.³²⁾

Die Parteibefragung (unter dieser Bezeichnung wollen wir die Ausübung des Fragerechts nach § 99 und die persönliche Befragung im Sinne von § 172 zusammenfassen) ist bei richtiger Anwendung geeignet, alle er-

³²⁾ Auch die heutige persönliche Befragung ist aus sehr formalistischen Anfängen hervorgegangen. Sie hatte ursprünglich nicht den Zweck, von der Gegenpartei eine persönliche (und möglichst genaue) Darstellung tatsächlicher Verhältnisse zu erhalten, sondern bestand nur darin, dass die Gegenpartei mit nacktem „Ja“ oder „Nein“ sich über Anerkennung oder Nichtanerkennung der von ihrem Anwalt bestrittenen Behauptungen der Gegenpartei aussprechen musste: § 57 des Org.-Gesetzes von 1831; Ullmer, Zivilprozess 177; Keller, in Monatschronik II 177 ff., insbes. 184 Ziff. 2. Es hing das damit zusammen, dass die persönliche Befragung nicht als Beweismittel, sondern als Mittel, Klarheit über die endgültig bestrittenen Punkte zu schaffen und unnötige Beweisaufgaben zu vermeiden, betrachtet wurde (so Ullmer, Prot. PP 17 des St. A. Z., S. 267). Bei der Beratung der ZPO von 1866 zeitigte die persönliche Befragung eine interessante Diskussion (Prot. PP 17, 267 ff.), in der die Meinung vorherrschte, dass die bisherige persönliche Befragung mit der blossen Antwort „Ja“ oder „Nein“ unbefriedigend gewesen sei und dass das Ziel der Befragung erschöpfende Auskunftserteilung der Partei sein müsse. So entstand § 141 der ZPO von 1866, der bereits auch die persönliche Befragung von Amtes wegen vorsah und inhaltlich

strebenswerten Vorteile, die sich die grundsätzlichen Befürworter der Officialmaxime von dieser versprechen, ebenfalls zu erzielen. Denn nicht nur kann nun der Richter den Mangel der erforderlichen Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit der Parteivorträge durch seine Fragen zu beheben suchen (§ 99), sondern er kann auch ganz allgemein die Parteien „zur Feststellung einzelner erheblicher tatsächlicher Verhältnisse“ (§ 172) von Amtes wegen befragen. Diese Umschreibung ist so allgemein, dass sie dem Richter ermöglicht, was die deutsche ZPO § 502 für den Amtsgerichtsprozess vorschreibt: die Streitsache mit den Parteien zu erörtern und dahin zu wirken, dass die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen“.³³⁾ Ja, es ermöglicht die Parteibefragung dem Richter auch, sein „privates Wissen“ in den Prozess hineinzutragen und die Parteien zu Erklärungen über ihm zufällig bekannte, für den Prozess erhebliche Verhältnisse zu veranlassen.³⁴⁾

Wir werden nach alledem Heusler zustimmen dürfen, wenn er sagt, dass die Parteibefragung dem Prozessleitungsamte des Richters ein unermessliches Tätigkeits-

im wesentlichen dem § 349 der ZPO von 1874 und dem § 172 der ZPO von 1913 entspricht. — Wie formalistisch die frühere persönliche Befragung aufgefasst wurde, ergibt sich auch daraus, dass man der persönlich zu befragenden Partei zuvorkommend das Recht wahrte, sich vor Abgabe der Antwort mit ihrem Anwalt zu beraten! Keller a. a. O. 183, 185, Ziff. 7; Ullmer, Zivilprozess 177 No. 2.

³³⁾ Richard Schmidt, Lehrbuch 426: „Hier vor allem (im Amtsgerichtsprozess) führt die richtige Handhabung des Frage-rechtes zu einem fortgesetzten Durchsprechen des gesamten Verhandlungsstoffes. . . .“

³⁴⁾ Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz, S. 99. Wie aber, wenn die Partei den ihr vom Richter vorgehaltenen Sach-verhalt bestreitet? Diese Eventualität fasst Heusler nicht ins Auge. Es wird in einem solchen Falle doch nichts anderes übrig bleiben als der von der Literatur ziemlich einstimmig angenommene, von Heusler aber abgelehnte Weg, dass sich der Richter als Zeuge meldet. Vergl. Richard Schmidt, Lehrbuch 431 ff.

gebiet auf Kosten der vordem wohl übertrieben praktizierten Verhandlungsmaxime eröffnet habe.³⁵⁾ In der Praxis leistet die Parteibefragung freilich noch lange nicht das, was sie leisten könnte. Wenn sich die Prozesse auf der Tagliste häufen, so wird leicht die Gründlichkeit der Behandlung des einzelnen Prozesses darunter leiden. Und überdem ist es bei unserm rein mündlichen Verfahren, bei dem das Gericht erst durch die Hauptverhandlung mit dem Streitverhältnisse bekannt wird, für den Vorsitzenden kein leichtes, sich sofort alle noch aufklärungsbedürftigen Punkte klar zu machen und in unmittelbarem Anschlusse an die Parteivorträge die Befragung vorzunehmen.³⁶⁾ Aber die Einsicht dessen, was mit der Parteibefragung geleistet werden kann, sollte jeden Richter anspornen, das Möglichste aus ihr herauszuholen.

2. Die Beweiserhebung von Amtes wegen. Eine Art der Beweiserhebung von Amtes wegen haben wir bereits in der persönlichen Befragung von Amtes wegen kennen gelernt. Ganz unvermittelt wurde aber durch § 96 des EG zum SchKG vom 11. April 1889³⁷⁾ die Beweiserhebung von Amtes wegen auf das ganze Beweisverfahren ausgedehnt und geradezu als Regel erklärt. § 96 bestimmte nämlich: „Im Beweisverfahren ist der Richter hinsichtlich der Zulassung und Benützung der Beweismittel an die Anträge der Parteien nicht gebunden; er kann daher auch von Amtes wegen Urkunden einfordern, Augenscheine anordnen, Sachverständige und Zeugen abhören.“³⁸⁾ Diese

³⁵⁾ Zivilprozess der Schweiz, 104 05.

³⁶⁾ Dass dies geschehe, liegt natürlich im Interesse der Prozessbeschleunigung; da aber die Parteien nicht notwendigerweise persönlich zur Hauptverhandlung erscheinen müssen, wird oft die persönliche Befragung erst in der Beweisverhandlung möglich sein. Das Fragerecht im Sinne des § 99 kann dagegen in jedem Falle schon in der Hauptverhandlung ausgeübt werden, auch wenn nur die Anwälte der Parteien anwesend sind.

³⁷⁾ O. S. XXII 348 ff.

³⁸⁾ Im beleuchtenden Bericht zur Referendumsvorlage (Sammlung der kant. Gesetzesvorlagen 1891—1910, St. A. Z.

zunächst für Schuldbetreibungs- und Konkursstreitigkeiten aufgestellte Bestimmung wurde durch § 128 des EG auf den gesamten Zivilprozess ausgedehnt, sodass vom 1. Januar 1892 (Inkrafttreten des EG) bis zur ZPO von 1913 im Beweisverfahren grundsätzlich die *Offizialmaxime* galt. Man schoss dabei sogar insofern entschieden über das Ziel hinaus, als § 96 vorschrieb, dass die Kosten von der Gerichtskasse vorzuschüssen seien.

Nach der ZPO von 1913 ist die Beweiserhebung von Amtes wegen wieder zur Ausnahme geworden: „Der Richter kann ausnahmsweise auch von Amtes wegen Beweise abnehmen, welche die Parteien nicht speziell anboten haben, sofern sich aus den Akten Anhaltspunkte ergeben, dass dadurch die Feststellung des wahren Sachverhalts gefördert wird“ (§ 166 Abs. 1). Wenn dieser Wortlaut auch enger ist als in § 96 des EG von 1889, so ist der Sache nach doch insofern nichts geändert, als natürlich auch unter der Herrschaft des § 96 EG die blosse Abnahme der von den Parteien anbotenen Beweise die Regel und die Beweiserhebung von Amtes wegen die Ausnahme gewesen sein dürfte. Zur Beibehaltung der Beweisabnahme von Amtes wegen in diesem Umfange führten die gemachten guten Erfahrungen.³⁹⁾ Eine wohl-

III A b b 8) wird zu § 96 ausgeführt: „Durch diese Vorschrift soll dem Richter eine etwas freiere Stellung als bisher gewährt werden, in dem Sinne, dass er bei Erforschung des materiellen Rechts nicht ausschliesslich an dasjenige gebunden ist, was die Parteien ihm an Beweismitteln vorzulegen belieben. Die eidgenössische Gesetzgebung und so auch das neue Betreibungsgesetz vertritt gewöhnlich mehr als die kantonalen Prozessgesetze die Tendenz, dem Richter ein möglichst freies Ermessen zu gestatten. So ist eine bezügliche Vorschrift namentlich auch für Prozesse betr. Anfechtung fingierter Rechtsgeschäfte aufgestellt (§ 289 des Bundesgesetzes). Die Vorschrift des § 96 wird dieser Tendenz gerecht. Sie wird wesentlich dazu dienen, dass eine Partei nicht aus Unbeholfenheit, Rechtsunkenntnis u. s. f. mit einem gerechten Anspruche unterliegt.“

³⁹⁾ Weisung zur Abstimmungsvorlage, Amtsblatt 1913, S. 327.

angebrachte Einschränkung besteht in der Bestimmung, dass die beweispflichtige Partei, zu deren Gunsten die Beweisabnahme von Amtes wegen erfolgt, zur Leistung eines Kostenvorschusses angehalten wird, unter der Androhung, dass sonst die Beweisabnahme unterbleiben würde (§ 166 Abs. 2).

V.

Ziehen wir zum Schlusse den Rahmen unserer Abhandlung etwas weiter, so sehen wir, dass die Entwicklung von Verhandlungs- und Officialmaxime im zürcherischen Zivilprozess insofern eine typische ist, als sie eine Parallele zur Entwicklung des deutschen Prozessrechtes im 19. Jahrhundert bildet. Wie die deutsche Doktrin steht der zürcherische Zivilprozess seit den 1830er Jahren im Banne der unrichtigen Ansicht, dass die Verhandlungsmaxime die logische Konsequenz der privatrechtlichen Natur des Streitverhältnisses und somit das einzig richtige Prinzip des Zivilprozesses sei.^{40, 41)} Allmählich vollzieht sich dann — wiederum im Einklang mit der entsprechenden deutschen Entwicklung — die Wandlung zu der richtigen Auffassung, dass einzig Zweckmässigkeitsgründe, der bessere Erfolg, für die Frage ausschlaggebend sind, ob im Zivilprozess die Verhandlungs- oder die Officialmaxime gelten solle. Die heutige zürcherische ZPO steht unzweifelhaft auf diesem Standpunkte. Sie erblickt die zweckmässigste Lösung in der in dieser Abhandlung dargestellten Kombination der beiden Prinzipien im allgemeinen Verhandlungsmaxime, ausnahms-

⁴⁰⁾ Schmidt, Lehrbuch 419.

⁴¹⁾ Konsequenz der privatrechtlichen Natur der Streitsache ist unbestrittenermassen die Dispositionsmaxime im Sinne Schmidts (vergl. Note 1 zu Beginn dieser Abhandlung), nicht aber die Verhandlungsmaxime. Vergl. Schmidt, Lehrbuch 417 ff.; Stein, Grundriss d. Zivilprozessrechts (1921) S. 30; Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis (1888), S. 17 ff. Über die frühere Auffassung vergl. z. B. Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses (3. A. 1878), S. 97, 516 ff. (vgl. auch oben Note 11.)

weise Oficialmaxime. Ich glaube, dass damit eine dem Wesen des Zivilprozesses entsprechende Kräfteverteilung erreicht ist: im Interesse der materiellen Gerechtigkeit bedarf es einer aushelfenden Mitwirkung des Richters von Amtes wegen, im allgemeinen kann aber doch damit gerechnet werden, dass die Partei ihr Interesse selbst am besten kennt und daher auch das Beste zur Feststellung und zum Beweise des Sachverhaltes beiträgt. Von einer weitem Ausdehnung der Oficialmaxime, etwa im Sinne der neuen bernischen ZPO⁴²⁾ wäre aus diesem Grunde kaum eine nennenswerte Umwälzung zu erwarten. Ob Verhandlungs- oder Oficialmaxime: im einen wie im andern Falle bilden doch die Anträge und Behauptungen der Parteien die Grundlage des Verfahrens, und dass diese Anträge und Behauptungen möglichst vollständig und in einer der wahren Gerechtigkeit förderlichen Art aufgestellt werden, das kann bei richtiger Anwendung von Parteibefragung und ausnahmsweiser Beweiserhebung von Amtes wegen schon auf Grund der geltenden ZPO ebenso vollkommen (oder unvollkommen) erreicht werden, wie unter der Herrschaft des reinen Oficialprinzips.

⁴²⁾ Vergl. Fritzsche a. a. O. 56.