

## Werk

**Titel:** IV. Konsequenzen der Mutationstheorie. - Das Prozeßrecht des Requisitionsverfahre...

**Ort:** Freiburg i/B. ; Tübingen

**Jahr:** 1881

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1881\\_0014|log10](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1881_0014|log10)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

weicht das Prozeßsubject vom Prozeßrecht ab, wenn es in Gemäßheit eines dispositiven Prozeßrechtsfazes im einzelnen Falle die ihm als die angemessenste erscheinende Bestimmung trifft.

So hat sich in allen Richtungen als das Wesen des dispositiven Rechts bewährt: keine rechtliche Ungebundenheit, keine Möglichkeit, vom Recht abzuweichen, keine *mutatio juris*, — sondern eine von der Rechtsordnung selber dem Einzelnen erteilte Ermächtigung, von Rechts wegen und mit Rechtskraft rechtliche Bestimmungen zu treffen!

#### IV. Consequenzen der Mutationstheorie. — Das Prozeßrecht des Requisitionsverfahrens. — Außergerichtliche Eingriffe in das Civilprozeßrecht. Beweisverträge.

Auch wer sich durch die vorgetragenen Gründe vollständig von der Unhaltbarkeit des Gedankens einer privaten *mutatio juris* hat überzeugen lassen, wird doch vielleicht noch der Meinung bleiben, es sei durch die hier angestellten Untersuchungen zwar der Begriff des dispositiven Rechts schärfer und überhaupt richtiger formulirt, aber die Differenz von der bisherigen Auffassungsweise sei kaum von wirklicher, rechtspraktischer Erheblichkeit: das Richtige habe man auch bisher gemeint, nur nicht ganz präcis ausgedrückt; es sei aber unnütz, eine bloße Differenz in der Ausdrucksweise so sehr zu betonen: »in verbis simus faciles«! Die Neigung zu einer solchen Werthschätzung der im Abschnitt III. enthaltenen Erörterungen könnte sogar um so stärker geworden sein, je klarer die Widersinnigkeit der Mutationstheorie eingeleuchtet hat. Es scheint ja kaum möglich, daß man im Ernste an eine Möglichkeit privater Ueberhebung über die Rechtsordnung geglaubt habe!

Um so mehr ist es geboten, einige nahe und offen liegende Beispiele heranzuziehen, die zeigen, daß jene falsche Begriffsauffassung in sehr wichtigen und weit reichenden Beziehungen zu den bedenklichsten Consequenzen, zu unrichtiger praktischer Handhabung des Civilprozeßrechts und mittelbar

auch des Privatrechts geführt hat. Es ist der Theorie und der Praxis schon in vielen Fällen bitterer Ernst mit dem Gedanken der *mutatio juris* gewesen.

Die Gewöhnung an den Gedanken, es sei in „gewissen“ zudem von der Theorie recht ungewiß gelassenen Beziehungen dem Gericht oder den Parteien verstattet, von ihrem Prozeßrecht abzuweichen, hat den Respect vor der Rechtsverbindlichkeit der Prozeßregeln aufs gefährlichste erschüttert: es war damit die Rechtsverbindlichkeit der Prozeßordnung überhaupt preisgegeben.

Hier hatte jene ganze Neigung, die Prozeßordnung weniger für eine Rechts- als eine Geschäftsordnung, als eine vom Vorgesetzten zur gefälligen Nachachtung schriftlich mitgetheilte Dienstinstruktion, als eine offizielle Anweisung zur „Kunst mit Akten geschickt umzugehen“, einen festen Anhalt, wenn auch dahingestellt bleiben muß, ob die letztere Anschauung mehr in der ersteren oder die erstere mehr in der letzteren wurzelt. Ist es überhaupt möglich, daß das Prozeßsubject eine gesetzändernde Macht in prozeßualischen Fragen an sich reißt, ist es, wie so bereitwillig zugegeben wird, juristisch denkbar, „daß den Prozeßgesetzen in gewissen Beziehungen durch den Willen der Parteien derogirt werden kann“, so ist der Rechtsbestand der Civilprozeßordnung auch nicht mehr gegen die schwersten Attentate gesichert. Und solche Attentate können namentlich nicht ausbleiben bei der Beurtheilung von Fragen, über welche sich in der Civilprozeßordnung selber kein direkt und unzweideutig gegen solches Vorgehen Verwahrung einlegender Satz verfindet.

Diese Consequenz der Mutationstheorie hat sich denn auch in so manchen Richtungen vollzogen. Auf zweierlei solcher Consequenzen ist im folgenden hinzuweisen und zwar sind solche Beispiele gewählt, bei denen es sich nicht um vereinzelt singuläre Fälle, sondern um ganze Complexe wichtiger Prozeßrechtsfragen handelt.

1. Dertliche Grenzen des Civilprozeßrechts, insbesondere im Falle des Rechtshilfegesuchs ausländischer Gerichte.

Die Praxis ist namentlich in einer ihr häufig begegnenden fundamentalen Frage von dem Wortlaut der Prozeßordnung ohne Anweisung gelassen, nämlich in der Frage von den örtlichen Grenzen, welche der Verbindungskraft des Civilprozeßrechts gesetzt sind. Hier ist es also ganz besonders an der Wissenschaft, gute und sichere Hilfe zu bringen. Es besteht denn auch, trotz manches früheren Schwankens, jetzt über das zu befolgende Prinzip kein wissenschaftlicher Zweifel mehr<sup>30)</sup>. Das Prinzip läßt sich mit größter Folgerichtigkeit und Gewißheit aus dem Wesen des Civilprozesses und des Civilprozeßrechts ableiten.

Das Gericht hat immer nach seinem eigenen Prozeßrecht zu verfahren; die prozessualischen Handlungen stehen unter derjenigen Civilprozeßordnung, welche da gilt, wo sie vorgenommen werden: inländische Prozeßhandlung, inländisches Prozeßrecht! Denn es vollzieht sich im Prozeß eine staatliche, eine staatsamtliche Thätigkeit, die unmöglich unter den Gesetzen eines fremden Staates stehen kann. Man braucht sich zu einem weiteren Beweise garnicht noch auf die — in ihrer wahren Bedeutung ohnehin nicht ganz zuverlässige — Regel *locus regit actum* zu berufen. Der zuerst angeführte Grund ist vollkommen genügend, er greift an und für sich unabweisbar zwingend durch. Ein Richter der nach ausländischem Prozeßrecht verfahren wollte, würde sich zum Beamten eines fremden Staates machen und den Pflichten gegen seinen eigenen Staat untreu werden.

30) S. im allgemeinen Bar, das internationale Privat- u. Strafr. §. 116, Renaud, Lehrb. §. 9, Weßell, Syst. 516, Menger, Syst. d. österr. Civilprozeßr. I. S. 128 ff., der das Princip aus der von mir betonten Natur des Prozesses als eines Rechtsverhältnisses zu deduziren sucht, worin mir jedoch nicht gerade für diese Frage ein hauptsächlich entscheidender Grund zu liegen scheint. Noch nicht so sicher konnte sich z. B. Mittermaier, Archiv f. civ. P. 13. S. 293 ff. aussprechen.

Das Prinzip ist so sicher und einfach, daß bei seiner Anwendung Schwierigkeiten bloß insofern erwachsen können, als nach dem Stande unserer Wissenschaft in manchen Beziehungen die richtige Abgrenzung zwischen dem Gebiete des Privatrechts und des Zivilprozeßrechts noch nicht ganz sicher gestellt ist. Aber bei solchen Rechtsfragen, die ganz unzweifelhaft rein prozeßrechtlicher Natur sind, wie z. B. die Art der Zeugenvernehmung, der Parteivereidung, die Fristansetzungen, die Prozeßleitung überhaupt, müßte, wie man erwarten sollte, jede Meinungsverschiedenheit und jedes Schwanken ausgeschlossen und die strikte Durchführung des Prinzips gesichert sein. Selbstverständlich wären Ausnahmen zu machen, wenn das inländische Prozeßrecht selber seine Richter für besondere Fälle auf das ausländische Prozeßrecht verpflichtete m. a. W. das ausländische Recht sich für sein Rechtspflegegebiet aneignete: Ausnahmbestimmungen, die aber nur selten in einer Prozeß- oder Gerichtsordnung vorkommen und der Reichsjustizgebung vollständig fremd sind<sup>31)</sup>. Soweit aber eine solche Ausnahme nicht besteht, — nach jetzt geltendem deutschem Recht also ohne jede Ausnahme — ist schlechterdings nicht abzusehen, wie der inländische Richter je dazu kommen sollte, seine Handlungen nach ausländischem Prozeßrecht einzurichten.

Dennoch ist letzteres sehr oft behauptet und der Behauptung auch praktisch Folge gegeben worden. Unsere Theorie weist meistens die Richter offen dazu an, jenem Grundsatz zuwider zu handeln. In dieser Weise wird nämlich mit der Frage umgegangen, nach welchem Prozeßrecht die Prozeßhandlungen

31) Die Bestimmungen über Prozeßfähigkeit in der D. C.-P.-O. § 51. § 53 sind, insofern sie die Prozeßfähigkeit möglicherweise nach ausländischem Recht beurtheilen lassen, doch wohl keine Ausnahmen vom Prinzip, da das deutsche Prozeßrecht einfach die privatrechtliche Verpflichtungsfähigkeit als ausreichend zur Prozeßfähigkeit anerkennt, also hier überhaupt auf das Privatrecht (nicht fremdes Prozeßrecht) verweist. Vollständige Anerkennung und Durchführung hatte das Prinzip auch in dem Rechtshilfegesetz v. 21. Juni 1869 § 7, 8, 19, 37, 38 gefunden. Ueber die Beweiskraft ausländischer öffentlicher Urkunden s. die Nachweisungen bei *Menger* a. a. O. S. 156 ff.; die D. C.-P.-O. §. 403. überläßt auch diese Frage dem richterlichen Ermessen.

einzurichten seien, welche auf Ersuchen ausländischer Gerichte um Rechtshilfe von inländischen Gerichten vorzunehmen sind (s. g. Requisitionshandlungen). Wenn Gerichte eines andern Staates unsere Gerichte um Vornahme eines zur Erledigung ausländischer Prozesse erforderlichen Prozeßakts ersuchen, so wird durchaus nicht etwa unumwunden zugegeben, daß unsere Gerichte dem Princip „inländische Prozeßhandlung, inländisches Prozeßrecht“ treu bleiben und demgemäß die Requisitionshandlung, die Zeugenvernehmung, die Fristsetzung u. s. w. in der ihnen durch ihre eigene Prozeßordnung vorgeschriebenen Weise vornehmen müssen. Vielmehr wird hier das Princip von Manchen einfach fallen gelassen und behauptet, der inländische Richter müsse auf Requisition sich dem ausländischen Prozeßrecht accomodiren<sup>32)</sup>. Von Anderen wird das Princip nur mit wesentlichen, mehr oder minder weit gehenden, mehr oder weniger unklar begrenzten Verkläufelungen und Ausnahmen aufrecht erhalten, die das gemeinsam haben, daß sie in das Gebiet des dispositiven Prozeßrechts fallen<sup>33)</sup>.

Also der Richter soll sich doch oft der Verbindungskraft seines Prozeßrechts entziehen dürfen und müssen, er soll Amtshandlungen auf inländischem Gebiet, die Erfüllung seiner eigensten inländischen Amtspflichten nicht nach den Gesetzen seines eigenen Staates, sondern nach den Vorschriften, die ein anderer Staat für seine Gerichte und seine Rechtspflege erlassen hat, vornehmen, und das alles, ohne daß irgend eine besondere Vorschrift des eigenen Staates ihn dazu anweist? Was kann ihn denn zu einem solchen Ungehorsam gegen die Gesetze seines Staates, was kann uns zu dem Rathe, einen solchen Ungehorsam zu begehen, legitimiren? Doch nicht etwa die Meinung, der requirirte inländische Richter handle bei Vornahme der Requisitionshandlung garnicht in Ausübung der ihm von seinem Staate verliehenen Gerichtsbarkeit, er fun-

32) Duhn, Archiv f. civ. Pr. 42 S. 34 ff. insbes. 44—48, Seuffert, Archiv Bd. 2, Nr. 80, 319; Bd. 13, Nr. 66. Auch Mittermaier a. a. O. kommt, wie Duhn ganz richtig bemerkt, auf eine solche Meinung, obwohl er das Princip festzuhalten sucht.

33) S. unten Anm. 37.

gire hierbei nur als „Mandatar“ des ausländischen Richters anstatt und Namens desselben, in Ausübung fremder Gerichtsbarkeit, als ein dem ausländischen Gerichtsorganismus eingefügtes Hilfsglied? Es ist leicht nachweisbar, daß eine solche Meinung, der es übrigens nicht an Vertretern gefehlt hat<sup>34)</sup>, völlig unhaltbar ist.

Der inländische Richter, der ein auswärtiges Gericht um Vornahme einer Prozeßhandlung ersucht, wird dadurch nicht zum Substituten des letzteren. Die Requisition ist kein „Mandat“, auch keine Vollmacht, keine Ermächtigung zum Handeln kraft fremden Rechts und innerhalb einer fremden Rechtssphäre. Die Requisition verleiht dem inländischen Richter nicht eine rechtliche Macht, die er nicht schon ohnehin hätte, nicht eine rechtliche Macht, die ursprünglich dem fremden Staate und Gerichte zustände und von diesem erst auf jenen übertragen würde. Vielmehr handelt der requirirte Richter lediglich kraft originär eigenen Rechts, vermöge der ihm von seinem eigenen Staate verliehenen Gerichtsbarkeit. Die in seinem Gerichtsbezirke sich aufhaltenden Zeugen, um deren Vernehmung er vom Ausland her requirirt wird, die im Inlande befindlichen Parteien, denen er einen Eid abnehmen soll, die in seinem Gerichtsbezirk gelegenen Sachen, die er der Exekution unterwerfen soll, sind seiner eigenen, des inländischen Staates Gerichtsbarkeit und Gerichtsgewalt untergeben, nicht aber des fremden Staates und Gerichts. Wäre dem nicht so, weshalb würde es denn überhaupt zur Requisition kommen? Das ausländische Gericht requirirt ja eben bloß deswegen, weil ihm selber die rechtliche Macht über jene Personen und Sachen, die zur Vornahme der erbetenen Prozeßhandlung erforderliche Gerichtsbarkeit und Gerichtsgewalt fehlt. Es hat diese Macht nicht und sollte sie doch dem inländischen Richter als seinem Vertreter übertragen?

Die zur Vornahme der Requisitionshandlung erforderliche Macht wird durch die Requisition dem inländischen Rich-

34) Mittermaier a. a. O. S. 308 „der auswärtige Richter, der nur als Mandatar des Requirenten handelt“, Seuffert, Archiv Bd. 4. Nr. 147.

ter nicht verliehen, sondern die ihm von sich aus bereits zustehende Macht wird dadurch nur in Bewegung gebracht. Die Requisition ist keine Ermächtigung zur Ausübung fremden Gerichtsrechts sondern bloß der Anstoß zur Ausübung des eigenen. Und diesem Anstoß Folge zu geben, sind die inländischen Gerichte den Gerichten gewisser anderer Staaten gegenüber behufs Förderung der Zwecke der ausländischen Rechtspflege in Fällen, wo diese nicht vollständig von den ausländischen Gerichten erreichbar sind, durch ihr inländisches Gerichtsrecht verpflichtet. Und wenn nun ausgemacht ist, daß die Requisitionshandlung unter die Gerichtsbarkeit des inländischen Gerichts fällt, so ist auch ausgemacht, daß sie unter das inländische Gerichtsrecht im objectiven Sinne fällt m. a. W. daß der requirirte inländische Richter nur nach inländischem, nie und nimmer nach ausländischem Prozeßrecht zu verfahren hat und daß hier kein Raum zu irgend welcher jener angeblichen Ausnahmen offen bleibt.

Gegen diese Schlußfolgerung kann auch nicht etwa der Gedanke aufkommen, daß die Requisitionshandlung doch bloß ein Stück desjenigen Prozesses sei, der in seiner Gesamtheit und Einheit seinen „Sitz“ im Auslande habe. Die Requisitionshandlung steht allerdings zu dem ausländischen Prozeß in einer Zweckbeziehung. Aber diese Zweckbeziehung ist ohne alle Erheblichkeit für die hier zu entscheidende Frage. Das Stück Prozeß selbst, welches die Requisitionshandlung bildet, gehört nicht in das ausländische Rechts- und Gerichtsgebiet, und bloß darauf kommt es hier an. Das ausländische Prozeßrecht hat, weil die zur Vornahme dieser Handlung erforderlichen Personen oder Sachen sich nicht in seinem Gebiete befinden, keine bis auf die Requisitionshandlung sich erstreckende Macht, Wirkung, Verbindungskraft. Dieses Prozeßstück fällt folgeweise in ein fremdes Rechtsgebiet und eben deshalb und bloß deshalb wird überhaupt die Requisition vorgenommen.

Und es bedarf nur eines weiteren folgerichtigen Schlusses um auch ein letztes mögliches, aus „Zweckmäßigkeitsrückichten“ abgeleitetes Bedenken zu beseitigen.

Ist es nicht doch ein Uebelstand, daß in Folge unseres Prinzips das in der Requisitionshandlung liegende Prozeßstück nicht dem Prozeßrecht, welches für die übrigen und hauptsächlichsten Prozeßstücke gilt, entspricht? Entsteht nicht dadurch eine unerträgliche Schwierigkeit für das ausländische Prozeßgericht? Muß es nicht, da die von dem requirirten Richter nach seinem Prozeßrechte vorgenommene Handlung den Anforderungen, die das Prozeßrecht des requirirenden Gerichts stellt, nicht entspricht, dieser Handlung alle rechtliche Wirksamkeit verjagen, den nach fremdem Recht abgeleisteten Eid für ungültig erklären, die vor dem requirirten Richter geheim abgegebenen Zeugenaussagen als nichtig behandeln, weil das Prozeßrecht des requirirenden Gerichts die Vernehmung der Zeugen *praesentibus partibus* vorschreibt? Würde nicht auf diese Weise in vielen Fällen das ganze Requisitionsverfahren auf etwas *rechtsungültiges*, also *nutzloses* hinauslaufen müssen?<sup>35)</sup>

Durchaus nicht! Es sollte sich doch wohl von selbst verstehen, daß, wenn die requirirte Handlung nach dem Prozeßrecht der Landes, in welchem, und des Gerichts, von welchem sie vorgenommen wurde, rechtsgültig ist, ihre Rechtsgültigkeit auch von dem requirirenden Gericht nicht beanstandet und bemängelt werden darf, daß der requirirende Richter vielmehr, unbekümmert darum, ob jene Handlung auch zufällig dem Prozeßrecht seines eigenen Landes conform ist, das *Rechtsergebnis* der rechtsgültigen ausländischen Prozeßhandlung seinem Prozesse einzufügen und als sichere Grundlage der weiteren von ihm vorzunehmenden Prozeßhandlungen zu benutzen hat<sup>36)</sup>.

35) Vgl. Duhn a. a. O.

36) Dennoch ist dies noch nicht in der Literatur offen und entschieden anerkannt. Nur Menger a. a. O. S. 171 N. 10 erklärt sich dafür, betrachtet es aber als einen Ausweg, den er mehr aus Zweckmäßigkeitsrücksichten vorzuziehen rät, als daß er es aus Rechtsgründen zu deduziren wage. — Ich bestreite übrigens nicht, daß nicht unter besonderen Umständen es einige Schwierigkeiten haben könnte, das Rechtsergebnis der ausländischen Requisitionshandlung dem inländischen Prozeß ein-

Wie käme denn der requirirende Richter dazu, die Rechtsgiltigkeit einer unter fremde Gerichtsbarkeit und fremdes Prozeßrecht fallenden Prozeßhandlung nun doch noch nachträglich mit dem Maßstabe des eigenen Prozeßrechts zu bemessen, sie also dem eigenen Prozeßrecht zu unterstellen? Er selber hatte ja die Handlung garnicht vorzunehmen, ja er konnte und durfte es nicht. Was er bei dieser Handlung zu thun hat, ist zunächst nur, daß er sie durch seine Requisition zu veranlassen und dann, wenn der Requisition Folge geleistet worden ist, sich zu fragen hat, ob sie in rechtsgiltiger und = wirksamer Weise, geschehen ist. Und diese Beurtheilung der Rechtsgiltigkeit und des Rechtseffekts hat er selbstverständlich gemäß dem Prinzip, welches für die örtlichen Grenzen des Prozeßrechts gilt, lediglich nach demjenigen Prozeßrecht vorzunehmen, in dessen Herrschaftsgebiet die Requisitionshandlung vorgenommen ist. Er kann doch, um eine rechtsgiltige Handlung geliefert zu bekommen,

zufügen, nämlich wenn die Prozeßordnungen der beiden Staaten so sehr auseinander gehen, daß eine Gleichung zwischen den in Frage stehenden Prozeßstücken sich nicht mit Sicherheit ziehen läßt. Aber abgesehen davon, daß dies nur selten der Fall sein wird, ist das eben eine unvermeidliche Folge davon, daß die einzelne Prozeßhandlung nun einmal in das fremde Prozeßgebiet fällt. Und der etwaige Uebelstand würde nicht vermieden, sondern nur gesteigert werden, wenn man davon ausginge, daß die vom requirirten ausländischen Richter vorgenommene Handlung garnicht gelten dürfe, wenn sie nicht dem inländischen Prozeßrecht entspräche. Denn man würde doch nie die ausländischen Gerichte dazu bringen können, im Requisitionsverfahren überhaupt und ganz nach fremder Prozeßordnung zu verfahren. Dazu haben sich glücklicherweise auch die international-freundlichsten und -höflichsten Richter noch nicht verstanden. So sagt schon Mittermaier a. a. O. S. 308 nachdem er „die Sitte mancher deutscher Gerichte“ erwähnt hat „dem requirirten Gerichte die Formvorschriften des einheimischen Gesetzes des Requirenten mitzuthemen und um Beobachtung dieser Formen zu bitten“ doch, daß wenn man die allgemeine Praxis der verschiedenen Länder Europa's betrachte, „man sich bald überzeuge, daß die requirirten Gerichte nur nach den Formen der Gesetze ihres Landes handeln und sich um die auswärtigen Formen nicht kümmern“. In der That scheint fast nur bei deutschen Gerichten die Neigung vorhanden zu sein, den Wünschen ausländischer Gerichte auf Unkosten des heimischen Rechts so conciliant entgegenzukommen.

dem requirirten ausländischen Collegen nicht einen Verstoß gegen dessen Recht, gegen dessen Amtspflicht zumuthen! Wahrlich, viel eher, als das hier gewonnene Ergebniß ließe sich die Frage in Zweifel ziehen, ob der requirirende Richter eine Requisitionshandlung, die zwar seinem Prozeßrecht, nicht aber dem des requirirten Richters entspräche, für rechtsgiltig halten und in seiner weiteren Prozedur auf sie bauen dürfte!

Bei der folgerichtigen Durchführung des einfachen, durch das Wesen des Prozeßes, des Prozeßrechts und der Gerichtsbarkeit gebotenen Prinzips stößt man also nirgends auf einen bedenklichen Punkt oder eine Unzuträglichkeit. Nirgends kommt ein stichhaltiger Grund zum Vorschein, aus welchem eine Ausnahme von jenem Grundsatz für das Requisitionsverfahren gerechtfertigt erscheinen könnte.

Gerade in dieser wichtigen, praktisch so tief einschneidenden Frage zeigte es sich aber auf's deutlichste, welche bedenklichen, verwirrenden Folgen die Theorie von der *mutatio juris*, die Meinung, daß in vielen Beziehungen die Prozeßsubjecte von ihrem Prozeßrecht abweichen dürfen, nach sich zieht.

Wenn man von der Rechtsverbindlichkeit der Prozeßordnung überhaupt eine so geringe Achtung hat, daß man sich zu jener allgemeinen Concession versteht, so ist allerdings nicht abzusehen, warum man nicht auch in Fällen, in denen eine in einen ausländischen Prozeß einschlagende Prozeßhandlung in Frage steht, von jener Facilität reichlichen Gebrauch machen und insbesondere, wenn etwa der ausländische Colleague noch besonders darum bittet, man möge die Freundlichkeit haben, das eigene Prozeßrecht zu verleugnen und lieber dem ausländischen sich unterordnen, ihm diesen Gefallen nicht thun und leichtem Herzens „in gewissen Beziehungen“ das eigene Prozeßrecht preisgeben sollte? In solchen Fällen kann man doch wenigstens beruhigt darüber sein, daß man überhaupt nach irgend einem Prozeßrecht prozedirt, sei es auch nach chinesischem oder japanesischem! Sonst, wenn man im internen Prozeßverkehr von der eigenen Prozeßordnung abweicht und den Parteien gestattet, den Prozeßgesetzen zu

„derogiren“, prozedirt man ja nach keinem irgendwo auf der Welt existirenden Prozeßrecht!

Daher ist es nicht zu verwundern, daß auch solche Autoren, welche das richtige Princip, nach dem die örtlichen Prozeßrechtsgrenzen sich bestimmen, auch für das Requisitionsverfahren gelten lassen wollen, doch dem requirirten inländischen Richter in sehr vielen Beziehungen die Anwendung ausländischen Prozeßrechts gestatten und zur Pflicht machen. Das mußte sogar Jeder thun, der in dem Banne des Glaubens befangen war, daß es den Prozeßsubjekten in so vielen Beziehungen erlaubt sei, von ihrem Prozeßrecht abzuweichen. Jene so zahlreichen Ausnahmen, die von der ausschließlichen Geltung inländischen Prozeßrechts für inländische Prozeßhandlungen aufgestellt werden, sind nur eine strikte Consequenz der herrschenden Meinung, nach welcher ein so großer Theil des Prozeßrechts der verbindlichen Kraft ermangeln soll. Und so wenig es bisher auch Jemandem gelungen ist, über den Bereich jener Ausnahmen klare und fest begrenzte Auskunft zu geben, so zeigen doch die Versuche, die dazu gemacht, die Beispiele, die dafür angeführt werden, in merkwürdiger Folgerichtigkeit, daß es eben der Bereich des *dispositiven* Prozeßrechts ist, von dessen Befolgung der inländische Richter im Requisitionsvorgehen mit dem Auslande dispensirt sein soll<sup>37)</sup>.

37) *Bar internation. Privatr.* S. 457. 458. „Jedoch wird das requirirte Gericht Formen die ohne Verletzung absolut gebietender Gesetze oder der herrschenden Begriffe des Anstandes und ohne Zwang gegen eine Person — sowie ohne übermäßige Belästigung des requirirten Gerichts selbst beobachtet werden können, unter Innehaltung der nach seinen Gesetzen zur Gültigkeit erforderlichen Formen auf besonderes Verlangen des requirirenden Gerichts anwenden können.“ Noch unbestimmter aber eben so deutlich dem Gedanken einer rechtlichen Verbindungskraft des inländischen Prozeßrechts abgewendet sind die Äußerungen von *Renard Lehrb.* § 8 S. 21, der die Befolgung des ausländischen Prozeßrechts gestattet, wenn man „darum durch das ersuchende Gericht angegangen, und hieran durch die eigene Landesgesetzgebung nicht gehindert ist“ und dann noch namentlich auf den Fall hinweist, „daß die nach Maßgabe jener (der einheimischen) Vorschriften vorgenommene Handlung die Bedeutung nicht hätte, die sie im Sinne des requirirenden Prozeßgerichts haben sollte.“ Vgl. ferner *Seuffert Archiv* Bd. 13 Nr. 180 und

Sobald aber jene Auffassung des Prozeßrechts als irrig und das Wesen der dispositiven Prozeßvorschriften richtig erkannt ist, fällt jeder Grund und jede Möglichkeit, derartige Ausnahmen von der ausschließlichen Geltung des inländischen Prozeßrechts hinweg. Der inländische Richter darf sich so wenig im ausländischen, wie im inländischen Prozeßverkehr herausnehmen, in irgend einem Punkte vom Prozeßrecht seines Staates abzuweichen. Soweit aber ihm oder den Parteien das inländische Prozeßrecht überhaupt einen Spielraum eigener Prozeßrechtsbestimmung offen läßt, bleibt er ihnen selbstverständlich auch bei Vornahme der Requisitionshandlungen offen und so kann es sich wohl ereignen, daß auf diesem Wege eine mit dem ausländischen Prozeßrecht conforme Prozedur zu Stande kommt, z. B. eine ähnliche richterliche Frist bewilligt wird, wie sie gewöhnlich im Ausland gewährt wird, oder daß je nach dem Prozeßleitungsermessen des inländischen requirirten Gerichts Vermerke in's Protokoll aufgenommen werden, deren authentische Constatirung für die schließliche Erledigung des Prozeßes bei dem ausländischen Gericht von besonderem Werthe sein kann u. s. w. Aber dann liegt in diesen Punkten eben eine Uebereinstimmung der beiden Prozeßrechtsordnungen vor, keine Anwendung ausländischen Prozeßrechts auf Kosten des abweichenden inländischen! Indem gemäß dem inländischen Prozeßrecht verfahren wird, ereignet es sich — zufällig —, daß zugleich auch entsprechend dem ausländischen verfahren wird. Und nie darf der inländische Richter sich zu irgend etwas, was er nicht auch in Prozeßes, die im Inland anhängig sind, vornehmen oder rechtlich gelten lassen dürfte, in dem von ihm zu erledigenden Requisitionsverfahren bloß aus dem Grunde verstehen, weil er zu diesem Verfahren vom Auslande her den Impuls bekommen hat. Auch nicht, wenn er noch so angelegentlich darum ersucht wird!

So setzt uns erst die Erkenntniß des wahren Wesens der dispositiven Rechtsnormirung und die Zurückweisung der

auch die oben Anm. 32 angeführten Entscheidungen. Von den Lehrbüchern erklärt sich nur Wegeß System § 43 S. 516 und Menger, österr. Civilprozeßr. S. 171 für die strenge Durchführung des Prinzips.

derogatorischen Kraft des Individualwillens in den Stand, in dieser Frage zu einer sichern, vollkommen begründeten Auseinandersetzung zu gelangen, die den Interessen und der Würde der beiden beim Requisitionsverfahren beteiligten Gerichte, Staaten und Rechtsordnungen gleichmäßig gerechte Rechnung trägt. Der Richter jedes Landes verfährt nach seinem, ihm unverbrüchlichen Prozeßrecht und da, was dem einen recht, dem andern billig ist, so hat er auch die nach dem fremden Prozeßrecht vorgenommenen fremdrichterlichen Prozeßhandlungen als vollkommen korrekt und rechtsbeständig gelten zu lassen! Daß es gerade für diese über die Landesgränzen hinüber und herüber greifenden Gerichtsbeziehungen möglich ist, ein so einfache, unzweideutige, ausnahmslose, beide Theile gleich befriedigende Regel sicher zu stellen, muß überdies als ein besonders hoch anzuschlagender Gewinn betrachtet werden. —

Die irre führende Macht der Vorstellung, daß die prozeßrechtlichen Vorschriften nicht gegen die abweichenden Prozeßrechtsbestimmungen der Prozeßsubjecte gesichert seien, hat sich aber auch noch in manchen anderen Beziehungen geltend gemacht. Es können hier nicht schon sämtliche zur Erörterung gezogen werden<sup>38)</sup>. Nur eine Frage, auf deren Beurtheilung jene Vorstellung in sehr weitem Umfange eingewirkt hat, soll noch besprochen werden. Doch reicht dieselbe so weit namentlich in verschiedene wichtige Privatrechtslehren hinein, daß sie hier nicht so vollständig wie die Requisitionsfrage behandelt werden kann. Es muß vorerst sein Bewenden bei einigen Andeutungen haben.

38) Unter anderem scheint mir die Ansicht, daß die Parteien gültig außergerichtlich und schon in voraus auf Rechtsmittel verzichten können, ihren Grund nur in der hier bekämpften Auffassung zu haben. Eine Abhandlung über den Verzicht auf Rechtsmittel von Schwalbach, die jedoch gerade auf jene Frage nicht eingeht, liegt der Redaktion der Zeitschrift vor und wird alsbald veröffentlicht werden. — Ueber die Consequenzen welche die herrschende Auffassung des dispositiven Prozeßrechts für die Lehren von der prozessualischen Nichtigkeit und von den prozeßhindernden Einreden hat, ist schon oben im Abschnitt II. gehandelt.

## 2. Außergerichtliche Parteiverträge über den zukünftigen prozessualischen Beweis.

In Folge der Mißachtung, mit der man die verbindliche Kraft des Civilprozeßrechts zu behandeln pflegt, ist nicht bloß das inländische Prozeßrecht gegen das ausländische schutzlos gestellt geblieben, sondern es ist das Civilprozeßrecht auch den mannigfachsten außergerichtlichen Eingriffen des Privatwillens preisgegeben worden.

Wenn es den Parteien gestattet ist, während des Prozeßes Bestimmungen zu treffen, durch welche sie das Prozeßrecht abändern, so kann man auch auf den weiteren — freilich noch viel gewagteren — Gedanken kommen, es stehe ihnen auch frei, außerhalb des Prozeßes, vor Beginn desselben, ja ehe noch irgend ein Prozeß in Aussicht genommen ist, Bestimmungen und Vereinbarungen zu treffen, welche die zukünftige Prozedur in einer von der Prozeßordnung abweichenden Weise rechtswirksam normiren. Und dieser Gedanke ist nicht etwa bloß gelegentlich aufgetaucht. Er gehört zu den Axiomen der Rechtswissenschaft. Er gilt als so selbstverständlich richtig, daß unausgesetzt mit ihm operirt und auf ihn ganze Gebäude von Rechtsconstructionen errichtet werden, ohne daß man auch nur den Versuch gemacht hätte, seine Richtigkeit erst noch zu beweisen. Nirgends hat sich die aus der Verkennung der Natur des dispositiven Rechts hervorgehende Verirrung der Rechtsanschauung tiefer festgesetzt als hier.

Da man einmal fest davon überzeugt ist, daß der Privatwille gegenüber dem Prozeßrecht ein so freies Spiel habe, so ist es nachgerade üblich geworden, die mannigfachsten außergerichtlichen Privatvereinbarungen, die sich auf reine Civilprozeßrechtsfragen beziehen und dem Civilprozeßrecht zuwiderlaufen, für ganz rechtsgiltig zu halten. Wenn bei Abschluß eines obligatorischen Vertrages schon auf die Eventualität eines möglichen Prozeßes vorgedacht wird und den Contrahenten die eine oder andere Bestimmung der Prozeßordnung nicht genehm oder bequem ist, so glaubt man garnicht daran behindert zu sein, diese Bestimmung vorher durch außergerichtliche Vereinbarung

für den zukünftigen Prozeß außer Kraft zu setzen, sich *privatim* ein Stück zukünftiger eigener Prozeßordnung aus eigenster Macht zu schaffen und durch einen solchen Privatgesetzgebungsakt dem zukünftigen Prozeßrichter bindende Regeln für sein Verfahren vorschreiben, ihn dazu nöthigen zu können, daß er sich in so weit über die ihm vom Staat für seine staatsamtliche Thätigkeit gegebenen Vorschriften hinwegsetze. Und es ist ja sicher zu hoffen, daß die Richter dem *pactum privatorum* gehorsamer als dem *jus publicum* sind, da sie in der Nichtachtung der Rechtsverbindlichkeit des größten Theiles ihrer Prozeßordnung erzogen sind und die Theorie sie ihnen so beharrlich einzulösen bestrebt ist.

Schon gehört es zu den ständigen Klauseln, die gewissen Gattungen von Verträgen, namentlich von Versicherungsverträgen eingefügt werden, daß besondere Vereinbarungen über die Art der zukünftigen prozessualischen Beweisführung in den Vertrag Aufnahme finden, gewöhnlich dahin lautend, daß der Beweis auf bestimmte Arten von Beweismitteln beschränkt oder gewisse Arten des Beweises ausgeschlossen sein sollen: z. B. in der Weise, daß bei einem Brandschadenversicherungsvertrage bezüglich gewisser versicherter Mobilien, wie Bücher u. dergl. ausbedungen wird, der eingetretene Feuerschaden müsse und könne nur vermitteltst Urkunden, schriftlicher Verzeichnisse, Kataloge u. s. w. bewiesen werden<sup>39)</sup>.

39) Eine hierauf abzielende Klausel findet sich z. B. in dem Mobilienversicherungsvertrage, den ich selber mit der *Gothaer Feuerversicherungsbank* für Deutschland abgeschlossen habe. Eine Hindeutung dazu, solche Vertragsbestimmungen für gültig zu halten tritt hervor z. B. in dem Erkenntniß des D. App.-Ger. *Dienburg* bei *Seuffert Archiv* Bd. 23 Nr. 131, ferner des D.-V.-G. *Lübeck* ebenda, Nr. 132. Bei der Berathung über den Entwurf der D. C.-P.-O. durch die Justizkommission des D. Reichstages wurde (Protok. S. 92) von dem Abgeordn. *Wolffson* aus Anlaß des § 259 gegenüber den durchaus zutreffenden Bemerkungen der Motive, welche der Direktor des Reichsjustizamts v. *Amsberg* aufrecht erhielt, versucht, die Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit von „statutarischen Bestimmungen, wonach ein in voraus bestimmter Weise zu constatirender Schaden bezahlt werden solle“, wie sie „namentlich in der Seeversicherung häufig seien“, verfochten, freilich mit der Motivirung, daß es sich in solchen Fällen nicht darum handle, den Richter

Der Richter, auf dessen Beweisprüfung diese Klauseln hinzielen und der einst über die Wahrheit jener Thatsachen zu befinden haben wird, ist zwar durch seine Prozeßordnung feierlich dazu verpflichtet, „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei“ und „an gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden“ (D. C. P. O. § 259). Aber man gibt sich der Hoffnung hin, daß der zukünftige Richter sich die Wahrheitskenntnisquellen durch jene private außergerichtliche Parteibeliebung werde verschränken lassen und wenn z. B. der Versicherte es doch versuchen würde, den Beweis des Brandschadens, falls ihm die vertragsmäßig in Aussicht genommenen Beweismittel nicht zu Gebote stehen, auf andere Weise evident zu beweisen, ein solcher Beweis vom Gericht nicht werde beachtet und berücksichtigt werden, — daß der Richter also seiner Wahrheitsprüfung nicht „den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme“ werde zu Grunde legen.

Das wäre zwar eine krasse Gesetzesverletzung! Die Gesetzgebung eines einzelnen deutschen Staates, die sich erlauben würde, dem § 259 der D. C. P. O. zuwider

zu binden, sondern daß nur kontraktlich die Vergütung der in vorgeschriebenen constatirten Schäden verabrebet sei.“ Ich bestreite nicht, daß ein jenen Beweisverträgen ungefähr ähnlicher Zweck sich in gültiger Weise durch eine die privatrechtliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses betreffende Vereinbarung erreichen lasse, z. B. so, daß ausgemacht wird, es sei bloß der durch Katalog constatirte Bestand von Büchern versichert (in welchem Falle aber auch nur für die katalogisirten Bücher die Versicherungsprämie angerechnet und gezahlt werden dürfte). Wohl aber bestreite ich, daß eine lediglich auf die Beweismittelfrage abgestellte Klausel irgend eine rechtliche Wirkung haben könne und von dieser Art pflegen jene Klauseln zu sein. Eine genauere Untersuchung dieser wichtigen Frage muß ich mir hier versagen und einer anderen Gelegenheit vorbehalten. Von den Commentaren zur D. C. P. O. sprechen sich eingehender über diese Frage aus: Seuffert S. 311, Sarwey S. 399, Petersen II. S. 65, Gaupp II. S. 96, 100.

die dort verordnete freie und vollständige Beweisprüfung einzuschränken, würde zwar etwas *nichtiges* vornehmen. Aber der *Privatwille*, jede beliebige formlose außergerichtliche Vereinbarung ist ja viel *stärker* als alles Gesetz: der *Privatwille* kann ja in vielen Beziehungen „den Prozeßgesetzen derogieren“! Der *Privatwille* darf sich ja im Prozeß über das Prozeßrecht hinwegsetzen. Warum soll er nicht auch schon *vor* dem Prozeß, durch Privatvertrag, dem künftigen Richter seine Prozeßordnung diktieren können? Das römische Recht verwahrt sich zwar feierlichst gegen eine solche arge Nichtachtung öffentlichrechtlicher Einrichtungen. Es heißt dort: »*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*« und »*Privatorum conventio juri publico non derogat*«. Unser souveräner *Privatwille* läßt sich das aber nicht gefallen. Er *streicht* das »*non*«!

Und die *Privatrechtstheorie* ist auf dieser Bahn noch viel weiter vorgegangen, als die *Contrahenten* es durch derartige Beweis Klauseln versuchen. Letztere suchen doch für den zukünftigen Prozeß wenigstens *blos* *einzelnes* im Beweisrecht zu modifizieren. Unsere *Privatrechtstheorie* aber, für welche der außergerichtliche „Beweisvertrag“ nachgerade zu einem der beliebtesten Konstruktionsmittel geworden ist, geht sogar einen kühnen und gewichtigen Schritt weiter. Man hält es für möglich und rechtlich statthaft, daß durch außergerichtliche Verträge, *s. g. Beweisverträge*, dem Richter die Möglichkeit der Wahrheitsprüfung streitiger prozessualischer Parteibehauptungen überhaupt und gänzlich abgeschnitten werde. Es wird gelehrt, es könne in rechtswirksamer Weise ausbezungen werden, daß der Beweis gewisser Thatsachen, auch wenn sie im Prozeß bestritten würden, unterbleiben solle, es könne sowohl auf das prozessualische *Bestreitungsrecht*, wie auf das Recht, im Prozeß *Behauptungen* aufzustellen, *außergerichtlich* verzichtet werden, man könne sich *privatim* zum prozessualischen *Nichtbestreiten* und *Nichtbehaupten* *obligieren* <sup>40)</sup>.

40) Diese Beweisvertragstheorie verzweigt sich nach zwei Seiten, einer  
 Bd. 64. N. F. Bd. 14. S. 1.

Als wenn es sich bei diesen Fragen um privatrechtliche Beziehungen und Leistungen handelte, die durch Privatrechtsgeschäfte geordnet werden könnten! Als wenn solche Vereinbarungen eine privatrechtliche *obligatio ad non infitandum* oder *ad non allegandum* begründeten, mit deren Erfüllung es überdies eine so absonderliche Schwierigkeit hat, daß hier — an sich schon ein sicheres Zeichen, daß es mit dieser Konstruktion nicht geheuer ist — der bequeme Nothhelfer der dogmatischen Fiktion muß angerufen werden: wenn jene Obligation nicht erfüllt wird, (wenn z. B. trotz des „Beweisvertrages“ die fragliche Thatsache bestritten wird), so werde die Erfüllung dadurch erzwungen, daß dieselbe, obwohl sie nicht geschehen sei, als geschehen angenommen werde! Als wenn ferner es sich hierbei überhaupt um Fragen handelte, welche bloß die Parteien angingen und nicht auch das Gericht und in ihrer eigentlichen, wesentlichen Rechtswirkung sogar nur

---

vorniegend prozessualischen und einer vorniegend privatrechtlichen. Dort wird sie vielfach dem Wesen des außergerichtlichen Geschäftnisses zu Grunde gelegt, hier kommt sie zur Verwendung, um die Natur des Anerkennungsvertrages oder ähnlicher Geschäfte zu erklären. Jeder Versuch, auf die massenhafte Literatur über diese Fragen einzugehen, muß hier, wo es sich nur um ein Beispiel für die Konsequenzen der verkehrten Auffassung der dispositiven Prozeßrechtsnormirung handelt, unterbleiben. Nur sei bemerkt, daß es auch bisher nicht an Bedenken gegen jene Beweisvertragstheorie gefehlt hat. Doch sind sie noch nicht recht überzeugend durchgedrungen und ich glaube den in der vorliegenden Abhandlung enthaltenen Darlegungen keine zu hohe Bedeutung beizumessen, wenn ich meine, daß die Beweisvertragstheorie sich wohl nur deshalb ausbilden und bisher behaupten konnte, weil man von der derogatorischen Kraft des Privatwillens gegenüber dem Prozeßrecht so allgemein überzeugt war. Ferner erkläre ich auch ausdrücklich, daß der oben gegen den Beweisvertrag erhobene Widerspruch durchaus nicht auch gegen die Anerkennungstheorie überhaupt gerichtet ist. Soweit der Anerkennungsvertrag, wie es namentlich von ihrem Begründer Bähr (in entschiedenster Opposition gegen den „Beweisvertrag“) geschehen ist, als ein unmittelbar privatrechtlicher Vertrag, als ein »obligationem facere, non obligationis factae testimonium praebere« aufgefaßt wird, stehen ihm die obigen Ausführungen nicht im mindesten entgegen, vielmehr scheinen sie mir geeignet, zur Klarstellung seines Wesens beizutragen.

das Gericht, seine Rechte und Pflichten berühren! Durch alle jene Beweisverträge wird ja nur aufs verwegenste in das Gebiet der prozeßordnungsgemäß bestehenden Richterpflichten eingegriffen, vermöge deren das Gericht jede rechtlich erhebliche thatsächliche Behauptung und Bestreitung beachten und bei seinem Urtheil zu Grunde zu legen hat, insbesondere den Parteien, wenn eine Behauptung vor Gericht bestritten ist, nicht ohne weiteres glauben darf! Und wo findet sich denn in einer Civilprozeßordnung irgend ein Vorbehalt solcher Art? Wo ist den Parteien die Macht zugeschrieben, dem Gericht durch private, außergerichtliche Vereinbarungen solche der staatsamtlichen Gerichtspflicht zuwider laufende Privatgesetze zu diktiren? Und es muß doch überdies von vorn herein als etwas anomales, der ratio juris entgegengesetztes erscheinen, daß es möglich sein soll, über prozessualische Rechte und Pflichten schon, ehe sie zur Entstehung gekommen sind, zu verfügen und auf diese Weise Prozeßhandlungen außerhalb des Prozesses vorzunehmen — Handlungen, die vor das Gericht gehören, in den Privatverkehr der Parteien zu verlegen!

Ja, über das alles hat man sich bei Aufstellung der Beweisvertragstheorien keinerlei Skrupel gemacht. Das alles galt ja als so sicher ausgemacht. Nach dem Axiom von der derogatorischen Kraft des Privatwillens versteht das sich ganz von selbst. Von der allgemein geltenden Auffassung des dispositiven Prozeßrechts aus ist eben das Civilprozeßrecht zu seinem größten Theile gegenüber civilistischen Einbrüchen wehrlos gestellt. Jeder Civilist, der für eine „Konstruktion“ das gewünschte juristische Baumaterial nicht auf dem Privatrechtsgebiete aufreiben kann, hat es recht bequem mit der Nachbarschaft: er braucht nur munter in das Civilprozeßrechtsgebiet hinüberzulangen, dem ja beliebig Abbruch gethan werden darf. Alle Beweisvertragstheorien und alle Anerkennungsvertragstheorien, die mit dem Gedanken des Beweisvertrages operiren, leben bloß vom Raube am Civilprozeßrecht!

Die Strömung, welche Wissenschaft und Praxis in der

hier angedeuteten Richtung fortgerissen hat, war zu mächtig, als daß ihr nicht auch die moderne Gesetzgebung hätte bisweilen nachgeben müssen. Es ist dies zwar nicht in der Beweisvertragsfrage geschehen: wenigstens ist mir kein Gesetz bekannt, welches die Verbindlichkeit solcher, auf die prozessualische Beweisfrage bezüglichen Privatverträge functionirt hätte. Wohl aber haben die vom Axiom der derogatorischen Kraft der Privatverträge erfüllten Gesetzgeber in einer anderen, weniger tief in den Rechtsverkehr eingreifenden Beziehung sich von jener Strömung beeinflussen lassen: die Gesetzgebung hat sich dazu verstanden, dem Schiedsrichtervertrage eine die gerichtliche Rechtsverfolgung direkt ausschließende Wirkung zuzugestehen und — im Zusammenhange damit — auch den außergerichtlichen Vereinbarungen über den Gerichtsstand Gültigkeit verliehen. In der ersteren Richtung hatte schon Justinian einen, wenn auch zaghaften Schritt gethan. In der letzteren ist erst die neuere Gesetzgebung vorgegangen, nachdem die Theorie und Praxis den Weg gewiesen hatte.

Weder diese Rechtsgestaltungen selbst, noch die besonderen Gründe, welche etwa dafür sprechen, daß in diesen beiden Ausnahmefällen das Prozeßrecht seine dispositive Regelung außerhalb der Gerichtsschranken vornehmen läßt, können hier erörtert werden. Es versteht sich von selbst, daß wir *legis scripta* jenen beiden singulären prozeßrechtlichen Vorschriften, wie überall dem Gesetze, Achtung und Gehorsam schuldig sind <sup>41)</sup>.

41) Freilich enthält — anlangend die außergerichtliche prorogatio fori — die D. Civilprozeßordnung selber im § 38 nichts, was die Gültigkeit solcher vor dem Prozeß abgeschlossener Verträge anordnete: vom richtigen Prinzip aus, vom Standpunkt der Unabänderlichkeit des Prozeßrechts durch Privatverträge müßte § 38 sogar im entgegengesetzten Sinn interpretirt werden und es ist auffallend genug, daß keiner der vielen Commentare es für nöthig hält, hierüber auch nur ein Wort zu verlieren. (Nach Struckmann-Koch 3. Aufl. S. 29 zu § 38 scheint es fast, als ob die Prorogation überhaupt nur vor dem Prozeßbeginn stattfinden könnte.) Als so selbstverständlich gilt allgemein die Gültigkeit außergerichtlicher in das Prozeßrecht eingreifender Privatverträge! Und doch standen klarste Ausprüche der röm. Rechtsquellen

Aber nie und nimmer dürfen wir es uns herausnehmen, über den Bereich jener gesetzlichen Grenzen hinaus den Privatvereinbarungen eine direkt prozeßrechtsbestimmende, prozeßrechtsändernde Kraft beizumessen, namentlich nicht was irgend welche auf die prozessualische Beweisfrage bezügliche pacta privata anlangt. Keine Prozeßordnung ratihabirt sie: die deutsche Civilprozeßordnung improbirrt sie. Und wo ist ein privatrechtlicher Grundsatz nachweisbar, der den Privatwillen ermächtigt, über die Grenzen des Privatrechts hinaus zu schweifen und modifizirend in das Prozeßrecht, in das öffentliche Recht einzugreifen? Statt dem Privatwillen eine solche Macht zu verleihen, enthalten die Quellen des gemeinen Privatrechts vielmehr das Gegentheil!

Es ist kaum ein kräftigerer Protest gegen jenes Beginnen denkbar als er wiederholt von den römischen Juristen und der römischen Gesetzgebung erlassen worden ist. Es heißt dort:

L. 38 D. de pactis 2, 14 (Papin.). »Jus publicum privatorum pactis mutari non potest«.

l. 45 § 1 D. de R. J. 50, 17 (Ulp.) »Privatorum conventio juri publico non derogat«.

L. 7 § 16 de pactis (Ulp.) »Et generaliter quotiens pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet —«.

Und damit ja kein Zweifel daran übrig bleibe, daß dieser

---

und unseres hervorragendsten Civilprozeßlehrbuchs (S. 42) entgegen. — Immerhin möchte ich es nicht wagen, die Unzulässigkeit der außergerichtlichen Prorogation aus der D. C.-P.-D. hervorzuinterpretiren; das könnte man nur, wenn man sich etwa die Interpretationsmethode, die Wach bezüglich der Prorogation in Contumazialfällen anwendet (S. 20), aneignen wollte. Die gesetzgebenden Faktoren waren, obwohl zufällig in den Motiven es nicht einmal ausdrücklich erklärt worden ist, ebenso fest von der Zulässigkeit solcher Privatvereinbarungen überzeugt, wie die Commentatoren es geblieben sind. Und mittelbar weist auch § 40 darauf hin, daß solche Prorogationen zugelassen werden sollen; denn die dort der Kompetenzvereinbarung vorgezeichnete Grenze hätte kaum einen Sinn, wenn es sich bloß um vor Gericht vollzogene Prorogationen handeln sollte.

für die Wahrung der Majestät alles Rechts unerlässliche Satz auch für denjenigen Theil des öffentlichen Rechts, der durch das Gerichts- und Prozeßrecht gebildet wird, gelten solle, wird ausdrücklich gesagt:

L. 27 D. de R. J. (Pompon.) »Nec ex praetorio nec ex solemnibus jure privatorum conventionibus quicquam immutandum est —«.

Und in der Fortsetzung wird ausdrücklich gerade dagegen Verwahrung eingelegt, daß außergerichtlich, vor dem Prozeß etwas, was gegen das Prozeßrecht verstößt, vereinbart werden könne

»quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum conventionibus non infirmatur, nisi tunc quum inchoatur actio, inter eos convenit«.

Auch sind die römischen Juristen diesem Grundsatz nie untreu geworden: sie haben die striktesten, weitest gehenden Konsequenzen aus ihm gezogen und daran festgehalten, indem sie die außergerichtliche prorogatio fori für keinen prozeßrechtlich bindenden Akt erklärten<sup>42)</sup> und sogar dem Schiedsrichter-Vertrage die Kraft eines wirksamen Verzichts auf eine staatsgerichtliche Entscheidung des Rechtsstreits versagten!

Gewiß ist es erstaunlich, wie gegenüber den so klar sowohl den Grundsatz wie die Folgerungen proklamirenden Quellen des sonst so heilig gehaltenen römischen Rechts das gegensätzliche Dogma von der derogatorischen Kraft des Privatwillens und der Privatvereinbarungen hat aufkommen, sich so unangefochten behaupten und zu solchen wichtigen Folgerungen führen können. Die Erklärung liegt darin, daß bei den Römern eine Rechtsanschauung, welche von der Erhabenheit der öffentlichen Rechtsordnung über den Privatwillen durchdrungen war, herrschte, während die moderne Rechtswissenschaft von individualistischen Tendenzen

42) L. 18 D. de jurid. 2, 1 (Afric.). Si convenerit, ut alius praetor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret et, priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.« Vergl. Wegell, System 3. Aufl. § 39. S. 480.