

Protokollierung durch die Geschäftsstelle erfolgen. Das Gesetz kennt keine Bestimmung, wonach stattdessen das Protokoll durch den Richter errichtet werden könnte. In einigen wenigen Fällen ist die Erklärung an das Gericht im Rahmen der sonst üblichen Prozeßhandlungen (Beweisaufnahme, Verhandlungstermin) vorgesehen. (Eine Sonderstellung nimmt § 118 a ZPO ein, auf die noch besonders einzugehen ist.)

Selbstverständlich kann diese konsequente Regelung der Zivilprozeßordnung kein Zufall sein. Sie steht vielmehr im engen Zusammenhang mit dem Wesen des Zivilprozesses im kapitalistischen Staate und mit der Stellung des Gerichts und des Richters in diesem Verfahren.

In der kapitalistischen Gesellschaft spiegeln die Beziehungen der Menschen die unlösbaren Widersprüche des Kapitalismus wider. So sind die Vertragsverhältnisse Mittel des Kampfes um die Realisierung des Mehrwerts und der kapitalistischen Ausbeutung. Werden die Vertragspflichten nicht erfüllt, so dient der Prozeß der Vorbereitung der zwangsweisen Durchsetzung der Ansprüche. In diesem Prozeß müssen deshalb die Widersprüche der gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Parteien besonders wirksam werden und in Erscheinung treten. Dieser „Kampf um das Recht“, der von der bürgerlichen Ideologie so gern idealisiert wird, kann nur auf der Grundlage der allgemeinen formalen Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz durchgeführt werden, einer Gleichheit, die sich im Prozeß ausdrückt in einer formalen Gleichheit der Prozeßrechte. Diese formale Gleichheit kann nur auf formalem Wege gesichert werden. Die Methode der Sicherung besteht in der Kontrolle der gerichtlichen Tätigkeit durch die Parteien. Dieser Sicherung dient auch die Einrichtung der mündlichen Verhandlung. Die Prozeßhandlungen des Gerichts gegenüber den Parteien können und dürfen nur in deren Gegenwart erfolgen und unterliegen damit der Möglichkeit einer ständigen Überwachung durch die Parteien. Nur dann, wenn die Prozeßpartei das Recht hat, der Prozeßhandlung des Gerichts beizuwohnen, hat sie die Möglichkeit der Kontrolle. Dasselbe gilt für Prozeßhandlungen der Parteien, bei denen eine Mitwirkung des Gerichts erforderlich ist, wie z. B. eine Erörterung des Prozeßstoffes. Prozeßhandlungen des Gerichts oder der Parteien, die dem nicht entsprechen, erfüllen nicht die Erfordernisse des bürgerlich-rechtlichen Grundsatzes der formalen Gleichberechtigung der Parteien vor Gericht. Deshalb kennt die Zivilprozeßordnung keine derartigen Prozeßhandlungen. Der Richter hat nur dann das Recht, ohne Mitwirkung der Parteien zu verhandeln und zu entscheiden, wenn die abwesende Partei aus eigener Entschließung von ihrem Recht auf Teilnahme an der Verhandlung keinen Gebrauch gemacht hat (Versäumnisurteil, Entscheidung nach Lage der Akten). (Aber selbst die Teilnahme an der Verhandlung erfährt eine formale Regelung, denn im Anwaltsprozeß gilt die persönlich erschienene Partei nicht als erschienen, wenn sie nicht durch einen vor Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten wird und dieser gleichzeitig mit ihr vor Gericht erscheint.)

Aus dem gesamten System der Zivilprozeßordnung ergibt sich der Grundsatz, daß das Gericht in keinem Stadium des Prozesses befugt ist, eine Prozeßhandlung durchzuführen, bei der nicht beide Parteien das Recht der Teilnahme haben. An diesem Grundsatz hat das Gesetz auch in seinen zahlreichen Novellen festgehalten.

Aufschlußreich ist auch die Bestimmung des § 272 b ZPO, die eine Reihe vorbereitender Maßnahmen vorsieht. Auch diese gestatten dem Richter in keinem Falle, zwecks Aufklärung des Sachverhalts nur mit einer der Parteien eine Aussprache durchzuführen. Lediglich eine Ergänzung des schriftlichen Vorbringens kann der Richter von einer Partei fordern.

Zweifellos ist es in diesem allgemeinen Prinzip des bürgerlichen Zivilprozesses begründet, wenn Prozeßhandlungen einer Partei nicht in der Gestalt von richterlichen Protokollen vorgesehen sind. Ein solches richterliches Protokoll würde das dem Prinzip widersprechende, nur einseitige Verhandeln eines Richters mit einer Partei zu Inhalt haben.

Eine Besonderheit stellt § 118 a ZPO dar. Das Gericht kann im „Armenrechtsverfahren“, wie es die Praxis bis 1945 allgemein nannte, den Gegner außerhalb einer mündlichen Verhandlung hören. Die Anhörung kann zu Protokoll der Geschäftsstelle oder durch den Prozeßrichter erfolgen. Selbstverständlich bedeutet die Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch keine Prozeßentscheidung, und die Beweiserhebungen können im Prozeß selbst nicht ohne Zustimmung der Parteien Verwendung finden (unzulässiger Urkundenbeweis wegen Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit). Das ändert aber nichts daran, daß hier eine Durchbrechung des oben festgelegten allgemeinen Prinzips deshalb vorliegt, weil der Richter ohne Mitwirkung des Gesuchstellers und zukünftigen Prozeßpartei mit einer anderen zukünftigen Prozeßpartei den Prozeßstoff erörtert. Die bürgerlichen Juristen haben diese Folgewidrigkeit empfunden und nach dem Grundsatz gedeutet, „daß nicht sein kann, was nicht sein darf“. In Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, 15. Aufl., heißt es deshalb (§ 118 a Anm. 1, 2): „Der Gegner ist insoweit dritte Auskunftsperson, er hat in dem Verfahren weder eine Parteistellung noch eine zeugenähnliche Stellung.“ Diese Durchbrechung des Prinzips läßt sich durch ihren klassenmäßigen Inhalt erklären. § 118 a ZPO wurde durch die Novelle 1933 in die Zivilprozeßordnung eingefügt und stammt aus der NotVO vom 6. Oktober 1931 (6. Teil, Kap. I, § 11 Abs. 3). Diese Notverordnung hatte Haushaltseinsparungen zum Ziel, die im kapitalistischen Staate überwiegend auf Kosten der werktätigen Bevölkerung erfolgten. Wenn durch diese Regelung Parteien benachteiligt werden, die um das Armenrecht nachsuchen, so handelt es sich hierbei eben um mittellose Werktätige, zu deren Lasten prozessuale Schutzrechte der bürgerlichen Zivilprozeßordnung aufgegeben werden.

Wer Gelegenheit gehabt hat, in der damaligen Zeit die Praxis dieses Verfahrens kennenzulernen, kann bestätigen, daß das Ergebnis tatsächlich eine bedeutende Schlechterstellung der „armen Partei“ bedeutete. Die Gerichte vernahmen in diesem Verfahren Gegner und Zeugen ohne Anwesenheit des Gesuchstellers und seines Bevollmächtigten und überraschten diese mit der Entscheidung über das Gesuch. Es fand ein ständiger Kampf der Gesuchsteller und ihrer Bevollmächtigten um Teilnahme an den Erhebungen statt. Kam es zur Ablehnung des Gesuches und führte der Kläger den Prozeß dann doch durch — meistens unter sehr drückenden Bedingungen bei Aufbringung der Kosten —, so zeigte das Gericht das Bestreben, im Prozeß an den im Armenrechtsverfahren getroffenen Feststellungen und Entscheidungen zum Nachteil des Klägers festzuhalten. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sah nach Ablehnung des Gesuches der Gesuchsteller davon ab, den Prozeß durchzuführen, so daß das Armenrechtsverfahren sich letzten Endes darstellte als der Prozeß „des kleinen Mannes“, der ohne die sonst vorgesehenen Rechtsgarantien durchgeführt wurde, für den Staat entsprechend billiger war und entscheidende Vorteile zugunsten des wirtschaftlich Stärkeren aufwies. Unter den Bedingungen der kapitalistischen Ordnung erwies sich § 118 a ZPO als eine typische Rechtsnorm des Monopolkapitalismus.

Die Ausführungen zu § 118 a ZPO lassen erkennen, daß das dort vorgesehene richterliche Protokoll eine Ausnahme von einem allgemeinen Prinzip der Zivilprozeßordnung darstellt, die ebenso klassenmäßig bedingt ist wie das Prinzip selbst und deshalb nicht geeignet ist, am allgemeinen Prinzip etwas zu ändern. Das Reichsgericht hat bereits in einer Entscheidung vom 13. Februar 1893<sup>1)</sup> ausgesprochen, daß die Erklärung zu richterlichem Protokoll die Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle nicht ersetzen kann.

Wenn Nathan ausführt: „Daß der Richter selbst einen Antrag zu Protokoll nimmt, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, aber auch nicht untersagt; es muß genauso, wie der Richter auch in der Verhandlung selbst die Protokollierung an sich ziehen kann (§ 163 Abs. 3 ZPO), für zulässig gehalten werden“, so ist demgegenüber festzustellen, daß es zu den aus der ZPO sich ergebenden Prinzipien des Zivilprozesses gehört, daß der Richter außerhalb von Terminen bei keinen Prozeßverhandlungen der Parteien mitwirkt,\*