

Schriften zum Prozessrecht

Band 19

Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit

Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß
– Vom gemeinen Recht bis zur ZPO –

Von

Falk Bomsdorf



Duncker & Humblot · Berlin

FALK BOMSDORF

Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit

Schriften zum Prozessrecht

Band 19

Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit

Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozeß
– Vom gemeinen Recht bis zur ZPO –

Von

Dr. Falk Bomsdorf



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02359 5

Für

Helfried Burgmüller

* 30. XI. 1923 † 8. I. 1947

Vorwort

Diese Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität in Kiel im Jahre 1969 als Dissertation vorgelegen.

Für die Anregung zur Arbeit und die Überlassung des Themas sowie die stete Förderung danke ich Herrn Professor Dr. Egbert Peters. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Hans Hattenhauer für seine hilfreichen Hinweise und sein Interesse an der Durchführung der Arbeit.

Schließlich danke ich der Stiftung Volkswagenwerk und der Dr. Otto Bagge-Gedächtnisstiftung, mit deren Unterstützung die Arbeit entstanden ist.

Berlin, im Dezember 1970

Falk Bomsdorf

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Zitierhinweis	18
Einleitung	19

Erstes Kapitel

Das Verhältnis von Richter- und Parteienmacht bei der Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts im gemeinen Prozeß

I. Entstehung und Wesen des gemeinen Prozesses	23
1. Die Entstehung des gemeinen Prozesses	23
2. Die Quellen des gemeinen Prozesses	28
3. Ordentlicher und summarischer Prozeß	28
II. Die passive Stellung des Richters im gemeinen Prozeß	31
1. Das officium judicis	31
2. Die Unzulässigkeit der Ergänzung von Tatsachen	33
3. Die Unzulässigkeit der Verwertung privaten Wissens	35
4. Die Bildung der Regel „judex ex officio non procedit“	38
5. Ergebnis	42
III. Die tätige Rolle des Richters im gemeinen Prozeß	42
1. Die Aussagen der Quellen	42
2. Die Befugnisse des Richters zur Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts im Verfahren überhaupt	44
a) Die Prozeßdirektion	44
b) Der Gefährdeeid	47
c) Eröffnung und Schließung der Verhandlung	48
d) Das Fragerecht	49
e) Die Verwertung von Tatsachen, die sich aus Gerichtsakten ergeben	51
3. Die Befugnisse des Richters zur Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts im Beweisverfahren	53
a) Notorische Tatsachen	53

b) Zeugenbeweis	54
c) Urkunden	56
d) Augenschein	58
e) Sachverständige	59
f) Eid	60
g) Reinigungs- und Erfüllungsseid	60
IV. Ergebnis: Die gemeinrechtliche Lehre und ihr Verhältnis zu der Regel „judex ex officio non procedit“	62

Zweites Kapitel

Das Verhältnis von Richter- und Parteienmacht bei der Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts im preußischen Prozeß

I. Von der Kammergerichtsordnung von 1709 zum Codex Fridericianus Marchicus von 1748	66
1. Die Kammergerichtsordnung von 1709	66
2. Die weitere Gesetzgebung	68
3. Das Edikt über das Verfahren in Bagatellsachen von 1739	69
4. Der Codex Fridericianus Marchicus von 1748	72
II. Das Corpus Juris Fridericianum von 1781	75
1. Das neue Verfahren: die Ermittlung der Tatsachen ohne Advokaten	76
2. Der Grund für die Neuerungen: die Abneigung gegen die Advokaten	77
III. Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793	83
1. Die Abschaffung der Assistenzräte und die Wiederm Zulassung von Advokaten in Gestalt von Justizkommissaren	83
2. Das Verfahren der AGO	85
3. Das Bestehenbleiben der offiziellen Prozeßinstruktion trotz Wiederm Zulassung der Advokaten	87
4. Die AGO und die Idee der umfassenden Wahrheitsermittlung	90
5. Die AGO und die Freiheit der Parteien	91
6. Ergebnis	95

Drittes Kapitel

Die Entstehung von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime

I. Der geistige Hintergrund	98
1. Das juristische Naturrecht	99
2. Das Vernunftrecht	101

3. Das Vernunftrecht im Zivilprozeß	105
a) Spätes Eindringen des Vernunftrechts in den gemeinen Prozeß	105
b) Vernunftrecht und einzelne gemeinrechtliche Prozessualisten ..	106
c) Grolman und v. Almendingen	108
II. Nikolaus Thaddäus v. Gönner als Haupt der vernunftrechtlichen Prozessualisten	111
1. N. Th. v. Gönner – sein Leben	111
2. Der juristische Standpunkt Gönners: das Vernunftrecht	112
a) Das Vernunftrecht als Ausgangspunkt allen Rechts	112
b) Die Bevorzugung der Philosophie	113
c) Die Methode Gönners: der Dreierschritt	114
d) Die Methode Gönners und das positive Recht	116
3. Die vernunftrechtliche Bearbeitung des gemeinen Prozesses durch Gönner	117
III. Die Maximenschöpfung	121
1. Der Anlaß: Grolman und die AGO	122
2. Der erste Schritt der Maximenschöpfung	125
a) Der Plan	125
b) Der Ausgangspunkt	125
c) Die Ableitung der Verhandlungsmaxime	126
d) Die Ableitung der Untersuchungsmaxime	127
e) Die Eigenheiten des ersten Schritts	127
3. Der zweite Schritt der Maximenschöpfung	130
a) Die Verdeutlichung der Maximen im positiven Recht	130
b) Die pauschale Bewältigung der Ausnahmen	131
4. Fortsetzung des zweiten Schritts: die Prozeßdirektion als unter- geordnetes Prinzip des gemeinen Prozesses	134
a) Die Ableitung der Prozeßdirektion als notwendige Fortsetzung des zweiten Schritts der Ableitung der Verhandlungsmaxime ...	134
b) Die Deduktion der Prozeßdirektion und deren Verhältnis zur Dispositionsfreiheit der Parteien	135
c) Die durch die Prozeßdirektion gedeckten Fälle amtlichen richter- lichen Vorgehens	137
5. Der dritte Schritt der Maximenschöpfung	139
a) Die Ausschließung nicht mit der Verhandlungsmaxime har- monisierender Einzelheiten des positiven Rechts	139
b) Das Weiterschließen von der als richtig erwiesenen Verhand- lungsmaxime auf das positive Recht	141
6. Würdigung der Maximenschöpfung	146

IV. Die Verhandlungsmaxime in den weiteren Werken Gönners	151
1. Die „Kritik des Entwurfs einer neuen Gerichtsordnung für die Königlich sächsischen Lande“ von 1808	151
2. Der „Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen“ von 1815/1817	153
3. Die Novelle zum bayerischen Judiciarkodex von 1819	156

Viertes Kapitel

Die Lehre von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime von Gönner bis zum Erscheinen der ZPO

I. Die Maximenmanie	159
1. Die philosophische Ableitung der Verhandlungsmaxime	160
2. Die Vermischung von Verhandlungsmaxime und heutiger Dispo- sitionsmaxime	161
3. Die Polarität von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime	162
4. Die Folgen der Maximenmanie für das positive Recht	164
II. Maximenideologen	165
1. Ableitung und Begründung der Verhandlungsmaxime	166
2. Der Inhalt der Verhandlungsmaxime: drei Regeln	167
3. Das Verhältnis zu den Ausnahmen der Verhandlungsmaxime und eine neue Sicht der Untersuchungsmaxime	167
III. Die „richtig verstandene“ Verhandlungsmaxime	170
1. Vereinbarkeit von Verhandlungsmaxime und Frage- und Auf- klärungsrecht	170
2. Rückwirkungen der Verhandlungsmaxime	172
3. Der neue Inhalt der Verhandlungsmaxime	174
4. Die Trennung von Verhandlungsmaxime und Dispositionsmaxime	175
IV. Die relative Identität von Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime	176
1. Der Mittelweg zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime	176
2. Die Übereinstimmung der Maximen im summarischen Prozeß des gemeinen Rechts und im Verfahren der AGO	181
V. Kritik an den Prozeßmaximen	182
1. Die Kritik des ersten Schrittes der Maximenentstehung	183
2. Die Kritik des zweiten Schrittes	185
3. Pragmatische Kritik und Polemik gegen die Verhandlungsmaxime	187
VI. Ergebnis	191

Fünftes Kapitel

**Das Verhältnis von Richter- und Parteienmacht
bei der Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts sowie der Einfluß der
Maximendoktrin in den partikularen Gerichtsordnungen
des 19. Jahrhunderts**

I. Der preußische Einfluß	193
1. Württemberg	193
2. Oldenburg und das Fürstentum Lübeck	196
3. Bayern	199
II. Entwicklungen auf gemeinrechtlich-partikularer Grundlage	202
1. Kurhessen	202
2. Hannover	204
3. Lübeck, Hamburg und Bremen	208
4. Mecklenburg	212
5. Nassau	213
6. Sachsen-Meiningen	214
7. Sachsen	215
III. Der Einfluß der Verhandlungsmaxime	216
1. Frankfurt	216
2. Baden	217
3. Braunschweig	221
IV. Die weitere Entwicklung in Preußen	222
V. Der französische Einfluß	229
1. Die bayerische Prozeßordnung von 1869	232
2. Die hannoversche Prozeßordnung von 1850	233
3. Die badische Prozeßordnung von 1864	235
4. Die württembergischen Prozeßordnungen von 1865 und 1868	236
VI. Ergebnis	239

Sechstes Kapitel

**Das Verhältnis von Richter- und Parteienmacht
bei der Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts in der Zivilprozeß-
ordnung des Deutschen Reichs**

I. Die Verantwortlichkeit der Parteien	242
II. Die Mitwirkung des Gerichts	245

1. Die Frage- und Aufklärungspflicht	245
2. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens	248
3. Die Befugnis, die Vorlage von Urkunden, Stammbäumen, Plänen, Rissen und Zeichnungen zu verlangen	249
4. Die amtliche Einnahme des Augenscheins und Hinzuziehung von Sachverständigen	251
5. Das Zeugenverhör	252
6. Der richterliche Eid	252
III. Ergebnis	254

Siebentes Kapitel

Ausblick: Das Verhältnis von Richter- und Parteienmacht bei der Ermittlung und Aufklärung des Sachverhalts in den Novellen zur Zivilprozeßordnung

I. Die Mängel der ZPO	257
II. Der Einfluß des österreichischen Prozesses	259
III. Die Novelle vom 1. Juni 1909	263
IV. Die Novelle vom 13. Februar 1924	267
V. Die Novelle vom 27. Oktober 1933	273
Schluß	278
Quellen	284
Literaturverzeichnis	291

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	am Anfang
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Acta Borussica	Denkmäler der Preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten
ALZ	Allgemeine Literatur-Zeitung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
a. R.	am Rande
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
c.	caput
CCM	Corpus Constitutionum Marchicarum
CFM	Codex Fridericianus Marchicus
CJF	Corpus Juris Fridericianum
Clem.	Clementina
Cod.	Codex Justinianus
Cont.	Continuatio
CritA	Critisches Archiv der neuesten juridischen Litteratur und Rechtspflege
DA	Deputationsabschied
Dig.	Digesta
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Drucks.	Drucksache
ebd.	ebenda
Einl.	Einleitung
enth.	enthaltend
EntlVO	Entlastungsverordnung
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote

Gönners Archiv	Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums (von Nikolaus Thaddäus v. Gönner)
Grünhuts Zeitschrift	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (hrsg. von C. S. Grünhut)
H.	Heft
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hlbbd.	Halbband
hrsg.	herausgegeben
Hymmen	Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten (hrsg. von Hymmen)
i. V. m.	in Verbindung mit
JLZ	Juristische Literatur-Zeitung
JMBI.	Justiz Ministerial Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege
JRA	Jüngster Reichsabschied
JRW	Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung
JW	Juristische Wochenschrift
insbes.	insbesondere
Kamptz	Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung (hrsg. im Auftrage des Königlichen Justiz-Ministeriums)
Kap.	Kapitel
KGO	Kammergerichtsordnung
Kleins Annalen	Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten (hrsg. von Ernst Ferdinand Klein)
KritVjschr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
l.	liber
MotiveE	Motive zum Entwurf
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
NCC	Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgium
Neues Archiv	Neues Archiv für Bürgerliches Recht und Verfahren sowie für Deutsches Privatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	Novelle
Nr.	Nummer
Nw.	Nachweis
o.	oben
o. J.	ohne Jahr
o. O.	ohne Ort
öAGO	österreichische Allgemeine Gerichtsordnung
öZPO	österreichische Zivilprozeßordnung

pr.	principium
RA	Reichsabschied
Rdnr.	Randnummer
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
Reg.Bl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKG	Reichskammergericht
S.	Seite
SächsA	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SeuffA	Seufferts Archiv
Slg.	Sammlung
Sp.	Spalte
l. Sp., r. Sp.	linke Spalte, rechte Spalte
Sten. Ber.	Stenographische Berichte
Tit.	Titel
u.	unten
umgearb.	umgearbeitet
verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
Vhdlg.	Verhandlungen
Vorbem.	Vorbemerkungen
X	Liber canonum extra Decretum (die Dekretalen Gregors IX. im Corpus Juris Canonici)
ZgeschRW	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zusammengest.	zusammengestellt
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Zitierhinweis

Die Belegstellen aus den Werken der Gemeinrechtler sind in den Fußnoten verkürzt zitiert. Die einzelnen Bezeichnungen wie „observatio, disputatio, thesis“ etc. sind weggelassen und werden lediglich durch Ziffern angezeigt. Nur Angaben wie „Randnummer“ (Rdnr.), „Seite“ (S.) und „Paragraph“ (§) erscheinen wie üblich in den Fußnoten. Im einzelnen bedeuten die Ziffern nach dem Namen des jeweiligen gemeinrechtlichen Autors in ihrer Reihenfolge folgendes:

Bachovius: disputatio, thesis, litera, S.

Berlich: conclusio, Rdnr., S.

Boehmer: caput, §, Ziffer, S.

Brunnemann (Tractatus): caput, Rdnr., S.

— (Exercitationes): exercitatio, Rdnr., S.

Carpzov (Jurisprudentia forensis): pars, constitutio, definitio, Rdnr., S.

— (Processus juris): titulus, articulus, Rdnr., S.

Frantzkius: liber, resolutio (= quaestio), Rdnr., S.

Gaill: liber, observatio, Rdnr., S.

Hartmann: titulus, observatio, Rdnr., S.

Hassert: thesis, S.

Künhold: caput, §, S.

Leyser: volumen, specimen, Ziffer, S.

Menochius: liber, centuria, casus, Rdnr., S.

Mevius (Jurisdictionis): pars, decisio, Ziffer, S. (Die Ziffer in Klammern weist auf die Ausführungen *vor* der entsprechenden Ziffer *im Text* hin, diejenige ohne Klammern auf die entsprechende Anmerkung *nach* dem Text.)

— (Jus lubecense): pars, titulus, articulus, Rdnr., S.

Mysinger: centuria, observatio, Rdnr., S.

Rulant: pars, liber, caput, Rdnr., S.

Schaumburg: liber, sectio, membrum, caput, Ziffer, S.

Schrader: pars, sectio, Rdnr., S.

Treutler: disputatio, thesis, S.

Vultejus: liber, caput, Rdnr., S.

Willenberg: caput, Ziffer, S.

Wurmser: titulus, observatio, S.

Zaunschliffer: pars, conclusio, §, Ziffer, S.

Ziegler: conclusio, §, S.

Bei den übrigen Autoren bezeichnen römische Ziffern die Nummer des jeweiligen Bandes oder Beitrages; z. B. Seuffert I = Seuffert 1. Band.

Bei Gönner bedeutet die arabische Ziffer bei seinem Handbuch die Auflage, bei seinem Entwurf den Halbband; also Hdb. I, 2 = Handbuch 1. Band 2. Auflage; Entwurf II, 1 = Entwurf 2. Band 1. Halbband.

Ebenfalls mit römischen Ziffern bezeichnet sind die Absätze der Paragraphen.

Einleitung

Die deutsche Zivilprozeßordnung ruht auf der Verhandlungsmaxime¹. Sie ist der oberste Grundsatz des Gesetzes². Danach ist es ausschließlich Sache der Parteien, den Prozeßstoff zu beschaffen. Eine Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen — Untersuchungsmaxime — ist dem Richter verboten³.

Diese Auffassung von der Grundlage unseres Prozesses ist so alt wie die ZPO. Dabei stellt sie nicht lediglich die „herrschende Lehre“ oder „überwiegende Meinung“ dar. Sie ist vielmehr derart einhellig, daß sie fast überall als unbestrittene — weil offenbar unbestreitbare — Wahrheit erscheint. Der Satz von der Verhandlungsmaxime als Prinzip der ZPO ist Axiom⁴. Zusammen mit anderen Grundsätzen und Maximen dient er zur Einführung in das sich dem Anfänger nicht leicht erschließende Verfahrensrecht. Doch beschränkt sich die Funktion der Verhandlungsmaxime nicht nur darauf, als Schulbegriff der Erklärung des geltenden Rechts zu dienen. Lehre und Rechtsprechung lösen unter Berufung auf diesen Prozeßgrundsatz Fragen, die sich im bürgerlichen Rechtsstreit ergeben. So liest man etwa, der Ausforschungsbeweis sei unzulässig — eine „unvermeidliche Folge des Verhandlungsgrundsatzes“⁵. Bei der Erörterung des Streitgegenstandes wird darauf abgestellt, ob ein Verfahren der Verhandlungsmaxime oder der „Inquisitionsmaxime“ folgt⁶. Der nach bürgerlichem Recht nicht mögliche (§ 142 BGB) Widerruf einer Anfechtungserklärung wird „nach dem Verhandlungsgrundsatz“ zugelassen⁷. Nachdem der Kläger bindend Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, wird ihm der Übergang zum An-

¹ *Bernhardt* § 23 I, S. 133; *Lent-Jauernig* § 25 IV, S. 62; *Rosenberg* § 63 II, S. 294; *Schönke-Schröder-Niese* § 7 I, S. 41; *Nikisch* § 50 II 2, S. 192; *Blomeyer* § 14 II, S. 67; *Thomas-Putzo* Einl. I 1; *Zöller*, Vorbemerkungen vor § 128 A 3.

² RGZ 151, 93 (98); *Jauernig*, S. 15.

³ *Bernhardt* § 23 I, S. 133; *Nikisch* § 50 II 1, S. 192.

⁴ *Brüggemann*, S. 101, weigert sich, Maximen mit Axiomen gleichzusetzen; wenig später — S. 124 — spricht er von der „quasi-axiomatischen Unbezweifelbarkeit des Verhandlungsgrundsatzes“. Also ein Unterschied zwischen Axiom und Quasi-Axiom?

⁵ *Nikisch* § 85 I 2, S. 333.

⁶ *Jauernig*, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, 1967.

⁷ RG Recht 1923, Beilage, Sp. 164, Nr. 626.

spruch auf Nachlieferung gestattet; da der Beklagte dem zugestimmt habe, ergehe jede andere Entscheidung „unter Verletzung der Verhandlungsmaxime“⁸.

Die Argumentation von Lehre und Praxis erscheint methodisch einleuchtend. Ist die Verhandlungsmaxime oberster Grundsatz unseres Zivilprozesses, muß jede Einzelheit des Verfahrens mit ihm übereinstimmen und, falls dies nicht zutrifft, in eine solche Übereinstimmung gebracht werden. Indessen hat der Gedankengang einen Fehler: er steht und fällt mit der zur Voraussetzung erhobenen Behauptung, daß die Verhandlungsmaxime wirklich Grundlage der ZPO ist. Dieser Nachweis ist bisher noch nicht geführt worden. Man stellt vielmehr den Satz von der Geltung der Verhandlungsmaxime in der ZPO ohne Begründung in den Raum⁹, führt zur Stützung seiner Behauptung Bestimmungen an, die dafür nichts hergeben¹⁰, oder zieht einen Umkehrschluß aus Paragraphen, die für das Verfahren in Ehesachen angeblich den entgegengesetzten Prozeßgrundsatz statuieren¹¹.

Alle diese Argumente überzeugen nicht. Um so weniger ist das der Fall, wenn man sich, anstatt die Verhandlungsmaxime zu betrachten, der ZPO selbst zuwendet¹². Aus ihr ergibt sich, daß das Gericht in einer Reihe wichtiger Punkte unabhängig von den Parteien eigene Initiative entfalten kann. Neben der Aufklärungspflicht des § 139 und der Möglichkeit, zur besseren Aufklärung des Sachverhalts das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen (§ 141), hat das Gericht umfassende Befugnisse bei der Beweisaufnahme. Mit Ausnahme des Zeugenbeweises kann es alle Beweismittel von Amts wegen nutzen (§§ 142—144, 448, 452). Zur Vorbereitung der Verhandlung kann es zahlreiche sachermittelnde Anordnungen treffen (§ 272 b). Angesichts dieser Bestimmungen erscheint es mehr als zweifelhaft, ob die Verhandlungsmaxime — das Verbot, den Sachverhalt ex officio zu erforschen — tatsächlich „oberster Grundsatz“ der ZPO ist. Mehr als das — es ist fraglich, ob sie überhaupt Grundsatz des geltenden Prozeßrechts ist.

Woran liegt die mangelnde Übereinstimmung zwischen theoretischen Lehrsätzen einerseits und positivem Recht andererseits? Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime sind als entgegengesetzte Kategorien von Richter- und Parteientätigkeit keine Begriffe der Neuzeit. Sie gehen auf den bayerischen Prozessualisten Nikolaus Thaddäus v. Gönner (1764 bis 1827) zurück, der sie im Jahre 1801 in seinem „Handbuch des deutschen

⁸ RG JW 1901, 398.

⁹ *Lent-Jauernig* § 25 IV, S. 62; *Bernhardt* § 23 I, S. 133; *Jauernig*, S. 15.

¹⁰ *Nikisch* § 50 II 2, S. 192.

¹¹ *Rosenberg* § 63 II, S. 294; *Lent-Jauernig* § 25 IV, S. 62.

¹² Wie dies *Peters*, S. 100, mit Recht empfiehlt.