

## Werk

**Titel:** Grundzüge der Hauptregeln, welche der Richter bei der Ertheilung eines Enderkennt...

**Autor:** Gensler

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log27](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log27)

## Kontakt/Contact

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

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

## XXI.

Grundzüge \*) der Hauptregeln, welche der Richter bei der Ertheilung eines Enderkenntnisses nach geführten Beweisen zu berücksichtigen hat.

Von Gensler.

## §. 1.

Hauptbeweis ohne Gegenbeweis \*\*).

Die in dem Endurtheil auszusprechende juristische Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthems ist zwar durch gesetzliche Formen bedingt, hat z. B. nur die factischen Beweisgründe zur Quelle, welche die Parteien durch ihre Thätigkeit hervorgebracht haben <sup>1)</sup>, auch ist der Richter an positive Gesetze gebunden, welchen Einfluß ein Beweismittel auf seine Ueberzeugung haben darf, z. B. daß bei dem Zeugenbeweis erst die harmonische Aussage zweier, tadelfreier, vereideter, Zeugen ihn voll überzeugen soll <sup>2)</sup>; allein die Abwägung, „wie weit er juristisch überzeugt worden sey,“ bleibt doch immer zugleich ein Geschäft seiner mit Rechtskenntniß instruir-

\*) Ein tiefes Eindringen in einzelne theoretische Subtilitäten und Streitfragen wird hier nicht bezweckt — abwärts, nicht aufwärts, zu sprechen, ist mein Ziel.

\*\*) Martin, Lehrb. des bürg. Proc. S. 179.

1) Auch hier darf der Richter ein factum nicht suppliren.

2) Solcher Regeln sind die Geschwornen enthoben.

ten Geselenthätigkeit. Mathematisch läßt sich nicht bestimmen, wann der Richter ganz, halb, mehr oder weniger als halb, überzeugt sey, sondern die positiven Gesetze geben ihm nur generelle Ueberzeugungsregeln, zunächst bestimmt durch den gesetzlich bestimmten Werth der Beweismittel. Vielfach und zufällig bleibt dabei immer das nächste Resultat der Beweismittel in jedem einzelnen Rechtsstreit, d. h. die Beschaffenheit der factischen Beweisgründe in concreto, und vielfach ist die aus ihnen hervorgehende Collision der juristischen Beweisgründe 3). Die Aussage zweier vollclassischen Zeugen kann schwanken, der Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde unvollkommen seyn, und ein Beweisgrund kann dem andern widersprechen. Der Proceß muß jedoch ein Ende nehmen, und das Endurtheil muß den Beklagten entweder verurtheilen, oder losprechen, beides entweder unbedingt, oder, im Nothfall, bedingt mit einem gesetzlichen Eid. Das Erkenntniß auf einen solchen Eid setzt nun ein Schwanke der richterlichen Ueberzeugung zwischen Wahrheit und Nichtwahrheit des Beweisthems voraus 4). In diesem Gebiet spricht man, der Kürze wegen, von einem halben, mehr oder weniger als halben, Beweis, d. h. von einer mehr oder weniger unvollkommenen Ueberzeugung des Richters.

Allgemeine Regeln, die richterliche Ueberzeugung zu finden, sind folgende:

Zuvörderst muß der Richter bei sich erwägen und feststellen,

a) den Werth der Beweismittel, d. h. ob der Zeuge classisch, oder verdächtig sey, und in welchem Grad, ob die Urkunde volle Beweisraft habe u. s. w.; dann

3) S. dies. Archiv, B. 1. Abh. 3. p. 30. lit. B.

4) Archiv, a. a. D. pag. 51. lit. a.

b) die Beschaffenheit und den Werth der factischen Beweisgründe.

Den Werth der Beweismittel muß er nach den gesetzlichen Regeln abmessen, und den Werth der Beweisgründe nach ihrer Harmonie mit dem Beweissthema in dem vorliegenden Fall. Wenn nun, nach dem auf diesem Weg gefundenen Resultat der richterlichen Reflexion,

I. der Richter in dem Hauptbeweis gar nichts bewiesen findet, d. h. er findet entweder a) durchaus keinen Werth der Beweismittel, die Zeugen sind gesetzlich glaublos, die Urkunden ohne Beweiskraft u. s. w., oder b) er findet zwischen den factischen Beweisgründen und dem Beweissthema gar keine Harmonie<sup>5)</sup>, oder c) beides, und es war der Hauptbeweisführer

1) der Kläger, so wird der Beklagte unbedingt entbunden,

2) der Beklagte, so wird dieser unbedingt verurtheilt. Findet der Richter

II. den Hauptbeweis vollständig geführt, d. h. a) der Werth und resp. die Zahl der Beweismittel ist gesetzlich vollkommen, dabei sind auch b) die factischen Beweisgründe identisch mit dem Beweissthema, und

1) der Hauptbeweis wurde vom Kläger geführt, so wird der Beklagte unbedingt verurtheilt,

2) von dem Beklagten, so ist dessen unbedingte Entbindung der Folge.

III. Liegt ein Hauptbeweis unvollkommen vor, sey es wegen nicht vollen Werths der Beweismittel, oder wegen Unvollständigkeit der factischen Beweisgründe, und

1) es war ein peremptorischer Beweistermin noch nicht vorgeschrieben, so erkennt der Richter auf besondern Beweis, mit Bestimmung einer peremptorischen Be-

---

5) Von dem Daseyn und der Collision eines eigentlichen, sogenannten directen, Gegenbeweises, s. 5. 2.

weißfrist; nicht aber darf er auf einen gesetzlichen Eid erkennen 6). War hingegen

2) ein peremptorischer Beweistermin bereits vorgezeichnet, und dieser ist abgelaufen, so daß das Gesetz eine weitere Beweisführung untersagt, so tritt nunmehr (den unvollkommenen Beweis vorausgesetzt) das richterliche Nothrecht ein, auf einen gesetzlichen Eid richteramtlich zu erkennen 7).

Ist nun der unvollkommene Beweis

a) mehr als halb, d. h. der Richter findet sich mehr zum Erachten der Wahrheit, als der Unwahrheit, des Beweisthems hingezogen, so wird dem Beweisführer das *juramentum suppletorium* zuerkannt —

b) ist der Beweis weniger als halb, d. h. der Richter fühlt mehr Unwahrheit als Wahrheit, so wird dem Producten das *purgatorium* aufgelegt —

c) findet sich der Richter eben so stark von der Wahrheit als von der Unwahrheit des Beweisthems überzeugt, d. h. ist er so weit überzeugt, daß er die Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache (nach dem Werth der Beweismittel und Beweisgründe) den juristischen Ueberzeugungsregeln gemäß eben so gut glauben darf, als nicht glauben (halber Beweis), so wird resp. das *suppletorium*, resp. das *purgatorium* erkannt.

In Bezug auf dieses Schwanken der Wage geben die Gesetze folgende allgemeine Regeln:

α) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden (sey dieser *suppletorium* oder *purgatorium*), welcher de *veritate* schwören kann, während sein Gegner nur dessen Wissen und Glauben zu beschwören vermöchte, u. a. W.

6) Dieses Archiv, B. 1. pag. 52. Note \*.

7) D. Archiv, a. a. D. pag. cit. 52.

die bessere Sachkenntniß des Schwörenden soll diesem den Vorzug geben —

ß) demjenigen Theil ist von dem Richter der gesetzliche Eid aufzulegen, welchem er eine höhere religiöse Moralität und eine stärkere Achtung für den Eid im Verhältniß zur Sache zutrauen darf. Aus diesem Grund wird, weil talmudische Lehren dem Israeliten das Schwören gegen einen Christen erleichtern sollen, im Zweifel dem letztern der richterliche Eid zuerkannt 8). Ferner ist

γ) dieser Eid derjenigen Partei zuzuerkennen, welche ein in den Gesetzen begünstigtes Object sicher stellen, aufrecht erhalten will, z. B. dos, libertas, testamentum 9). Wäre

δ) der Fiscus Partei, so würde eher dessen Gegner, als dem Fiscus (dessen Repräsentanten), das *suppletorium* oder *purgatorium* zu zuerkennen seyn 10). Sollte

ε) kein streitender Theil einen jener Begünstigungsgründe für sich haben, oder jeder Theil einen solchen, so daß eine Collision auch in so fern entstände, so muß endlich die Regel entscheiden: *in dubio pro reo* 11). Nach diesem Begriff eines *reus* darf dem Kläger eben so gut ein *purgatorium* (z. B. in Rücksicht auf die zerstörende Einrede) zuerkannt werden, als dem Beklagten — so wie diesem in Rücksicht auf dessen Einreden und Dupliken ein *suppletorium* aufgelegt werden kann.

Uebrigens bleibt bei allen diesen Regeln dennoch manche Collision denkbar, wo nur das richterliche, scharf erwägende,

8) Martin, a. a. D. S. 179. litt. Note g.

9) L. 85. D. 50. 17.

10) Weil der Fiscus *adquirendo* nicht zu begünstigen ist. L. 10. Dig. 49. 14.

11) D. h. des Theils, welcher die von seinem Gegner zu beweisende Behauptung verneinte — der Product — sey dieses der Beklagte oder der Kläger. L. 125. D. 50. 17. L. 47. D. 44. 7. X. 2. 19.

arbitrium den Ausschlag in dem vorliegenden einzelnen Rechtsfall zu geben vermag.

In das Gebiet nr. III. gehören noch die Bemerkungen:

A) Die einen gesetzlichen Eid abschwörende Partei ist Zeuge in eigener Sache <sup>12)</sup>; und so wie nun der Zeuge nicht urtheilen darf <sup>13)</sup>, so kann auch die Partei das urtheilende Erachten der Sachverständigen durch einen Eid weder ergänzen, noch auflösen. Denkbar ist jedoch auch hier ein Suppletorium oder Purgatorium, in sofern nämlich ein historisches Factum von den Sachverständigen gefunden werden sollte, oder ihrem Erachten zum Grund gelegt wird <sup>14)</sup>.

B) Das Juramentum *quantitatis* ist ein Suppletorium, stattfindend in dem Fall, wann der Beweisführer seines Gegners Verbindlichkeit an sich, nebst ihrem speciellen Klaggrund, bewiesen hat, nicht aber die Größe der Forderung, z. B. »daß er als negotiorum gestor einen Verlag für den dom. negotii bestritte, nicht aber, wie viel dieser Verlag betrage.« Die Gesetze <sup>15)</sup> gestatten dieses Suppletorium ohne ausdrückliche Bedingung, »daß auch die ungewiß gebliebene Größe einigermaßen bescheiniget sey«; setzen aber gewiß voraus, daß der Beweisführer auch zum Beweis der *quantitas processualis* thätig wurde, und daß aus dem vollkommenen Beweis: *debet reus*, und *quale debeat*, zugleich auch eine Wahrscheinlichkeit hervorgehe, *quantum debeat*, wenn gleich diese Wahrscheinlichkeit an sich nach den allgemeinen Beweisregeln einen halben directen Beweis nicht für sich hat.

C) Erkennt der Richter auf einen gesetzlichen Eid, so steht solcher in dem Definitivkenntniß als Bedingung

12) Dies. Archiv, B. I. pag. 37.

13) Archiv. I. c. pag. 40. Note \*.

14) Archiv, a. a. D. pag. 52. Note \*\*.

15) Martin, a. a. D. §. 179. Note e. ibi leg.

der Verurtheilung oder Entbindung voran. Z. B. Würde Kläger annoch zur Erfüllung schwören, daß u. s. w., so ist der Beklagte schuldig u. s. w. — oder: Würde Beklagter dahin sich eidlich reinigen, daß u. s. w., so ist er von der Klage zu entbinden <sup>16)</sup>.

D) Ist das auf einen gesetzlichen Eid erkennende Urtheil rechtskräftig geworden, so wird ein Schwörungstermin anberaumt. Wird nun

1) jener Eid abgeschworen, so ist die Bedingung lit. C. erfüllt; der letztere Theil des Erkenntnisses: so u. s. w., steht nun *pure* da. Wird hingegen

2) das *Suppletorium* versäumt, oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer gar nichts bewiesen. Wird

3) das *Purgatorium* versäumt oder verweigert, so ist es eben so viel, als habe der Beweisführer vollkommen bewiesen.

Eine Gewissensvertretung findet gegen einen gesetzlichen Eid deshalb nicht statt, weil sie einen Nachgebrauch solcher Beweismittel in sich schließen würde, von welchen man im Laufe des peremptorischen Beweistermins Gebrauch machen können. Wegen neuer entdeckter Beweismittel hat das Gesetz besondere Vorsehung gethan <sup>17)</sup>.

Noch weniger ist die zu dem gesetzlichen Eid verurtheilte Partei befugt, denselben dem Gegner zuzuschreiben; wiewohl, geschähe dieses Vertrags; oder Vergleichsweise, der Richter diesen Willen der Parteien nicht hindern könnte.

16) Vergl. meine Rechtsfälle, nr. 116. 119. 125. 136.

17) Vergl. d. Archiv, B. 4. Abh. 12. §. 2. nr. 2. pag. 119.

## §. 2.

## Collision zweier Beweise.

## 1) Eines Hauptbeweises und eigentlichen, sogenannten directen, Gegenbeweises.

Im Fall wider den Hauptbeweis in den nämlichen Acten ein Gegenbeweis unternommen wurde, so entsethet eine Collision dieser beiden Beweise. In diesem Fall stehet entweder

1) ein eigentlicher, directer, Gegenbeweis dem Hauptbeweis gegenüber, oder

2) ein indirecter Gegenbeweis, metaphysisch ein Hauptbeweis<sup>18)</sup>.

Da der directe Gegenbeweis das nämliche Factum des Hauptbeweises zur Grundlage hat<sup>19)</sup>, so folgt, daß bei der richterlichen Prüfung: „ob bewiesen sey, oder nicht“, beide Beweise zusammen betrachtet — d. h. zugleich vor die richterliche Prüfung und Reflexion gezogen werden müssen. Hier kann sich nun finden, daß die Beweismittel und die Beweisgründe beider Beweise sich einander widersprechen, und also eine Collision im speciellen Sinn sich zeigt. Z. B. die Zeugen des Hauptbeweises sprechen für den Producenten, die Zeugen des directen Gegenbeweises aber gegen denselben, zum Vortheil des Producten (ihres Producenten).

Sind nun die Beweismittel, welche die Collision veranlassen,

I. zu der nämlichen Art gehörig, z. B. Zeugen gegen Zeugen, Urkunden gegen Urkunden, so muß der Richter

1) den individuellen Werth der einzelnen Beweismittel prüfen, d. h. ob z. B. der eine Zeuge mehr Glauben

18) Die Haupt- und Gegenbeweise, resp. als zusammen gehörig, resp. in ihrer Stufenfolge, d. h. in ihrem eventuellen Verhältniß, habe ich zergliedert in meiner Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Heidelberg, 1820. §. 19. S. 62. bis 70.

19) S. m. Anleit. Note 18. pag. 62. u. 63.

verdiene, als der andere, ob die eine Urkunde eine stärkere Beweiskraft habe, als die andere \*); und dann

2) ob ihr Resultat, factischer Beweisgrund, von gleicher, oder von verschiedener Stärke sey, m. a. W. ob die Beweisgründe beider Beweise von gleichem, oder von verschiedenem Werth in Rücksicht auf Harmonie mit dem Beweisthem sind <sup>20)</sup>.

Im Fall nun die beiderseitigen Beweismittel und Beweisgründe

a) an Stärke sich gleich stehen, (z. B. auf beiden Seiten zwei vollgültige Zeugen, deren Aussagen beiderseits das Beweisthem so umfaßt, daß die Zeugen des einen Beweises es als wahr, die Zeugen des andern Beweises aber es als nicht wahr unter den Bedingungen gleicher Glaubwürdigkeit bekunden), so setzt sich der directe Gegenbeweis mit dem Hauptbeweis in das Gleichgewicht, und der Hauptbeweisführer hat gar nichts bewiesen. Wenn jedoch dem Hauptbeweisführer noch eine nicht unbedeutende *praesumptio hominis* zur Seite tritt, oder eine *favor juris*, so kann sich ein gesetzlicher Eid, besonders ein *purgatorium des reus* <sup>21)</sup> begründen. Sind aber die Beweismittel

b) an Stärke ungleich, (z. B. der Hauptbeweisführer hat zwei tadellose, der Gegenbeweisführer aber zwei verdächtige Zeugen), so ist zwar der ersten Werth größer, allein der letzteren Resultat schwächt doch die Beweisgründe der ersten Beweismittel, und so sinkt jener, für sich allein betrachtet vollkommene, Beweis durch den Gegenbeweis zu einem unvollkommenen Beweis

\*) Nach den Principien von der Glaubwürdigkeit.

20) Auch Vermuthungen, selbst Rechtsvermuthungen, können in Collision treten. Hier aber liegt es außer dem Zweck, dieses näher zu entwickeln.

21) in dem oben S. 1. Note 11. angegebenen Sinn. S. Thibaut, Syst. des Pand. N. 6. 1185. Dazu, in den Grundf. des ordentl. Proc. S. 279.

herab, und ein gesetzlicher Eid muß nunmehr erkannt werden<sup>22)</sup>. Wären

c) die beiderseitigen Beweis mittel von gleichem Werth, (z. B. die Zeugen jedes Theils sind an Zahl gleich, auch an Glaubwürdigkeit an sich beiderseits tadellos, oder doch des nämlichen Grades, allein ein Unterschied liegt in dem Umfang oder in dem Grund (ratio) ihrer Kenntniß<sup>23)</sup>), so tritt das unter b) erwähnte Resultat hervor — doch findet hier die richterliche Reflexion und Prüfung vorzüglich ein sehr unbestimmtes, und positiv unbestimmbares Feld, in welchem die höchste Vorsicht und die schärfste Erwägung und Abwägung in dem entscheidenden Richter lebendig werden muß<sup>24)</sup>.

Sind die gegenseitigen Beweismittel

II. zu verschiedenen Classen gehörig, (z. B. den Zeugen stehen Urkunden gegenüber, den Kunstverständigen widersprechen Zeugen u. s. w.) so treten folgende Hauptprincipien ein:

1) die *evidentia facti* überwindet alle übrigen Beweismittel<sup>25)</sup>.

22) Thibaut und Danz, a. a. D.

23) Auf der *ratio scientiae* des Zeugen, auf dem Umfang und den Umgebungen seiner Perceptions-Fähigkeit und Gelegenheit, beruht hier sehr viel. Die reine, vollständige und aufmerksame, eigene Perception eines an sich verdächtigen Zeugen kann oft mehr Werth in concreto haben, als die unterbrochene, gelegentliche u. dgl. Perception eines hinsichtlich seiner Person, als Person, ganz tadellosen Zeugen.

24) Von unendlicher Mannichfaltigkeit sind hier die Variationen in den einzelnen Rechtsstreitigkeiten. Doch ist es wohl besser, als allgemeine positive Regeln zu haben, als alles dem Gefühl und der Willkür zu überlassen. Jene Regeln sind doch die einzig möglichen Sicherungsmittel gegen Leidenschaft und Leichtsinne der Richter — dem ernsten und gerechten Richter aber werden sie das Mittel zur Gewissensruhe.

25) Archiv f. d. civil. Prax. B. 1. pag. 30—37.

2) auch der abgeleistete Eideseid überwindet die Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vermöge seiner Folgen eines Vergleichs<sup>26)</sup>.

3) die Zeugen gehen den Kunstverständigen insofern vor, als letzte, ohne geleisteten Zeugeneid, auch historische Thatfachen ausgesagt haben; dahingegen die Sachverständigen den Zeugen vorzuziehen sind, insofern letzte geurtheilt haben<sup>27)</sup>.

4) Urkunden und Zeugen haben im allgemeinen gleiche Ueberzeugungskraft<sup>28)</sup>. In der Collision der Zeugen mit Urkunden ist also der individuelle Werth der Zeugen und der Urkunden zu prüfen, und hiernach das Resultat abzumessen, wohin die richterliche Ueberzeugung sich neigen könne<sup>29)</sup>.

Noch enthalten die Gesetze folgende specielle Principien:

a) bei dem Beweis öffentlicher Abgaben sollen die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen<sup>30)</sup>.

b) im Fall die Instrumentbzeugen eines docu-

26) Archiv, a. a. D. pag. 156. lit. C.

27) Vermöge des Zwecks dieser Beweismittel. Archiv, a. a. D. pag. 39. f.

28) L. 15. Cod. 4. 21. L. 14. C. 8. 38. Die entgegenstehende L. 1. Cod. 4. 20. ist auf die ausgenommenen Fälle zu beschränken, in welchen die Gesetz zum Beweis ausschließlich schriftliche Urkunden fordern, L. 25. §. 4. D. 22. 3. L. 3. C. 2. 43., oder auf ein von dem Producenten selbst ausgefülltes, sein eigenes Bekenntniß enthaltendes Document.

29) Urkunden sind todte Zeugen. Archiv, a. a. D. pag. 55. f. Aussage des Zeugen, und Inhalt der Urkunde, ist als Beweisgrund factisch sich gleich. So wie es tadellose und suspecte Zeugen giebt, so giebt es tadelfreie und verdächtige Urkunden, d. h. deren Inhalt nicht voll bewiesen. So wie die Aussage des unverdächtigsten Zeugen schwankend u. dgl. seyn kann, so der Inhalt jedrer Urkunde, selbst der öffentlichen. Auch Urkunden können gesetzliche Eide begründen.

30) L. 10. Dig. 22. 3.

menti quasi publici eidlich bekunden, „das Geschäft sey anders abgeschlossen worden, als in der Urkunde steht,“ so sinkt hierdurch die Beweisraft jenes Documents, oder schwindet gänzlich <sup>31)</sup>.

c) Auch öffentliche Urkunden, namentlich gerichtliche Protocolle, können durch solche Zeugen entkräftet werden, welche der in dem documento publico beurkundeten Handlung persönlich zugegen gewesen sind. Es beruht nämlich die Beweisraft der öffentlichen Urkunden nur auf einer einseitigen Rechtsvermuthung ihrer Legalität, und jede solche praesumptio juris gilt nur so lange für juristische Wahrheit, als diese durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöst wird <sup>32)</sup>. Davon ausgegangen bedarf es auch nicht des Unterschiedes: α) „wenn nur ein *omissum* in der Urkunde behauptet werde, so könnten zwei vollgültige Zeugen die Beweisraft der Urkunde aufheben; wenn hingegen β) eine wahrheitswidrige Niederschrift behauptet würde, so bedürfe es mehr als zwei Zeugen, um die öffentliche Urkunde und ihren Inhalt (als factischen Beweisgrund) zu entkräften.“ Denn auch im letzten Fall einer vom Producten behaupteten Wahrheitswidrigkeit (*falsitas*, wenngleich nur aus Irrthum des Verfassers), tritt die Aussage zweier vollgültigen Zeugen mit dem Glauben der öffentlichen Urkunde in das Gleichgewicht, und es wird hierdurch jede praesumptio juris aufgelöst <sup>33)</sup>. Diese gilt nicht mehr, als zwei vollglaubwürdige Zeugen. Endlich ist auch

31) Es wird vorausgesetzt, der Product erkennt die Urkunde für ächt nicht an. Vergl. Archiv f. d. civ. Pr. B. 2. S. 318. f.

32) Archiv, a. a. D. S. 320.

33) Vergl. Log, in den civil. Abhandl. nr. II. p. 62 f. mit Glück, Hommel und Pufendorf, cit. bei Martin, a. a. D. S. 180. Note 2.

d) nicht gestattet, den Eideseid gegen den Inhalt einer Urkunde direct anzutragen; indem die Urkunde dem Producenten sogleich wieder zur Gewissensvertretung dient<sup>34)</sup>. Anders aber, wenn der Product ein *omissum* behauptet (z. B. eine verabredete Bedingung sey nicht mit niedergeschrieben worden), oder irgend eine, auf besondere Thatfachen gegründete, Einrede gegen die Richtigkeit des Documents (z. B. *erroris, falsitatis* u. dgl.) von ihm aufgestellt, und über diese speciellen Thatfachen dem Producenten der Urkunde der Eid angetragen wird. Hiergegen kann ja die Urkunde zur Gewissensvertretung nicht dienen — die Nichtwahrheit jener selbstständigen Behauptung des Producten kann sich aus der Urkunde nicht ergeben.

### §. 3.

- 2) Zweier Hauptweise — m. a. W. eines Hauptbeweises mit einem sogenannten indirecten Gegenbeweis<sup>35)</sup>.

Der indirecte Gegenbeweis ist ein selbstständiger Hauptbeweis im metaphysischen Sinne<sup>36)</sup>. Er ist daher besonders zu prüfen, und es treten bei dieser Prüfung ganz die nämlichen Principien ein, welche §. 1. von der Prüfung eines Hauptbeweises gegeben sind. Möglich ist es,

34) Thibaut, a. a. D. S. 1179.

35) 1) Beweis a) über der Wahrheit des factischen Klagarandes, b) mit dem Beweis über die factischen zerstörenden Einreden; 2) des Beweises a) über letztere b) mit dem Beweis der speciellen Repliken; 3) des Beweises a) dieser Repliken b) mit dem Beweis der eigentlichen Dupliken — immer in dem eventuellen Verhältnis zu einander.

36) Der Beweisführer will durch ihn selbst behauptete Thatfachen juristisch wahr machen. S. m. Anseitung zur juristischen Praxis §. 19. 66. nr. I. 1. pag. 67. nr. 3. pag. 63. nr. II. 2. pag. 62. nr. 4.

daß auch ihm ein directer Gegenbeweis gegenüberstehe, (z. B. der Kläger hat das Nichtwahr der peremptorischen Einreden zu beweisen gesucht) — in welchem Fall dann dieser, dem indirecten Gegenbeweis (als Hauptbeweis) gegenüberstehende, directe Gegenbeweis mit jenem Hauptbeweis des Gegners zu gleich zu prüfen ist, nach den Regeln des §. 2. Die Prüfung des indirecten Gegenbeweises fällt aber gänzlich hinweg, wann der Reihenfolge Hauptbeweis ohne alles Resultat ausgefallen seyn sollte<sup>37)</sup>.

Findet nun der Richter den indirecten Gegenbeweis

I. vollständig geführt, und durch dessen directen Gegenbeweis nicht geschwächt, so ist der Hauptbeweis dadurch

37) Hat der Kläger den factischen Grund seiner Klage gar nicht bewiesen, nicht einmal bis zum Reiniungseid des Beklagten, so spricht das Ges. g: *actore non probante reus absolvitur*. L. 4. Cod. 2. 1. Der reus bedarf also in diesem Fall gar keiner zerstörenden Einreden hinter der Litiscontestation, L. 9. Cod. 8 36., und schügte er deren vor, so ist doch auf ihren Beweis gar keine Rücksicht zu nehmen. Ist er nicht geführt, so ist der Beklagte dennoch zu absolviren; wäre er geführt, so ist des Beklagten Entbindung doch nicht deshalb auszusprechen, „weil er jene seine Einreden bewiesen habe,“ sondern auch hier: weil Kläger nicht bewiesen habe. So rückt es nun im eventuellen Verhältniß fort. Beweiset der Beklagte seine peremptorischen Einreden nicht einmal bis zum Reiniungseid des Klägers, so bleiben dessen speciellen Replikien ganz außer Betracht — ist des Klägers Beweis dieser Replikien ganz gehaltlos, so sind des Beklagten specielle Duplikien so gut, als in den Acten nicht vorhanden. Nur muß man hier den indirecten Gegenbeweis scharf scheiden von dem directen, besonders wenn sogenannte Einreden doch nur den Zweck eines directen Gegenbeweises haben. Archiv, a. a. D. B. 1. pag. 276. f. Denn der Inhalt des directen Gegenbeweises kann dem Hauptbeweis zuwachsen §. 4. nr. 3. b. Daher auch Vorsicht bei dem Actenlesen. S. m. Grundsätze der jurist. Vortr. u. Entsch. Kunde. S. 265. Note o., u. m. Auleit. zur jurist. Praxis. S. 1 7. S. 63. Note 19.

entkräftet, zerstört, d. h. unwirksam gemacht, gesetzt auch, dieser wäre an sich vollkommen erbracht. Wäre also der Hauptbeweis (im processualischen Sinn) auch nur unvollkommen geführt, so ist dennoch auf einen gesetzlichen Eid nicht zu erkennen, indem selbst das Suppletorium eine vergebliche Handlung deshalb seyn würde, weil auch jener ergänzte Hauptbeweis gegen den vollkommenen indirecten Gegenbeweis nichts wirken könnte. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, im Fall die dem indirecten Gegenbeweis zum Grunde liegende Thatsachen auch eine Klage des Reproducenten begründen (z. B. excep. compensationis); indem dann anzunehmen ist, der Beklagte wolle auf die eventuelle Natur seiner Einrede nicht verzichten, und das in ihr liegende Klagrecht nicht eher aufopfern, als bis der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen hat. Es ist also in diesem Ausnahmefall in Rücksicht auf den processualischen Hauptbeweis einer der gesetzlichen Eide von dem Richter zu erkennen.

Findet der prüfende Richter

II. sowohl den Hauptbeweis, als den indirecten Gegenbeweis, unvollkommen, und

1) erster ist mehr als halb, der indirecte Gegenbeweis aber weniger als halb geführt, so muß dem Hauptbeweisführer (im process. Sinn) nicht nur

a) der Erfüllungs Eid (als Producenten), sondern auch

b) der Reinigungseid (als Reproducten), aufgelegt werden <sup>38)</sup>. Ist hingegen

2) der Hauptbeweis weniger als halb, der indirecte Gegenbeweis hingegen mehr als halb geführt, so scheint es unnöthig, dem Gegner des Hauptbeweisführers (dem Producenten und Reproducenten) einen doppelten Eid aufzulegen, nämlich

38) S. meine Rechtsfälle nr. 112. pag. 353.

- a) als Producten den Reinigungsseid, und  
 b) als Reproducenten den Erfüllungsseid.

Denn schwört er

ad a) den Reinigungsseid, so tritt die Regel ein: *actore non probante reus absolvitur* <sup>39)</sup> — leistet er aber

ad b) den Erfüllungsseid, und ergänzt folglich hier: durch seinen indirecten Gegenbeweis, so tritt das unter 1) erwähnte Verhältniß ein — der nunmehr vollkommene indirecte Gegenbeweis macht den vorgängigen Hauptbeweis unwirksam, sey nun dieser vollkommen oder unvollkommen. Allein da der Richter

a) zum Voraus nicht berechnen kann, ob der Product ad a) jenen Reinigungsseid schwören wolle und werde, und weil

β) durch die Verweigerung, oder durch das Verschämniß, dieses Reinigungsseides das Resultat des indirecten Gegenbeweises nicht verloren geht, so muß der Richter *in eventum* auch auf den sub b) gedachten Erfüllungsseid miterkennen — am zwecklichsten *alternativ* <sup>40)</sup>.

Im Fall weiter, nach des Richters Erachten,

3) beide Beweise so weit geführt sind, daß in jedem der Erfüllungsseid zu erkennen ist, so werden beide Ergänzungsseide auf einmal, in dem nämlichen Erkenntniß, jedoch *successiv* erkannt — und zwar

a) das *Suppletorium* dem Producenten, und — falls dieser schwören wird —

b) auch das *Suppletorium* dem Reproducenten <sup>41)</sup>.

Sind aber, des prüfenden Richters Befund zur Folge,

4) beide Beweise nur bis zum Reinigungsseid geführt, so wird solcher

39) S. die Note 37.

40) S. meine Rechtsfälle nr. 116. pag. 372.

41) S. meine Rechtsfälle nr. 19. pag. 376.

a) dem Producten in Rücksicht auf den Hauptbeweis zuerkannt, und

b) dem Reproducten in Rücksicht auf den indirecten Gegenbeweis <sup>42)</sup>. In diesem Fall muß der Reproduct (z. B. der Kläger) den ihm ad b) zuerkannten Reinigungs Eid (z. B. in Bezug auf die peremptorischen Einreden) selbst dann ableisten, wann auch der Product (z. B. der Beklagte) den ad a) (in Rücksicht auf den Klaggrund) ihm aufgelegten Reinigungs Eid verweigern oder versäumen sollte. Denn wird auch der Hauptbeweis durch jenes Nichtschwören des dem Producten (dem Beklagten) zuerkannten Reinigungs Eides nunmehr für voll geführt gehalten, so ist doch hiermit das Resultat des indirecten Gegenbeweises noch nicht aufgehoben. Dieses Resultat muß erst durch den Reinigungs Eid des Reproducten (des Klägers) vernichtet werden, damit der Wirkung seines Hauptbeweises kein Hinderniß entgegen stehe. Wenn hingegen der Product den Reinigungs Eid sub a) wirklich ableistet, so wird derjenige sub b) ganz unnötig; denn auch hier tritt die Regel ein: *actore non probante reus absolvitur*.

Sollten ferner, nach des Richters Befinden,

5) beide Beweise gerade halb geführt seyn, so fällt das Erkenntniß immer unter einen der Fälle sub II. 1. 2. 3. 4. zurück, d. h. es sind in Rücksicht auf beide Beweise gesetzliche Eide zu erkennen, hierbei zunächst die zu §. 1. nr. III. 3. a. b. c. d. u. e. gegebenen Regeln anzuwenden, und je nachdem die Eide beide Parteien, oder nur eine treffen, ist das cumulative, successive, oder alternative Verhältniß nach den Regeln unter II. 1. 2. 3. 4. des §. 3. in dem Erkenntniß zu berücksichtigen <sup>43)</sup>.

42) S. m. Rechtsf. nr. 125. p. 395.

43) Hat die nämliche Partei zwei Behauptungen zu erweisen gesucht, so kann in Rücksicht auf jede ein gesetzlicher Eid zu erkennen seyn. S. meine Rechtsfälle, nr. 136. pag. 414.

Im Fall endlich nach richterlichem Erachten

III. der Hauptbeweis als vollständig, der indirecte Gegenbeweis hingegen nur als unvollständig geführt vorliegt, und zwar

1) mehr als halb, so wird dem Reproduzenten der Erfüllungsbeid aufgelegt —

2) weniger als halb, dem Reproduzenten der Reinigungsbeid<sup>44)</sup>.

#### §. 4.

Collision zwischen den eigenen Beweismitteln und factischen Beweisgründen des nämlichen Haupt- und Gegenbeweises.

Es ist auch möglich, daß

1) die eigenen Beweismittel und Beweisgründe des nämlichen Beweisführers und Beweises mit einander in Collision treten (z. B. von zwei Zeugen des nämlichen Produzenten bejaht der Eine, der Andere verneint); desgleichen

2) daß ein und das nämliche Beweismittel mit sich selbst im Widerspruche stehe (z. B. der nämliche Zeuge zu verschiedenen Fragen).

Im ersten Fall hebt, nach den obigen Regeln der Collision des directen Gegenbeweises mit dem Hauptbeweise §. 2. nr. I., das Widersprüchliche sich gegenseitig auf — der eine Zeuge z. B. vernichtet den andern, so daß bei einem directen Widerspruch der Aussagen zweier einzigen Zeugen, ist in concreto auch den verneinenden Zeugen Beweisraft in Ansehung der Perception beizulegen, gar nichts bewiesen ist. Der persönliche Werth jedes einzelnen solcher Zeugen kann hier weniger in Betracht kommen, weil der Pro-

44) Vergl. a. Martin, a. a. D. S. 180. 181. ibi all. Gönner und Danz all. Grosman, in der Theorie des gerichtlichen Verf. im bürg. Rechtstreit. S. 203.

ducent jeden als glaubwürdig selbst ernannt hat; aber in den factischen Beweisgründen, in der *ratio scientiae* u. dgl., kann doch noch ein Unterschied liegen, von welchem aus das eine Beweismittel das andere nicht gänzlich entkräftet, so daß also ein gesetzlicher Eid rechtsnützlich wird <sup>45)</sup>.

Im zweiten Fall vernichtet das Beweismittel selbst seine eigene Glaubwürdigkeit, insofern der Widerspruch mit sich selbst klar und durch Erklärung nicht zu heben ist <sup>46)</sup>. Insonderheit läßt sich hier

3) auch der Fall berühren <sup>47)</sup>: wann der Beweisführer nur einen Zeugen ernannte, dieser aber geradezu gegen seinen eigenen Producenten ausfragt <sup>48)</sup>. Manche wollen hier, als eine der Ausnahmen, an welchem auch ein einzelner und einziger Zeuge eben so voll beweise, als zwei, der Regel nach erforderliche, Zeugen, das Princip aufstellen: »*testis unicus plene probat contra producentem.*« Nirgends aber haben die Gesetze uns diese Ausnahme gegeben, sondern es ist vielmehr folgendes den Gesetzen gemäß zu achten:

a) Wenn ein Zeuge eines Hauptbeweises (im metaph. Sinn) wider seinen eigenen Producenten ausfragt, so muß ihn dieser freilich für voll gelten lassen, weil er

45) Z. B. die Perception des verneinenden Zeugen steht nicht ganz in den Verhältnissen, welche zur Beweisraft eines *testis negans* erfordert werden. Archiv, B. 1. pag. 269. Litt. Note a).

46) Thibaut, a. a. D. S. 1184. Ist die Aussage bloß vage, dunkel, schwankend, so ist dadurch noch nicht alle Beweisraft aufgehoben. Sie kann andere Beweisgründe stützen, oder vermehren, auch resp. einen gesetzlichen Eid, wenigstens das purgatorium, auch allein begründen.

47) Strenge genommen gehört er nicht hierher.

48) D. h. als nicht wahr, was er als wahr aussagen sollte, oder als wahr, was er, nach des Producenten Absicht, als nicht wahr befunden sollte.

selbst jenen Zeugen als einen glaubwürdigen Zeugen ernannte und vorführte <sup>49)</sup> — und hatte nun der Beweisführer *a)* bloß diesen einzigen Zeugen als Beweismittel, so ist sein Beweis schon deshalb gänzlich verfehlt, weil der Zeuge die Wahrheit des Beweisthems nicht bestätigte <sup>50)</sup>. Träte hingegen jener Zeuge *β)* mit andern, neben ihm vorhandenen, Beweismitteln nur in Collision, so kann doch, nach den allgemeinen Regeln, sein Werth, sein voller Werth, nur dem Werth eines einzeln vollgültigen Zeugen gleich stehen, derselbe also auch nur einen vollgültigen Zeugen aufwiegen <sup>51)</sup>, welcher neben ihm steht, und für den gemeinschaftlichen Producenten vortheilhaft ausredet. Jener dieser Partei nachtheilige Zeuge kann also nur so viel vernichten, als die Beweisraft eines einzelnen classischen Zeugen aufbauet; und wären nun der letztern mehrere, so bleibt von ihnen immer das für den Producenten stehen, was mehr ist, als die Aussage eines Zeugen. Sind z. B. zwei vollgültige Zeugen für den Producenten, und einer gegen ihn, so streitet noch die Aussage eines vollgültigen Zeugen für den Producenten, zur Begründung eines gesetzlichen Eides <sup>52)</sup>. Eben so wenig vermag der einzelne widrige Zeuge den Inhalt einer vollbeweiskräftigen Urkunde ganz zu tilgen, sondern diese Urkunde ist zweien Zeugen gleich, und immer wirkt sie noch entweder ein suppletorium, oder purgatorium — nach den Regeln des §. 1. nr. III. abgemessen.

49) Arg. L. 17. Cod. 4. 20.

50) Actore non probante rel. L. 4. Cod. 2. 1.

51) Nur mit diesem Werth, nicht mit einem doppelten Werth, producirt ihn der Beweisführer.

52) Auch Gleichheit der ratio scientiae wird vorausgesetzt, insonderheit, daß der testis negans nicht als nesciens angesehen werden müsse. Denn in diesem Fall kann er resp. gar keinen Betracht verdienen, resp. nicht einmal einen seiner Mitzeugen aufwiegen.