

Werk

Titel: Ist der deferirte, oder der vom Richter auferlegte Eid für geleistet zu halten, w...

Autor: Lindelof, von

Ort: Heidelberg

Jahr: 1821

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004 | log36

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

tarien erst 1563. gedruckt wurden, konnte er jedoch noch nicht erwähnen, wenn gleich auch in dessen Schrift *de pignoribus*, als ein postumum, zwar von *Zasius*, *Budäus*, *Alciat*, nicht aber von andern berühmten Civilisten dieser Zeit die Rede ist.

III. Der im Eingange des §. 1. S. 31. erwähnte Rechtsatz ist, soweit die angeführten zwei Beweisstellen denselben unmittelbar begründen, durch das Ausfallen ¹¹⁾ der Worte: „auf fremde Sachen“, nach der Zeile: „Bei zwei zu verschiedener Zeit entstandenen Hypotheken,“ einigermaßen entstellt worden. Sonst ist es freilich eine, dem denkenden Rechtsgelehrten sich unabweisbar aufdringende Frage, inwiefern jener Rechtsatz, organisch entwickelt, auch andere Fälle umfaßt: namentlich auch den, wo zwei besondere Pfandrechte auf fremde Sachen zusammentreffen? Hierüber verbreitet sich in der genannten Umgebung (auch mit Rücksicht auf die Stelle von *Africanus*, L. 9. P. 3. D. qui potiores in pign, sowie die von *Paulus*, L. 14. D. cod. und andere) meine noch ungedruckte Abhandlung „vom Vorzug der Pfandrechte in Betreff späterer Erwerbungen des Schuldners,“ welche ich demnächst mitzutheilen gedenke.

XXIX.

Ist der deferirte oder der vom Richter anferlegte Eid für geleistet zu halten, wenn derjenige, welcher sich zur Ableistung bereit erklärt hat, vor der Ableistung stirbt?

Von

Dr. v. Fintelof, Canzlei-Assessor zu Oldenburg.

§. 1.

Bestimmte Gesetze über die Frage: *juramentum acceptatum an post mortem habeatur praestitum?* bestehen.

¹¹⁾ Auch S. 33. Note 8. letzte Zeile, hinter „Cod.“ ist beizufügen: „von 1527.“ Außerdem I. S. 36. S. 1. „d. i.“ — S. 33. Note 12. „Wittenberg“. — S. 40. Note 13. „factae.“

wir nicht, und welche allgemeine Grundsätze entscheiden sollen, ist unter den Rechtsgelehrten vielfach bestritten. Viele, besonders ältere, Juristen stellen unbedingt den Satz auf: *nemo moriens immemor censetur salutis aeternae*, beziehen sich dabei auf L. 6. C. ad Leg. Jul. repet. (9: 27.), und folgern daraus allgemein: *mortem esse loco jurisjurandi*. Andere zucken mit Baldus die Achseln, und sagen: *non omnis moriens est Evangelista Joannes!* und je nach dem diese einiges oder gar kein Gewicht auf die singuläre Natur des Eides legen, zerfallen sie wieder in zwei Parteien; daher sich die verschiedenen über jene Frage existirenden Meinungen in drei Hauptklassen bringen lassen.

§. 2.

1. Schon Bartolus mit andern Rechtsgelehrten des Mittelalters folgte dem religiös-mystischen Geiste seiner Zeit, den damaligen Ansichten des Clerus, und entschied unbeding't, „der Tod müsse der wirklichen Ableistung des Eides gleich geachtet werden.“ Gleicher Meinung waren später viele durch Ruhm ausgezeichnete Männer wie Alciat, Zasius, Stryk, Gail ¹⁾ u. a. m. Bei deren Autorität konnte es nicht fehlen, daß eine dem Zeitgeiste entsprechende Meinung in manchen Ländern gesetzlich sanctionirt wurde; so z. B. durch die Nürnberger Reformation. T. VII. L. 9. §. 4., die sächsische Gerichtsordnung P. I. Const. 24., die Celle'sche Oberappellationsgerichts-Ordnung Thl. II. Tit. 8. Sec. 3. §. 11. 12. Im Sächsischen und im Hannöverschen, wo viele praktische Juristen lebten und schrieben, suchten manche Autoren den Satz schon nach gemeinem Rechte

¹⁾ Gail sagt (Lib. II. Obs. 43.): mit Alciat: *omnia jura quae volunt credi juramento damnum passi, vel alterius querulantibus, aut accusatoris, procedere, quando ... mortuus sit actor ... ante praestationem juramenti, quia mors ejus pro juramento in omnibus, ubi requiritur juramentum, habetur.* — Cf. Cocceji, *jus controv. Tit. de jurej. Qu. 40.*

zu verteidigen, oder entschieden bloß die neben jener gesetzlichen Bestimmung übrig gebliebenen Zweifel; dagegen bei der Anwendung dieser Entscheidungen in andern Ländern nicht immer genugsam berücksichtigt wurde, daß sie sich auf sächsische oder hannoversche Gesetze bezogen.

§. 3.

2. Diese Meinung bestritt später *Leyser*, Med. Sp. 144. med. 2., der nur mit Einschränkungen jenen Satz annehmen wollte. Er drückt seine Meinung so aus:

„Ego certe illam opinionem admitto, non tamen aliter, quam si tria haec concurrant, ut appareat:

- 1) offerentem virum integrum probumque, nec de levitate suspectum esse,
- 2) oblationem non tantum per procuratorem, sed ab ipso et serio quidem factam fuisse,
- 3) praestationem jurisjurandi non mero casu, sed facto quodam adversarii, i. e. tergiversatione in jurando de calumnia vel protestatione, impeditam esse, ut adeo culpa aliqua adversario imputari possit.“

Diese Theorie hat viele Anhänger gefunden, namentlich *Claprot* ²⁾, *Bülow* und *Hagemann* ³⁾. *Malblanc* ⁴⁾ unterscheidet noch auf andre Weise.

§. 4.

3. Dagegen fehlte es schon zu *Leyser*'s Zeit nicht an Juristen, die jenen Grundsatz nach gemeinem Recht verwarfen, und nur dann den Eid als abgeschworen betrachteten, wenn der Verstorbene durch wirkliche Schuld des Geg-

2) *Ordentl. Proceß*. Thl. I. §. 327.

3) *Praktische Erört.* B. III. Erört. 20.

4) *Doctrina de jurej.* §. 56.

ners verhindert war ⁵⁾. Dieser Meinung sind auch die meisten neuern Rechtsgelehrten gefolgt ⁶⁾.

Dabei erhebt sich der Hauptzweifel: „ob zu den Verzögerungen des Processes, welche jenen Nachtheil zur Folge haben sollen, auch der Gebrauch unbegründeter Appellationen und Rechtsmittel gehört“, weil gerade für diesen Fall die L. 12. C. de reb. cred. (4. 1.) ein Vorbeugungsmittel zuläßt, nämlich die wirkliche Ableistung des Eides in perpetuam rei memoriam. (§. 10.)

Pufendorf a. a. O. unterscheidet, ohne der L. 12. cit. zu erwähnen, zwischen dem zugeschobenen und dem vom Richter auferlegten Eide; nur bei erstern, als auf einem Vertrage beruhend, lasse sich, sagt er, ein Verhindern durch Schuld füglich denken, nicht wohl bei letztern; daher der nothwendige Eid fast nie, des Todes wegen für wirklich abgeleistet angenommen werden könne; sondern hier müsse der Richter in der Regel untersuchen, ob die Erben des Verstorbenen, oder ob der Gegner nach Lage der Sache zum Eide angelassen werden solle. Aus diesem Unterschiede folgert er, daß die Cellesche OIG-Ordnung, welche nur vom deferrirten Eide spricht ⁷⁾, auf den nothwendigen Eid nicht ausgedehnt werden könne; dagegen Struben, so wie Bülow und Hagemann a. a. O. jene Ordnung auch auf den nothwendigen Eid beziehen.

5) *Lauterbach* Comp. jur. p. 185. — *Pufendorf* Obs. jur. univ. T. I. Obs. 36. — *Struben*, würtl. Bed. B. IV. Bed. 2. — *M. f. a. Müller*, prompt. jur. voce; juramentum.

6) *Sönnert*, Handb. des bürg. Proc. B. II. S. 212. *Crosmann*, Theorie des gerichtl. Verf. S. 95. *Thibaut*, Pand. Syst. B. III. §. 1164. Note x. *Martin*, bürg. Proc. S. 215. Note b.

7) *Zbl. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12.* und *Hagemann's* Anmerk. (Nr. 2.)

§. 5.

Nach dieser kurzen Darstellung der über die obige Rechtsfrage aufgestellten Hauptmeinungen gehe ich zu einer ausführlicheren Entwicklung meiner Ansicht über.

Sowohl bey dem zugeschobenen, als bey dem vom Richter auferlegten Eide, ist das künftige Rechtsverhältniß von der wirklichen Ableistung desselben, also von einer *Suspensiv-Bedingung*, abhängig. Wird die Erfüllung dieser auf eine bestimmte Person gerichteten Bedingung durch den Tod derselben unmöglich, so kann die Bedingung in der Regel nicht von den Erben erfüllt werden⁸⁾; vielmehr ist, wie bei jedem von einer Bedingung abhängigen Rechtsverhältniß, zu unterscheiden: ob die Ableistung des Eides durch Zufall unterblieben ist, oder durch ein Verschulden dessen, gegen den der Eid gerichtet war.

§. 6.

I. Wenn kein Verschulden des Letztern, sondern ein reiner Zufall die Nichtableistung des Eides veranlaßt hat, so kann auf das wesentlich veränderte Verhältniß nicht das übertragen werden, was früher bestimmt war. »*Casus fortuiti a nemine praestantur*« ist eine in der Natur der Sache begründete Rechtsregel⁹⁾, die wir in den mannigfaltigsten Beziehungen ausgesprochen finden, und deren Anwendung auch hier nicht im Wege steht.

Es haben zwar viele ältere Rechtsgelehrte (§. 2.) selbst dann, wenn die Ableistung des angenommenen Eides durch einen Zufall unterblieben war, den Tod als Surrogat des Eides ansehen wollen; ein Sterbender, so dachten sie, dem

8) L. 51. §. 1. L. 69. L. 94. D. *de condit. et demont.* (35. 1.) — L. 122. §. 4. D. *de v. o.* (45. 1.) *Geigers u. Glücks Rechtsfälle*. B. III. Nr. 35.

9) L. 23. in fin. D. *de R. J.* (50. 17.) — L. ult. D. *de condict. caus. dat. caus. non secut.* (12. 4.) — L. 15. §. 6. D. *locati.* (12, 2.).

sein zeitliches Gut nichts mehr nütze, dem die Verantwortlichkeit des Unrechts vor dem Throne des Ewigen so nahe bevorstehe, befinde sich mit dem Schwörenden wenigstens auf einer Linie. Dagegen läßt sich nicht bloß der Zweifel erheben, ob denn jeder Sünder sich im Augenblick des Todes zum guten Christen bekehre ¹⁰⁾, (non omnis moriens est Evangelista Joannes.) sondern auch die Betrachtung anführen, daß nicht jeder Sterbende eigentlich auf den Eid stirbt, wie dies von einem zum Tode verurtheilten Verbrecher gilt, der schon bereit zum Tode sein Bekenntniß gegen den Mitschuldigen wiederholt, und in der That seine Aussage mit dem Tode besiegelt. Viele Menschen, bemerkt G ö n n e r ¹¹⁾ sehr richtig, werden durch den Tod übereilt, die wenigsten denken in ihren letzten Lebenstagen an ihre Proceße und an die Eide, zu deren Leistung sie sich oft vor langer Zeit erboten haben; oft wird der Sterbende aus Schonung von jenen Personen, welche ihn in den letzten Lebensstunden umgeben, von der widrigen Erinnerung an seine Proceße abgehalten. Erwägt man noch, wie oft selbst der unbescholtenste Mann im Augenblick vor der Leistung des mit gutem Vorbedacht angenommenen Eides davon zurücktritt, so wird man sehr geneigt seyn, den unbedingten Satz „*mors loco jurisjurandi*“ ganz aufzugeben, und lediglich nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen von bedingten Rechtsgeschäften zu verfahren. Also darf der Eid wegen des eingetretenen Zufalls zwar nicht als geleistet angesehen, aber eben so wenig aus diesem Grunde für desert erklärt werden; sondern, da der Annahme des Eides stillschweigend der Vorbehalt zum Grunde liegt: „falls die wirkliche Ableistung nicht durch den

10) L e y s e r a. a. D. führt das Beispiel vom Cardinal Richelieu an, der selbst auf seinem Sterbebette, ungeachtet des Buredens seiner Beichtväter, keine christliche Gesinnungen annehmen wollte.

11) G ö n n e r, Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. S. II. Abth. 2. S. 507.

Tod unmöglich werde“, so ist zwischen beiden Extremen ein Mittelweg einzuschlagen. Der frühere Bescheid, wodurch auf den deferirten oder nothwendigen Eid erkannt wurde, ist zu rescindiren, und ein neues, den veränderten Verhältnissen entsprechendes, Erkenntniß zu substituiren.

§. 7.

1. Was das juramentum *delatum* betrifft, so können die Erben jetzt nicht verlangen, zu diesem Eide zugelassen zu werden, selbst dann nicht, wenn sie, wie ihr acceptirender Erblasser, de veritate zu schwören sich erbieten. Denn die Uebereinkunft mit dem Verstorbenen beruhte leichtmöglich und der Regel nach auf persönlichem Vertrauen, oder auf der Ueberzeugung, daß jener die beste, unmittelbar aufgefaßte, Kenntniß von der affirmativ oder negativ zu beschwörenden Thatsache habe; und es ist ein durchgreifendes Princip, daß im Fall ein Beweismittel in Folge eines Zufalls seinen Zweck in der Art verfehlt hat, daß dasselbe ohne Schuld des Beweisführers verloren geht, ehe der Beweis grund hervorgebracht wurde, dem Beweisführer, hier dem Deferenten, frey stehen muß, sich aller der Beweismittel zu bedienen, deren er sich vor der Beweisantretung, hier vor der Eidesdelation, hätte bedienen können; er darf jetzt zu Zeugen, Urkunden, oder auch zur Eidesdelation gegen die Erben (nach dem Grade ihrer Wissenschaft), seine Zuflucht nehmen ¹²⁾. Wenigstens aber würde ihm die Restitution gegen den Ablauf der etwan abgelaufenen Beweisfrist nicht versagt werden können ¹³⁾.

§. 8.

2. Beim juramentum *necessarium* hat das Gericht (und zwar wenn das letzte Erkenntniß in einer höhern Instanz erfolgt ist, dasjenige, bei dem der Eid geschworen werden soll, bei dem also die Sache jetzt anhängig ist), auß

12) Gönner, in dem Handb. Thl. 2. Abh. 39. §. 6.

13) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens. S. 95.

neue zu beurtheilen ¹⁴⁾, ob es unter den wesentlich veränderten Umständen angemessener ist, „den Erfüllungseid in einen Reinigungseid, oder, wenn auf den Reinigungseid erkannt war, diesen in einen Erfüllungseid des Gegners zu verwandeln, oder endlich, ob die Erben des Verstorbenen zum Eide zuzulassen.“ Wenn z. B. einer stuprata der Erfüllungseid zuerkannt wäre, und diese stürbe, ohne daß der angebliche stuprator durch seine Schuld die Ableistung des Eides verhindert hätte, so würde jetzt in der Regel letzterm der Reinigungseid aufzulegen seyn, da er *de veritate* schwören kann, und der Eid der Erben *de ignorantia* hier sehr wenig bedeuten würde. — Wäre umgekehrt dem angeblischen Schwängerer der Reinigungseid auferlegt, und dieser ginge mit Tod ab; so würde die Geschwängerte zum Erfüllungseide zugelassen werden können, falls bei halbem Beweise in den persönlichen Verhältnissen des Verstorbenen der Grund lag, weshalb ihm der Reinigungseid zuerkannt wurde ¹⁵⁾.

14) Nach den allgemeinen Principien in einer solchen Collision. *Martin* in dem Lehrb. des bürgerl. Proc. S. 179. und dieses *Archiv f. d. civ. Pr. B. 4. Abth. 21. C. 276. f.*

15) In einer Sache, wo dieses der Fall war, wo man bei der Wahl zwischen dem Erfüllungseid und Reinigungseid sehr geschwankt, wo das Landgericht auf erstern, die Justizkanzlei auf letztern erkannt hatte, verlangte die Geschwängerte, nachdem der angebliche Schwängerer vor Ableistung des Reinigungseides gestorben war, zum Erfüllungseide zugelassen zu werden. Die Vormünder der Kinder des Verstorbenen, zur Erklärung aufgefordert, verlangten im Gegentheil, daß nunmehr die Wittve des Verstorbenen (die, weil sie wieder geheirathet hätte, zwar nicht Vormünderin ihrer Kinder, aber doch *in lite* war,) zum Glaubenseide zugelassen werde, zu dessen Abstattung sie um so mehr bereit sey, da ihr verstorbenen Ehemann bis zu seinem Tode beständig versichert habe, daß er den Eid ableisten könne. — Das Landgericht schlug das Gesuch der Geschwängerten ab, und hielte die Vormünder zur Abstattung des Reinigungseides *de credulitate* für zulässig. Die stuprata appellirte gegen die

§. 9.

II. Wenn der Verstorbene durch die Schuld seines Gegners von der Ableistung des bereits angenommenen Eides abgehalten ist, so kommen auch hier die von der Erfüllung der Bedingungen geltenden Rechtsregeln zur Anwendung.

L. 161. D. de R. J. (50. 17.) und L. 24. D. de *condit. et demonst.* (35. 1.)

Quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

L. 172. 52. D. de R. J.

Unicuique sua mora nocet.

L. 39. D. de R. J.

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae fit, quo minus fiat.

Pufendorf a. a. D. hält diese Grundsätze freilich nur beim zugeschobenen Eide für anwendbar, weil dieser einen Vergleich, der nothwendige Eid hingegen ein Ueberezeugungsmittel des Richters enthalte. (§. 4.). Aber wenn man auch den zugeschobenen Eid einzig und allein aus

sen Bescheid; die Appellaten adhärirten in der Folge dieser Appellation, und erklärten: daß die mitappellatise Witwe, da sie die beste Wissenschaft von der Sache habe, zum Eide zugelassen werden müsse, dagegen die mitappellatise Vormünder mit dem ihnen nachgelassenen Eide ihr Gewissen nicht beschweren wollten, noch könnten. Die herzogl. Didenburgische Justizkanzlei fand die Beschwerde der Appellation begründet, und erkannte nach den oben ausgeführten Grundsätzen folgendermaßen:

nunmehr aus den Akten so viel zu befinden, daß nach dem Absterben des Beklagten der demselben durch das Erkenntniß vom 4. Okt. 1817. auferlegte Reinigungs-Eid von seiner Kinder Vormünder de credulitate nicht abzustatten, sondern, mit Rescision dieses Erkenntnisses und Aufhebung des Decr. a quo vom 18. Dec. 1818., die Appellantin zum Erfüllungseide zuzulassen sey.

dem Gesichtspunkte eines Vergleichs betrachten könnte — was übrigens nicht der Fall ist ¹⁶⁾, — so muß doch der, welcher seinen Gegner des Mittels, den Richter zu überzeugen, beraubt, den beabsichtigten Vortheil einbüßen. Die Lehre von *dolus* und *culpa* läßt sich demnach auf beide Beweismittel anwenden, und es bleibt nur noch die Frage zu untersuchen übrig: was unter *mora* des Gegners zu verstehen sey, und welche Nachtheile aus dem Verschulden hervorgehen? —

§. 10.

Wenn es gleich in den meisten Fällen schwierig seyn mag, zu entscheiden, ob die Gegenpartei sich im Verzuge befinde, so schließt diese Schwierigkeit doch den Begriff der *mora* und deren Beweis nicht aus. Was insbesondere den Gebrauch von Rechtsmitteln betrifft, wodurch die Ableistung des Eides am häufigsten verhindert wird, so enthält derselbe zwar an sich nichts unerlaubtes;

L. 63. de R. J.

Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.

aber in eben dieser Stelle heißt es: „*sine dolo malo*“; daher, wenn sich aus der ganzen Verhandlung ergibt, daß die Appellation frivol, nur zum Verschleif der Sache, eingewandt war, der Appellant als in Schuld und im Verzuge befindlich anzusehen ist ¹⁷⁾.

Das stärkste Argument für die Meinung derer, welche hier die Nachtheile des Verzugs nicht eintreten lassen wollen, ist die L. 12. C. *de rebus creditis et de iurejur.* (4. 1.) ¹⁸⁾,

16) Malblanc, *doctr. de iurejurando*. §. 41. 46. (pag. 203.)

J. H. Böhm, *de probat. per delat. iuramenti*. Exerc. ad Pand. T. III. Nro. 47. S. 4. dieses Archivs, B. 2. Abh. 2. §. 3. S. 32. Note 15.

17) Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens*. §. 95.

18) L. 12. pr. cit. *Generaliter de omnibus iuramentis, quae in litibus offeruntur, vel a iudice vel a partibus, desi-*

wodurch verordnet ist, daß der Appellation unerachtet mit der Abnahme des Eides verfahren werden solle ¹⁹⁾. Danach scheint es freilich, als wenn der Gegner, da er den Eid nicht mehr zu verhindern im Stande ist, rücksichtlich des Eides sich nie im Verzuge befinden könne, indem entweder der, welcher schwören soll, sich zu melden unterlassen, oder daß das Gericht den Eid abzunehmen widerrechtlich verweigert haben müsse. Aber schon im canonischen Rechte finden wir den Grundsatz, der in vielen Ländern durch Particulargesetze ²⁰⁾ genauer bestimmt und weiter ausgeführt ist: »daß man unnütze Eide, weil sie der Religiosität und der Heiligkeit dieser Handlung schaden, zu verhindern sucht.« Daher darf der Richter nicht wohl Eide abnehmen, die sehr bald nicht bloß überflüssig werden, sondern sogar zu einem scandälsösen Conflict Anlaß geben können. Ueberflüssig wird der Eid, wenn in den höhern Instanzen anders erkannt — höchst anstößig, wenn hier der andere zum Eide zugelassen, und von diesem nun das Gegentheil beschworen wird. Diese Möglichkeit zu

niendum est. Cum enim jam increbuit, iudices in plenissima definitione sacramentum imponere: evenit, ut, provocatione lite suspensa, hi quidem, qui iusjurandum praestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant: cum multum discrepet iuramentum hereditarium a principali iuramento. . . . Omne igitur iuramentum . . . sub ipso iudice detur, non expectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

19) *Ecce jus* (Jus contrö. Tit. de jurej. Qu. 40.) Versuch, die Stelle anders zu erklären, ist vergeblich.

20) *B. B.* in den Herzogthümern Oldenburg und Holstein durch die wohlthätige königliche Verordnung wegen Einschränkung des überflüssigen Gebrauchs der Eide, d. d. 11. Dec. 1758., und deren Extension auf den vormals großfürstl. Antheil des Herzogthums Holstein, d. d. Glückstadt 24. Oct. 1775. Corp. Const. Oldenb. Supp. III. P. 3. Nr. 42.

eröffnen, mag der Richter mit Recht Bedenken tragen, und so ist (wofür auch unser Gerichtsgebrauch streitet) die L. 12. cit. nur noch so weit bei uns anwendbar, daß die Parthei sich vor Gericht zur Ableistung des ihr obliegenden Eides erbieiten kann. Veranlaßt alsdann die Gegenparthei durch ihr absichtliches Verziehen des Proceßes in die Länge die Nichtableistung des Eides, so hat sie die daraus entspringenden Nachtheile zu tragen. Da es aber immer möglich bleibt, daß auch ohnehin der Eid nicht abgeschworen worden wäre, so ist selbst unter vorliegenden Umständen bedenklich, dem bloßen Erbieiten zum Eide die volle Wirkung des abgeleisteten Eides beizulegen.

Diese Möglichkeit und die Betrachtung, daß der durch den Verzug des Gegners verursachte Nachtheil nicht leicht völlig im Klaren seyn wird, macht ein Auskunftsmittel rathsam, welches der Lage der Sache vollkommen angemessen zu seyn scheint. Wollen nämlich die Erben aus dem nicht wirklich abgeleisteten Eide ein Recht herleiten, so mögen sie schwören, die doch wenigstens über das Nichtwissen den Eid leisten können. Die Erben können sich nicht gegen diese Maßregel auflehnen, da sie, die Repräsentanten des Verstorbenen, nur nach dem Grade ihrer Wissenschaft schwören sollen²¹⁾, da es überdies, wollten sie diesen Eid nicht leisten, wahrscheinlich wird, daß der Erblasser auch nicht *de veritate* hätte schwören können. Der Gegner kann sich nicht beschweren, weil er es selbst dahin gebracht hat, daß nicht der Erblasser, sondern nur seine Repräsentanten zum Eide gelangen, und es durch ihren Eid noch wahrscheinlicher und juristisch gewisser wird, daß die Sache sich wirklich so verhalte, wie der Erblasser fortdauernd behauptet hat und beschwören wollte.

21) ein *juramentum hereditarium*. L. 12. cit. zu §. 10. n. 18. pag. 433. d. h. *sein jur. ignorantiae, vel resp. scientiae*.
S. dieses Archiv, B. 2. Abh. 2. §. 4.

§. 11.

Diese Grundsätze gelten sowohl beim nothwendigen, als beim deferirten Eide, und es kann zweckmäßig seyn, auch ein Nichtglauben oder resp. Glauben der Erben in deren Eidesformel mit aufzunehmen²²⁾. In Rücksicht auf den angetragenen Eid muß den Erben auch noch die Zurückziehung oder die Gewissensvertretung freistehen²³⁾, und sie werden von dem Gebrauch dieses Gegenbeweises selbst dann nicht ausgeschlossen werden können, wenn auch der Verstorbene schon den Eid angenommen hatte; denn im Eide liegt zu viel individuelles, als daß man jetzt, da der Verstorbene ihn nicht abschwören kann, seinen Erben nicht alle durch die Eidesdelation ursprünglich begründeten Rechte einräumen sollte.

§. 12.

Nach dieser Ausführung läßt sich folgendes als Resultat aufstellen:

Wenn der Grund der Nichtableistung des Eides liegt:

- 1) in einem reinen Zufall, so ist der frühere Bescheid, wodurch auf den deferirten oder nothwendigen Eid erkannt wurde, zu rescindiren, und ein neues, den veränderten Verhältnissen entsprechendes, Erkenntniß zu substituiren. (§. 7 — 9.);
- 2) in einem absichtlichen in die Länge Ziehen des Processus von Seiten des Gegentheils — so können die Erben des Verstorbenen verlangen, nach dem Grade ihrer Wissenschaft zum Eide zugelassen zu werden.

§. 13.

Legislativ möchte folgendes bestimmt werden können:

22) S. dieses Archiv, B. 2. Abh. 2. S. 4. S. 34.

23) Entscheidungen des OVer. zu Cassel, herausgeg. von B. W. Pfeiffer. B. 1. Nr. 12.