

## Werk

**Titel:** Etwas über die Last des Beweises

**Autor:** Herrestorff, von

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1825

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1825\\_0008](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1825_0008)|log10

## Kontakt/Contact

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

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

gel wahr, daß man dritten Personen nicht schaden soll, und der ganze Titel ad L. Aquiliam. lehrt dies in jeder Zeile; aber er fügt oft hinzu, daß es kein verbotenes nocere sey, wenn man nothgedrungen Personen oder Sachen schadet, welche selbst zu Schaden im Begriff sind.

---

## VI.

### Etwas über die Last des Beweises.

Vom Herrn Appellationsgerichtsrath v. Herresdorff.

Nachdem in §. 2. institut. de action. der Begriff der gegenseitigen Klagen, der actio confessoria und der negatoria, die für Dienstbarkeiten eingeführt sind, entwickelt <sup>1)</sup> und

---

1) Auf dasselbe läuft aus die in Ansehung des Nießbrauchs in L. 5. princ. dig. si ususfr. pet. vorkommende Entgegensetzung beider Klagen, der actio confessoria und der negatoria Einer zu der Andern. Dasselbe heißt es: uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum: quia qui habet proprietatem utendi fructus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim non de alieno jure quemque agere oportet. Damit ist gesagt, daß der Nießbraucher actione confessoria handeln könne, und nicht der Eigentümer, der den ungetrennten Nießbrauch hat, weil dieser gegen einen Andern, der den Nießbrauch nicht besitzt, und also über ein fremdes Recht vernünftiger Weise eben so wenig die actio confessoria anstellen kann, als gemäß dem §. 2. instit. de action. der bestehende Eigentümer einer körperlichen Sache gegen einen Andern die actio rei vindicatoria. Das Gesagte bewährt sich durch die fortgesetzte Entwicklung: quanquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videatur quam alieno: cum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Der civiliter besitzende Eigentümer kann also gegen den naturaliter besitzenden Nießbraucher sich der actio negatoria bedienen, weil er dann über sein Recht, den Nießbraucher von dem Nießbrauche auszuschließen, streitet. Ist der Kläger nicht der Eigentümer des dienenden Grundstücks, so schließt die Einrede des unbefugten Widersachers ihn von der actio negatoria aus, oder wie die Entscheidung sich ausdrückt: fructuarius vincat jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Ist Dienstbarkeiten der Grundstücke schließt dieselbe Einrede die actio negatoria aus, wenn der Kläger der Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht ist. L. 1. L. 2. princ. dig. si servit. vindic. u. s. w.

beyläufig angemerkt worden war, daß diese Theilung der Klagen in Streitigkeiten körperlicher Sachen nicht Statt finde, weil darin Kläger sey, der nicht besitze; der Besizer aber keine das Eigenthum eines Andern verläugnende Klage habe, wird am Ende hinzugefügt: sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, uti in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Nach der Forderung der Beziehung auf die vorhergehende Entwicklung beyder Klagen, der actio confessoria und der negatoria, darf man nicht außer Acht lassen, daß der Besizer, wovon die Stelle spricht, entweder der civiter besitzende dominus nudae proprietatis, oder der civiliter und naturaliter besitzende Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist, je nachdem Einer oder der Andere die actio negatoria anstellt. In diesem Sinne genommen entscheidet die Stelle unter Verweisung auf die Pandecten eine von Schriftstellern häufig aufgeworfene Streitfrage, und sie erfordert auf eine mit den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises übereinstimmende Weise von dem besitzenden Eigenthümer des dienenden Grundstücks den Beweis der Freyheit von der Dienstbarkeit wegen nothwendiger Klage, auf die ihn der gegentheilige Besitz zurückweist. Diese Erklärung söhnt sich mit den Vortheilen, welche die interdicta possessoria gewähren, aus und mit dem Ausdrucke der Last des Beweises im Römischen Rechte, wie sich unter mehreren andern Stellen aus §. 4. instit. de interdict. L. 24. dig. de rei vindicat. L. 8. §. 3. dig. si servit. vindic. L. 2. und L. 21. dig. de probat. L. 15. dig. de nov. oper. nunciat. L. 35. dig. de acquir. vel amitt. possess. und L. 1. §. 3. dig. uti possid. ergibt. Kein Grundsatz des Römischen Rechts ist durchgreifender, keiner dem Zwecke der Gerichte, deren Bestimmung ist, alle Selbsthülfe auszuschließen, und dem sichern und geordneten Gange der Rechtsverwaltung, der nicht seyn, nicht bewiesen, oder zweifelhaft seyn, nothwendig dasselbe seyn muß, angemessener, als derjenige ist, daß der Kläger, der sich in die Nothwendigkeit versehen läßt, von einem Andern Etwas zu gestunnen, seine Gestunnen beweisen müsse, und nicht der verläugnende Beklagte das Gegentheil. Sogar die persönliche Freyheit, die als Gegenstand eines unschätzbaren Werthes sich so mancher Begünstigung im Römischen Rechte zu erfreuen hat, wenn sie wider den gegentheiligen Besitz angesprochen wird, befreyt nicht den Kläger von der Last des Beweises, noch macht sie eine Ausnahme von dem gemeinen Grundsatz L. 8. dig. de probat. L. 7. §. 5. dig. de liberali causa. Jeder andere Beweis ist dann überflüssig, wenn der Be-

klagte die Gesinnung des Klägers rein eingesteht, indem er dann sich selbst gleichsam das Urtheil spricht L. 1. dig. de confess. Verbindet er mit seiner Antwort eine Einrede, mag diese sich auf eine zusammenhängende oder gleichzeitige, oder auf eine weder zusammenhängende noch gleichzeitige Thatsache beziehen, so verhält die Sache sich anders. Dann darf er nicht, gleichsam als hätte er sich selbst sein Urtheil gesprochen, verurtheilt werden, und er ist ja nicht dafür anzusehen, die Gesinnung des Klägers einzugestehen L. 9. dig. de except. Im Gegentheile muß der Kläger anderswoher seine Gesinnung dem ganzen Umfange nach beweisen, bevor der Beklagte eines Beweises seiner Einrede bedarf, wenn dieser dessen Gesinnung in Zweifel bringt, sich in eine Einrede zugleich auslassend L. 9. cod. de except. Diesen Sinn beyder Stellen bewährt eine Dritte in L. 12. §. 1. dig. de interrog. in jur. faciend., der doch wohl durch willkürlichen Zusatz der Sinn nicht aufgedrungen werden darf, daß der Beklagte sich der seiner Antwort angehängten Einrede bedienen könne, wenn er den gehörigen Beweis derselben herbeyschafft. Gilt sonst jedes Beweismittel des Klägers, das etwas zum Vortheile des Beklagten enthält, auch für diesen, so darf ein Anderes nicht Statt finden in Ansehung der Antwort des Beklagten mit verbundener Einrede, und diese nicht von jener zu dessen Nachtheile ausgeschieden werden. Denn sonst artet das gerichtliche Verfahren in hinterlistige Fandung des gewissenhaften Beklagten aus, und setzt ihn in den Wechselfall, entweder das wahre Verhältniß der Sache ganz zu unterdrücken, oder jenem hinterlistigen Mittel sein Recht zum Opfer zu bringen.

Der Vernünftigkeit der Entscheidung redet ebenfalls die dem gemeinen Verkehr und dem Geschäftsleben sich vorzeichnende Vorsicht das Wort, die jenem, der sich in den Fall verlegen läßt, von einem Andern Etwas zu gewinnen, gebent, sich den gehörigen Beweis zu verschaffen, bevor eine gleiche Vorsicht den Andern auffordert, sich mit dem Beweise der Befreyung zu versehen, oder für die Wiedererlangung, oder auch die Zerstörung der Ersteren etwa ausgestellten Beweisurkunde Sorge zu tragen. Durch anderes Verfahren müßte der tägliche Verkehr eine nachtheilige Störung leiden.

Uebrigens macht der titulus pandectar. de iurejurando sive volunt. sive necess. allem Zweifel ein Ende. Der zugeschobene und abgegebene Eid (iuramentum delatum et datum) folgt den Grundsätzen und dem Verhältnisse entschiedener Sache, und hat größere Kraft, weil er sogar die actio doli ausschließt L. 2. dig. de iurejur. L. 1. princ. dig. quar. rer. act. non dat. L. 21. und L. 22. dig. de dol.

mal. Ist der Eid dem Beklagten zugeschoben worden, so erstreckt er sich, gleich wie das Urtheil des Richters L. 6. dig. de except. rei judic. L. 37. diz. de reg. jur., über den Gegenstand der Klage, schließt mithin keine Einrede dagegen aus, und entscheidet in dieser Ausdehnung über das Loos der Klage L. 3. princ. und §. 1. L. 7. L. 8. et L. 26. §. 4. 6. 7. und 8 dig. de jurejur. Denn sonst konnte der Prätor wegen desselben Gegenstandes, über den der Eid zugeschoben und abgegeben worden, die Klage nicht verweigern, sondern er mußte von dem Beklagten den Beweis der Einreden fordern. Eben so konnte er vernünftiger Weise nicht, wie dies in L. 34. §. 6. 7. und 9. dig. de jurejur. geschieht, den Beklagten anhalten, zu zahlen, zu schwören, oder den Eid zurückzuschieben. Denn im Falle von Beklagtem gemachter Einrede der Zahlung ist der Eid über die Klage mit Trennung der Einrede oder dessen Zurückziehung überflüssig, und jedenfalls, ohne dem Beweise der Einrede Statt zu geben, die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung voreilig, und der ersten Forderung alles gerichtlichen Verfahrens, dem Beklagten seine Vertheidigung zu gestatten, zuwider. Da der zugeschobene und abgegebene Eid kein gegentheiligcs Rechts-Mittel übrig läßt, so ist hinreichend, daß er den Ungrund der Klage durch das allgemeine: se dare non oportere auspricht, oder eben so allgemein die Einrede des unbefugten Widersachers: rem petitoris non-esse, oder auch die andere den Gegenstand der Klage erschöpfende Einrede, die Sache sey das Eigenthum des Schwörenden, rem suam esse, ausdrückt, L. 9 §. 1. L. 11. princ. §. 1. und §. 3. L. 40. dig. de jurejur. In jedem Falle macht das Ergebnis des zugeschobenen und abgegebenen Eides in Ansehung desselben Gegenstands das Recht unter den Partheyen zum Nachtheile, wie zum Vortheile des Klägers. Wird der Käufer, in dessen Besitz die Sache durch Ueberlieferung gekommen ist, durch die Klage aus dem Verkaufe, actio ex vendito, belangt, und ihm der Eid von dem Kläger zugeschoben, so schwört er entweder, daß der Preis gezahlt sey, dann schließt er dadurch die Klage aus, oder er bestimmt durch den Eid den Preis, gegen welchen die Sache ihm verkauft worden; ohne dessen geschehene Zahlung hinzuzufügen, und dann muß er diesen Preis zahlen L. 13. §. 3. 4. und 5 dig. de jurejur. Eine andere Deutung dieser Stellen geräth mit den entwickelten Grundsätzen des Eides in Widerstreit, hebt die Vortheile auf ungeradem Wege wieder auf, welche die possessorisches Rechtsmittel dem besitzenden Käufer mit voller Wirkung gewähren, und, indem sie den klagenden Verkäufer, der sich in die Nothwendigkeit versetzen ließ, den Kaufpreis zu gewinnen,

von der Last, seine Gesinnung zu beweisen, ausnimmt, unterwirft sie umgekehrt den beklagten Käufer dem Beweise seiner Befreyung durch Zahlung. Ist aber von anderem Gegenstande die Frage, so bedarf es einer besondern Zuschreibung des Eides L. 3. princ. L. 7. L. 36. dig. de iurejur.

Die dem Kläger obliegende Last des Beweises führt zu der natürlichen Folge, daß er keines weitem Beweises bedarf, wenn er durch das bewiesene Hauptgeschäft in Einem seine Gesinnung (den Beweis seiner Gesinnung) vollendete; und also eine gegründete Gesinnung für sich hat L. 19. princ. dig. de probat. L. 1. dig. de exception. Dasselbe gilt für den Beklagten, dessen Euredede bewiesen ist L. 9. dig. de probat.

Demnach hat der locator, der deponens, der commodans, der debitor pignori tradens, der dominus nudae proprietatis, der emtor, wenn der in den Besitz und in die Gewahrsam des andern Theiles gekommene, oder, wie es bey dem Verkaufe der Fall ist, in dem Besitze und der Gewahrsame des Verkäufers gebliebene Gegenstand zu Grunde gegangen, verkommen oder schlimmer geworden ist, nicht die Schuld des andern Theiles zu beweisen, sondern der conductor, der depositarius, der commodatarius, der creditor pignori accipiens, der usufructuarius, der venditor muß den Zufall, die höhere oder größere unwiderstehliche Gewalt, oder aber die von ihm nach der Art und der Natur des Contractes nicht zu leistende Schuld beweisen, durch deren Eines oder Anderes er die auf Zurückgabe in wohl erhaltenem und unverfährtem Zustande gegründete Gesinnung des Klägers entkräften und ausschließen will L. 9. §. 4. dig. loc. cond. L. 5. eod. de pignorat. act. L. 1. eod. depos. L. 11. dig. de peric. et comm. rei vend. Man will zwar in ersterer Stelle, L. 9 §. 4. dig. loc. cond., die Entscheidung eines besondern Falles nach eigenen Umständen, und nicht nach gemeinen Grundsätzen finden, wegen der Worte: *citra tuam fraudem*. Allein diese Worte in ihrer Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Entscheidung machen auf die Beschaffenheit des Beweises in dem besondern Falle aufmerksam, und drücken nichts anders aus als: „Das Wegtreiben der Ziegen durch größere unwiderstehliche Gewalt, und also ohne Verschulden des conductor müßte bewiesen werden, so jedoch, daß der zu führende Beweis nicht in den Verdacht der Täuschung und eines Einverständnisses ausarte.“ So verstanden geht die Entscheidung auf die gemeinen Grundsätze über die Last des Beweises zurück, und verlangt den Beweis der die Gesinnung des Klägers entkräftenden Euredede, und, was dessen Beschaffenheit für den besondern Fall betrifft, einen den

Verdacht einer Täuschung vermeidenden Beweis. Will man der Entscheidung in enger und platter Bedeutung der Worte: *citra tuam fraudem* die Forderung des Beweises ausdrücken, daß aller Betrug von dem Hergange ausgeschlossen sey, so führt ja diese Deutung nicht bloß zu demselben Ergebnisse, zu den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises; sondern sie erfordert Mehr, indem sie sich dann mit dem gehörigen und unverdächtigen Beweise der größern unwiderstehlichen Gewalt nicht begnügt, sondern den *conductor* in dem bezeichneten Falle zu dem Beweise seiner Freyheit von Betrüge verpflichtet, oder, was Einerlei ist, zu dem Beweise, daß er die Beute mit den Räubern nicht getheilt habe. Dieser Sinn der Stelle würde zu viel beweisen, und gegen eben so unzweydeutige Grundsätze des Römischen Rechts verstoßen, die erfordern, daß der Kläger, der, sey es vom Anfange, oder im Fortlaufe der Sache für die Begründung seiner Gesinnung die Zuflucht zu dem *dolus* des Beklagten nehmen muß, oder der Beklagte, der, nachdem der Kläger seine Gesinnung gehörig und vollständig bewiesen hat, für die Begründung seiner Einrede sich auf den *dolus* des Klägers zu beziehen gezwungen ist, den *dolus* des Andern darthun müsse L. 18. §. 1. *dig. de probat.* L. 6. *cod. de dol. mal.* Die einmal gegründete Gesinnung des Klägers leidet übrigens keine Veränderung durch den Unterschied, ob der Unfall, wodurch der Untergang oder das Verderben herbegeführt wurde, sich durch sichtbare Spuren ausweist, wie bey dem Brande, oder ob das Verkommen oder das Verderben keine Spuren zurücklassend zum Gewinne und zur Bereicherung gemißbraucht werden konnte. Dieser Unterschied kann allenfalls dazu dienen, den Beweis der Einrede in ersterem Falle zu erleichtern, und im andern Falle den Schatten eines Verdachts auf die Beschaffenheit des Beweises zu werfen; hebt aber in keinem Falle die gegründete Gesinnung des Klägers auf L. 29. *cod. de loc. cond.* L. 2. *cod. de naufrag.* Mit dem Gesagten stimmt die Entscheidung in L. 11. *dig. de peric. et comm. rei vend.* überein. Bey dem Brande ist der Fall nicht selten, daß die Entstehung durch unabwendbaren Zufall oder durch höhere Gewalt, etwa durch äußere Anlegung des Feuers, durch dessen Mittheilung von anderem Gebäude, durch Einschlagen des Blizes oder auf andere Weise sich bald entdecken läßt. Häufiger äußert sich der andere Fall, daß der Brand ohne Verschulden nicht entstehen konnte. Ueber den letzteren Fall verbreitet sich die Entscheidung. Um diesen Fall mehr hervorzuheben, setzte sie sich die Verbrennung eines verkauften abgesonderten Gebäudes (*insula*) vor, die (nach der Lage des Gebäudes und den