## Werk

**Titel:** Das fingirte Geständniß im Civilprozeßrechte

**Autor:** Guyet

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1857

**PURL:** https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1857_0040|log13

## Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

# VIII.

## Das fingirte Geſtändniß im Civilprozeßrechte.

Von

Herrn Dr. Guyet,

Geh. Juſtizrath zu Jena.

Soviele Bearbeitungen die civilprozeſſualiſche Lehre vom Geſtändniß auch gefunden hat, ſo iſt doch auffallender Weiſe ein wichtiger Fall ſeines Vorkommens, das fingirte Geſtändniß, faſt gänzlich überſehen worden. Manche Lehrbücher des Civilprozeßrechts erwähnen es nicht einmal[1], die meiſten und ſelbſt die Handbücher[2] führen es ganz kurz als den Gegenſatz des wahren oder wirklichen Geſtändniſſes an und beſchreiben es dahin, daß es nach geſetzlicher Vorſchrift unter gewiſſen Umſtänden für erfolgt angeſehen werde. Von monographiſchen Unterſuchungen darüber laſſen ſich nur zwei von J. H. Böhmer[3] und von

1) So z. B. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechts, 6te Aufl. Bd. II. §. 1152. Francke, der gem. deutſche und Schleswig-Holſtein. Civilprozeß, Theil II. § 153. Heffter, Syſtem des röm. und deutſchen Civilprozeßrechtes §. 225 ff.

2) So Danz, Grundſ. des ordentl. Proc. §. 293. Martin, Lehrb. d. bürg. Proc. §. 128, Note 9. Linde, Lehrb. des gem. Civilproc. §. 256, Note 30. Oſterloh, Lehrb. des gem. ordentl. Civilproceſſ. Bd. I. §. 134. Reinhardt, Handbuch des gem. ord. Proceſſes, Bd. I. §. 116. Schmid, Handbuch des gem. deutſchen Civilproceſſes Th. I. §. 131, Note 25. Martin, Vorleſungen über die Theorie des Prozeſſes, Bd. II. S. 28, 75.

3) J. H. Böhmeri exercit. ad pandectas, T. II. exerc. XXIV. (de contumacia non respondentis) cap. I.

Richter[4]) anführen, welche wenigſtens dem Namen nach dieſen Gegenſtand behandeln. Erſterer hat jedoch nur das erſte Capitel dieſem Gegenſtand gewidmet und erörtert in ſeiner bekannten Manier nur die Fälle, in welchen wegen Ungehorſams im Antworten auf eine interrogatio in jure, auf Poſitionen und bei der Einlaſſung ein fingirtes Geſtändniß angenommen wird, daneben auch noch allerlei Anderes und namentlich die ungehorſame Weigerung der Zeugen ſich vernehmen zu laſſen, während das zweite Capitel den Ungehorſam im Antworten im Criminalprozeß zum Gegenſtand hat. Die Diſſertation von Richter hingegen iſt planlos und verworren, wie ſie z. B. in §. 4 das fingirte Geſtändniß dahin definirt, daß es die fingirte Anerkennung einer Pflicht ſei, welche entweder zu dem Zwecke eintrete, daß die Anzeigen für die Wahrheit aus einer gewiſſen Handlung entnommen würden — dies iſt aber nur ein ſtillſchweigendes Geſtändniß! — oder daß der prozeſſualiſche Ungehorſam beſtraft werde. Ueberdies enthält ſie viel Unnützes, läßt ſich auf die einzelnen Fälle nicht ein, in welchen das fingirte Geſtändniß vorkömmt, und ſpricht eigentlich von demſelben nur bei Angelegenheiten der nicht ſtreitigen Gerichtsbarkeit, von der Nothwendigkeit eines Decrets dafür, und von ſeiner Wirkung hinſichtlich der Verurtheilung des Ungehorſamen. Wenn daher hier verſucht werden ſoll, die Lehre im Zuſammenhang darzuſtellen, ſo iſt dies wohl durch ihre Wichtigkeit und durch die im praktiſchen Rechtsleben oft eintretende Schwierigkeit ihrer Anwendung gerechtfertigt; es möge jedoch zu Gunſten dieſes Verſuches auch nicht unbeachtet bleiben, daß er ein bisher ſo gut als ganz unbebauetes Feld zum Gegenſtande hat.

Vor allen Dingen iſt das fingirte Geſtändniß im Civilprozeß nicht mit dem ſtillſchweigenden[5]) zu verwechſeln.

---

4) Jo. Tob. Richter, quaedam de confessione ficta in caussa civili capita, Lips. 1744. 32 S. 4°. Andere ſpeciell unſeren Gegenſtand behandelnde Arbeiten hat der Verfaſſ. nicht auffinden können, und die bibliographiſchen Werke geben ebenfalls nichts dergleichen an.

5) Wie manche thun, z. B. Richter p. 16 ff. Uebrigens darf man doch ſchwerlich ſo weit gehen, wie Reinhardt a. a. O. §. 115, Brackenhöft in dieſem Archiv Bd. XX., S. 397 und Andere, und das ſtillſchweigende Geſtändniß im Civilproceß ganz verwerfen. Wer im Rechtsſtreit Er-

Das letztere geht, gleich dem ausdrücklichen, aus dem Willen des Geſtehenden hervor, und iſt nur in der Form der Aeußerung dieſes Willens davon unterſchieden, indem es aus Handlungen oder Unterlaſſungen der betreffenden Perſon geſchloſſen wird, welche dem Richter nach den Geſetzen der Logik und der Pſychologie die Ueberzeugung geben, daß dieſe Perſon dabei den Willen gehabt habe, zu geſtehen, während ſie bei dem ausdrücklichen Geſtändniß dieſen Willen durch Worte oder andere Zeichen, die conventionell einen beſtimmten Sinn, gleich den Worten haben, ſelbſt kundgethan hat. Bei dem fingirten Geſtändniſſe hingegen kömmt es auf den Willen derjenigen Parthei, zu deren Nachtheil es als vorhanden angeſehen wird, nicht an; dieſer Wille zu geſtehen kann zwar vorhanden ſein, aber es iſt dies nicht nöthig, ſondern gleichgültig, und es wird nur wegen des Eintritts eines gewiſſen proceſſualiſchen Ereigniſſes angenommen, d. h. fingirt, daß die Parthei geſtanden habe. Daraus folgt, daß das fingirte Geſtändniß ſchlechterdings eine beſtimmte Rechtsnorm, ein Geſetz oder ein Gewohnheitsrecht im proceſſualiſchen Sinne vorausſetzt, welche die Annahme deſſelben bei Vorhandenſein des fraglichen Ereigniſſes vorſchreibt, und daß der Richter ohne eine ſolche Vorſchrift niemals befugt ſein kann, ein Geſtändniß zu fingiren[6]). Dabei ſcheint es eine ziemlich müßige Frage zu ſein, ob man dieſe Fiction eine praesumtio juris et de jure nennen will oder nicht[7]). Bekanntlich iſt dieſer Begriff erſt in neuerer Zeit gemacht worden, man verſteht darunter gewöhnlich nur diejenigen vom Geſetz aufgeſtellten Vermuthungen, welche keinen Gegenbeweis zulaſſen, es kömmt auch bei ihnen nicht auf den Willen der betreffenden Perſon an, und ſie ſind daher jedenfalls den Fictio-

klärungen abgiebt, aus welchen auf ſeinen Willen, eine gewiſſe Thatſache zu geſtehen, geſchloſſen werden muß, oder wer Thatſachen zugeſteht, die dieſen ſeinen Willen zu erkennen geben, der hat allerdings nicht ausdrücklich, ſondern (im letzteren Falle wenigſtens mittelbar) ſtillſchweigend geſtanden. Doch iſt dies mehr nur ein Streit um die Terminologie.

6) Es entſpricht dies auch der allgemeinen Natur aller Fictionen, L. 8. D. de castrensi peculio (49, 17). Richter l. c. p. 13, 24.

7) Puchta, Gewohnheitsrecht, Thl. II. S. 162, Note 15. Pfeiffer, praktiſche Ausführungen, Bd. II. S. 91. Arndts Beiträge S. 137.

nen beizuzählen. Allein jede Fiction, und namentlich die Fiction des Geſtändniſſes deshalb als Vermuthung zu bezeichnen, ſcheint doch bedenklich, weil die Vermuthung ſtets eine aus den concreten Umſtänden hervorgehende Wahrſcheinlichkeit vorausſetzt, welche vom Geſetz anerkannt und als eine Wahrheit ausgeſprochen wird, während bei dem fingirten Geſtändniſſe, wie bemerkt, es hierauf gar nicht ankömmt und ſogar in den meiſten Fällen die Parthei, deren Geſtändniß angenommen wird, wenn ſie darum befragt werden dürfte, gerade das Gegentheil des für zugeſtanden Angenommenen behaupten, oder den Willen zu geſtehen beſtimmt in Abrede ſtellen würde.

Dagegen muß man das fingirte Geſtändniß unbedingt und in allen Fällen ſeines Vorkommens für die nachtheilige Wirkung eines begangenen prozeſſualiſchen Ungehorſams oder ſ. g. Ungehorſamsſtrafe erklären[8]), indem, wie noch gezeigt werden wird, alle Fälle ſeines Vorkommens ſich lediglich auf dieſen Begriff zurückführen laſſen. Dies iſt wichtig, weil ſich darnach die Erforderniſſe des fingirten Geſtändniſſes, welche außer dem ſchon erwähnten der Nothwendigkeit einer beſtimmten Rechtsvorſchrift noch vorhanden ſind, beſtimmen laſſen, und ſie müſſen demgemäß überhaupt den Erforderniſſen für den Eintritt aller prozeſſualiſchen Ungehorſamsſtrafen gleichſtehen[9]). Insbeſondere muß behauptet werden, daß der Vorgang, aus dem das fingirte Geſtändniß hervorgehen ſoll, nothwendig ein gerichtlicher geweſen ſein muß, und daß es nicht aus außergerichtlichen Handlungen oder Unterlaſſungen einer Parthei entſpringen kann, weil dieſe niemals den Charakter des Ungehorſams im prozeſſualiſchen Sinne haben können, wie ſich von ſelbſt verſteht. Ebenſo iſt hiernach ein fingirtes Geſtändniß nur dann vorhanden, wenn das Gericht ſeine Exiſtenz durch ein Decret ausgeſprochen hat[10]), was zwar un-

8) Dies bezweifeln Manche z. B. Danz a. a. O. Note a), ſ. auch Richter l. c. p. 13 ff. Richtig iſt Oſterloh a. a. O.

9) Auf dieſen beſtrittenen Gegenſtand kann hier nicht näher eingegangen werden.

10) Wenigſtens nach gemeinem Civilproceßrecht; in Landesprozeßrechten wird nicht ſelten das fingirte Geſtändniß bei Eintritt eines gewiſſen Umſtandes ipso jure für vorhanden erklärt.

ter den älteren Canoniſten zweifelhaft geweſen zu ſein ſcheint, obwohl ſie ſich ſchließlich für die Nothwendigkeit des Decrets erklärten[11]) und was die einſchlagende Decretale[12]) allerdings nicht entſcheidet, was aber nach den Reichsgeſetzen entſchieden angenommen werden muß[13]) und den richtigen Grundſätzen über den prozeſſualiſchen Ungehorſam überhaupt entſpricht.

Indeſſen wird ſich die Richtigkeit dieſer Behauptung und überhaupt die Natur und Wirkung des fingirten Geſtändniſſes nur dann beurtheilen laſſen, wenn man die einzelnen Fälle betrachtet, in welchen es vorkömmt, und zwar müſſen zuerſt diejenigen erwogen werden, welche ſich nur im älteren Rechte finden, alſo für uns nur von hiſtoriſchem Intereſſe ſind.

1) Eine ziemlich dunkle Anwendung des Begriffs des fingirten Geſtändniſſes findet ſich bei Gajus[14]) in einer mangelhaften, jedoch von Heffter[15]) wahrſcheinlich mit Glück reſtituirten Stelle. Bei den reſtitutoriſchen und exhibitoriſchen Interdicten konnte nämlich der Beklagte einen Arbiter verlangen, und wenn er zur Reſtitution oder Exhibition condemnirt war und Folge leiſtete, ſo wurde er freigeſprochen; gehorchte er nicht, ſo erfolgte nun die Condemnation zur Entrichtung des Geldwerthes. Bot er aber nicht einmal dem Kläger die Reſtitution oder Exhibition an, ſo wurde nach der Anſicht der Proculejaner angenommen, daß er ſeiner Schuld geſtändig ſei, alſo dieſes Geſtändniß fingirt, während jedoch Gajus berichtet, daß dieſe Meinung in der Praxis als eine verkehrte beſeitigt ſei, und ſich nicht weiter über dieſe Fiction eines Geſtändniſſes ausläßt. Die gewöhnliche confessio in jure darf man in keiner Hinſicht hierher beziehen, denn ſie war ein ausdrückliches vor dem Prätor abgelegtes Geſtändniß und von einer Fiction iſt dabei nicht die Rede[16]).

---

11) Wie aus der Gloſſe zu cap. 2 in VI. de confessis (2, 9) hervorgeht.

12) Cap. 2 in VI. cit.: „haberi debet super iis — pro confesso.“

13) Kamm. Ger. Ordg. von 1555, Thl. IV. tit. X. §. 3—8, Dep.-Abſch. v. 1600 §. 88, ſ. auch Richter l. c. p. 27.

14) Gaj. IV. §. 163.

15) Heffter Gaji Jcti institut. comm. III. p. LXII. p. 116, 117, ſ. auch Keller, der röm. Civilprozeß §. 67. a. E.

16) Savigny, Syſtem, Bd. VII. S. 6. ff. Keller §. 63.

2) Ferner kömmt ein fingirtes Geſtändniß bei den interrogationes in jure vor. Bei dieſen, ſoviel wir aus den in den Quellen enthaltenen Anwendungen urtheilen können, die Paſſivlegitimation des Beklagten betreffenden Fragen des Klägers oder des Prätors[17]) an den Erſteren galt nämlich der Grundſatz, daß, wenn der Befragte entweder die Unwahrheit antwortete und ſpäterhin dieſer Lüge überführt wurde[18]), oder wenn er die Antwort ganz, auch nachdem ihm eine Bedenkzeit geſtattet worden, verweigerte[19]), fingirt wurde, er habe die ihm nachtheiligſte thatſächliche Antwort gegeben. Daß wir dieſe römiſchen interrogationes in jure heut zu Tage nicht mehr anwenden, wird wohl von Niemand bezweifelt[20]).

3) Ein weiterer Fall des fingirten Geſtändniſſes findet bei dem gerichtlich zugeſchobenen Eide, römiſch jusjurandum necessarium genannt, im Gegenſatz zu dem außergerichtlich geforderten Eide, jusjurandum voluntarium, ſtatt. Auch hier wurde die Verweigerung der Eidesleiſtung als Geſtändniß der Wahrheit derjenigen Thatſache angeſehen, deren Unwahrheit hätte beſchworen werden ſollen[21]); doch wird ſich dieſer Fall beſſer bei Betrachtung des heutigen Rechtes erörtern laſſen.

4) Es wurde ferner aus dem für das Strafverfahren geltenden Grundſatze: intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur[22]), auch für die Civilrechtsſtreitigkeiten des Fiscus mit dem eines Verbrechens Angeſchuldigten, welche über die Confiscation des Vermögens oder einzelner Theile entſtanden, die Regel abgeleitet, daß derjenige, welcher mit dem gegen ihn aufgetretenen Ankläger einen Vertrag abſchloß und ihn dadurch zur Zurücknahme der Anzeige bewog, des Verbrechens für geſtändig erachtet werden ſollte[23]).

17) Späterhin der Iudex, L. 1. §. 1 D. de interrogat. (11, 1).

18) L. 26 §. 3. D. de noxalib. actionib. (9. 4) L. 4 pr. L. 5. L. 11 §. 1, 2, 3, 7, 9. L. 17 D. de interrogat. (11, 1).

19) L. 11 cit. §. 4, 5, 7. Böhmer l. c. §. 7 ff. p. 79 ff.

20) Böhmer §. 9. p. 81, 82. Savigny a. a. O. S. 43, 2.

21) L. 34 §. 6 L. 38 de jurejurando (12, 2). Keller §. 64. Savigny a. a. O. S. 53 ff.

22) L. 5 D. de his qui notantur infamia (3, 2) L. 7 D. de praevaricat. (47, 15). L. 2 D. de bonis eorum (48, 21).

23) L. 4. L. 29 pr. de juribus fisci (49, 14).

Doch ist dieser Fall des fingirten Geständnisses offenbar als eine civilprozessualische Anomalie anzusehen, welche eben nur durch Herüberziehung jener criminalprozessualischen Regel entstand.

5) Besonders wichtig war nach canonischem Rechte dasjenige fingirte Geständniß, welches in Folge der Positionen angenommen wurde. Im canonischen Rechte erscheinen die Positionen, welche wahrscheinlich auf unrichtiger Ansicht über die römischen interrogationes beruhten, in einer sehr umfassenden Weise[24]), indem nach erfolgter genereller Litiscontestation der Kläger seinen thatsächlichen Klaggrund in dessen einzelne Bestandtheile zerlegen, diese in Form bestimmter Behauptungen, positiones, aufstellen, und von dem Beklagten eine bestimmte Antwort darüber fordern konnte, worauf dieser einen Calumnieneid über die Wahrheit der von ihm abzugebenden Antwort leisten und dann diese Antwort selbst ertheilen mußte. Dabei machte es keinen Unterschied, ob die Positionen verneinende oder bejahende Behauptungen enthielten[25]), und die Befragung des Beklagten erfolgte durch den Richter, der auch über die Zulässigkeit der einzelnen Fragen zu entscheiden hatte. In diesem Umfang, nach welchem die Positionen eigentlich die gesammte thatsächliche Grundlage für die Entscheidung bildeten, und von Beweisführung nur noch hinsichtlich der, nach Ansicht des Klägers mit Unrecht verneinten Positionen die Rede sein konnte, kommen sie noch in den älteren Reichsgesetzen vor[26]), woselbst es auch gestattet ward, die Positionen sogleich in der Gestalt von Klagartikeln vorzubringen, und dem Kläger gleichfalls ein Gefährdeeid (juramentum dandorum) auferlegt wurde. Dagegen beschränkte das neueste Reichsgesetz[27]), nachdem es die articulirte

---

24) S. darüber: cap. un. X. de litis contestat (2. 5.) cap. 54 §. 3 (partibus) X. de electione (1. 6) cap. 2 in VI. de confessis (2. 9) clem. 2. de verbor signific. (5. 11)

25) cap. 1 in VI. de confessis (2. 9).

26) R. A. v. 1500 („Ratificat. der Artikel des Kammergerichts") XIII. §. 3. 4. R. A. von 1507 („Ordnung der Termin.") I. §. 7 R. K. G. O. von 1523 tit. III. §. 3—6 R. K. G. O. von 1555 Thl. III. tit. 12 §. 8 tit. 13 §. 2. 3. 5. tit. 14 §. 2 tit. 15 §. 1. 4. 5. Schmid, Handb. des Civilprozesses Bd. II. §. 110, S. 98 ff.

27) J. R. A. von 1654. §. 41. 49 cf. c. § 34.

Klagform aufgehoben und dem Beklagten die ſpecielle Einlaſſung auf die einzelnen thatſächlichen Behauptungen in der Klage vorgeſchrieben hatte, die Poſitionen auf das Beweisverfahren, und erlaubte nur noch dem Producenten „Probatorialarticul" einzubringen, über welche der Product, nachdem beide Partheien das juramentum dandorum et respondendorum geleiſtet hatten, zu antworten ſchuldig war, und nun erſt über die von ihm nicht eingeräumten Poſitionen die Beweisantretung erfolgte. Zwar wird dieſe Beſchränkung des Gebrauchs der Poſitionen von Manchen bezweifelt[28]), allein mit Unrecht, indem die Worte des Reichsgeſetzes:

„ſo wird der Gebrauch ſolcher Articul und Antwortungen „doch nicht, wie bißhero ohne Unterſcheid, ſondern allein „auf die aus dem Klaglibello gezogenen Proba„torialarticul — den Partheyen, ſo es begehren werden „vorbehalten" —

und

„etliche kurze Probatorialarticul — aus der Subſtanz des „Klaglibells oder reſpective Exceptions-Schrifft „zu ziehen"

deutlich zeigen, daß die Klage und die Einredeſchrift keine Poſitionen mehr enthalten und keine ſolche unmittelbar daraus abgeleitet werden durften, ſondern daß nur der Stoff zu denſelben aus der Klage nnd Antwort entnommen wurde und daß ſie nur noch als Einleitung zum Beweisverfahren vorkommen konnten. Es wird nun für dieſe Poſitionen vorgeſchrieben, daß wenn der Richter ſie zuläſſig befunden hat, der Ponat darauf antworten muß, und wenn er ſich deſſen weigert oder in der dazu anberaumten Friſt ſeiner Pflicht nicht nachkömmt, ſein Eingeſtändniß der in den nicht beantworteten Poſitionen behaupteten Thatſachen angenommen werden ſoll — haberi debebit pro confesso[29]) — ſodaß hier der Charakter des fingirten Geſtändniſſes, als einer Strafe des pro-

28) Schmid a. a. O. S. 401. Note 19. Oſterloh, Lehrbuch des ordentl. Civilprozeſſes, § 123. Zuweit geht Deurer im Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. XXV. S. 207, der ſchon in dem angef. J. R. A. die gänzliche Abſchaffung aller Poſitionen findet, ſ. Böhmer l. c. §. 11.

29) Cap. 2. X. de confess. cit.

zessualischen Ungehorsams recht klar hervortritt. Dieses ganze Institut der Positionen muß übrigens, ungeachtet die Lehrbücher es als Bestandtheil des heutigen Civilprozeßrechts anführen [30]), dennoch für antiquirt angesehen werden, indem es schon früher im sächsischen und hannöverschen Prozeßrechte nicht vorkam, und wegen der Collision der von dem Ponenten, wie von dem Ponaten zu leistenden Gefährdeeide mit der nachfolgenden Beweisführung, in welcher sogar die Zuschiebung des Schiedseides in gewöhnlicher Weise gestattet war, mit Recht als durchaus verwerflich erkannt wurde [31]). So ist es gekommen, daß wenigstens seit Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts die Positionen in den deutschen Gerichten verschwunden sind, und bezweifelt werden muß, ob noch ein lebender Practiker sich ihrer Anwendung zu erinnern weiß. Eine solche wahre desuetudo, zumal wenn sie auf so gutem Grunde beruht, ist aber ebenso gut eine processualische Rechtsquelle, wie das Gesetz.

Weit zahlreicher und characteristischer sind die Fälle des fingirten Geständnisses im geltenden gemeinen Civilproceßrechte, und sie bilden einen wichtigen Theil unserer Betrachtung.

Hierher gehört vor Allem:

1) der Ungehorsam des Beklagten in Ansehung der ihm durch Decret gehörig anbefohlenen Einlassung auf die Klage im ordentlichen Proceß. Zwar kann nach gemeinem Recht aus diesem Ungehorsam bekanntlich kein fingirtes Zugeständniß des thatsächlichen Klaggrundes abgeleitet werden, wie jetzt wohl allgemein anerkannt ist, und daher nicht weiter erörtert werden soll. Allein die meisten Landesproceßrechte neigen sich zu der gegentheiligen Ansicht, so daß sie praktisch in Deutschland dennoch die herrschende geworden ist; und in Zusammenhang mit der neueren Richtung auf möglichste Beschleunigung des Prozeßganges, zufolge deren auch meistens die richterlichen Fristen zu wahren

30) Schmid und Osterloh aa. aa. OO. Linde, Lehrbuch §. 221. Martin Lehrbuch § 318 u. s. w.

31) Claproth, Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 221. a. E. Böhmer, l. c. §. 11. Deurer a. a. O. Doch ist Böhmer hierüber schwankend.

Fatalien geworden ſind, wird faſt überall aus dem Ungehorſam des Beklagten, der ſich innerhalb der dazu geſetzten Friſt gar nicht oder nicht gehörig auf die Klage eingelaſſen hat, das fingirte Eingeſtändniß derſelben abgeleitet. Ueber die Erforderniſſe, welche zum Vorhandenſein dieſes Ungehorſams nöthig ſind, ſoll nicht weiter geſprochen werden. Zu bemerken iſt nur, daß es keinen Unterſchied macht, ob Beklagter innerhalb der Friſt ſich nicht vernehmen läßt, oder ob er zwar eine Eingabe bei Gericht einreicht, in derſelben aber die Einlaſſung unterläßt, oder endlich, ob er ſich zwar einläßt, aber einzelne Punkte des thatſächlichen Klaginhaltes gar nicht oder nicht gehörig beantwortet[32]; in allen dieſen Fällen tritt die Fiction des Eingeſtändniſſes der Klage in dem gleichen Umfang ein, in welchem Beklagter ungehorſam geweſen iſt.

Dieſer Grundſatz findet ſich zuerſt in dem gemeinen ſächſiſchen Proceßrechte[33], obwohl nicht beſtimmt ausgeſprochen, iſt aber nachher in allen ſächſiſchen Prozeßordnungen und neueren Prozeßgeſetzen (jedoch hier und da mit einigen Modificationen) auf das Entſchiedenſte aufgeſtellt worden[34]. Er iſt auch in die meiſten außerſächſiſchen neueren Landesprozeßordnungen übergangen, und findet ſich namentlich im preußiſchen[35], badiſchen[36]

---

32) Böhmer, l. c. §. 18 ff. Das Reichskammergericht machte allerdings den im Texte erwähnten Unterſchied und nahm, wenn der Beklagte gar nicht erſchien, die Fiction der Abläugnung der Klage, wenn er aber erſchien und nicht gehörig antwortete, die Fiction des Eingeſtändniſſes an. Schmelzer, Contumacialprozeß S. 119 ff.

33) Constit. elector. Saxonic. v. 1572. P. I. const. 10.

34) Alte ſächſ. Prozeßordn. t. XVI. §. 1. Erneſt. Prozeßordn. P. I. cap. 2. §. 5. cap. 4. §. 2. cap. 8. §. 2. Rudolſt. Prozeßord. P. II. tit. IX. §. 4. Eiſenach. Prozeßordn. t. VII. §. 4. Erläuterte ſächſ. Prozeßordn. ad tit. XVI. §. 1. tit. IV. §. 1. 2. Altenburg. Prozeßord. P. I. c. XIV. §. 2. Gothaiſche Prozeßordn. P. I. c. I. §. 1. 2 c. VII. §. 2. Schwarzb. Patent zur Publikation der Oberappellat.-Gerichtsordn. vom 8. Sept. 1817 §. 5. Weimar. Geſetz vom 12. April 1833, §. 14. 32. Sondershauſ. Geſetz v. 20. Febr. 1834, §. 33. 34. Altenburg. Geſetz vom 14. Oct. 1852, § 5.

35) Allgem. Gerichtsordn. Einlett. §. 14. Tit. 8. §. 9. ff. Tit. 9. §. 44. Tit. 14. §. 52. Geſetz vom 21. Juli 1846, §. 4. Verordn. vom 9. Febr. 1849, §. 27. 4 §. 29.

36) Prozeßordn. für Baden von 1851, §. 273, 301, 323. 1.

hannöverſchen[37]), braunſchweigiſchen[38]) und frankfurtiſchen[39]) Rechte, während er nur in wenigen Proceßrechten, z. B. in dem bayriſchen[40]) nicht aufgenommen, ſondern hier der Grundſatz des gemeinen Rechtes, daß der Ungehorſam hinſichtlich der Einlaſſung die Fiction der geſchehenen Verneinung der Klage nach ſich ziehen ſoll, beſtätigt worden iſt. In den erſtgenannten Prozeßrechten iſt dieſer Fall des fingirten Geſtändniſſes, wie natürlich, der am häufigſten vorkommende und deßhalb bei weitem der wichtigſte.

2) Hieran ſchließt ſich ein anderer, eng mit dem vorigen zuſammenhängender Fall, in welchem man auch für das gemeine Civilproceßrecht das fingirte Eingeſtändniß der Klage gerechtfertigt finden will. Es kömmt nämlich bekannter Maaßen oft vor, daß der Beklagte ſich zwar innerhalb der Friſt auf die Klage einläßt, allein dabei einzelne Punkte derſelben mit Stillſchweigen übergeht, oder ſeine Antwort ſo unbeſtimmt, dunkel oder verworren giebt, daß man deren wahren Sinn nicht entnehmen kann. Hier unterliegt es keinem Bedenken und iſt in einem ganz analogen Falle ſogar im canoniſchen Rechte ausdrücklich vorgeſchrieben[41]) daß der Richter dem Beklagten eine beſſere Einlaſſung über dieſe, im Decret ſpeciell zu bezeichnenden Punkte, und zwar binnen einer anberaumten Friſt auferlegt. Allein wenn Beklagter auch dieſem Befehl innerhalb der Friſt nicht nachkömmt, ſo wollen Manche nach Vorgang des Reichskammergerichts, ſ. Note 32), zur Strafe ſeines Ungehorſams alsdann das Eingeſtändniß der fraglichen einzelnen Klagbehauptungen fingiren und laſſen daher dieſe poena confessi in dem vorausgehenden Decrete drohen[42]). Dies kann jedoch nicht gebilligt werden. Von den dafür angeführten

37) Allgem. bürgerl. Prozeßordn. v. 1850, § 155, 201, 211, 474, 475.

38) Civilprozeßordn. von 1850, §. 71—73, 113.

39) Verordnung vom 30. Dec. 1819, §. 34—36.

40) Cod. judic. Bavar. c. 6 §. 16, 1., ſ. überhaupt noch Mittermaier, Beiträge, St. II., S. 120. ff.

41) Cap. 70 i. f. X. de appellationibus (2, 28).

42) Gensler in dieſem Archiv I., S. 48. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, Ausg. von Heffter IV. §. 19, S. 78, 79. Martin, Lehrbuch §. 162 II.

Rechtsquellen[43]) ſpricht nämlich die römiſche lediglich von den interrogationes in jure und kann daher unmöglich auf unſere heutige Pflicht der ſpeciellen Einlaſſung bezogen werden; das Reichsgeſetz aber, welches ſchon erörtert worden, handelt nur von den Poſitionen, und gehört folglich auch nicht hierher. Es muß vielmehr der vorher unter 1) erwähnte allgemeine Grundſatz des gemeinen Rechtes, daß aus der ungehorſam unterbliebenen Einlaſſung nur die Fiction der Verneinung der Klage hervorgehen ſoll, auch in dieſem Fall angewendet werden, indem kein Geſetz für denſelben eine Ausnahme macht, und ſich in der That kein Grund einſehen läßt, weshalb der blos theilweiſe Ungehorſam des Beklagten, der ſich im Uebrigen auf die Klage einließ, härter beſtraft werden ſollte, als der abſolute, wenn er ſich gar nicht eingelaſſen hat[44]). Es ſcheint aber beinahe, als ob man nur durch Verwechſelung dieſes Falles und des die beſſere Einlaſſung auferlegenden Decretes, mit dem richterlichen Fragerechte — ſ. nachher 5) — zu der hier widerlegten willkührlichen Annahme gekommen wäre; denn die von Gensler aufgeſtellte Behauptung, daß man nach „dem Geiſte der Geſetze" hier das Eingeſtändniß fingiren müſſe, ermangelt aller Begründung. Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß, wo die Theorie des ſächſiſchen Prozeßrechtes über die Wirkung des Ungehorſams des Beklagten hinſichtlich der Einlaſſung gilt, dieſer Fall nicht beſonders beurtheilt werden darf, ſondern unter die allgemeine Nothwendigkeit der poena confessi fällt.

3) Die nämliche Frage muß für die verſchiedenen Arten des ſummariſchen Proceſſes erörtert werden. Zwar kann ſie im unbedingten Mandatsprozeſſe, in welchem überhaupt von dem Impetraten keine Einlaſſung gefordert wird, nicht vorkommen, und ebenſowenig im Arreſtprozeſſe, in welchem der Impetrat lediglich im Rechtfertigungstermin die vorgebrachte Arreſturſache und deren Beſcheinigung anzugreifen, nicht aber ſich

---

43) L. 11 §. 4, 5, 7. D, de interrogationibus (11, 1) J. R. A. von 1654, §. 41 a. E.

44) So auch Böhmer l. c. §. 27. Linde, Abhandl. I., S. 39. ff. Bayer, Vorträge über d. ordentl. Civilprozeß, §. 212, S. 662.

auf unbescheinigte Behauptungen der Arrestklage einzulassen hat, und folglich in dieser Beziehung keinen Ungehorsam begehen kann. Dagegen muß sie im bedingten Mandatsprozesse aufgeworfen werden. Denn hier wird die Klage dem Impetraten mitgetheilt und ihm aufgegeben, binnen anberaumter Frist entweder den Impetranten zu befriedigen oder Einreden (causales) gegen die Klage vorzubringen; und wenn er beides unterläßt, so wird auf Anrufen des Impetranten ein unbedingtes Mandat erlassen. Hierin liegt also die Ausschließung aller Einreden von Seiten des Impetraten. Unstreitig muß man aber unter den ihm gestatteten „Exceptiones und Einrede“ [45]) auch das Abläugnen des thatsächlichen Klaggrundes verstehen, welches dem Impetraten freisteht, weil die bedingte Mandatsklage regelmäßig, obwohl eigentlich mit Unrecht, ohne sofortige Bescheinigung erhoben wird [46]). Es folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß, wenn der Impetrat diese Abläugnung, also eine specielle Einlassung auf den thatsächlichen Inhalt der Klage unterläßt, er der Klage für geständig fingirt werden muß, was eben zur Folge hat, daß er nunmehr auf neues Anrufen des Impetranten in der Form des unbedingten Mandats verurtheilt wird; hat er außerdem Einreden vorgeschützt, so setzt dies natürlich voraus, daß das Gericht sie für unbegründet erachtet. Dies war auch die Ansicht des Reichskammergerichts [47]), die in mehrfachen Urtheilen ausgesprochen worden ist, und sie muß daher nach bekannter Vorschrift der Reichsgesetze [48]) für eine processualische Norm angesehen werden. Im Executivproceß kann diese Frage nicht vorkommen, weil er keine Einlassung auf die Klage kennt; und im unbestimmt summarischen Proceß ist kein Grund zu finden, weshalb man von dem allgemeinen Grundsatze des gemeinen Rechtes abweichen sollte, da diese Proceßart sich durchgängig dem ordentlichen Processe anschließt, und namentlich die Gleichstellung der Einlassung des Beklagten im un-

45) J. R. A. von 1654, §. 81.

46) Clayroth, Einleit. in d. summar. Proc. §. 151. Bayer, summ. Prozeß §. 18, 5). Mittermaier, Beiträge St. IV., S. 221.

47) Schmelzer, S. 132. ff., 374. ff.

48) J. R. A. §. 137.

nicht genügend die Existenz und Beschaffenheit der Scheidungsursache beweisen kann, sondern noch durch andere Umstände unterstützt sein soll, wofür Alexander III. den gewiß sehr würdigen Grund anführt: nolentes igitur matrimonia canonice contracta levitate quadam dissolvi; man läßt daher hier die Fiction des Eingeständnisses gewöhnlich nicht eintreten[54]). Am bedenklichsten endlich ist unsere Frage bei dem possessorium summariissimum. Wird dieser Streit, weil Implorant seine Klage wegen Störung des jüngsten Besitzes bereits genügend bescheinigt hat, im Wege des unbedingten Mandatsprocesses verhandelt, d. h. ist die Bescheinigung dessen Erfordernissen entsprechend, dann kann freilich überhaupt von Einlassung keine Rede mehr sein, sondern das Manutenenzdecret wird sofort auf die Klage erlassen. Dies wird jedoch bei der großen Schwierigkeit einer sofortigen Bescheinigung nur sehr selten möglich sein, und es erfolgt daher in den meisten Fällen die Verhandlung im Wege des unbestimmt summarischen Verfahrens[55]). Für diesen Fall findet sich nun zwar keine directe gesetzliche Vorschrift, allein das Gebot an das Reichskammergericht, bei zu besorgender Gewaltthätigkeit zuerst die Sequestration des streitigen Gegenstandes oder ein Provisorium wegen des Quasibesitzes zu verfügen:

„und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Pro-
„ceß oder andere weitläuftige Ausführung der Sachen zu er-
„kennen"[56]) —

zeigt ohne Zweifel, daß jede Weiterung in der processualischen Verhandlung dieses jüngsten Besitzstreites unbedingt vermieden werden soll, und daraus ist unstreitig die Befugniß des Richters, den Imploraten zur Einlassung bei Strafe des fingirten Eingeständnisses, zu laden, als eine durchaus gebotene Consequenz abzuleiten[57]). Daß dies auch der Gerichtsgebrauch des Reichskam-

54) Cap. 7 X. de sentent. (2, 27), cap. 5 X. de eo qui cognovit. (4, 13). Schwankend ist Böhmer, l. c. §. 14, s. die richtige Ansicht aber besonders bei Strippelmann, das Ehescheidungsrecht §. 38, S. 231, §. 53, S. 272 ff.

55) Schmid, Handbuch, Th. II., §. 193, S. 91, 92.

56) R. K. G. O. von 1555, Th. II., tit. 21, §. 3.

57) Die Meisten erwähnen diese Frage gar nicht bei Behandlung des

mergerichts geweſen iſt, läßt ſich aus dem die mitgetheilten Worte wiederholenden Concept der K. G. O.[58]) ſchließen, obwohl andere beſtimmte Zeugniſſe darüber fehlen.

4) Die gleiche Frage kömmt ferner in allen drei ſo eben erörterten Beziehungen hinſichtlich des Ungehorſams des Klägers im Repliciren, und des Beklagten im Dupliciren vor. Auch hier fehlte es ſogar im Reichskammergerichte in früherer Zeit nicht an Vertheidigern der Anſicht, daß in dieſem Falle des Eingeſtändniß der in der vorhergehenden Partheiſchrift behaupteten Thatſachen zu fingiren ſei, allein die gegentheilige Anſicht ſiegte endlich doch[59]), und es wurde nur die Ausſchließung mit dem verſäumten Repliken oder Dupliken als Folge des Ungehorſams verfügt[60]).

5) Dagegen muß in einem anderen, freilich vielfach beſtrittenen Falle, die Fiction des Geſtändniſſes als Strafe des Ungehorſams behauptet werden, nämlich bei dem Fragerechte des Richters. Wenn wir nämlich auch die interrogationes in jure nicht mehr in der römiſchen Form anwenden können, in welcher ſie noch im Juſtinianiſchen Rechte vorkommen, und unſer Gerichtsgebrauch eine entſchieden desuetudo derſelben bewirkt hat, ſo muß doch ebenſo entſchieden behauptet werden, daß dem Richter die Befugniß zuſteht, jeder Parthei Fragen zu ſtellen und zwar in Form eines Decretes, welches der Parthei die Frage beſtimmt vorlegt und die Antwort darauf anbefiehlt. Das canoniſche Recht ſtellt nämlich für den ordentlichen Proceß den Grundſatz auf:

> cum judex, qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit[61]) —

und dieſe Worte geben unſtreitig auch den Umfang dieſes Frage-

---

possess. summar. Richtig entſcheiden Claproth a. a. O., §. 40 b. Danz a. a. O., §. 63, 3.

58) Concept der R. K. G. O., Th. II., tit. 21, §. 4.

59) Schmelzer, a. a. O., S. 143.

60) J. R. A. von 1654, §. 57.

61) Cap. 10 X. de fide instrumentor. (2, 22). Dieſe Decretale gründet ſich weſentlich auf can. 10. Csa. 30, qu. 5, und iſt eigentlich nur deren weitere Ausführung.

rechtes an, während die für den ſummariſchen Proceß dem Richter ebenfalls ertheilte Befugniß zur Befragung der Partheien [62]) unbeſtimmter, und eigentlich gänzlich ſeinem billigen Ermeſſen der Umſtände (ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit) anheimgegeben iſt. Innocenz III. erzählt nämlich in der erſtgedachten, im J. 1208 ergangenen Decretale ſehr ausführlich einen vor dem Stadtgerichte in Viterbo verhandelten Rechtsſtreit, in welchem das Beweisverfahren, namentlich die Vernehmung von Zeugen ſtattgefunden hatte und Urkunden producirt worden waren, auch die Verhandlung der Partheien über das Reſultat der Beweisführung, alſo dasjenige erfolgt war, was wir jetzt das Hauptverfahren nennen. Allein der Beweis war über einen wichtigen Punkt ungenügend und ſich widerſprechend geblieben, und nun wird ſogar nach Schluß des Streitverfahrens zwiſchen den Partheien (postquam a partibus exstitit in caussa conclusum) dem Richter die Befugniß zur Stellung von Fragen zugeſprochen, jedoch nur inſoweit ihm ſelbſt noch ein Zweifel über einen Punkt geblieben ſei, deſſen Aufklärung zur Urtheilsfällung nothwendig ſcheine. Man ſieht, daß hier weder von der römiſchen, ſtets der Klagerhebung vorangehenden interrogatio in jure, noch von Poſitionen die Rede iſt. Aber zugleich ergibt ſich, daß der Richter nicht etwa neue Thatumſtände von den Partheien durch Fragen erfahren darf, welche dieſe im Laufe der Verhandlungen gar nicht vorgetragen haben, was ohnehin mit der unſerem Prozeßrecht überall zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime unvereinbar ſein würde. Vielmehr ſoll der Richter nur über ſolche thatſächliche Verhältniſſe, welche die Partheien zwar angeführt haben, welche ihm aber dunkel oder zweifelhaft geblieben ſind, Fragen an ſie ſtellen dürfen. Dies kömmt nun in unſerer heutigen Praxis nicht ſo ſelten vor; eine Parthei erwähnt z. B. eine dem Gegner bekannte Thatſache, dieſer hat, weil er ſie eben genau kennt, gegen die an ſich mangelhafte und unklare Art des Vortrags nichts einzuwenden, der Richter aber verſteht ihn nicht und bedarf doch des Verſtändniſſes über dieſen Punkt nothwendig, um das Urtheil fällen zu können. Hier

62) Clem. 2 de verbor. signific. (5, 11).

bleibt ihm in der That nichts übrig, als ſich dieſe unentbehrliche Aufklärung durch Fragen an die eine oder andere Parthei, in der Regel an diejenige, welche den unklaren Vortrag gehalten hat, zu verſchaffen, was der Richter, wie bemerkt, in Form eines Decretes thut.[63]) Beantwortet aber die befragte Parthei innerhalb der dazu anberaumten Friſt die Frage nicht, ſo bleibt wieder nichts anderes übrig, als zu fingiren, daß ſie die ihr nachtheiligſte Beantwortung vorgenommen habe, d. h. das Eingeſtändniß der ihr nachtheiligen Thatſache anzunehmen, weil zunächſt die geſetzliche Vorſchrift von der im Falle des Ungehorſams zu fingirenden verneinenden Einlaſſung auf die Klage hierher überhaupt nicht paßt, und weil der Ungehorſam gegen einen derartigen gerichtlichen Befehl in der That allzu ſtrafwürdig und allzu ſtörend für den gehörigen Verlauf des Rechtsſtreites iſt, als daß nicht dieſe härteſte Strafe verhängt werden ſollte, welche, wie ſich von ſelbſt verſteht, vorher in dem Decrete als Präjudiz angedroht worden ſein muß[64]). Daß dies auch die Anſicht Innocenz III. war, geht aus der Zuſammenſtellung des ausgeübten richterlichen Fragerechts mit der confessio in jure hervor, und da der jüngſte Reichsabſchied[65]) das richterliche Fragerecht ganz unbeſchränkt und namentlich in allen Stadien des Verfahrens geſtattet, indem er ſagt:

„wie dann auch dem Richter das Arbitrium auf ein oder den „andern, oder auf allen Punkten, die Antworten in jedem „Theil des Gerichts zu erfordern, frei und unbenommen bleibt"

dies aber bei Gelegenheit der Poſitionen verfügt, bei welchen der Ungehorſam des Ponaten ſtets die Fiction des Geſtändniſſes nach ſich zog, ſo kann dieſer, unter Umſtänden ſehr wichtige Fall des fingirten Eingeſtändniſſes nicht in Zweifel gezogen werden. Die neueren Landesprozeßordnungen geben auch durchgängig dem Richter die Fragebefugniß in dem hier beſtimmten Sinne, und drohen

63) Mittermaier, Beiträge St. I., S. 76—78. Linde in der Zeitſchrift f. Civilrecht und Prozeß, Bd. XIX., S. 139. Deurer im Archiv f. d. civiliſt. Praxis, Bd. XXV., S. 207, 208.

64) Brackenhöft im Archiv, Bd. XX., S. 400.

65) J. R. A. von 1654, §. 41 a. E.

der befragten Parthei für ihren Ungehorsam im Antworten die Strafe des fingirten Geständnisses[66]).

6) Auch bei dem Urkundenbeweise, jedoch nur wenn er durch Privaturkunden des Producten selbst oder solcher Personen, für welche er rechtlich zu haften verbunden ist, geführt wird, kömmt das fingirte Geständniß als Ungehorsamsstrafe vor, bei Urkunden dritter Personen natürlich nur da, wo das Landesrecht deren Gebrauch gestattet und dem Producten die Erklärung darüber befiehlt, was gemeinrechtlich nicht vorgeschrieben ist[67]). Hier wird, wenn der Beweis durch die Privaturkunde gehörig angetreten ist und sie selbst die genügende Beschaffenheit hat, im heutigen Rechte ganz allgemein dem Producten durch Decret auferlegt, im Productionstermin (oder binnen einer dazu anberaumten Frist) sich über die Aechtheit der producirten Urkunde zu erklären, also sie entweder anzuerkennen oder abzuläugnen und sich zur eidlichen Diffession zu erbieten, unter der Drohung, daß im Ungehorsamsfalle die Urkunde für anerkannt geachtet werden würde. Allerdings scheint diese poena fictae recognitionis im früheren Rechte nicht üblich gewesen zu sein, wie z. B. Georg v. Rotschitz[68]) sie nicht kennt und Chilian König[69]), bei mangelndem ausdrücklichem Eingeständniß der Aechtheit durch den Producten, nur den Beweis derselben durch die Instrumentszeugen oder andere, bei Errichtung der Urkunde anwesende Personen anführt. Allein der jüngste Reichsabschied[70]) befiehlt dem Producten, daß er:

„in puncto recognitionis auf des Klägers Erfordern sich der „Gebühr recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichem „Präjuditz und Straff des Procurators vernehmen lasse" —

und dieses „gewöhnliche Präjuditz", welches sich nicht etwa auch

---

66) Badische Proceßordn. §. 297—302. Hannöversche Proceßordn. §. 111. Braunschweig. Proceßordn. §. 73.

67) Bayer, a. a. O. §. 252. S. 838, 839. Auf den Beweis durch öffentliche Urkunden ist Obiges nicht anwendbar; falls der Product gegen sie keine Einwendungen vorbringt, so hat er eben darauf verzichtet.

68) Proceſſus Juris deutsch, 1530, Art. 32 fol. 45.

69) Proceſſus und Praktica der Gerichtsleuffte, 1542, Cap. 47, fol. 215.

70) R. A. v. 1654 §. 39 a. E. Böhmer §. 29.

auf den Procurator bezieht, ſondern dem Producten ſelbſt geſetzt iſt, war das, wahrſcheinlich aus dem ſächſiſchen Rechte herübergekommene der fingirten Anerkennung der Urkunde zur Strafe des Ungehorſams. Zwar iſt auch hierüber das Reichskammergericht nicht allezeit der gleichen Anſicht geweſen[71]). Es hat früher dem Producten die Ungehorſamsſtrafe der fingirten Anerkennung gedroht, und ſie gegen ihn auch wirklich angewendet; ſpäter wurde mitunter bei Ungehorſam des Producten dem Producenten aufgegeben, die Aechtheit der Urkunde zu beweiſen, alſo dieſelbe für geläugnet fingirt; zuletzt aber wurden die Urkunden für anerkannt und ächt fingirt und nur, wie ſich von ſelbſt verſtand, dem Producten ſeine Einreden dagegen vorbehalten, welche ſich jedoch nicht mehr auf die Aechtheit, ſondern nur auf die Beweiskraft und den Inhalt der Urkunde beziehen konnten. Dieſe letztere Anſicht iſt, wie geſagt, heut zu Tage allgemein angenommen, und es braucht nicht ausführlich erörtert zu werden, daß die Ungehorſamsſtrafe der fingirten Anerkennung der Urkunde nur eine Fiction des Geſtändniſſes ihrer Aechtheit in ſich ſchließt.

7) Ebenſo wichtig iſt die Fiction des Eingeſtändniſſes bei dem Beweiſe durch Eid. Sie kömmt hier einmal bei dem deferirten Eide vor, und auch hier in doppelter Beziehung. Zunächſt muß ſich der Delat über die an ihn geſchehene Zuſchiebung des freiwilligen Haupteides erklären, ob er ihn annehmen oder zurückſchieben oder ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle. Erklärt er ſich gar nicht darüber, nachdem ihm der Richter die Beweisantretung durch Eideszuſchiebung mittelſt Decretes mitgetheilt und ihm die Erklärung unter Androhung der Strafe des fingirten Geſtändniſſes der durch den Eid zu beweiſenden Thatſache binnen anberaumter Friſt aufgegeben hat, ſo wird er der Thatſache für geſtändig erachtet[72]). Es tritt aber auch die

71) Neurode, pragmat. Erläuterung des jüngſt. Reichsabſchiedes, zu §. 39, Anm. 107, S. 190. Schmelzer, S. 146, 147 cf. c. S. 11.

72) L. 38. D. de jurejurando (12, 2). Savigny Syſtem Bd. VII. S. 72, 73, S. 80, 81. Mit Unrecht will hier Bayer S. 718 nicht ein fingirtes Geſtändniß, ſondern nur eine praesumtio juris et de jure annehmen, während man über dieſe Strafe ſonſt ganz einig iſt.

gleiche Strafe ein, nachdem der Delat den zugeschobenen Eid angenommen hat, und ihm dessen Ableistung in einer Tagefahrt unter Androhung der Strafe des fingirten Geständnisses aufgegeben worden ist, er jedoch entweder im Termin unentschuldigt ausbleibt, oder zwar erscheint, aber die Ableistung des Eides verweigert[73]; das Gleiche gilt analog auch bei geschehener Relation des Eides, wenn der Deferent dessen Ausschwörung unterläßt. Sodann muß die nämliche Ungehorsamsstrafe bei Verweigerung eines richterlichen Eides angenommen werden, mag es der Erfüllungseid oder der Reinigungseid sein. Zwar läßt sich keine gesetzliche Vorschrift für diese Fiction auffinden, indem überhaupt der richterliche Eid erst in dem deutschen Gerichtsgebrauch seine Ausbildung erlangt hat[74], allein sie ist in den Gerichten entschieden allgemein angenommen, und in der That nicht zu entbehren.

8) Auch in dem, der Execution des rechtskräftigen condemnatorischen Urtheils oft noch vorhergehenden Liquidationsverfahren kömmt das fingirte Geständniß als Ungehorsamsstrafe vor. Bekanntlich findet dieses Verfahren statt, wenn der Beklagte zur Entrichtung von Zinsen oder Kosten verurtheilt ist, der siegreiche Kläger dieselben in seinem Executionsantrage berechnet und diese Berechnung auf einen oder den andern noch ungewissen Punkt gestützt ist, sowie, wenn der Beklagte im Urtheil nur im Allgemeinen zur Entschädigung des Klägers verurtheilt, die Größe der Entschädigungssumme aber, weil der Kläger selbst sie im Verfahren noch nicht benannt hatte, dabei nicht ausgesprochen worden ist, und er jetzt erst seinen Schaden genau angiebt und die als Entschädigung zu entrichtende Summe benennt; namentlich das Letzte ist sehr häufig[75]. In beiden Fällen wird die vom Kläger

---

73) L. 34. §. 6, 9. D. eod. L. 21. §. 2. D. de noxalibus actionib. (9, 4). L. 9. L. 12. §. 2. Cod. de rebus credit. (4, 1). Strippelmann, der Gerichtseid, Thl. II. §. 67, S. 320 ff.

74) Savigny a. a. O. S. 82, 83. Bayer, S. 914.

75) Die noch hierher bezogenen Fälle, wenn der Beklagte zur Herausgabe eines Nachlasses nach Inventar oder eidlich zu bestärkender Specification verurtheilt ist, und wenn er von einer geführten Verwaltung Rechnung ab-

zugleich mit dem Hülfsgeſuch aufgeſtellte Berechnung dem Beklagten zur Erklärung darüber durch ein Decret mitgetheilt, welches ihm für den Fall des Ungehorſams die Strafe des fingirten Eingeſtändniſſes der Richtigkeit der Berechnung (liquidi constitutio) androht; und wenn er binnen der anberaumten Friſt ſich nicht erklärt, ſo wird auf weiteres Anrufen des Klägers die Fiction des Zugeſtändniſſes (poena agniti) ausgeſprochen[76]), worauf dann zur wirklichen Execution geſchritten werden kann. Zwar läßt ſich keine ſpecielle geſetzliche Vorſchrift für dieſen Fall des fingirten Geſtändniſſes als Ungehorſamsſtrafe nachweiſen, aber das reichsgeſetzliche Gebot, die Liquidation des dem Kläger zuerkannten Anſpruches und die Execution ohne alle Weiterungen und mit möglichſter Beſchleunigung vorzunehmen, bringt dies nothwendig mit ſich[77]); auffallend iſt, daß die Literatur des Proceßrechtes dieſen Punkt faſt gar nicht berührt.

Außer dieſen im heutigen Rechte vorkommenden Fällen des fingirten Geſtändniſſes hat man mitunter auch noch die Regel hierher beziehen wollen: qui tacet, consentire videtur[78]). Allein abgeſehen davon, daß dieſer angebliche Grundſatz ſo allgemein gar nicht exiſtirt und daß man im Gegentheil aus dem Schweigen der einen Parthei auf eine Frage oder Erklärung der anderen Parthei, mag ſie in oder außer dem Rechtsſtreit vorkommen, keineswegs berechtigt iſt auf ihre Einwilligung oder Zugeſtändniß zu ſchließen, und dies vielmehr nur dann thun darf, wenn die nicht antwortende Parthei aus individuellen Gründen zur Antwort verpflichtet geweſen wäre, ihr Schweigen alſo *ein Unrecht* iſt, ſo liegt in demſelben eben nur einfach ein *ſtillſchweigendes*, aber durchaus kein *fingirtes* Geſtändniß[79]), indem aus der

---

zulegen condemnirt wurde, gehören nicht hierher. In beiden entſteht nach Herausgabe des Inventars oder Stellung der Rechnung ein neuer ſelbſtſtändiger Rechtsſtreit darüber, der im Rechnungsproceß zu verhandeln iſt.

76) Oelze, Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 335, 2. Schmelzer, S. 11.

77) Dep. Abſch. von 1600, §. 136, 137; J. R. A. §. 159, 160.

78) C. 43 in VI. de regul juris (5, 13).

79) C. 44 in VI. eod. L. 8 §. 1. D. de procuratoribus (3, 3). L.

negativen Handlung des Schweigens nur der Schluß auf den, auf die Einwilligung gerichteten und wirklich vorhandenen Willen gemacht wird; natürlich entscheiden darüber nur die besonderen Umstände des concreten Falles. Processualisch kann die Regel entschieden nicht für allgemein wahr angesehen werden; doch gehört das Nähere darüber nicht hierher. Die überaus große practische Wichtigkeit des fingirten Geständnisses im ganzen Gebiete des Civilproceßrechts ergiebt sich übrigens wohl sattsam aus den hier betrachteten Fällen seines heutigen Vorkommens[80]), welche übrigens die einzigen sein möchten.

Hat sich nun hiernach einerseits herausgestellt, daß das fingirte Geständniß durchgängig nur eine processualische Ungehorsamsstrafe ist, andererseits aber, daß es doch in der That als Geständniß betrachtet werden muß, folglich auch dessen Beschaffenheit insoweit hat, als überhaupt eine Fiction der Wirklichkeit gleichsteht, so tritt nunmehr die Frage nach seinen Wirkungen hervor, und dafür findet sich in unserer Literatur eigentlich gar keine Antwort. Richter[81]) erklärt sich sehr schwankend nur dahin, daß das fingirte Geständniß dem wirklich abgelegten ähnlich (!) sei, folgert daraus, daß es die gleiche Wirkung habe, wie das ausdrückliche Geständniß, und behauptet namentlich, daß die sofortige Verurtheilung des Gestehenden darauf gegründet werden könne, oder daß unter Umständen es nicht einmal der processualischen Behandlung und Entscheidung bedürfe, sondern die Execution sofort daraufhin nachgesucht werden könne. Dieser letzte Punkt, die Untersuchung, inwiefern überhaupt auf ein abgelegtes Geständniß der Schuld die Execution ohne vorhergehende richter-

---

5. D. de servitut. praedior. urban. (8, 2). L. 1, §. 3. D. de tributor. actione (14, 4). L. 142. D. de regulis juris (50, 17). Osterloh a. a. O. §. 134, S. 337. Linde, Abhandl. I. S. 39. Weber, Beweisführung IV. §. 19. Brackenhöft in diesem Archiv, Bd. XX., S. 397.

80) Zu erwähnen ist hier, daß Bethmann-Hollweg als praktisches Vorkommen des fingirten Geständnisses in seinen „Versuchen über die Theorie des Civilprozesses" S. 304 nur den Fall bei den Positionen und bei dem Eide anführt, also alle übrigen hier erörterten übersehen hat.

81) Diss. cit. §. XIII., p. 29.

liche Verurtheilung des Geſtandenen eintreten könne, mag hier bei Seite gelaſſen werden, da ſie die Lehre vom civilproceſſualiſchen Geſtändniß überhaupt betrifft. Dagegen muß Richters Anſicht in ihrer Allgemeinheit für unrichtig erklärt werden, obgleich ihr noch Andere [82]), aber eben ſo ungenau und ohne nähere Beſtimmung der Verſchiedenheiten des fingirten Geſtändniſſes, beipflichten. Vielmehr kann man nur durch eine Unterſcheidung hierüber zu einem klaren Reſultat gelangen.

1) Der fragliche Ungehorſam wurde in demjenigen Rechtsſtreite ſelbſt begangen, in welchem es ſich jetzt um die Wirkung des daraus abgeleiteten fingirten Geſtändniſſes handelt, m. a. W. es liegt ein gerichtliches fingirtes Geſtändniß vor, indem man unter gerichtlichem Geſtändniß überhaupt, nach allgemein angenommener und auch ganz richtiger Terminologie, dasjenige verſteht, welches von einer ſtreitenden Parthei vor dem competenten Gericht, und zwar in demjenigen Rechtsſtreit und zu deſſen Acten abgelegt worden iſt, in welchem es als Beweisgrund gegen den Geſtehenden gelten ſoll [83]). In dieſem Falle, aber auch nur in dieſem, muß das fingirte Geſtändniß für beweiſend angeſehen werden, gleich dem ausdrücklichen Geſtändniſſe, und ſogar noch mehr, indem diejenigen Gründe, welche die Beweiskraft eines gerichtlichen ausdrücklichen Geſtändniſſes zweifelhaft machen können, wie z. B. der Mangel des ernſtlichen Willens zu geſtehen, die Zweideutigkeit der gebrauchten Ausdrücke u. dgl. bei dem fingirten gar nicht vorkommen können, ſondern hier, inſofern nur aus der Verhandlung klar hervorgeht, hinſichtlich welcher Thatſache die betreffende Parthei ſich in einem der obenbeſchriebenen Fälle des Ungehorſams ſchuldig gemacht hat und demzufolge ihr Geſtändniß

82) Mevii decision. P. II. decis. 327, No. 7. Böhmer, l. c. §. XXVII. Letzterer bemerkt dabei mit Recht, daß die Wirkung des fingirten Geſtändniſſes nicht über diejenige Thatſache hinaus erſtreckt werden darf, hinſichtlich deren die Fiction angenommen werden mußte, und der Ungehorſam begangen wurde, ſ. auch Richter, l. c. p. 29.

83) C. 4. X. de judiciis (2, 1). Linde, Civilproceß §. 256. Hefftter, Syſtem des Prozeßrechtes §. 225, 226. Bayer, Vorträge §. 222, S. 700.

fingirt werden muß, daſſelbe alsdann unbedingt beweiſend iſt. Dieſer Fall kömmt praktiſch ſehr häufig vor, und es wird von Niemand bezweifelt, daß wegen mangelnder Einlaſſung (landesrechtlich), wegen verweigerten Eides oder wegen unterlaſſener Erklärung über die producirte Beweisurkunde, die Thatſache, über welche die Einlaſſung oder die Eidesleiſtung hätte erfolgen ſollen, für bewieſen, die Urkunde für beweiskräftig anzuſehen iſt; es würde überflüſſig ſein, Beiſpiele dieſer Art zu erzählen, da ſie täglich in den Gerichten ſich finden. Uebrigens verſteht es ſich von ſelbſt, daß bei der Anwendung dieſer Fiction die nämlichen Grundſätze außerdem entſcheiden, welche für die Beurtheilung des ausdrücklichen gerichtlichen Geſtändniſſes gelten.

2) Anders verhält es ſich mit demjenigen fingirten Geſtändniſſe, welches in einem anderen Rechtsſtreite der nämlichen Partheien (vor Gericht) abgelegt worden iſt, die gegenwärtig abermals einen Rechtsſtreit mit einander führen; es muß nach der erwähnten Terminologie das außergerichtliche fingirte Geſtändniß genannt werden, und iſt bei demſelben ohne Einfluß, ob der frühere Rechtsſtreit vor dem nämlichen Gerichte vorkam, wie der jetzige, oder ob er vor einem anderen Gerichte verhandelt wurde. Es wollen zwar Manche ein ſolches außergerichtliches fingirtes Geſtändniß überhaupt nicht anerkennen[84]), allein es läßt ſich dafür in der That kein Grund auffinden. Wenn A und B mit einander gerichtlich ſtreiten, A im Beweisverfahren für ſchuldig erkannt wurde, einen Eid über eine gewiſſe Thatſache zu leiſten, und ihn verweigerte, demgemäß durch Decret des Gerichtes dieſer Thatſache für geſtändig erachtet wurde, weshalb ſollte dieſes Geſtändniß, wenn A und B ſpäterhin in einen anderen Rechtsſtreit mit einander gerathen, gar nicht berückſichtigt werden dürfen und als nicht vorhanden angeſehen werden? Allein eben ſo wenig darf man dieſes fingirte Geſtändniß für unbedingt beweiſend anſehen. Vielmehr muß man behaupten, daß es, gleich dem ausdrücklichen

84) Bethmann-Hollweg a. a. O., S. 304. Alle Beweiskraft eines ſolchen außergerichtlichen fingirten Geſtändniſſes läugnet Martini analecta forensia ad tit. XX. No. 172, pag. 469.

außergerichtlichen Geständniß nur eine nach den Umständen des concreten Falles zu beurtheilende, daher mitunter gar keine Beweiskraft beſitzt, während es auch bisweilen völlig beweiſen kann. Denn es iſt ſehr wohl möglich, daß die betreffende Parthei in dem früheren Rechtsſtreite diejenige Thatſache, hinſichtlich deren ſie eine der obbeſchriebenen proceſſualiſchen Handlungen vornehmen ſollte, für unerheblich anſah und kein Gewicht darauf legte, ob ſie für eingeſtanden fingirt werde oder nicht. Sie unterließ daher die ihr auferlegte Handlung; wegen dieſes Ungehorſams wurde die Fiction des Eingeſtändniſſes der fraglichen Thatſache angenommen, auch wohl eine beiläufige aber unwichtige Conſequenz daraus von dem Gericht gezogen, jedoch die eigentliche Entſcheidung des Rechtsſtreites nicht darauf gebaut. Später entſpinnt ſich zwiſchen den nämlichen Partheien ein anderer Rechtsſtreit über einen, dem früheren verwandten oder auch einen davon ganz verſchiedenen Gegenſtand; in dieſem wird jene Thatſache entſcheidend wichtig, und es entſteht nunmehr die Frage, ob ſie, zufolge ihres fingirten Eingeſtändniſſes in dem früheren Rechtsſtreite, gegenwärtig ohne Weiteres für bewieſen angeſehen werden ſoll. Dieſe Frage muß nun verneint und der betreffenden Parthei jetzt noch geſtattet werden, jene Thatſache zu läugnen. Denn ſie hat nicht durch eine poſitive Willensäußerung, alſo ausdrücklich zugeſtanden, welchen Falles das Geſtändniß für beweiſend angeſehen werden müßte, weil es, obſchon im proceſſualiſchen Sinn außergerichtlich, doch unter ſolchen Umſtänden, d. h. vor Gericht und in einem Rechtsſtreit abgegeben worden iſt, welche über die Ernſtlichkeit des Willens zu geſtehen keinen Zweifel zulaſſen. Vielmehr iſt nur aus einer Unterlaſſung, aus einem proceſſualiſch allerdings ſtrafbaren Ungehorſam der Parthei damals das Geſtändniß fictionsweiſe abgeleitet worden; ſie konnte das ruhig geſchehen laſſen, weil damals nichts darauf ankam; allein im gegenwärtigen Rechtsſtreit darf man nicht eine Folgerung daraus ziehen, an welche die fingirter Weiſe geſtehende Parthei damals nicht dachte und nicht denken konnte. Dies entſpricht völlig den bekannten Grundſätzen über die Beweiskraft des ausdrücklichen außergerichtlichen Geſtändniſſes, welche man demſelben zwar nicht ganz abſprechen darf,

die aber ebenfalls nur nach den individuellen Verhältnissen und Umständen beurtheilt werden muß, unter welchen das außergerichtliche Geständniß abgelegt wurde; es versteht sich dabei von selbst, daß der außergerichtlich Gestehende diejenigen Gründe anführen und beweisen[85]) darf, wegen derer sein früheres Geständniß als nicht beweisend, namentlich als nicht ernstlich abgelegt anzusehen ist. Es entspricht dies aber ferner der gewöhnlich so ausgedrückten Parömie: ad non cogitata non datur renuntiatio[86]), indem man dem Willen keinen weiteren Umfang in seinen Wirkungen geben darf, als ihn der Wollende beabsichtigte und zur Zeit der Willensbestimmung zu beurtheilen im Stande war; tritt späterhin durch damals nicht vorauszusehende Gründe die Möglichkeit noch weiterer Wirkungen ein, so darf man nicht annehmen, daß der Wollende, der vernünftiger Weise gar nicht an sie denken konnte, sie ebenfalls gewollt habe. Endlich darf man nicht etwa die oben mitgetheilten Grundsätze über die römische interrogatio in jure hierher beziehen und sagen, daß das bei Ungehorsam des Befragten angenommene fingirte Eingeständniß der Interrogation im jetzigen Sinn ein *außergerichtliches* gewesen, folglich *jedem* außergerichtlichen fingirten Geständniß ohne Unterschied volle Beweiskraft, auch für den späteren Rechtsstreit derselben Partheien beizulegen sei. Es versteht sich vielmehr von selbst, daß aus jenem singulären und für uns nur noch historisch wichtigen Institut kein solcher allgemeiner Schluß gezogen werden darf. Einige Beispiele, die dem Verf. vorgekommen sind, mögen zur Erläuterung des Gesagten, nach welchem auf das *fingirte* außergerichtliche Geständniß nur einfach die nämlichen Grundsätze anzuwenden sind, welche von dem *ausdrücklichen* außergerichtlichen Bekenntnisse gelten, noch beitragen. Die ledige Marie M. klagte gegen den Dienstknecht F. auf Ehelichung oder Auszahlung einer Dotationssumme von 100 Thlrn. und stützte diese Klage theils auf ein ihr von dem Beklagten gegebenes Eheversprechen, theils auf die von

85) L. 25 §. 4. D. de probationibus (22, 3). L. 13 Cod. de non num. per. (4, 30). Bayer, §. 224, S. 710 ff.

86) L. 5. D. de transactionibus (2, 15). L. 16. §. 3. D. de testamentaria tutela (26, 2.)

F. mit ihr öfter zu angegebenen Zeiten vollzogene Verunehrung, in Folge deren ſie ſchwanger geworden ſei. Der Beklagte verſäumte ſich an der zur Einlaſſung auf die Klage anberaumten Friſt, und wurde daher — nach dem ſpeciellen Landesproceßrechte — von dem Untergericht der Klage für geſtändig erachtet und zur Ehelichung der Klägerin oder Ausſtattung derſelben mit 100 Thaler für ſchuldig erkannt; auf eingewendete Appellation des Beklagten wurde von dem Appellationsgerichte beſtätigend erkannt, und nur die Auflage der Ehelichung verworfen, welcher Beſcheid die Rechtskraft beſchritt. Ein Jahr ſpäter erhob Marie M. gegen denſelben Beklagten eine Executivklage, trug darin vor, daß ſie inzwiſchen mit einem Knaben niedergekommen ſei, wofür ſie ein pfarramtliches Zeugniß zur Beſcheinigung beilegte, und bezog ſich wegen ihrer unehelichen Schwängerung durch den Beklagten auf ſein, in dem früheren Rechtsſtreit entſtandenes fingirtes Geſtändniß, zu deſſen Beſcheinigung ſie ſich auf die Acten jenes Proceſſes bezog, deren Adjunction ſie erbat und erhielt. Der Beklagte beſtritt die Statthaftigkeit dieſer Executivklage hauptſächlich aus dem Grunde, weil der von ihm angeblich mit der Klägerin vollzogene Beiſchlaf und deſſen richtige Zeit nicht durch Urkunden beſcheinigt ſei, indem der von ihm früherhin in Beziehung auf die Dotationsklage verſchuldete Ungehorſam und das daraus abgeleitete fingirte Eingeſtändniß jener Thatſachen nicht für die gegenwärtige executiviſche Alimentationsklage von Wirkſamkeit ſein könne. Das Untergericht hielt die Anſicht der Klägerin für richtig und verurtheilte den Beklagten nach dem Klaggeſuche; auf ſeine Appellation erkannte das Obergericht reformatoriſch und wies die Klage in der angebrachten Weiſe ab, indem es den Grund des Beklagten billigte; auf Oberappellation der Klägerin wurde aber in letzter Inſtanz dieſes Erkenntniß aufgehoben und der Beſcheid des Untergerichtes wiederhergeſtellt. Dieſe letzte Entſcheidung war offenbar die richtige. Der frühere Rechtsſtreit war zwiſchen den nämlichen Perſonen geführt worden, er betraf allerdings nur die Ehelichung oder Dotation, alſo einen anderen Gegenſtand, wie der jetzige, allein das Fundament der erſten Klage, die außereheliche Schwängerung, war der entſcheidend weſentliche Punkt. Hin-

ſichtlich deſſelben wurde die Fiction des Geſtändniſſes nach Landesrecht angenommen; Beklagter mußte bei ſeinem Ungehorſam hinſichtlich der Einlaſſung wiſſen, daß er dadurch jenes entſcheidenden Klaggrundes fingirter Weiſe geſtändig werde, es ſtand derſelbe alſo zwiſchen den Partheien unzweifelhaft feſt, und es war folglich bei dem ſpäteren, auf Alimentation gerichteten Rechtsſtreit dieſe Thatſache nicht mehr von dem Beklagten zu läugnen, ſein — im proceſſualiſchen Sinne — außergerichtliches fingirtes Geſtändniß derſelben mußte auch hier für beweiſend angeſehen werden, da man an der Ernſtlichkeit ſeines früheren Willens bei ſeinem Ungehorſam nicht zweifeln konnte. Da nun Exiſtenz und Inhalt dieſes fingirten Geſtändniſſes durch die Acten des früheren Rechtsſtreits als gehörig inducirte Beſcheinigungsurkunde vollkommen bewieſen wurde, ſo war die neuere Executivklage genügend begründet und beſcheinigt; eines wiederholten Beweiſes der Vaterſchaft des Beklagten bedurfte es unter dieſen concreten Umſtänden nicht. Anders verhielt es ſich in einem zweiten Falle. Der Fabrikant B. klagte im Jahr 1854 gegen den Weber K., erzählte, daß das Handlungshaus S. und Comp. eine Anweiſung auf das Banquierhaus H. für 350 Thlr. zu Gunſten des K. ausgeſtellt, K. ſie an den Kaufmann D. girirt, und D. ſie dem Kläger für erkauftes Garn an Zahlungsſtatt gegeben und auf ihn girirt habe; der Bezogene H. habe die Zahlung verweigert, D. habe inzwiſchen fallirt und Kläger forderte daher von K. die Zahlung der 350 Thlr. ſowie Erſatz der gehabten Unkoſten. Beklagter ſetzte weſentlich entgegen, daß die Anweiſung nicht die Eigenſchaft eines Wechſels habe, und erzählte dabei noch, daß er für D. und in deſſen Auftrag eine Parthie Thibet an S. und Comp. verkauft, dafür die fragliche Anweiſung erhalten und daher die Forderung der 350 Thlr. ſeinem Mandanten D. cedirt und in blanco girirt habe; er deferirte darüber, wie es das Landesgeſetz forderte, dem Kläger ſofort den Eid. Dieſer erklärte in ſeiner Replik dieſe ganze Erzählung für unerheblich und ihn gar nicht berührend, erklärte ſich aber über den Eidesantrag nicht. Das Gericht wies ſchließlich die Klage angebrachter Maaßen ab, und zwar lediglich aus dem Grunde, weil die kaufmänniſche Anweiſung rechtlich nicht

dem Wechſel gleichſtehe, und Kläger keine Ceſſionen des Anſpruches behauptet habe; dieſer Beſcheid wurde rechtskräftig. Im J. 1855 klagte B. abermals gegen K., erzählte dieſelben Thatſachen wieder, behauptete aber nunmehr, daß D. ihm ſeine Anſprüche gegen den Beklagten laut beigelegter Urkunde cedirt habe, und ſtellte das gleiche Geſuch, wie früher. Beklagter ſetzte unter mehreren anderen Einreden auch die Behauptung entgegen, daß D. gar keinen Anſpruch gegen ihn gehabt, folglich denſelben nicht zu cediren vermocht habe, indem er ſelbſt (K.) nur gewöhnlicher Mandatar des D. geweſen ſei, in dieſer Eigenſchaft an S. und Comp. den Thibet verkauft und die Anweiſung an Zahlungsſtatt erhalten habe, die er dann nur ſeinem Mandanten D. der Form wegen mittelſt Giro's übergeben habe; er behauptete, daß dieſer Einwand durch das fingirte Eingeſtändniß des Klägers in dem früheren Rechtsſtreit bereits vollſtändig bewieſen ſei. In dem Endurtheile, deſſen weiterer Inhalt nicht hierher gehört, wurde dies aber nicht gebilligt und mit Recht. Zwar konnte es nach dem Landesproceßrecht nicht zweifelhaft ſein, daß gegen den Kläger B., der ſich in dem früheren Rechtsſtreit auf die Einrede, daß Beklagter bloßer Mandatar des D. geweſen ſei, und auf den darüber deferirten Eid nicht eingelaſſen hatte, ein fingirtes Geſtändniß dieſer Behauptung vorlag. Allein ſie war, wie Kläger damals richtig replicirte, für jenen erſten Rechtsſtreit ganz gleichgültig, für den es nur darauf ankam, ob — nach dem betreffenden Landesrecht — die kaufmänniſche Anweiſung rechtlich dem Wechſel gleichſtehe oder nicht. Kläger konnte daher für dieſen Rechtsſtreit immerhin hinſichtlich einer unweſentlichen Behauptung des Beklagten ungehorſam ſein und dadurch die Fiction des Eingeſtändniſſes herbeiführen, indem er damals nicht im Stande war, vorauszuſehen, daß ſie in einem anderen Rechtsſtreite, wenn auch mit demſelben Beklagten, einmal entſcheidende Wichtigkeit erlangen könne. Dies trat aber durch die Wendung, welche der zweite Rechtsſtreit nahm, ein Jahr ſpäter ein, und nun durfte gegen den Kläger nicht das frühere fingirte Eingeſtändniß des bloßen Mandatsverhältniſſes zwiſchen Beklagtem und D. als beweiſend angeſehen werden, ſondern es war ihm noch die Abläugnung die-

ſer Einredebehauptung zu geſtatten. Solche Beiſpiele könnten noch mehr angeführt werden, wenn es der Raum geſtattete. Bei dem letzterwähnten Rechtsfalle darf man auch nicht etwa den Grundſatz entgegen halten: exceptio rei judicatae obstat quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii [87]), denn es lag kein rechtskräftiger Ausſpruch des Gerichtes im erſten Rechtsſtreit über die Fiction des Geſtändniſſes vor, weil das Gericht damals die fragliche Thatſache mit dem Kläger für unerheblich anſah, und es war der zweite Rechtsſtreit zwar alio genere judicii erhoben, wie der erſte, allein es war nicht eadem causa, weil der Streitgegenſtand ein anderer war. Nach der Anſicht des Verfaſſ. würde es übrigens nichts ändern, wenn auch die Fiction in dem früheren Rechtsſtreit durch rechtskräftiges Urtheil ausgeſprochen worden wäre, es bliebe eben doch immer nur für den ſpäteren Rechtsſtreit ein außergerichtliches fingirtes Geſtändniß, deſſen Beweiskraft von den beſonderen Umſtänden abhängt. Nach dieſem Princip muß auch behauptet werden, daß, wenn der Richter ſich ſeines obenbetrachteten Fragerechts bedient, aber Unerhebliches gefragt, und die befragte Parthei ungehorſamer Weiſe nicht darauf geantwortet hat, das daraus für den früheren Rechtsſtreit hervorgegangene fingirte Geſtändniß für den ſpäteren zwiſchen denſelben Partheien nicht ohne Weiteres beweiſet. Das Gleiche gilt von dem fingirten Geſtändniß wegen unterlaſſener Erklärung über eine producirte Urkunde; es werden ſehr häufig Urkunden von dem Producenten bei dem Beweiſe gebraucht, welche in der That für die Entſcheidung des Rechtsſtreits gänzlich ohne Einfluß ſind, der Product findet es daher nicht der Mühe werth, ſich darüber zu erklären, weil er gewiß weiß, daß nichts darauf ankömmt — hier kann aus der Fiction der Anerkennung in einem ſpäteren Rechtsſtreite zwiſchen ihm und demſelben Gegner unmöglich ein Geſtändniß der Aechtheit der Urkunde oder gar der dadurch zu beweiſenden Thatſache gefunden werden. Endlich muß daſſelbe angenommen werden,

87) L. 3. L. 7 §. 4. cf. c. L. 14. pr. L. 27. D. de exceptione rei judicatae (44, 2).

wenn der Parthei in dem früheren Rechtsſtreit ein Eid deferirt war, und ſie durch unterlaſſene Erklärung über den Eides-antrag die Fiction des Geſtändniſſes der abzuſchwörenden Thatſache herbeigeführt hat, wie der erzählte zweite Rechtsfall zeigt. Bedenklicher iſt dagegen die Frage dann, wenn der deferirte Eid acceptirt war, und der Delat (oder Relat ſich an der Ableiſtung verſäumt oder ſie verweigert, was bei dem gerichtlichen Eide ebenſo der Fall iſt. Hier könnte man nämlich argumentiren, daß, weil nothwendig vorher auf Ableiſtung des Eides durch gerichtliches Decret erkannt worden ſein muß, dadurch die Erheblichkeit der zu beſchwörenden Thatſache für den damaligen Rechtsſtreit feſtſtand, indem jeder unnütze oder unerhebliche Eid durchaus verboten iſt und von dem Richter ſchlechterdings nicht zugelaſſen, ſondern ſogar von Amtswegen verhindert werden ſoll[88]), und man könnte daraus folgern, daß die wegen Eidesweigerung fictionsweiſe zugeſtandene Thatſache unbedingt für den ſpäteren Rechtsſtreit der nämlichen Partheien feſtſtehen müſſe — in der That muß dieſe Ausnahme gegen das hier aufgeſtellte Princip wegen des beſtimmten canoniſchen Gebotes zugegeben werden, weil die den Eid verweigernde Parthei weiß, daß dadurch ihr Geſtändniß einer für erheblich geachteten Thatſache fingirt wird.

3) Endlich iſt noch der Fall zu erwähnen, wenn in dem Rechtsſtreite zwiſchen gewiſſen Partheien aus einer der oben erörterten Urſachen gegen eine Parthei die Fiction des Geſtändniſſes einer gewiſſen Thatſache eintrat, und nachher dieſelbe Perſon mit einem Dritten in einen Rechtsſtreit geräth, in welchem jene Thatſache von Einfluß iſt. Hier muß entſchieden behauptet werden, daß, da nicht einmal das ausdrückliche gegen eine andere Perſon abgelegte (gerichtliche oder außergerichtliche) Geſtändniß der jetzigen Gegenparthei nützen kann[89]), wie bei Gelegenheit der

88) C. 2. X. de probationibus (2, 19). c. 26 X. de jurejurando (2, 24). Glück, Commentar Bd. XII., S. 211. Schmid, Handbuch d. Civilproceſſes Bd. II., S. 383. Strippelmann a. a. O., S. 113, 114.

89) Gensler in dieſem Archiv, Bd. I., S. 31, 32. Bd. II., S. 296. Spangenberg, in der Zeitſchrift f. Civilrecht und Proceß, Bd. V., S. 37, 38. Bayer a. a. O. §. 223, S. 706.

interrogationes in jure beſtimmt geſagt iſt[90]), noch viel weniger dies bei dem fingirten eintreten kann, weil nur die jetzige oder vormalige Gegenpartheі auf den ihr aus der Fiction des Geſtändniſſes, als der proceſſualiſchen Ungehorſamsſtrafe erwachſenden Vortheil ein Recht hat, eine dritte Perſon aber dadurch in keiner Hinſicht berührt werden kann.

Schließlich iſt noch anzuführen, daß das fingirte Geſtändniß keineswegs aus allen Gründen zurückgenommen oder angefochten werden kann, aus welchen die Zurücknahme oder Anfechtung des ausdrücklichen, zumal des gerichtlichen Geſtändniſſes möglich iſt. Namentlich kann von einem Widerruf deſſelben innerhalb 3 Tagen nach der Ablegung ebenſo wenig die Rede ſein, als von Anfechtung wegen erlittenen Zwanges oder Betruges; und man muß ſogar behaupten, daß die bei dem ausdrücklichen Geſtändniſſe geſtattete Anfechtung wegen eines thatſächlichen, nicht durch eigene grobe Verſchuldung des Geſtehenden herbeigeführten Irrthums hier, theils weil das fingirte Geſtändniß auf proceſſualiſchem Ungehorſam beruht und Strafe dafür iſt, theils wegen ſeiner Natur als Fiction nicht ſtatthaft iſt. Nur dann, wenn durch das fingirte Geſtändniß etwas phyſiſch Unmögliches zugeſtanden worden wäre, würde es, gleich einem ſolchen ausdrücklichen Geſtändniſſe, unwirkſam ſein[91]), und dies auch von dem Ungehorſamen geltend gemacht werden können; das Gleiche würde eintreten, wenn etwas juriſtiſch Unmögliches durch Fiction eingeräumt worden iſt[92]). Endlich verſteht es ſich von ſelbſt und kömmt häufig vor, daß der Ungehorſame Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen ſein Verſäumniß und dadurch gegen die wider ihn angenommene Fiction des Geſtändniſſes erlangen kann, wenn die rechtmäßigen Erforderniſſe der Reſtitution vorhanden ſind.

---

90) L. 22. D. de interrogat. (11, 1), ſ. auch L. 52 pr. D. de pactis (2, 14).

91) L. 23. §. 11. L. 24. L. 25 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2). L. 8. D. de confessis (42, 2).

92) L. 13. pr. L. 14. §. 1. D. de interrogat. (11, 1), ſ. überhaupt Schmid Handbuch Bd. II. §. 131, S. 218, 219.