Werk

Titel: Zur Kritik des Entwurfs der deutschen Civilproceßordnung

Untertitel: Ueber den Gegenbeweis in der neuen Proceßgesetzgebung

Autor: Bolgiano, C.

Ort: Heidelberg

Jahr: 1876

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1876_0009|log11

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

Uebrigens ſind dieſe Ausnahmen ſelten und nach Gajus nur in paucissimis causis zugelaſſen; auch handelt es ſich hier um Zuſtände durchaus vorübergehender Natur.

Ich komme zum Schluſſe:

Beſitz Mehrerer zu incertis partibus läßt ſich rechtlich nicht durchführen. Der Ausdruck mera suptilitate in l. 32 §. 2 D. 41. 3 iſt in billigendem Sinne gemeint. Wer in ſolch angeblichem Beſitz geſtört wird, erhält keinen Beſitzesſchutz. Nur da wird eine Ausnahme geſtattet, wo auch der Beſitz einer einzelnen incerta pars anerkannt wird.

VI.

Zur Kritik des Entwurfs der deutſchen Civilproceßordnung.

Ueber den Gegenbeweis in der neuen Proceßgeſetzgebung.

Von

Herrn Dr. C. Bolgiano,
Profeſſor in München.

Da nach den meiſten neueren Proceßgeſetzen und Entwürfen, insbeſondere nach dem Code de procédure civile, der bayeriſchen Pr.-O. vom Jahr 1869 und dem deutſchen Entwurf v. J. 1871, 1872 und 1874, der Beweis, wie der Gegenbeweis, ohne richterliche Dazwiſchenkunft angetreten werden muß, ſo kann hier von einem Beweisurtheil im Sinne des gemeindeutſchen Proceſſes ſowenig die Rede ſein, als von einem Dekret auf die Beweisantretung, wodurch der Probat ad reprobandum aufgefordert wird und zu dieſem Behuf eine Gegenbeweisfriſt erhält. Daß aber hiermit der gemeinrechtliche Begriff des Gegenbeweiſes ſeine Bedeutung und Berechtigung verliere, daß er mit der Beweisverbindung des deutſchen Ent-

wurfs unvereinbar ſei, und nur in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut des gemeinen Rechts, oder der hannoveriſchen Pr.-O. adoptirt hat, Berechtigung habe, wie die Motive zum deutſchen Entwurf S. 470 (früher S. 250) annehmen [1]), — kann ich nicht einſehen. Kommt ja auch in unſerem

1) Die Motive ſagen a. a. O.: „Mit der Beweisverbindung des Entwurfs iſt der Begriff des Gegenbeweiſes in gemeinrechtlichem Sinn unvereinbar. Dieſer Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut des gemeinen Rechts oder der hannöveriſchen Pr.-O. adoptirt hat: nur in einem ſolchen Verfahren kann einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem ſolchen Verfahren iſt eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie ſie ſich im gemeinen Prozeßrecht entwickelt hat, möglich und angebracht. Werden mit der Aufſtellung der Behauptungen die Beweiſe angetreten, und werden die Beweiſe aufgenommen, ohne daß entſchieden wird, wem die Beweislaſt obliegt, ſo läßt ſich zwar die Richtung der Beweisführung, — ob ein Beweismittel zum Nachweis, oder zur Widerlegung einer thatſächlichen Behauptung dienen ſoll — unterſcheiden, allein darin liegt bekanntlich das Weſen des Gegenſatzes zwiſchen Beweis und Gegenbeweis nicht. Nach dem Syſtem des Entwurfs wird der Beweis nicht auferlegt, es kann ſonach der Gegenbeweis nicht ſtillſchweigend vorbehalten ſein. Für die Behauptung, wie für die Gegenbehauptung muß der Beweis von den Parteien von vorneherein angetreten werden; den einen, wie den andern muß der Richter durch Beweisbeſchluß zugelaſſen haben, wenn er überhaupt zur Aufnahme kommen ſoll; und wenn auch ſchon bei Zulaſſung der Beweiſe der Richter ſich klar zu machen haben wird, was aus dem Nachweis, oder der Widerlegung einer thatſächlichen Behauptung für die Endentſcheidung folgt, ſo kommt doch die Beweispflicht der einen oder andern Partei als ſolche erſt in Frage, wenn das Reſultat des erhobenen Beweiſes gezogen wird, und ſich dabei herausſtellt, daß nichts erwieſen ſei; daraus folgt, daß eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeſchloſſen iſt, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten hat, die Frage, ob und was bewieſen iſt, tritt in den Vordergrund. Wer zu beweiſen gehabt hätte, wird erſt dann von Wichtigkeit, wenn Nichts bewieſen iſt. Der Entwurf hat, um die Uebertragung bisheriger Anſchauungen auf das von ihm gewollte Prozeßrecht zu verhüten, den Ausdruck „Gegenbeweis" vermieden und ſich ſtatt deſſen der Ausdrücke „Widerlegung thatſächlicher Behauptungen" und „Beweis des Gegentheils" bedient. Nur in §. 13 Nr. 1 (früher §. 12 Nr. 1) des Einführungsgeſetzes mußte von dem Ausdruck „Gegenbeweis" Gebrauch gemacht werden, weil es wünſchenswerth

neuen bayeriſchen Prozeß, in welchem das Syſtem der „Beweisverbindung“ ganz ebenſo Grundprinzip iſt, wie im deutſchen Entwurf, der Gegenbeweis und eine Theorie des Gegenbeweiſes vor, natürlich mit verſchiedenen Modifikationen und Abweichungen vom gemeinen Recht, — warum alſo nicht auch im deutſchen Entwurf, der in dieſem wichtigen Punkt mit dem bayer. Prozeß vollſtändig harmonirt.?! — Die Richtigkeit des Geſagten dürfte ſich meines Erachtens aus folgender kurzer Darſtellung ergeben.

Man unterſcheidet bekanntlich zwei Arten des eigentlichen oder direkten Gegenbeweiſes, den Gegenbeweis wider die Beweismittel des Probanten, und den Gegenbeweis wider den Beweisſatz. Was den erſteren anbelangt, ſo iſt er natürlich nach dem deutſchen Entwurf ganz ebenſo zuläſſig, wie im gemeinen und bayeriſchen Prozeß, und kann hier, wie dort, durch alle Beweismittel, und gegen alle Beweismittel geführt werden; auch findet dagegen eine Antireprobation ſtatt. Was aber den gegen den Beweisſatz gerichteten Gegenbeweis anbelangt, ſo ſcheinen mir hierüber auch nach dem deutſchen Entwurf folgende Dogmen zu gelten, deren Geſammtheit es wohl rechtfertigen dürfte, von einer „Theorie des Gegenbeweiſes“ zu ſprechen.

1) Was vor Allem die Zuläſſigkeit des Gegenbeweiſes betrifft, ſo iſt derſelbe, wie im gemeinen und bayeriſchen Recht, gegen den Inhalt eines gerichtlichen Geſtändniſſes (des ausdrücklichen wie des fingirten) ausgeſchloſſen; ebenſo gegen den Inhalt der Notorietät, des Augenſcheins und des durch den Eid Bekräftigten, endlich auch gegen Fiktionen (praesumtiones juris et de jure). Zwar macht der Entwurf zum Einführungsgeſetz der deutſchen C.-P.-O. §. 13 Nr. 1 (früher §. 12 Nr. 1)[2]) und die baye-

erſchien, bei der Definition der praesumtio juris dem bisherigen Sprachgebrauch zu folgen“

2) Es heißt daſelbſt: „Die Vorſchriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter beſtimmten Vorausſetzungen eine Thatſache unter Ausſchließung des Gegenbeweiſes, oder bis zum Beweiſe des Gegentheils als gewiß anzuſehen iſt, — werden durch die C.-Pr.-O. nicht berührt.“

riſche Pr.-O. Art. 323 und 457 Abſ. 2 nur von den praesumtiones juris et de jure eine Erwähnung. Allein nach der Natur der Sache, d. h. nach den allgemeinen Beſtimmungen über den Verzicht, worauf Geſtändniß und Eid beruhen, dann über die Notorietät und den Augenſchein kann die Wahrheit der Klage oder Einrede nicht angefochten werden, wenn ſie durch eines der genannten Beweismittel dargethan wurde.

2) Der Gegenbeweis kann durch alle Beweismittel, nur nicht durch Eideszuſchiebung geführt werden, denn der Probant iſt nicht ſchuldig, dasjenige zu beſchwören und alſo nochmals zu beweiſen, was er bereits vollſtändig dargethan.

Arg. c. 2 X. 2. 19. v. Bayer, Vorträge 8. Auflage S. 770. Deutſcher Entwurf §. 398 (früher 392) [3]). Bayer. Pr.-O. Art. 457 Nr. 3.

Ebenſowenig kann aber der Gegenbeweis durch eine gewöhnliche Rechtsvermuthung unternommen werden, denn dieſe verſchwindet, wenn ſie in Colliſion mit einem andern Beweis tritt, weil ſich dann Wahrſcheinlichkeit und Gewißheit gegenüberſtehen, beſonders aber, weil nach geſetzlicher Vorſchrift des gemeinen Rechts, wie des deutſchen Entwurfs

vgl. l. 9 ult. D. (34. 5.)

Entwurf zum Einführungsgeſetz § 13 Nr. 1 (in Note 2 oben) die praesumtio juris nur ſo lange gilt, „donec probetur contrarium.“

Vgl. meine geſammelten Abhandl. S. 429 ff.

Hat aber der Beweispflichtige eine Rechtsvermuthung für ſich, deren Prämiſſen:

a) eingeſtanden oder notoriſch ſind, ſo kann ihm der Gegner behufs Führung des Gegenbeweiſes den Eid deferiren.

Vgl. Entwurf zum Einführungsgeſetz §. 13 (früher §. 12) Nr. 1 Abſ. 2. Bayer. Pr.-O. Art 457 Abſ. 2.

---

3) Es heißt daſelbſt: „Die Eideszuſchiebung über eine Thatſache, deren Gegentheil das Gericht für erwieſen erachtet, iſt nicht zuläſſig.“

Der Gegenbeweis wird also dann prozessualisch ganz wie ein Einredebeweis behandelt,

Vgl. die Motive S. 476 a. E. (früher S. 271)

und ist daher auch eine Antireprobation des Vermuthungsinhabers dagegen zulässig (s. Nr. 5 unten).

Uebereinstimmend hiermit ist die communis opinio im gemeinen Prozeß, denn der Inhaber einer Rechtsvermuthung ist von der Beweislast befreit; er hat zwar den Richter überzeugt, man kann aber nicht sagen, daß er bewiesen habe, und eben deßhalb muß er sich gefallen lassen, zu schwören.

Vergl. Fitting, Haupt- und Gegenbeweis S. 66. 67. v. Bayer, Vorträge S. 771. Wetzell, System 3. Aufl. S. 160. 161.

Allein die Rechtsvermuthung ist so gut ein Beweisgrund, wie eine Urkunde oder zwei Zeugen, obgleich die Berufung darauf keine Beweisführung genannt werden kann. Was man aber nicht mehr zu erweisen braucht, weil es bereits nach gesetzlicher Vorschrift als erwiesen gilt, das braucht man auch nicht zu beschwören.

Vgl. meine gesammelten Abhandlungen S. 215 ff. und S. 208 a. E. Schütze's Kritik derselben in Pözl's krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 582. Meinen Aufsatz im Archiv für civ. Praxis Band 55 (Jahrgang 1872) S. 50 ff.

Für die communis opinio ist in jüngster Zeit eingetreten Dr. Zimmermann im

Archiv Bd. 56 (1873) S. 218,

aber freilich nur für den Fall, da beide Beweise künstlich geführt wurden, der Hauptbeweis durch eine Rechtsvermuthung, der Gegenbeweis durch die Berufung auf ein Alibi.

Man vergleiche aber dagegen meine Replik im Archiv Bd 57 (1874) S. 170 ff. und die Note 6 (zu Nr. 5) unten.

b) Ist nun die Eidesdelation dann zulässig, wenn der Probant wegen der schon wirksamen Rechtsvermuthung von der Beweislast gänzlich befreit ist, so wird er sich dieselbe gewiß auch dann gefallen lassen müssen, wenn er erst die Prämissen der Vermuthung beweisen muß, weil sie der Gegner be-

stritten hatte. Zwar ist die Frage im gemeinen Prozeß bestritten, ob sich der Reprobant auch dann der Eideszuschiebung bedienen dürfe, wenn (wie eben hier), Hauptbeweis und Gegenbeweis verschiedene Thema's haben, (wenn sie nicht unmittelbar dieselben Thatsachen zum Gegenstand haben", wie unsere Pr.-O. in Art. 457 Nr. 3 sagt). Ich glaube, daß die Frage zu verneinen sei, weil der Probant nicht schuldig ist, etwas zu beschwören, was er — wenn gleich nur künstlich — vollständig bewiesen hat.

Vgl. meine Abhandlungen S. 207 und 208.

Die communis opinio bejaht aber unsere Frage. S. v. Bayer S 770. Wetzell, System 3. Aufl. S. 160. 161. Und ohne Zweifel muß sie auch nach dem deutschen Entwurf bejaht werden. Beim Vermuthungsbeweise wenigstens (und ich wüßte keine anderen Beispiele für unsere Frage) muß sich der Probant nach dem Entwurf zum Einführungsgesetz die Eidesdelation des Gegners gefallen lassen. Die legislativen Motive S. 476 (früher S. 271) sagen nämlich bezüglich des Gegenbeweises gegen die Rechtsvermuthung:

„Da die der präsumirten Thatsache direkt entgegenstehende Thatsache unter den Gesichtspunkt der Einrede fällt, so ist der Beweis derselben als Einredebeweis aufzufassen und kann daher durch Eideszuschiebung geführt werden, was denn auch der Entwurf zur Vermeidung von Zweifeln im Einführungsgesetz §. 13 Nr. 1 Abs. 2 ausgesprochen hat."

Das Einführungsgesetz sagt aber a. a. O.: „Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises, oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist. Soweit der Beweis des Gegentheils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden."

Da das Gesetz hier nicht unterscheidet zwischen dem Fall, da der Beweispflichtige eine bereits wirksame Rechtsvermuthung für sich hat (lit. a oben), und dem Fall, da er vorerst die widersprochenen Prämissen derselben beweisen muß (lit. b oben),

und ein solcher Unterschied auch der Natur der Sache nach nicht besteht, — so müssen auch wir davon abstrahiren. —

3) Nach gemeinem Recht wird der Gegenbeweis im Beweisinterlokut nicht aufgelegt, sondern nur vorbehalten und selbst dieser Vorbehalt ist nicht nothwendig. Der Grund hiervon liegt aber nicht in der subsidiären Natur des Gegenbeweises, wie v. Bayer (S. 768) mit der communis opinio annimmt (sonst dürfte ja auch der Einredebeweis nicht gleichzeitig mit dem Klagebeweis im Interlokut ausgesetzt werden!). Die Ursache hievon liegt vielmehr darin, weil ja der Gegenbeweis im Dekret auf die Beweisantretung aufgelegt, und eine eigne Frist hiefür vorgesteckt wird, ohne daß er jedoch seinem Thema nach bestimmt zu werden braucht resp. bestimmt werden kann (wie der künstliche Gegenbeweis).

Vgl. meine Abhandlung in dieser Zeitschr. Bd. 55 (1872) S. 60 ff.

Aber selbst die unterlassene Aufforderung ad reprobandum ist unschädlich, weil sich das Recht zu dieser Art von Vertheidigung, wie zur Vertheidigung überhaupt, von selbst versteht.

Vgl. v. Bayer S. 768.[4])

Auch in unserem bayerischen Prozeß steht jeder Partei der Gegenbeweis von Rechtswegen zu, wenigstens in der Regel.

Pr.-O. Art. 333 Abs. 1. Schmitt, bayer. Civilproz. I. S. 508 Nr. 1—3.

Er braucht daher in der Verhandlung nicht angeboten zu werden, sondern ist noch im Produktionsverfahren zulässig, und folglich wird auch auf seine Zulassung nicht interloquirt (wie das beim Hauptbeweis geschieht). Bayer. Pr.-O. Art. 412. Nur der künstliche und der sog. selbstständige Gegenbeweis, welcher gegen eine Rechtsvermuthung oder gegen den schon in der Verhandlung vollendeten (in der Regel durch Ur-

4) v. Bayer sagt, die Unterlassung des ausdrücklichen Vorbehalts im Beweisurtheil sei aus dem angeführten Grunde unschädlich. Ich meine aber, sie ist es deßhalb, weil ja nachher die Aufforderung ad reprobandum erfolgt.

kunden gelieferten) Hauptbeweis unternommen wird, macht eine Ausnahme, ist spätestens in der Verhandlung (Audienz) anzubieten, und muß darauf ausdrücklich interloquirt werden. Er ist daher prozessualisch ganz, wie der Hauptbeweis, zu behandeln. Bayer. Pr.-O. Art. 333 Abs. 2 und 3. Schmitt I. S. 509—12.

Abweichend zum Theil ist der deutsche Entwurf. Allerdings muß auch hier der Gegenbeweis freiwillig angetreten werden und wird daher weder aufgelegt, noch stillschweigend vorbehalten. Allein wie der Hauptbeweis, so muß auch der Gegenbeweis durch Beweisbeschluß des Richters zugelassen werden, wenn er überhaupt zur Annahme kommen soll. Wenigstens sagen das die Motive S. 470 (früher S. 251); der Entwurf selbst enthält hierüber nichts.

4) Was sodann die Nothwendigkeit und also auch die Wirksamkeit des Gegenbeweises betrifft, so kann diese der Natur der Sache nach nur eine eventuelle sein. Nach dem deutschen Entwurf gilt das aber nur theilweise.

Zwar muß:

a) im Falle Mißlingens des Haupt- und Gegenbeweises nach dem Satze „actore non probante reus absolvitur“ und „reus excipiendo fit actor“ definitiv zu Gunsten des Reprobanten erkannt werden. S. die Motive S. 472 II. (früher S. 258 II.)

War aber:

b) bei mißlungenem Hauptbeweis der Gegenbeweis (des Beklagten z. B.) unvollständig gelungen, so darf der Beklagte nicht, wie man wegen des mißlungenen Klagsbeweises erwarten sollte, absolvirt, sondern es muß (gegen alle Prozeßgrundsätze) vorerst der einen oder andern Partei ein Notheid aufgelegt werden. Vgl. Art. 419 (früher 413) und die Motive S. 472 und 509 (früher S. 251 und 365). Meine Abhandlung in dieser Zeitschrift Band 58 (Jahrg. 1875) S. 276 - 294. Hierin soll denn auch der Hauptgrund liegen, weßhalb der Gegenbeweis im System des Entwurfs keine Bedeutung und Berechtigung haben kann. Allein, wie mir scheint, läßt sich mit jener Anomalie eine „Theorie des Gegenbeweises“

nicht nur vereinigen, sondern im Gegentheil dürfte letztere eher erweitert werden, weil dann der Gegenbeweis auch in solchen Fällen als wirksam erscheint, wo er nach gemeinem Recht völlig wirkungslos ist! — (Wie verwerflich übrigens diese Thesis ist, darüber habe ich mich in meinem Aufsatz a. a. O. zur Genüge ausgesprochen.)

Endlich:

5) Im alten Prozeß gilt der Satz: reprobatio reprobationis non datur.

Vgl. v. Bayer S. 771. Meine gesammelten Abhandlungen S. 202—207.

Ob es nun im neuen Prozeß eine Antireprobation gebe, ist bestritten. Schmitt in seinem bayerischen Civilprozeß Band I S. 512 bejaht die Frage, weil der neue Prozeß von der Eventualmaxime nicht beherrscht wird. [5]) Nun liegt aber der wahre Grund der Unstatthaftigkeit einer Antireprobation nicht im Eventualprincip, wie Schmitt mit v. Bayer und der communis opinio annimmt, sondern vielmehr in dem Satz, daß dem Angegriffenen das letzte Wort gebührt, worauf Emminghaus zuerst aufmerksam gemacht hat.

S. meine Abhandl. S. 204 und 205.

Da dieser Satz in der Natur der Sache, d. h. in der gegenseitigen Stellung beider Parteien seinen Grund hat, so gilt er gewiß auch im neuen Prozeß, und sind demnach beim Mangel einer Beweisfrist zwar Beweisnachträge, nicht aber eine Antireprobation gestattet.

Eine Ausnahme hiervon kann nur beim Gegenbeweis über jene Thatsachen eintreten, für welche eine Rechtsvermuthung streitet. Denn dieser Gegenbeweis hat ganz und gar die Natur eines Einrede- und also Hauptbeweises (sei es absolut, oder eventuell nothwendigen

5) Schmitt sagt a. a. O.: „Die Regel „reprobatio reprobationis non datur", welche dem natürlichen Rechtsgefühl widerstrebt (?) und nur auf prozessuale Gründe (Eventualmaxime) gebaut ist, hat die Bayerische Pr.-O. v. J. 1869 nicht angenommen, da sie die Eventualmaxime im Sinn des deutschen Prozesses nicht kennt."

Hauptbeweises, je nachdem die Prämissen der Rechtsvermuthung eingestanden, oder widersprochen wurden.)

Vergl. die Motive zum deutschen Entwurf S. 476 a. E. (früher S. 271.) Dem Vermuthungsinhaber muß daher die Antireprobation wider den Entkräftungsbeweis des Gegners erlaubt sein, nachdem er sich ja auch dessen Eideszuschiebung über das Gegenbeweisthema hätte gefallen lassen müssen (s. oben Nr. 2 lit. a und b.)

Vgl. die bayer. Pr.-O. Art. 333 Abs. 2 und 3.[6])

(Uebereinstimmend hiermit — wenigstens im 1. Fall, da die Rechtsvermuthung durch das Zugeständniß ihrer Prämissen bereits als wirksam erscheint, — ist die communis opinio im gemeindeutschen Prozeß.

Vgl. v. Bayer S. 772 und Wetzell, System 3. Aufl. S. 160. 161.)[7])

6) Zwar gestattet die bayer. P.-O. die Antireprobation gegen jeden selbstständigen Gegenbeweis und versteht sie darunter denjenigen Gegenbeweis, der gegen eine bereits wirksame Rechtsvermuthung, oder gegen den schon in der Verhandlung vollendeten (in der Regel durch Urkunden gelieferten) Hauptbeweis unternommen wird, — weil derselbe ganz wie der Hauptbeweis zu behandeln, also in der Verhandlung anzubieten und darauf zu interloquiren ist. Vgl. Art. 333 Abs. 2 u. 3. Da aber die Eidesdelation nur beim Entkräftungsbeweis gegen die Rechtsvermuthung, nicht auch beim Gegenbeweis gegen den schon in der Verhandlung vollendeten Hauptbeweis gestattet ist, weil hier Beweis und Gegenbeweis unmittelbar dieselben Thatsachen zum Gegenstand haben (sofern nicht einer von ihnen ein künstlicher ist), arg. Art. 457 Nr. 3. — so kann auch eine Antireprobation nicht zulässig sein. Weil sie aber die P.-O. gleichwohl gestattet, so darf sie nur als Nachtrag zum Hauptbeweis des Probanten in Betracht kommen, oder als Gegenbeweis wider die Beweismittel des Reprobanten, nicht als Antireprobation wider dessen Gegenbeweis. Vgl. auch M. Barth, Commentar zur neuen bayer. C.-P.-O. II. S. 188. A. M. Schmitt, bayer. C.-P. I. S. 509 u. 512.

7) Der herrschenden Ansicht zufolge ist nach gemeinem Recht die Antireprobation (abgesehen von dem unbestrittenen, hier gar nicht ins Auge gefaßten Fall des Gegenbeweises wider die Reprobatorialmittel) in folgenden Fällen zulässig:

1) Wenn der Beweispflichtige eine bereits im Schriftenwechsel vorgelegte und in ihren Prämissen eingestand'ne, oder notorische Rechtsvermuthung für sich hat, weil dann die Beweislast den Gegner trifft, folglich der Gegenbeweis im Interlokut auszusetzen, und daher prozessualisch

Wenn man freilich zwischen Beweisnachtrag und Antireprobation keinen Unterschied in der Wirkung an-

ganz wie ein Hauptbeweis zu behandeln ist. Vgl. Wetzell S. 160. v. Bayer S. 772. (Uebereinstimmend ist der neue Prozeß. S. den Text oben sub nr. 4. a. E.)

Die conträre Ansicht habe ich vertreten, weil der Vermuthungs-Inhaber doch immer der Beweispflichtige bleibt, ihm also der Beweis aufzulegen ist (obgleich er den Richter bereits überzeugt hat), aber freilich nur zu dem Zweck, um ihm Gelegenheit zu geben, seine anderweitigen Beweismittel für den durch die Rechtsvermuthung liquiden Klagegrund anzubringen. Vgl. meine gesammelten Abhandlungen Seite 203—207. Meinen Aufsatz in dieser Zeitschrift Bd. 57 S. 170 fg. Dagegen ist nach der communis opinio und nach meiner Ansicht (nicht aber im neuen Prozeß s. den Text a. a. O.) die Antireprobation in dem Fall unzulässig, wenn der angreifende Theil die widersprochenen Prämissen seiner Rechtsvermuthung erst darthun muß, weil dann die Beweislast im Interlokut aufzubürden ist, und er somit alle seine Beweismittel innerhalb der Beweisfrist einbringen muß. Würde z. B. dem Beklagten der Beweis der Zahlungseinrede aufgelegt und beruft er sich auf die Rechtsvermuthung des durchstrichenen Schuldscheins, indem er deren Prämissen darthut, so kann er nicht, wenn sein Gegner die Nichtzahlung erweist, reprobando modo die Zahlung darthun, weil seine Beweismittel hiefür längst präkludirt sind. Er kann es nicht, obgleich der Gegner die Nichtzahlung (nach der communis opinio) durch Eidesdelation hätte beweisen können, da Haupt- und Gegenbeweis nicht unmittelbar dieselben Thatsachen zum Gegenstand haben, indem der erstere künstlich, der letztere natürlich geführt wurde, der Probant also ein anderes Factum, als das von ihm bewiesene, zu beschwören hat. (S. den Text oben Nr. 2 lit. b.). Hierin liegt nun freilich eine Inconsequenz, deren ich mich jedoch nicht schuldig mache, indem ich die Eidesdelation über den Gegenbeweis nicht gestatte. Ich verwerfe aber auch die Antireprobation aus andern Gründen, als die communis opinio. Ich halte sie nämlich deßhalb für unstatthaft, weil der Antireprobant ein Factum nochmals erweisen würde, welches er — wenn gleich nur künstlich — bereits erwiesen hatte, und welches er daher ebensowenig zu beschwören bräuchte, wenn der Gegner seinen Gegenbeweis durch Eidesdelation führen wollte. Meines Erachtens ist es bezüglich der Antireprobation und Eideszuschiebung über den Gegenbeweis völlig gleichgiltig, ob der Hauptbeweis durch die Berufung auf eine bereits wirksame Rechtsvermuthung geführt wird, oder durch den Nachweis der vom Gegner widersprochenen Prämissen. Vgl. meine gesammelt. Abhandl. a. a. O.

Nach der herrschenden Ansicht soll die Antireprobation ferner zulässig sein:

2) Wenn der Richter keine Beweisfrist, oder wenigstens keine

nimmt, „weil im mündlichen Verfahren der Gegenbeweis in der einheitlichen Gesammtaktion aufgeht, in der beide Parteien

peremtorisch gefaßte vorgesteckt hatte. Vgl. v. Bayer S. 772 a. A. Allein in diesem Fall können nur Beweisnachträge gestattet sein, aber keine Antireprobation. Denn der Probant kann doch durch das Versehen des Richters in keine bessere, und sein Gegner in keine schlimmere Lage kommen, als ohne dasselbe. Vgl. meine ges. Abhdl. S. 204. Sodann soll die Antireprobation zulässig sein:

3) Wenn der Hauptbeweis natürlich, der Gegenbeweis künstlich geführt wurde, z. B. durch die Berufung auf ein Alibi. (Selbstverständlich kann aber letzteres nicht durch die Berufung au seine Rechtsvermuthung geschehen, da diese als Gegenbeweis unwirksam ist.) Vgl. Schmitt, Handbuch II. 141. v. Linde, Abhandl. S. 71 u. 72. Fitting, Ueber den Begriff von Haupt- u. Gegenbeweis S. 67. v. Bayer 7. Aufl. S. 440.*) Renaud S. 239. Burckhard, die civilist. Präsumtionen S. 331. Bayer. P.-O. Art. 333. (Anderer Meinung: Muther, Gewissensvertretung S. 219. Emminghaus in der Zeitschrift für prakt. Rechtsvermuthung X. S. 329 Nissen, Gewissensvertretung S. 202.) Ich kann mich jedoch mit dieser Ausnahme aus dem Grunde nicht einverstanden erklären, weil sich hier der Reprobant auch der Eideszuschiebung nicht bedienen kann (was übrigens die Gegner selbst zugeben), und der Probant durch die Antireprobation ein Factum nochmals beweisen würde, welches im Beweisthema inbegriffen, folglich als integrirender Theil, wenn gleich nicht als Hauptpunkt desselben erscheint, und daher vom Probanten bereits erwiesen ist, oder doch sonst feststeht. Nachdem es nun nicht angeht, über denselben Beweissatz zuerst einen Haupt- und dann einen Gegenbeweis anzutreten, so wird es unzulässig sein, dasselbe über einen Theil des Beweissatzes zu versuchen. Es würde ja hiedurch gegen das eigentliche Motiv des Satzes „reprobatio reprobationis non datur“ verstoßen, nämlich gegen das Axiom, daß dem Angegriffenen das letzte Wort gebühre. Hat also z. B. A durch 2 Zeugen dargethan, er sei von B am 6. April Abends im Münchner Museum injurirt worden, und B beweist, er sei an jenem Abend im Freisinger Casino gewesen, so darf A nicht dagegen darthun, B sei zur kritischen Zeit doch in München oder nicht im Freisinger Casino gewesen, sowenig als B dem A den Eid über das Alibi

*) In der 8. u. 9. Aufl. S. 772. Nr. 2 sagt v. Bayer, die Antireprobation finde statt, „wenn der Gegenbeweis nur auf die Prämissen einer Vermuthung gerichtet ist.“ Allerdings ist er dann ein künstlicher, allein der Vermuthungsbeweis verschwindet jedem andern Beweis gegenüber, der nicht selbst ein Vermuthungsbeweis ist, und sogar die Rechtsvermuthung ist als Gegenbeweis völlig unbrauchbar, wenn der Hauptbeweis nicht ebenfalls ein Vermuthungsbeweis ist! --

auf die richterliche Ueberzeugung hinarbeiten", wie sich Endemann ausdrückt in seinem

deferiren darf. Dagegen dürfte A durch einen unmittelbar nach dem Brand vorgenommenen gerichtlichen Augenschein beweisen, daß das Freisinger Casino 8 Tage vorher abgebrannt sei, B also unmöglich dort gewesen sein konnte. Denn durch Augenschein (oder Notorietät) würde er nicht bloß das Gegentheil der Reprobation darthun (und das ginge nicht an), sondern zugleich diese selbst, d. h. die Beweismittel, z. B. die Zeugen des B, als untüchtig darstellen, und das ist bekanntlich zuläſſig.

Endlich muß die Antireprobation im Geist der communis opinio und in Consequenz dessen, was Zimmermann aufstellt (s. die folg. Anmerkung **) noch zuläſſig sein:

4) Wenn beide Beweise — Haupt- und Gegenbeweis — auf künstliche Weise geführt wurden (der erst're durch eine Rechtsvermuthung, der letzt're durch die Berufung auf ein Alibi), und die Antireprobation ein anderes Thema hat, wie die Probation.

Es klagt z. B. die Ehefrau auf Anerkennung ihres Kindes gegen ihren Mann, und beruft sich auf die Rechtsvermuthung: „pater est, quem nuptiae demonstrant". Widerspricht der Beklagte die Vermuthungs-Prämissen, so muß (natürlich) auf den Beweis des Klagegrundes erkannt werden. Gibt er aber die historische Unterlage der Rechtsvermuthung zu, so muß ihm nach der communis opinio der Gegenbeweis aufgelegt werden, daß er nicht der Vater sei. Beweist nun im 1. Fall die Klägerin die historischen Prämissen der Rechtsvermuthung, der Beklagte aber sein Alibi, daß er nämlich während der ganzen kritischen Zeit*) in Edinburg gewesen, so kann die Klägerin (im Sinn der communis opinio) darthun, daß ihr Mann sie einmal in München besucht habe, oder sie ihn in Edinburg, denn diese Thatsache hat sie noch nicht bewiesen. Diesen Beweis darf sie aber ebenso im 2. Fall versuchen, wenn der Ehemann die Rechtsvermuthung eingeräumt hatte, und nun sein Alibi darthut, denn hier hatte ja die Klägerin noch gar keine Gelegenheit, den Beweis der Anwesenheit ihres Mannes in München (resp. ihrer Anwesenheit in Edinburg) anzutreten.**)

So verhält sich die Sache nach der communis opinio. Ich habe nun (in meiner gegen Zimmermann gerichteten Replik) zu zeigen

*) Also von den 10 Monaten vor der Geburt des Kindes rückwärts gerechnet wenigstens die 4 ersten Monate.

**) Aus denselben Gründen muß sich aber auch die Ehefrau in beiden Fällen die Eidesdelation des Ehemanns über das Alibi gefallen lassen. Dieß behauptet Zimmermann in seiner in jüngster Zeit (1874) gegen meine Thesen gerichteten Polemik. Archiv f. die civ. Praxis Bd. 56 S 214 §. 2. Vgl. dagegen die folgende Anmerkung *) Seite 218.

Deutschen Civilprozeßrecht S. 824, — dann wird natürlich die ganze Frage gegenstandslos. Allein

versucht, daß der Alibibeweis nothwendig darauf gerichtet werden müsse, daß die 2 Eheleute während der ganzen kritischen Zeit getrennt gewesen (er immer in Schottland, sie immer in Bayern), daß daher der Ehemann den Eid hierüber nicht deferiren, und folglich auch die Ehefrau keine Antireprobation gegen den durch Zeugen geführten Alibibeweis unternehmen könne. Vgl. Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 57. S. 178—181. (Hat daher der Beklagte dargethan, daß er über 4 Monate ununterbrochen und getrennt von seiner Frau in Edinburg gewesen, so darf die Klägerin nicht im Weg der Antireprobation beweisen, daß ihr Mann sie einmal in München besucht habe, oder sie ihren Mann in Edinburg; denn es wird ja präsumirt und gilt daher als bewiesen, daß beide Theile während der kritischen Zeit einmal, wenn auch auf noch so kurze Zeit, beisammen waren, Klägerin darf also das, was für sie als bereits bewiesen gilt, nicht im Weg der Antireprobation nochmals erweisen. Vielmehr muß der Beklagte absolvirt werden, wenn gleich die Klägerin bei der Berufung auf die Rechtsvermuthung eventuell den Schiedseid deferirt hatte, weil die erstere dem Gegenbeweis gegenüber völlig verschwindet, letztrer somit als vollständige materielle Gewissensvertretung erscheint.*)

Kann nun aber auch die Klägerin den fraglichen Beweis (daß ihr Mann während der kritischen Zeit in München gewesen, oder sie in Edinburg) nicht an zweiter Stelle, als Antireprobation, gebrauchen, so kann sie ihn doch gewiß an erster Stelle, als Hauptbeweis, verwerthen. Meiner Ansicht nach ist nämlich unter allen Umständen auf den Beweis der Vaterschaft zu interloquiren (nach der communis opinio bloß dann, wenn die Prämissen der Rechtsvermuthung widersprochen wurden). Natürlich kann die Ehefrau diesen Beweis nur künstlich versuchen, durch die Berufung auf die Rechtsvermuthung „pater est etc.“ Um nun aber dem

*) Ebensowenig kann sich aber der Beklagte der Eidesdelation über den einfachen Alibibeweis bedienen, weil die Ehefrau nicht zu beschwören braucht, was ohnehin zu ihren Gunsten präsumirt wird, daß sie nämlich, einmal wenigstens, mit ihrem Gatten am selben Ort gewesen. Vgl. meinen Aufsatz a. a. O. Keinenfalls könnte sie aber angehalten werden, über die Negative des gegnerischen Alibis zu schwören, wenn sie zwar eingesteht, daß ihr Mann 5 Monate in Schottland sich aufgehalten, aber behauptet, ihn einmal auf einige Wochen besucht zu haben. In diesem Fall könnte sie nur zur Beschwörung dieses Besuchs angehalten werden. Hieraus ergibt sich aber wieder die Mangelhaftigkeit des einfachen Alibibeweises, dessen Thema nicht die Abwesenheit des Ehemanns, sondern die Getrenntheit der Gatten sein muß!

wie oft kommt nicht der Fall vor, daß der Richter bei der Vergleichung und Abwägung der beiden Beweise schwankt, welchen

---

drohenden Alibibeweis wenigstens die Kraft zu nehmen, welche er der zerstörten Rechtsvermuthnng gegenüber behält, kann die Klägerin einräumen, daß ihr Mann 10 Monate in Edinburg gewesen, sich aber zugleich zum Zeugenbeweis darüber erbieten, daß er sie während der kritischen Zeit (z. B. in der 4. Woche des 4. Monats) in München besucht habe, oder daß sie damals in Edinburg gewesen sei, — und eventuell dem Beklagten den Schiedseid über den Klagegrund, oder über sein (oder ihr) Alibi während jener Woche, zuschieben. Sie erhält dadurch den Vortheil, daß der Gegenbeweis des Beklagten, wenn er stark genug ist, um den Hauptbeweis zu paralysiren, selbst dabei, ganz oder theilweise, untergeht, so daß nicht definitiv zu Gunsten des Beklagten, sondern auf den Eid (Schiedseid, oder Notheid) erkannt werden muß, — während jener Alibibeweis, wenn er blos der Rechtsvermuthung gegenüber steht, ungeschwächt bleibt.*) Beweist daher die Klägerin, ihr Mann sei in der letzten Woche der kritischen Zeit (z. B. Ende Mai 1870) in München gesehen worden, der Beklagte beweist aber dagegen, er sei zu jener Zeit in Edinburg gewesen, so muß er nun schwören, wenn beide Beweise gleich stark sind, daß er damals nicht in München gewesen (resp. keinen Umgang mit der Klägerin gepflogen habe). Allerdings fand nach der Rechtsvermuthung ein ehelicher Umgang und also eine Zusammenkunft der Eheleute während der kritischen Zeit, d. h. während 4 Monaten zu irgend einem Zeitpunkt statt. Allein durch die Angaben der Klägerin ist dieser Zeitpunkt auf die letzte Woche des 4. Monats fixirt, durch ihr Geständniß steht also fest, daß zu keiner andern Zeit ein Beisammensein stattgefunden habe. Da nun der Beklagte reprobando modo dargethan, daß er in jenen Tagen in Edinburg gewesen, so paralysirt er hiedurch die Rechtsvermuthung und den Beweis der Klägerin, und er muß nun schwören, da die Klägerin für diesen Fall den Schiedseid deferirt, und er denselben acceptirt hatte. — Der Eid des Beklagten ist aber nur dann der Schiedseid, wenn wir den Collisionsfall mit der communis opinio nach dem Subtraktionsprinzip entscheiden, dagegen der richterl. Eid (Notheid) (zur Hinwegräumung des Klagsbeweises, resp. Ergänzung des Gegenbeweises), wenn wir nach meinem Vorschlag die Bevorzugungsmaxime anwenden. Ja die Klägerin kann sogar selbst zum richterlichen Eid (Notheid) kommen, wenn der Richter ihre Zeugen aus

*) Wenn freilich der Hauptbeweis und der Gegenbeweis mißlingt, oder der erstere nur weniger als halb ausfällt, so muß auf den Eid des Beklagten erkannt werden, während Klägerin den Prozeß gewonnen haben würde, wenn sie sich bloß auf die Rechtsvermuthung gestützt hätte!

von beiden er für den stärkeren halten, welchem er also den Vorzug geben soll, ob dem Hauptbeweis, oder dem Gegenbeweis?! — Da er in solcher Zweifelslage nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Vorschriften zu Gunsten des Reprobanten erkennen muß, (wir mögen bei Vereinigung des Collisionsfalls mit der communis opinio das Subtraktionsprinzip, oder nach meinem Vorschlag die Bevorzugungsmaxime zu Grund legen), — so ist es durchaus nicht gleichgiltig, ob der Beweisnachtrag als Theil des Hauptbeweises oder als Gegenbeweis (Antireprobation), betrachtet wird. Behandelt man ihn nämlich als Hauptbeweis und schlägt ihn also zur Rechtsvermuthung, so muß definitiv zu Gunsten des Gegners und Reprobanten erkannt werden, da der Gegenbeweis die Rechtsvermuthung und den Hauptbeweis paralysirt. Behandelt man aber den Beweisnachtrag als Antireprobation, so muß gerade umgekehrt zu Gunsten des Vermuthungsinhabers und Antireprobanten entschieden werden.

Vergl. meine Artikel über „Gegenbeweis" und „Collision der Beweise" im v. Holtzendorf'schen Rechtslexikon II. Auflage S. 643 und 289.

---

irgend einem Grunde den Reprobationalzeugen vorzieht, und der Collisionsfall nach der Bevorzugungsmaxime entschieden wird. (Nach dem Subtraktionsprinzip müßte wieder auf den Notheid des Beklagten (auf das **Purgatorium**) erkannt werden). Vgl. meine gesamm. Abhandl. Nr. **XIV.** „Collision der Beweise" S. 385 ff.

Anlangend das Schwurthema, so hängt dasselbe beim Schiedseid von der Contestation und vom Compromiß der Parteien ab. Will daher die Klägerin den Eid bloß über das Alibi deferiren, und der Beklagte geht darauf ein, so hat es dabei sein Bewenden. Hatte er aber in der Exceptionsschrift den Umgang mit der Klägerin bestritten, oder doch bei der Gegenbeweisantretung gesagt, er wäre 10 Monate von der Klägerin getrennt gewesen, angenommen aber auch, er hätte sie einmal besucht, so habe er doch keinen ehelichen Umgang mit ihr gepflogen, — so kann er verlangen, den Schiedseid über den nicht gepflogenen Beischlaf abzuleisten. Auf letzteren und nicht auf seine Nichtanwesenheit dahier muß denn auch der richterliche Eid (Notheid) gestellt werden. S. meine gesammelt. Abhandl. S. 252–253.