

Werk

Titel: VIII. Konsequenzen für die Beweistheorie im Einzelnen

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1879

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1879_0012|log28

Kontakt/Contact

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

✉ info@digizeitschriften.de

gemacht habe; die Partei muß beweisen und Mangels Beweises abgewiesen werden; zudem, im besten Falle würde sich meine eigene Wahrnehmung als (anticipierter) Augenschein darstellen, der ist aber ein Beweismittel, muß also von den Parteien angetragen werden, ich habe nicht auf Antrag gehandelt, also keinen Augenschein im Rechtsinne genommen, kurz ich muß Beweis verlangen. Daß die Unterscheidung zwischen Wahrnehmungen, die der Richter in amtlicher Eigenschaft, und solchen die er als Privatperson macht, eine große Rolle in Theorie und Praxis spielt, wird Jedermann zugeben; daß sie aber gerade nach dieser Richtung durch das Verhältniß zwischen sinnlicher Wahrnehmung und Beweis ausgeschlossen sein sollte, scheint mir nicht zu bestreiten. Wenn ich Jemanden in einer Gesellschaft habe erzählen hören, er komme geradenwegs vom A, der habe soeben trotz allem seinem Abmahnen dem B die prachtvolle antike Uhr in seinem Schlafzimmer für den Spottpreis von Fr. 600 verkauft, und der Handel kommt andern Tags vor mich, so darf ich freilich nicht sagen: ich weiß Eure Geschichte schon und Du A mußt die Uhr hergeben; während ich ganz gewiß so reden dürfte, wenn ich selber zugegen gewesen wäre. Denn in jenem Falle bin ich nicht sicher, ob der Erzähler nicht übertrieben oder erfunden, nicht ausgeschmückt oder unabsichtlich ungenau berichtet hat; im zweiten Falle dagegen habe ich die Controle für die Wahrheit in mir selbst; im ersten muß ich als Richter den Erzähler noch einmal als Zeugen abhören, um sicher zu sein, einen wohlüberlegten, im Bewußtsein von der Wichtigkeit der Aussage abgegebenen Bericht zu erhalten; im zweiten sorgt mein richterliches Gewissen dafür, daß ich nur berücksichtige, was mir in sicherer Erinnerung vor dem geistigen Auge steht.

VIII. Konsequenzen für die Beweistheorie im Einzelnen.

Gehen wir nun noch auf einige Hauptfragen des historischen Beweises näher ein. Unser Ausgangspunkt hiefür ist der Satz, daß das Ziel dieses Beweises ein sehr verschiedenes sein kann, nämlich entweder den Rechtsact selbst oder ein Verständniß darüber oder ein Indicium darauf herzustellen, und

daß somit, wie oben des Nähern dargelegt, die drei Beweismittel in dieser dreifachen Richtung functionieren können. Dieser Satz muß bei Richtern und Parteien so recht in Fleisch und Blut übergehen, wenn die Praxis innerlich frei werden soll, und gerade die neue Civilproceßordnung fordert noch viel dringender ein klares Bewußtsein desselben als das alte gemeine Recht, und zwar wegen der verschiedenen Natur des alten Beweisurtheils und des neuen Beweisbeschlusses. Die ganze Structur des alten gemeinrechtlichen Proceßes brachte es mit sich, daß das Beweisurtheil regelmäßig sich in einer gewissen Allgemeinheit haltend den Rechtsact selbst, der sich als Klag- oder Einredegrund ergeben hatte, als *thema probandum* aufstellte; denn die Parteien hatten noch kein Beweismittel zu bezeichnen brauchen und dann auch die Function, die sie diesem Beweismittel geben wollten, nicht näher angeben. Es konnte also eine Partei, der beispielsweise der Beweis eines Kaufabschlusses nachgelassen war, diesen Beweis dadurch antreten, daß sie Zeugen oder Urkunden für ein darauf weisendes Indiz producierte. Sie konnte sagen: in der mir gestellten Aufgabe, den meinen Klaggrund bildenden Thatbestand zu beweisen, ist auch jedes Minus enthalten; kann ich diesen Thatbestand nicht voll und ganz darthun, so will ich doch herbeischaffen was ich kann, der Richter soll es wägen und würdigen. Darauf beruht ja eben die Unterscheidung von natürlichem und künstlichem Beweis. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß durch die kategorisch auf den Rechtsact selbst lautende Fassung des Beweischemas der Richter in Versuchung geführt war, unter Umständen jene Möglichkeit zu verkennen und jedes nicht auf den Rechtsact selbst, sondern etwa nur auf ein Indiz gerichtetes Beweisangebot schlechthin zurückzuweisen, weil dadurch dem Beweisurtheil nicht Genüge geleistet werde, das angebotene Beweismittel das *thema probandum* nicht zur Gewißheit bringen könne. Dieser Gefahr ist man insonderheit beim Zeugenbeweis, wie wir sehen werden, nicht entgangen. -- Der Beweisbeschluß des neuen Civilproceßes genießt gegenüber dem alten Beweisurtheil des Vortheils, daß er ein vollständigeres Material vorfindet, auf

das er abstellen kann; Verbalproduction der Beweismittel und die Verhandlungen der Parteien darüber sollen schon vorausgegangen sein; wenn man die Beweismittel angiebt, so bezeichnet man auch gleichzeitig von selbst schon genauer, was sie darthun sollen, der Richter kann also den Beweisbeschuß viel einläßlicher und präciser fassen als das alte Beweisurtheil, und namentlich das thema probandum schärfer begrenzen als früher. Soll seine bezügliche Thätigkeit den richtigen Weg finden zwischen planloser Willkür und steifer Gebundenheit in Auswahl der Beweisthemata, so muß er diese dreifache Möglichkeit des Zieles historischen Beweises sicher vor Augen haben und das thema probandum bestimmen im Hinblick auf dessen Qualität als Rechtsact, Geständniß oder Indiz. Sonst bleibt er in den zahlreichen Irrwegen der Theorie gefangen und kommt zu keiner innern Freiheit und Sicherheit in der Behandlung des Beweisbeschlusses.

Aber, fragt man, was sind denn diese Irrthümer der Theorie? Hat man denn das Alles nicht schon lange gewußt, und ist es denn etwas Neues, daß der Beweis ein verschiedenes Resultat haben kann? Im Allgemeinen hat man es sehr wohl gewußt, aber man hat es nicht principiell durchgeführt. Es ist eben mehr bei einem dunkeln Drange geblieben als zu klarem Bewußtsein durchgebrochen. Sonst hätte nicht das Geständniß als Beweismittel auf gleicher Linie mit Zeugen u. s. w. weitläufig behandelt und das Indicium im Civilproceß wenigstens stark vernachlässigt werden können. Was war die Folge? Das Geständniß wird immer an zwei Orten abgehandelt, einmal ex professo unter eigener Rubrik vom außergerichtlichen Geständniß, das andere Mal beim Urkundenbeweis, dort als sog. Beweismittel, hier ebenso falsch als eine species der Urkunden (denn die Urkunde ist nicht Geständniß, sondern überliefert ein solches); weiter: unter der Rubrik des außergerichtlichen Geständnisses ist die Erklärung gegenüber Dritten inbegriffen, während dieselbe im Urkundenbeweis nicht unter den Geständnissen, sondern unter den Zeugnissen figurirt. Und endlich und hauptsächlich: im Zeugenbeweise ist der Zusammenhang mit dem Geständnisse ganz verloren ge-

gangen, und die Meinung war nahe gelegt, daß Zeugen als gleichwerthig mit Geständniß eben nur Beweismittel für den Rechtsact seien. Dadurch ist aber die ganze Beweismittellehre in ein großes Schwanken gekommen und für die einzelnen Beweismittel merkwürdig ungleich geworden. Wie ungleichartig die Darstellung der verschiedenen Beweismittel in den Lehrbüchern ist, zeigt besonders der Umstand, daß während bei der Lehre von den Urkunden in der Dreitheilung derselben (besser: des Urkundeninhalts) nach Dispositionen, Geständnissen und Zeugnissen wenigstens ein Anklang an die richtige Grundlage durchschimmert, diese Dreitheilung bei dem Zeugenbeweise ganz fehlt, obschon sich das von den Zeugen Wahrgenommene mit dem von den Urkunden Berichteten begrifflich vollständig deckt. Es ist daher nicht halb so überflüssig, wenn wir verlangen, daß mit der Erkenntniß der Dreigliedrigkeit des Beweisziels bei allen drei Beweismitteln gleichmäßig Ernst gemacht werde. Sehen wir zu, was für Uebelstände aus dieser Nichtachtung der eigentlich selbstverständlichen Grundlage der ganzen Theorie sich ergeben haben.

Warum lehrt man beim Zeugenbeweise nicht, die Zeugenaussage beziehe sich entweder auf den Rechtsact (Dispositionsact) selbst oder auf ein Geständniß oder auf ein Indiz („Zeugniß“) dafür? Weil sich das von selbst versteht? Dann müßte man es beim Urkundenbeweise ebenfalls weglassen. Aber gerade der Umstand, daß man diesem Satz bei den Zeugen kein Wort gönnt, während man ihn bei den Urkunden breit schlägt, beweist, wie wenig man von seiner Werthbarkeit beim Zeugenbeweis einen richtigen Begriff hat. Und doch ist er sicherlich nicht nur in der Schultheorie als Rubrik für eine praktisch gleichgültige „Eintheilung“ des Zeugenbeweises zu brauchen, sondern es ist mit diesem einen Satze viel Klarheit gewonnen und manches Unheil erspart, das sich namentlich durch die Lehre von den testes de auditu eingeschlichen hat, indem dadurch der beim Zeugenbeweise besonders häufige Indizfall einer Aeußerung Dritter oder an Dritte schwer beeinträchtigt worden ist. Was sind denn testes de auditu? Die Nov. 90 c. 2, auf die man in den Lehrbüchern zunächst verwiesen wird,

spricht nicht von ferne von solchen, sondern sagt nur, gegenüber einem Schuldschein könne der Beweis der Zahlung nicht mit zufällig anwesend gewesenen, sondern nur mit besonders zugezogenen Zeugen geliefert werden. Das canonische Recht dagegen bezeichnet sie als Zeugen, welche die rechtserzeugende oder rechtsvernichtende Thatfache (den Rechtsact) nicht selbst gesehen haben, sondern nur vom Hörensagen davon wissen. Dieses Hörensagen, entwickelt es weiter, kann einen sehr verschiedenen Stärkegrad haben, es kann nur auf Gerücht, *vicinae fama*, beruhen, oder auf Erzählung von *fide digni* und *omni exceptione maiores* (cfr. c. 27, 47, X. de test. II, 20). Je nach diesem Stärkegrad sind auch *testes de auditu* mehr oder weniger fähig, ein *Judiz* für den Rechtsact zu beweisen. Cap. 27 cit: *si praesumptionem violentam fama consentiens subministret, ac alia adminicula legitima suffragentur eidem, standum est testimonio juratorum (sc. testium de auditu)*. Diese Theorie ist in jeder Hinsicht vortrefflich: Der Richter soll erwägen, ob ein Zeugniß vom Hörensagen ein *Judiz* begründet und darnach weiter handeln. Die moderne Doctrin hat aber diesen Grundsatz schwer verunstaltet, ja zerstört. Es darf jetzt als herrschende Lehre bezeichnet werden, daß Personen, welche nur von Hörensagen etwas wissen, nicht Zeugen sein können, und zwar beschränkt man das Hörensagen dabei nicht auf ein bloßes vages Gerücht, sondern faßt darunter jedes Hören von einem Dritten, sogar von der Partei selbst, so daß Jemand, dem der Beklagte etwa einmal gesagt hat, er sei dem X 100 schuldig, auch nur *testis de auditu*, somit von vornherein verworfen ist. So sagt Renard § 111: „die Aussage muß auf Grund eigener Wahrnehmung des Zeugen bezüglich der zu beweisenden Thatfache geschehen, während ein Zeugniß, welches auf Grund fremder Wahrnehmungen abgelegt (s. g. *testimonium de auditu*), werthlos ist, auch ein *testis de auditu*, wenn es sich um gerichtlichen Zeugenbeweis handelt, nicht eingenommen werden soll.“ Renard darf nicht sagen, „die zu beweisende Thatfache“, für die er *testes de auditu* ausschließt, könne selber eben das Hörensagen, das Hören vom Betheiligten selbst oder von Dritten,

sein, denn sobald er das zugiebt, hat er überhaupt keine testes de auditu mehr, sondern immer nur Zeugniß auf Grund eigener Wahrnehmung, welche eben der auditus ist. Als die zu beweisende Thatsache, für welche *Renard* die eigene Wahrnehmung des Zeugen fordert, kann also nur der Rechtsact selbst gemeint sein, sonst wäre der ganze Satz sinnlos. Das fühlt auch *Wege*ll, wenn er § 23, I, 1, sagt: „Selbstverständlich kommt weder die Wahrnehmungs- noch die Depositionsfähigkeit in Frage¹³⁾, wo die vorgeschlagenen Zeugen von der zu beweisenden Thatsache aus äußern Gründen nichts wissen können, oder ihre Kenntniß derselben aus den Mittheilungen Anderer ableiten (testes de auditu), sofern es sich im letztern Falle nicht gerade darum handelt, daß die Zeugen von Andern etwas gehört oder nicht gehört haben.“ Es ist evident, daß *Wege*ll mit diesem letzten Satz (sofern 2c.) das vorher Gesagte wieder vollständig zurücknimmt; denn wenn der auditus so wichtig ist, ein so starkes Indiz giebt, daß der Richter den Zeugen darüber abhört, so ist letzterer kein testis de auditu mehr, sondern Zeuge über seine eigene Wahrnehmung des *Judiciums*. Wird das Hörensagen als Gegenstand des Beweises zugelassen, so hat man keine testes de auditu mehr. Ein Beispiel:

Pétillon in *Lyon* belangte den *Meringer* in *Basel* auf Abnahme und Bezahlung einer großen Partie Wolldecken, die Beklagter von ihm gekauft habe. Der Beklagte bestritt, fest bestellt und gekauft zu haben. Der Kläger sollte den Kaufabschluß beweisen und trat Beweis durch folgende Zeugen an: 1) *J. Meyer* sollte aussagen, er sei mit seinem Freunde, dem seither nach *Amerika* ausgewanderten *Commis Meringers*, Abends beim Bier gegessen und da habe ihm der erzählt, sein Principal habe heute mit dem Handlungsreisenden des *Pétillon* ein großes Kaufgeschäft über Wolldecken abgeschlossen, das für seinen Herrn sicherlich sehr ungünstig ausfalle. 2) *A. Bebler*, Cassier im Bankhause *R. und C.*,

13) Eigentlich aber ist gemeint: sie kommt in Frage, d. h. sie wird fraglich, beanstandet, zweifelhaft, ausgeschrieben.

sollte aussagen, sein (jetzt verstorbener) Chef habe ihn einmal gefragt, ob er über die Solvabilität Meringers etwas wisse; derselbe habe ihn nämlich ersucht, ihm in Contocorrent einen Credit zu eröffnen und diesen Credit mit Acceptation einer Tratte zu beginnen, die er (Meringer) den Pétillon in Folge eines mit ihm abgeschlossenen großen Kaufgeschäfts auf ihn (den Bankier) zu ziehen beauftragen möchte. 3) M. Binder, Agent, sollte aussagen: der Kaufmann Sidler in Luzern habe ihm Muster von Wolldecken zur Prüfung und Begutachtung vorgewiesen mit dem Bemerkten, Meringer habe ihm solche zum Kauf angetragen und zur Empfehlung bemerkt, er habe von Pétillon eine große Partie fest gekauft, so sehr sei er von der Güte der Waare überzeugt. — Mit Renauds § 111 in der Hand würde der Richter sagen: die zu beweisende Thatsache ist der Kaufabschluß; da diese Zeugen sämtlich nur de auditu aussagen können, so sind sie gar nicht abzuhören, und der Beweis ist nicht geleistet. Das Gericht, das zu entscheiden hatte, war aber der Meinung, diese Zeugen könnten aus eigener Wahrnehmung über Indicien aussagen, hörte sie ab, gewann von ihnen Details, die einen brillanten Indicienbeweis herstellten, und verurtheilte den Beklagten wie recht und billig.

Dieses Beispiel zeigt, daß »testis de auditu« für den Proceß und die Beweisstheorie gar kein brauchbarer Begriff ist; denn ein Zeuge kann in Bezug auf die von ihm zu bezeugende Thatsache nie testis de auditu sein (denn zum Begriff des Zeugen gehört die eigene Wahrnehmung), sobald man unter dieser Thatsache nicht „die zu beweisende Thatsache“ Renauds, d. h. den Rechtsact, sondern eben die von dem Zeugen selbst wahrgenommene Thatsache versteht, welche möglicherweise nur Aussage eines Dritten sein kann, immerhin aber ein Indiz sein muß. Oder sagen wir so: wenn das was Jemand von Dritten gehört haben soll, also sein Hörensagen, ganz unerheblich ist, nicht einmal den Werth eines Indizes hat, so wird ihn der Richter allerdings mit Recht nicht abhören, aber nicht aus dem Grunde, weil er bloß testis de auditu ist, sondern weil das was er gehört hat, an sich irre-

levant ist, er also gar nicht Zeuge im Rechtsinn sein kann; wenn es dagegen als Indiz verwerthbar ist, so wird ihn der Richter abhören und alsdann wieder nicht als testis de auditu, sondern als Zeugen aus eigener Wahrnehmung eines Indizes. Also: hätten in dem angeführten Falle die Zeugen nur sagen können: der Commis *Meringers*, der Bankier *N.*, der Kaufmann *S.* hätten geäußert, es scheine ihnen *M.* den Kauf abgeschlossen zu haben, aber sicher wüßten sie es nicht, er habe sich nicht darüber erklärt, so hätte der Richter wohl von der Abhörnung derselben ohne Weiteres Umgang genommen, aber nicht weil sie nur testes de auditu gewesen wären, sondern weil das was sie wahrgenommen nicht einmal zu einem Indiz reichte.

Entschieden den richtigen Weg finde ich nur von *Langebeck*, Beweisführung S. 445 eingeschlagen: „Das Zeugniß vom Hörensagen ist ein eigentliches Zeugniß, da der Zeuge nicht das gehörte Factum selbst, vielmehr nur den Umstand, daß und wie er es gehört hat, aussagt;“ und S. 487: „die Zeugen von Hörensagen sind an sich nicht verdächtig, ihr Zeugniß hat aber auch nicht so viel Gewicht, als wenn sie über ein Factum aussagen, welches sie sich als ein von Andern wahrgenommenes nicht bloß berichten lassen, sondern selbst wahrgenommen haben. Wenn von Einigen geradezu uneingeschränkt diese s. g. testes de auditu für unfähig erklärt werden, so beweist das Beispiel der Vorschriften über den Beweis unvordenklicher Verjährung die Unrichtigkeit solcher Ansicht“ u. s. w.

Nach allem dem scheint für die Theorie eine Definition des Zeugen etwa in folgendem Sinne nothwendig: Zeuge im Rechtsinne ist der (am Ausgange des Processes unbetheiligte ¹⁴⁾ Dritte, der über die als Rechtsact selbst in Betracht kommende

14) Die eingeklammerten Worte sind nicht absolut nothwendig zum Zeugenbegriff, welcher an sich nur die Gegensätzlichkeit zu den Parteien fordert; das ist durch „Dritte“ genügend ausgedrückt. Ich würde aber auch das Eingeklammerte aufnehmen, weil zwischen betheiligten Personen und den Parteien betreffs der Zuverlässigkeit kein Unterschied ist, trotz D. C.-P.-D. § 358 Ziffer 4, die mir hierin zu weit geht.

Thatsache oder ein darüber abgelegtes Geständniß oder ein darauf weisendes Indiz aus eigener Wahrnehmung Auskunft geben kann. Eine solche Bestimmung würde auch ein Gesetz nicht verunfallen; oder wenn man Definitionen in Gesetzen perhorresciert, würde ein Artikel etwa von folgender Fassung einer Civilproceßordnung wohl anstehen:

(Am Ausgang des Processus unbetheiligte) dritte Personen, welche aus eigener Wahrnehmung von der als Rechtsact selbst oder als Geständniß darüber oder als darauf zielendes Indiz erheblichen Thatsache Kenntniß haben, sind als Zeugen verwendbar und auf Antrag der Partei vom Richter einzuvernehmen.

Die deutsche Civilproceßordnung hat in diesem Abschnitte weniger durch das was sie sagt gefehlt, als dadurch, daß sie das Wichtigste nicht sagt. Uebelstände, wie sie eben als Folge der über das Wesen „der zu beweisenden Thatsache“ herrschenden Unklarheit nachgewiesen worden, werden durch sie nicht gründlich und ein für allemal unmöglich gemacht¹⁵⁾. Man kann zugeben, daß die vom alten Beweisurtheil und dessen starrer Form abweichende Behandlung des Beweisbeschlusses dem Richter eine gewisse richtige Direction zu geben vermag, aber mit voller Beruhigung und Gewißheit kann man nicht darauf zählen, solange die Theorie den falschen Satz von den testes de auditu aufrecht hält, und den Richter dadurch zu der Meinung verleitet, er dürfe keinen Zeugen abhören, der nur berichten kann, was er von Dritten gehört. Denn dann sind eben wichtige Indizien in zahlreichen Fällen von vorneherein vom Zeugenbeweis ausgeschlossen. Auf bewußt richtige Praxis kann man nur unter der Voraussetzung zählen, daß das Beweissthema in seiner dreifachen Möglichkeit als Rechtsact, Geständniß oder Indiz klar erkannt ist, und hiefür wäre

15) Wirklich sagt Fitting, der Reichscivilproceß § 45: „Zeugen sind dritte Personen, welche dem Richter etwas von ihnen selbst Wahrgenommenes mittheilen sollen. Aussagen vom bloßen Hörenjagen haben gar keine Beweisraft.“

eine Bestimmung wie die eben formulierte zum Mindesten sehr nützlich gewesen.

Run der Urkundenbeweis. Was ist Urkunde? „Unter Urkunden (sagt Weßell § 24) im Allgemeinen und ohne Rücksicht auf ihre Beweiskraft verstehen wir jedes einen Gedanken körperlich darstellende Zeichen.“ Ich glaube nicht, daß man überhaupt von Urkunden ohne Rücksicht auf ihre Beweiskraft reden darf. Eine Aufzeichnung wird unbedingt erst dadurch zur Urkunde, daß sie etwas, und wäre es auch nur ein Indiz, beweist, wie nur diejenige Person Zeuge ist, welche eine Thatsache, und wäre sie nur ein Indiz, beweist. Sodann aber ist auch mit dem „Gedanken“ nichts anzufangen. Vor einigen Jahren wurde in den Ruinen eines Klosters am Saleve bei Genf ein Stein gefunden mit der Inschrift: NASCI. PATI. MORI. Das ist ein Gedanke, und noch dazu kein ganz übler, aber wie dieser Stein Urkunde sein sollte, ist nicht recht abzusehen, und „den von ihm dargestellten Gedanken“, die Wahrheit desselben beweist er erst recht gar nicht. Dem „Gedanken“ müssen wir zuvörderst die „Thatsache“ und dem „körperlich darstellen“ das „berichten, überliefern“ substituieren. Aber das genügt allerdings nicht. Es ist nicht jede Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche eine beliebige Thatsache überliefert, Urkunde im Rechtsinne. So wenig als eine Person, welche nur mittheilen kann, daß sie den A habe sagen hören, er habe ein gutes Pferd, ein Zeuge für die Frage des Verkaufes eines Pferdes von A an B ist, weil aus jenem Lobe auch nicht das Geringste, nicht eine Spur von Indiz, für das Rechtsgeschäft zu entnehmen ist, so wenig ist Urkunde ein Brief, worin A neben vielem anderm Unbedeutenden dem Adressaten, seinem Freunde X, auch sein neugekauftes Pferd herausstreicht. Urkunde wird eben eine Aufzeichnung auch wieder nur dadurch, daß sie dem Richter den Rechtsact oder ein Geständniß darüber oder ein daraufweisendes Indiz zur Gewißheit bringt. Und so definieren wir etwa: Urkunde im Rechtsinne ist diejenige schriftliche Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche entweder den Rechtsact selbst, oder ein darüber abgelegtes Geständniß oder ein

darauf zielendes Indiz zu unmittelbarem Ausdruck in schriftlicher oder bildlicher Ueberlieferung bringt. Die Definition muß derjenigen der Zeugen durchaus parallel gehen: der eigenen Wahrnehmung der Zeugen entspricht die unmittelbare Ueberlieferung der Urkunde. Daher beurfundet ein Brief, worin A dem B schreibt, er habe dem C sein Pferd abgekauft, nicht den Rechtsact des Kaufabschlusses zwischen A und C, weil er nicht unmittelbare Ueberlieferung desselben ist, wie auch Zeugen, welche den Kaufabschluß von A haben dem B erzählen hören, den Rechtsact nicht bezeugen. Hier wie dort wird höchstens ein Indiz durch die Zeugen selbst wahrgenommen, resp. urkundlich zu unmittelbarem Ausdruck gebracht.

Wir wollen die Definition noch an weiteren Beispielen prüfen. Man ist allgemein darüber einverstanden, daß wenn A gegen B, der den Abschluß des Kaufvertrags abläugnet, folgenden Schein produziert: „Wir Unterzeichnete X und Y erklären hiemit, daß wir dabei gewesen sind, als B dem A sein Pferd, Grauschimmel, 6 Jahre alt, 2c. 2c. für 600 Mark abgekauft hat, und daß dieser Kauf durch Handschlag von beiden bekräftigt worden ist,“ dieser Schein keine Beweiskraft hat, also nicht Urkunde ist. Aber warum das? Man begnügt sich mit der Antwort: es sei eben eine außergerichtliche Zeugendeposition und als solche werthloses „Zeugniß“. Darin liegt aber keine befriedigende Lösung, denn sie provociert sofort die Frage: warum ist aber außergerichtliche Zeugendeposition werthlos? Die richtige Antwort ist: solche Scheine sind nicht beweiskräftig, keine Urkunden, weil sie weder den Rechtsact noch ein Geständniß noch ein darauf weisendes Indiz zu unmittelbarem Ausdrucke und unmittelbarer Ueberlieferung bringen. Den Rechtsact nicht, weil ihn das Niederschreiben des Scheins nicht effectuiert, nicht äußerlich sichtbar und erkennbar gemacht hat, sondern nur die Erklärung Dritter, daß sie dabei gewesen sind¹⁶⁾, überliefert, was an und für sich

16) Auf die Worte kommt es nicht an, es ist rechtlich dasselbe, wenn sie erklären, daß in ihrer Gegenwart B dem A sein Pferd abgekauft habe. Das Wesentliche ist: der Beweisgrund für den Kaufabschluß (Rechtsact) ist nicht das Schreiben des Scheins, sondern die Wahrnehmung der Zeu-

ganz gleichgültig ist und weder auf den Rechtsact Einfluß hat noch auch nur Indizqualität besitzt. Die durch den Schein constatierte Thatsache ist keine andre als die, daß die Aussteller von der Sache wissen, darüber Auskunft geben können, also: daß sie zeugnißfähig sind; und was sie wissen, der Rechtsact selbst, muß eben darum alsdann durch sie als Zeugen bewiesen werden.

Fingieren wir nun, der Richter dürfte und würde erklären: diese zwei Aussteller des fraglichen Scheins, X und Y, sind mir bekannt als zwei so vortreffliche, gewissenhafte, vorsichtige, über alle Beanstandung und über den leisesten Verdacht erhabene Leute, daß ich den Rechtsact als durch ihre schriftliche Erklärung ohne Weiteres bewiesen annehme, wäre damit der Schein nicht doch zur Urkunde über den Rechtsact geworden? Nein! wohl aber zur Urkunde über ein Indiz. Und zwar ist dieses Indiz die Thatsache, daß absolut glaubwürdige Männer sich über den Rechtsact geäußert haben, diese Äußerung wird durch die Schrift unmittelbar überliefert, und weil eben sie dann eine den Rechtsact indicierende Thatsache ist, muß auch die Schrift, die sie zum Ausdruck bringt, Urkunde sein. Darum ist auch Fälschung eines solchen ein Indiz beweisenden Scheines Urkundenfälschung im strafrechtlichen Sinne, während dieses Verbrechen nicht vorliegt, wo der Schein auch nicht einmal ein Indiz hervorbringen konnte.

Eine andere Nuance: der Beweispflichtige legt einen Brief vor, worin ihm die seither gestorbenen X und Y schreiben: „wir werden keinen Anstand nehmen, in Ihrem Proceß Zeugniß darüber abzulegen, daß Ihnen B Ihr Pferd für 600 Mark abgekauft hat, denn wir erinnern uns ganz genau des in unserm Beisein abgeschlossenen Kaufs.“ Sind X und Y Leute, deren Zuverlässigkeit dem Richter so imponiert, daß er auf ihren Brief Alles zu bauen wagt, so ist der Brief ebenfalls Urkunde für diese ihre Erklärung, welche aus gleichen Gründen wie im vorigen Fall Indiz wird.

gen, und diese Function erfüllt der Schein nicht. Daß der Schein geschrieben worden, das beweist den Kaufabschluß nicht, wohl aber wird bewiesen, daß ihn die Zeugen wahrgenommen haben.

Noch eine aus der Praxis: Rudolf M. verklagt den Antiquar L. auf Uebergabe einer verkauften astronomischen Uhr gegen Zahlung von 1500 Fr. L. wollte von dem Verkaufe nichts wissen. R. M. producierte einen Brief, den sein Bruder Wilhelm vor einem halben Jahre gelegentlich eines Aufenthaltes in Paris von seinem Freunde Emanuel B. erhalten hatte. Darin stand unter Anderm: von Deinem Bruder Rudolf soll ich Dir einen freundlichen Gruß schicken; ich traf ihn gestern zufällig im Laden des Antiquitätenhändlers L., dem er eine prachtvolle astronomische Uhr aus der Zeit Louis XV. schließlich um den Spottpreis von Fr. 1500 abhandelte (folgten dann noch humoristisch erzählte Details des Handels). „Außergerichtliche Zeugendeposition! werthloser Wisch!“ tönte es Seitens des Beklagten. Das Gericht hörte den Briefsteller als Zeugen ab, bekam aber zur Antwort, er könne sich jetzt an die Sache nicht mehr genau genug erinnern, um auf Pflicht und Gewissen Bestimmtes zu sagen, er sei aber nicht im Zweifel darüber, daß sein Brief die Wahrheit enthalten habe. So war man doch wieder auf diesen Brief verwiesen. Der Verfasser desselben war puncto Zuverlässigkeit ein bonus pater familias, weder diligentissimus noch negligentissimus, weder dignitate et auctoritate pollens noch forensium rerum expers et alias simplicitate gaudens; sein Brief war aber zu einer Zeit, da man nicht von fern an einen Proceß dachte, in natürlicher, ungezwungener Weise geschrieben, und das, was gewöhnliche schriftliche Zeugendepositionen werthlos macht, der Mangel der Unbefangenheit, fehlte hier ganz. Man konnte sagen, die Thatsache, daß der Freund in durchaus unverfänglicher und vertraulich unbefangener Weise über den Kauf aus frischer Erinnerung heraus berichtet habe, sei ein für sich allein freilich nicht genug wirksames Indiz, somit der Brief eine dieses Indiz zum unmittelbaren Ausdruck bringende Urkunde.

Wir sehen also: an sich ist die schriftliche Erklärung Dritter über Thatsachen, die sie wahrgenommen, alles Urkundencharacters baar, und kann bloß dadurch Urkunde über ein Indiz werden, daß sie unter Verumständungen und in einer Weise

erfolgt ist, welche, ohne auf den Inhalt Einfluß zu üben, die Ueberlieferung der Glaubwürdigkeit mehr nähert: der Inhalt ist deshalb kein anderer und aus sich selber nicht beweiskräftiger, das Beweiskräftige sind die begleitenden Umstände. Dies gilt aber alles nur von Privataufzeichnungen: die schriftliche Erklärung von X und Y, daß vor ihren Augen zwischen A und B ein Kauf zu Stande gekommen sei, oder daß sie die Trümmer der Mauer des A auf dem Boden des B haben liegen sehen, oder daß das von A an B verkaufte Pferd gesund gewesen sei, ist an sich nicht Urkunde. Dagegen lassen wir anstatt X und Y einen competenten Gerichtsbeamten bescheinigen, daß der Kauf zwischen A und B vor ihm gefertigt worden, einen öffentlichen geschwornen Notar in notarialischem Verbalproceß constatieren, daß er die Mauer des A auf dem Boden des B habe liegen sehen, einen Sanitätsbeamten befunden, daß das auf den Pferdmarkt gebrachte Pferd des A vollkommen gesund sei. Da sind der Fertigungsbrief, der Verbalproceß, der Gesundheitschein sicherlich Urkunden. Aber warum? Weil sie von öffentlichen Beamten im Kreise ihrer Amtsthätigkeit ausgestellt sind, sagt man. Aber das ist nicht der Grund ihrer Urkundenqualität, sondern nur ihrer Befreiung vom Echtheitsbeweis. Urkunden sind sie, weil sie im Gegensatz zu den Privataufzeichnungen ähnlichen Inhalts den Rechtsact selbst unmittelbar überliefern. Wollte man sie auf gleiche Linie stellen mit jenen eben besprochenen Zeugnissen hochachtbarer Personen, und sagen, die unanfechtbare Glaubwürdigkeit eines öffentlichen Beamten sichere ihnen eine Berücksichtigung, so wäre ihr Werth und ihre Kraft doch nur die, ein Indiz zu erzeugen, wenn auch ein necessarium. Aber das wäre zu wenig, ihre Kraft ist in der That stärker. Denn der betreffende Beamte figurirt in solchen Fällen nicht als bloßer Zuschauer, der dann nur was er gesehen schriftlich niederlegt, sondern er constituirt durch seinen Act die Grundlage des Rechtsverhältnisses, der Thatbestand wird unter seiner Hand zum Rechtsact, von dem Augenblick der Siegelung und Unterschrift des Fertigungsactes, des Verbalprocesses, des Gesundheitscheins und durch denselben wird der Kauf als voll-

zogen, der durch Einsturz der Mauer verursachte Schaden als eingetreten, die Gesundheit des Thieres als vorhanden direct zur Erscheinung gebracht. Damit soll keineswegs gesagt sein, daß alle öffentlichen Urkunden einen Rechtsact überliefern, wir werden später (S. 295) sehen, daß es auch solche giebt, die nur Indicien bekunden¹⁷⁾.

Es ist im Verlaufe dieser Abhandlung schon hie und da bemerkt worden, daß die übliche Eintheilung der Urkunden in Dispositionsacte, Geständnisse und Zeugnisse nur unter dem hier aufgestellten Gesichtspuncte brauchbar wird. Niemand wird läugnen, daß die bisherige Doctrin etwelche Confusion in dieser von ihr aufgestellten Dreitheilung aufweist. Findet man sich auch mit den Dispositionsacten noch leidlich ab, so liegt dagegen der Begriff von Geständniß und Zeugniß wie die Abgrenzung beider sehr im Argen. Ich kann nicht auf Widerlegung der bestehenden Ansichten eintreten, weil es mich zu weit führen würde, denn fast jeder Schriftsteller behandelt die Sache wieder im Detail anders. Es hätte auch keinen Zweck, sofern es mir wie ich hoffe gelungen ist das richtige Princip zu finden. Nur das sei bemerkt: ein Hauptfehler liegt darin, daß man meistens den Begriff des Geständnisses nicht präcis genug faßt, sondern auch Erklärungen des Probaten an Dritte darunter begreift, welche nur „Zeugnisse“, d. h. Indizien sein können. Und dann: der Ausdruck Zeugniß ist eben überhaupt incorrect; aus der Verkennung der juristi-

17) Vorläufig ein paar Beispiele öffentlicher Urkunden, die nie mehr als ein Indiz beweisen: der Schein einer Sanitätsbehörde, daß die Gegend viehseuchenfrei sei (Indiz dafür, daß das aus der Gegend ausgeführte und im Nachbarland verkaufte Thier seuchenfrei war); die Bekanntmachung einer Militärbehörde, daß alle Bewohner einer Festung sich mit Mehl auf ein halbes Jahr versorgen sollen (Indiz für die Thatfache, daß in einem abgebrannten Hause ein größeres Quantum Mehl mit verbrannt ist, das die Versicherungsgesellschaft nicht anerkennt); die Publication der Polizei, daß zur Sicherung vor der Reblauskrankheit der Import von Trauben verboten sei (Indiz für die Thatfache, daß ein Comestibleshändler in jener Zeit keinen Kauf über Trauben mit dem heute auf Haltung eines solchen klagenden ausländischen Weinbergbesitzer abgeschlossen hat); Curszettel beeidigter öffentlicher Mäkler, u. s. w.

schen Natur dieser sog. Zeugnisse folgt namentlich auch der verbreitete Irrthum, Zeugnisse seien alle Urkunden öffentlicher Beamten über amtliche Wahrnehmungen in amtlicher Weise (z. B. Renaud, § 118). Wir haben oben gezeigt, daß solche geradezu Urkunden über Dispositionsacte sein können, wo sie dann mit schriftlicher Zeugendeposition, die gar nichts werth, weil keine Urkunde ist, nicht zu vergleichen sind.

Wie sehr es noth thut, den Urkundenbegriff in der vorgeschlagenen Weise — oder doch in diesem Sinne, *verba non teneo!* — zu bestimmen, zeigt uns die Behandlung der Urkunde im Strafrecht. Ich knüpfe an einen Excurs Bindings in seinen Normen, Bd. I, S. 110 an. Binding sucht dort auch nach einer Definition der Urkunde Behufs Fixierung des Begriffs der Urkundenfälschung, aber von unrichtigem Ausgangspunkte aus, und der Fehler beruht auch wieder darauf, daß das Wesen der den eigentlichen Gegenstand des Beweises bildenden Thatsache in ihrer dreifachen Möglichkeit verkannt ist. Gerade wie die herrschende Theorie im Civilprozeß mißachtet, daß bloße Indicien, wenn sie sich in das Hörensagen kleiden, Gegenstand des Zeugenbeweises sein können, so verkennt Binding, daß Urkundenbeweis über Indicien stattfinden kann. Denn er stempelt die Urkunde in solchem Fall selbst zum Indiz und läugnet damit ihren Character als Urkunde. „Die telegraphische Depesche, sagt er, ist keine Urkunde, sondern höchstens ein Indiz.“ Nein, die Depesche ist ganz sicher eine Urkunde, aber sie beweist vielleicht nur ein Indiz¹⁸⁾.

18) Ich sage absichtlich: vielleicht, denn die Ansicht Bindings von der rechtlichen Natur der Telegramme, sowohl der Ankunfts- als der Aufgabe-Depesche, kann ich nicht theilen, trotz der Autorität des Reichsoberhandelsgerichts (Goldtamers Archiv, Bd. XXV, S. 237). Die richtige Ansicht ist meines Erachtens völlig unwiderlegbar entwickelt von Scherer, ein Beitrag zur Lehre vom Telegraphen-Strafrecht (Gerichtssaal, Bd. XXVIII, S. 609 ff.). Sie geht dahin, daß die Ankunftsdepesche die den Dispositionsact oder das Geständniß (natürlich falls der Inhalt darnach ist) beweisende, nicht bloß „höchstens ein Indiz“ dafür liefernde Urkunde ist, weil sie als vom Absender selbst (mit fremder Hilfe) geschriebene Urkunde anzusehen ist. Hier Mehreres darüber zu sagen, würde zu weit abführen.

Indiz kann ja nur eine Thatsache sein, die Depesche aber ist ein Gegenstand und zwar Beweismittel für das Indiz. Man dürfe, sagt Binding, die Urkunde nicht zusammenfließen lassen mit allen möglichen geschriebenen Zetteln, von denen kein einziger nicht unter Umständen als Indiz großen Beweiswerth erlangen könne. Im Gegentheil! man muß die Urkunde zusammenfließen lassen mit allen möglichen geschriebenen Zetteln, welche (allerdings nicht als Indicien selbst, aber) als Beweismittel für Indicien Werth erlangen können. Was ist z. B. ein vor Gericht producirter Curszettel anders als eine Urkunde, die ein Indiz liefert? Der Käufer einer Waare, der den Verkäufer wegen Nichtlieferung auf die Preisdifferenz belangt, beruft sich zum Beweise derselben auf den Curszettel, worin auf den vom Verkäufer nicht inne gehaltenen Lieferungstag die Waare zu dem angegebenen höheren Preise cotiert ist. Da führt er Urkundenbeweis über die Thatsache, daß an dem Lieferungstage die Waare auf der Börse oder dem Markte nicht zu 100, wie er sie gekauft hatte, sondern nur zu 105 zu kaufen war. Diese Thatsache ist ein Indiz, und zwar ein sehr starkes, dafür, daß der Käufer an jenem Tage die Waare, die er zum Ersatz der ausgebliebenen Behufs Erfüllung seiner Engagements à tout prix kaufen mußte, mit 105 bezahlt, also einen Schaden von 5 erlitten hat. Sie ist nur Indiz, weil es nicht unmöglich ist, daß er unter der Gunst besondrer Verumständungen sich die Waare dennoch hat wohlfeiler als zu 105 verschaffen können. Und im Grunde kommt Binding in seiner Definition der Urkunde selbst auf dieses Resultat. „Urkunde, sagt er, ist ein beweiskräftiges Schriftstück, durch welches sein Aussteller bezeugt das eigene Wissen von der Wahrheit des rechtlich bedeutsamen Schriftinhalts.“ Eines-theils ganz richtig! denn: der Curszettel ist ein beweiskräftiges Schriftstück, durch welches sein Aussteller (der Waarenmäkler) bezeugt das eigene Wissen von der Wahrheit des rechtlich bedeutsamen Schriftinhalts (der Thatsache, daß an jenem Tage die Waare zu 105 gehandelt worden). Anderntheils unrichtig, weil auch jedes Zeugniß eines beliebigen Dritten über einen rechtlich bedeutsamen Schriftinhalt das eigene

Wissen davon bezeugt. Ja, wird B i n d i n g antworten, dann ist es eben kein beweiskräftiges Schriftstück. Ich repliciere: hier sitzt der Fehler der Definition; Urkunde und beweiskräftiges Schriftstück sind dasselbe; es war zu definieren, was beweiskräftiges Schriftstück, d. h. Urkunde sei; dieser Begriff durfte also nicht zu seiner eigenen Begriffsbestimmung verwendet werden.

Nun können wir auch die Frage beantworten, wann Urkundenfälschung vorhanden sei. B i n d i n g nimmt an, wenn ein Schriftstück, das „keine Urkunde, sondern höchstens ein Indiz“ sei, gefälscht worden, so liege keine Urkundenfälschung vor. Die Sache wäre richtig, wenn nur der Obersatz richtig wäre. Da jedoch das Schriftstück nicht selber Indiz ist, wohl aber Urkunde für ein Indiz sein kann, so wird auch, sobald letzteres der Fall ist, durch dessen Fälschung ganz sicher eine Urkundenfälschung begangen, weil eine falsche Urkunde zur Erzeugung oder zur Zerstörung eines Indizes hergestellt wird. Der Käufer, der in dem eben angeführten Falle einen falschen Kurszettel drucken läßt, um den Beweis der Preisdifferenz zu führen, begeht eine Urkundenfälschung; der Telegraphist, der eine falsche Depesche verfertigt, nicht minder, sofern nur der Inhalt der Depesche als Rechtsact, Geständniß oder Indiz in einer Rechtssache rechtliche Bedeutung hat¹⁹⁾. Ebenso der Beklagte, der in dem oben S. 283 angeführten Falle den Freundschaftsbrief in einer Weise corrigiert und fälscht, die das dadurch

19) Und vollends begeht Urkundenfälschung der Absender einer telegraphischen Depesche unter Mißbrauch fremden Namens, und zwar ist die gefälschte Urkunde nicht das Aufgabebuch, sondern das Ankunftstelegramm, wie S c h e r e r a. a. O. siegreich gegen das Reichsoberhandelsgericht und den Bayerischen Cassationshof (G o l d t a m m e r s Archiv, Bd. XXII, S. 285 ff.), gegen S e r a f i n i und D a m b a c h erwiesen hat. Denn das Ankunftstelegramm ist, juristisch betrachtet, direct von dem Absender geschrieben, statt mit der Feder durch eine sehr complicierte aus Telegraphisten mit allem ihrem Apparat bestehende Schreibmaschine, und eine Partei muß ein Telegramm, das ihre Unterschrift trägt, recognoscieren oder diffittieren, d. h. anerkennen oder erklären, daß es nicht von ihr herrührt, und kann sich dieser Pflicht nicht mit dem mehr als futilen Grunde entziehen, daß es der Telegraphist „geschrieben“ habe.

hergestellte Indiz zerstört, begeht Urkundenfälschung. Für den strafrechtlichen Begriff der Urkundenfälschung muß unsere Definition der Urkunde durchaus brauchbar sein, sonst ist sie nicht richtig, ich glaube aber, daß sie völlig darauf paßt und auch im Strafrecht maßgebend sein muß. Speziell bezüglich der oben (S. 284) aufgestellten Beispiele werden wir auch sagen müssen, daß eine Partei, welche die Wahrnehmung von einem zwischen A und B abgeschlossenen Kaufe, von den auf dem Grund und Boden des B liegenden Mauertrümmern, von der Gesundheit des durch A an B verkauften Pferdes unter Nachahmung der Unterschrift von X und Y aufzeichnet, keine Urkundenfälschung begeht, solange diese Schrift, auch wenn sie von X und Y selbst herrührte, nicht einmal ein Indiz überliefert und daher auch in diesem Fall nicht Urkunde sein könnte, während die Nachahmung des gerichtlichen Fertigungsbriefes sicher Urkundenfälschung wäre, aber nicht weil der Name eines Beamten mißbraucht wird, sondern weil die einen Rechtsact überliefernde Urkunde fälschlich angefertigt wird. Die Definition der Urkundenfälschung im § 267 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches stößt übrigens an derselben Klippe an, welche auch Binding bei seiner Urkundendefinition nicht vermieden hat. Es heißt dort: „wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde, oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt, und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft.“ Bleiben wir vorerst bei den Privaturkunden stehen, so ist die Fassung unrichtig; es giebt wohl Privatschriften und Privataufzeichnungen, welche für Rechtsverhältnisse unerheblich sind, aber es giebt keine Privaturkunden, welche zum Beweise von Rechten nicht von Erheblichkeit wären; alle Privaturkunden ohne Ausnahme sind in dieser Richtung von Erheblichkeit, weil diese Eigenschaft und Fähigkeit geradezu ihren Begriff ausmacht, und eine Privatschrift dadurch, daß sie dergestalt erheblich ist, zur Urkunde wird. Richtig gestellt müßte also § 267 zum Mindesten lauten: solche Privatauf-

zeichnungen, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblich sind, (indem sie einen Rechtsact, ein Geständniß oder ein Indiz dafür zu unmittelbarem Ausdruck bringen), und dadurch Urkunden sind. Dann hätte man die Urkundendefinition im Gesetz, wie es von Rechtswegen sein sollte, und wüßte wann das Verbrechen begangen ist, während man es jetzt nicht weiß und die Praxis die abenteuerlichsten Sprünge macht. Zweitens aber erhebt sich dann die Frage, was in diesem § 267 mit den öffentlichen Schriftstücken oder Aufzeichnungen (wie wir nun auch sagen müßten) zu machen ist, ob zu formulieren wäre: ein inländisches oder ausländisches öffentliches Schriftstück oder eine solche Privataufzeichnung, welche u. f. w.

oder aber: solche öffentliche oder private Aufzeichnungen, welche u. f. w.

Im Sinne des jetzigen Gesetzes läge offenbar das erstere: die Meinung ist doch jetzt ohne Zweifel, daß an jedem amtlichen Schriftstück ohne Rücksicht auf seine Erheblichkeit für Rechtsverhältnisse Urkundenfälschung kann begangen werden, denn § 267 braucht das Wort Urkunde (allerdings unrichtig) für Schriftstück. Also wer einen Paß fälscht, in der irrigen Meinung, er komme sonst nicht über die Grenze, und ihn dem Polizeibeamten vorweist, oder wer einen gerichtlichen Kaufbrief fälscht, in der irrigen Meinung, er könne damit eine Servitutklage eines Dritten zurückschlagen, und denselben zu den Acten legt, wird wegen Urkundenfälschung bestraft. Das ist falsch. Es muß für die öffentlichen Schriftstücke dasselbe gelten was für die privaten: sie sind erst durch ihre Erheblichkeit für Rechte Urkunden. Bleiben wir beim letztern Beispiele stehen: A klagt gegen B eine Servitut ein; B ist der Meinung, wenn er den Kaufbrief vorweise, den er bei dem Kauf seiner Liegenschaft von C erhalten hat und der nichts von einer Servutbelastung enthält, so sei A aus dem Felde geschlagen; da er keinen Kaufbrief hat, so fälscht er einen. Hier ist es ganz gleichgültig, ob er einen öffentlichen oder einen privaten fälscht, es ist in beiden Fällen keine Urkundenfälschung vorhanden, weil keine Urkunde; denn er verfertigt ein Schriftstück, das zum

Beweise von Rechten ohne Erheblichkeit, also nicht Urkunde ist. Der § 267 müßte also lauten: wer solche inländische oder ausländische öffentliche Schriftstücke oder solche Privataufzeichnungen, welche u. s. f.

Eine ziemlich verbreitete Meinung habe ich bisher ganz ignoriert; sie geht dahin, Urkunde sei alles den äußern Sinnen des Richters wahrnehmbare Material, das für Beurtheilung der Sache irgend dienen könne, so ein bei einem Ermordeten gefundener Camisolknopf, ein im ausgeplünderten Zimmer liegen gebliebenes Messer, ein Blutfleck auf einem Hemd, eine Fußspur im Schnee. Das sind keine Urkunden, denn sie überliefern keine Thatfache. Die Urkunde ist eine vox, wenn auch mortua, jene Dinge sind nicht einmal mortua vox. Es sind überhaupt gar nicht Beweismittel, denn sie vermögen rein nichts zu beweisen. Was beweist der Knopf, der bei dem Ermordeten liegt? Nichts! er beweist nicht einmal, daß er dort gelegen hat, sondern diese Thatfache muß, sobald er fortgetragen worden, selbst wieder bewiesen werden. Der Knopf, das Messer u. s. w. ist aber auch nicht Indiz, denn Indizien können nur Thatfachen sein, und so wird vielleicht der Umstand, daß der Knopf beim Ermordeten lag, zum Indiz für die Schuld desjenigen, an dessen Camisol der Knopf fehlt. Was sind denn diese Dinge? nichts anders als die Objecte des Thatbestandes, die Augenscheinsobjecte; und die Ansicht die sie zu Urkunden macht, ist nur eine Outrierung der oben widerlegten Behauptung, Urkunden und Augenscheinsobjecte seien begrifflich keine Gegensätze, während sie es doch in höchstem Maß sind.

Doch genug von dem Begriff der Urkunde. Betrachten wir nun einige Consequenzen. Eine verbreitete Theorie sagt: öffentliche Urkunden beweisen gegen Jedermann, Privaturkunden nur wider den Aussteller. Die Unbrauchbarkeit dieses Satzes, wenigstens des letztern von den Privaturkunden, hat schon Wezel § 24, I, 1 und 2 veranlaßt, sich dahin auszusprechen, die Disposition würde Jedermann und nicht bloß dem Aussteller entgegengehalten werden können, soweit als sie der Ausdruck des Willens sei, während Geständnisse allerdings nur gegen den Aussteller beweisen könnten. U., den ersten

Blick möchte das einleuchtend erscheinen, wie denn z. B. gewiß kein Richter ein gegen unbegründete Begehren eines Legatars produciertes Testament zurückweisen würde, weil es nur gegen den Aussteller beweiskräftig sei. Aber auch Wehells Fassung und die ihr zu Grunde liegende Anschauung ist, wenn nicht geradezu einer Correctur, so doch jedenfalls einer Verdeutlichung bedürftig, welche freilich dazu führt, daß wir die fraglichen Sätze als völlig nichts nutz lieber ganz verwerfen. Verlieren wir vorerst nicht aus dem Auge, daß eine und dieselbe Urkunde in dem einen Proceß zum Beweise eines Rechtsactes oder eines Geständnisses, in dem andern zum Beweise eines Indizes dienen kann; z. B. ein Testament in der Hand des hereditatem petierenden Testamentserben A beweist den Rechtsact der Erbeinsetzung gegen den Intestaterben B, während es ein Indiz des Diebstahls beweist, wenn beispielsweise unter verdächtigen Umständen ein Gegenstand im Besitze des X gefunden wird, der denselben am 5. Mai 1876 von dem Erblasser gekauft haben will, nun aber aus dem Testament sich ergibt, daß der Erblasser noch am 6. Mai 1876 über diesen ihm besonders werthvollen Gegenstand bestimmt hatte, er solle als Erb- und Familienstück immer im Eigenthum des Ältesten seines Geschlechts bleiben. Oder der Brief, wodurch B dem A zugiebt, am 10. Dezember 1876 ein Darlehen von 5000 Mark empfangen zu haben, ist Urkunde über ein Geständniß gegen den das Darlehen läugnenden B, dagegen Urkunde über ein Indiz gegen den C, der im Jahr 1878 Rückdatierung des über A verhängten Concursses auf das Jahr 1876 verlangt als auf die Zeit, wo A factisch schon insolvent gewesen sei (die Thatsache, daß A dem B noch 1876 ein Darlehen von 5000 Mark gemacht hat, ist Indiz dafür, daß er damals noch nicht insolvent war). Also: je nachdem eine Urkunde einen Rechtsact oder ein Geständniß oder ein Indiz beweisen soll, kann sie gegen verschiedene Personen wirksam werden. Und in dieser Hinsicht muß nun Folgendes gelten: wird eine Urkunde zum Beweise eines Geständnisses produziert, so kann sie der Natur und dem Begriffe des Geständnisses gemäß nur wirksam sein, wenn Aussteller und Probat

dieselbe Person sind, sie kann m. a. W. nur gegen den Aussteller beweisen; denn Geständniß ist ja eben nur eine Erklärung des Probaten gegen den Probanden, und dem A, der in obigem Beispiel jenen Brief des B gegen den C producirt, ist es nicht um den Beweis des Geständnisses zu thun, sondern um den Beweis der Thatsache, daß er damals überflüssiges Geld hatte, daher die Urkunde in diesem Fall kein Geständniß beweist. Umgekehrt braucht eine zum Beweise eines Indizes producirt Urkunde nicht von dem processualischen Gegner herzurühren, und wird sogar sehr oft nicht von ihm herrühren, also gegen einen Andern als den Aussteller beweisen. Und bezüglich der Rechtsacte wird gesagt werden müssen, daß es, auch da wo es sich wirklich um die Disposition und nicht bloß um ein Indiz handelt, auf ihren Character ankommt, ob sie gegen Jedermann oder nur gegen den Aussteller wirksam sein können. Testamente z. B. beweisen gegen Jedermann die darin enthaltene Disposition, Kaufverträge wohl nur gegen den Aussteller. Das meint wohl Wegell mit seinem: soweit als sie der Ausdruck des Willens ist. Die Sache bliebe auch wohl practisch unverfänglich, wenn man sich dieser verschiedenen Function einer und derselben Urkunde in verschiedenen Processen bewußt wäre; das ist aber vielfach nicht der Fall und besonders bei Denen nicht, welche geradezu sagen: Urkunden sind entweder Dispositionsacte oder Geständnisse oder Zeugnisse; das verleitet dann eben dazu, diese Möglichkeit doppelter Function einer Urkunde zu verkennen und zwar auf Kosten der Indicien, die darüber immer zu kurz kommen.

Dies die eine Seite der Frage. Die andre ist aber die, daß dann überhaupt zwischen öffentlichen und privaten Urkunden nicht mehr darf unterschieden werden. Das ist von vornherein klar und allgemein anerkannt, daß bezüglich der Beweisraft ihres Inhalts (und nur darauf kommt es ja bei unsrer Frage an) Rechtsacte und Geständnisse gleich viel werth sind, mögen sie in öffentlicher oder in privater Urkunde verbrieft sein: ein Testament ist bezüglich seines Inhalts und damit der Frage, ob dieser Inhalt gegen Jedermann beweiskräftig sei, ein Geständniß ebenso bezüglich seiner Beweisraft

gegen den Aussteller davon unabhängig, ob es Privatscriptur (natürlich die civilrechtliche Gültigkeit solcher Privatakte vorausgesetzt) oder gerichtlich oder notarialisch gefertigt ist. Nur hinsichtlich der Echtheitsfrage ist ein Unterschied, und sind die Privaturkunden mehr gefährdet; aber ist einmal ein olographes Testament als echt recognoscirt, so hat es gleichen Werth wie das gerichtliche. Erkennt man das an für Urkunden, welche Rechtsacte und Geständnisse überliefern, so kann es auch nicht anders sein für Urkunden über Indicien. Das ist ohne Weiteres klar für die Fälle, wo ein Rechtsact oder ein Geständniß nur als Indiz zur Verwendung kommt, wie in den oben besprochenen Beispielen. Ebenso gewiß ist es in den Fällen, wo eine Thatsache, die weder dieses noch jenes ist, als Indiz wirkt, z. B. ein Curszettel, der von öffentlich angestellten und beeidigten Börsenmählern, oder (wie z. B. in Basel) von den vereinigten Sensalen, denen keinerlei amtliche Qualität zukommt, abgefaßt sein kann.

So ist mit dem Satz: öffentliche Urkunden beweisen gegen Jedermann, Privaturkunden beweisen nur gegen den Aussteller, in der That nichts anzufangen. Wie ist man aber dazu gekommen, ihn aufzustellen? Eben dadurch, daß man den Gegenstand des Urkundenbeweises nach seiner dreifachen Möglichkeit von Rechtsact, Geständniß und Indiz nicht vor Augen hatte. Der erste daraus entspringende Fehler war der oben angedeutete, daß man die Rechtsacte und die Geständnisse nicht als Beweisobjecte, d. h. als die durch Urkunden (gleich wie durch Zeugen und Eid) zu beweisenden Thatsachen, sondern als die Urkunden selbst, als verschiedene Arten der Urkunden bezeichnete. Und weil man dann für die vielen Urkunden, die bloß ein Indiz beweisen, auch noch eine Rubrik haben mußte, verfiel man auf die unglückliche Kategorie der „Zeugnisse“. Darüber vergaß man, daß eine Urkunde heute ein Geständniß, morgen ein Indiz beweisen kann, und stellte ohne Bedenken den Satz auf, daß jede Urkunde, die ein Geständniß sei, nur gegen den Aussteller beweise. Mit den Zeugnissen wußte man dann aber doch nichts Rechtes anzufangen, man nahm das Wort schließlich doch nur in dem

Sinn einer schriftlichen Zeugendeposition und sagte dann (unrichtig soweit als sie ein Indiz überliefern), sie seien beweiskräftig falls von Privatpersonen ausgegangen; dagegen für Zeugnisse öffentlicher Beamten nahm man die Beweiskraft an und kam von dieser Seite zu der Unterscheidung öffentlicher und privater Urkunden auch bezüglich der Wirksamkeit ihres Inhalts. Das halte ich darum für unrichtig, weil dasjenige, was man unter Zeugnissen öffentlicher Beamten zusammenfaßt, größtentheils Rechtsacte und unter diesen unterzubringen sind. Ich habe das schon früher geltend gemacht und wiederhole daher hier nur kurz: gerichtliche Kaufbriefe, notarialische Testamente, amtliche Expertisen, sanitätspolizeiliche Gesundheitscheine u. dgl. sind keine Zeugnisse, sondern bringen die „disponierende“, d. h. rechtserzeugende Thatsache unmittelbar zum Ausdruck, die Thatsache des Kaufs, der letztwilligen Verfügung, der Verwüstung eines Gartens durch eine eingestürzte Mauer, der Gesundheit des wegen Krankheit redhibierten Thieres. In diesen Fällen wirkt die öffentliche Urkunde materiell gleich als wäre sie von den Parteien ausgefertigt worden, die Behörde giebt nicht nur ein Zeugniß, sondern spricht anstatt der Parteien. Und darum, nicht wegen der öffentlichen Form, ist die Urkunde beweiskräftig. Aber es giebt auch öffentliche Urkunden, die nicht Rechtsacte und nicht Geständnisse beweisen. Nämlich solche, welche eine Thatsache constatieren, die nie als Rechtsact oder Geständniß wirksam werden kann, und jedenfalls nicht bei der Abfassung der Urkunde als solche beabsichtigt war, die aber ein Indiz abgeben kann: Curszettel vereidigter Sensalen, Bescheinigung einer Sanitätsbehörde, daß die Maul- und Klauenseuche erloschen sei, Schein eines Phylloxera, daß der Träger desselben geimpft sei, Pässe u. s. w. Sollten das nicht Zeugnisse sein? Ich würde diesen Ausdruck ganz vermeiden, weil er einmal den Beigeschmack von Zeugendeposition hat, der die Frage verwirrt. Will man aber durchaus den Ausdruck behalten, so erinnere man sich nur, daß man dann auch nicht alle „Privatzeugnisse“ mit dem kurzen Sage, schriftliche Privatzeugnisse hätten keine Beweiskraft, einfach todt schlagen darf, sondern aus ihnen diejenigen ausschlei-

den muß, welche mit jenen „öffentlichen Zeugnissen“ gleichwerthig sind und ebenfalls Indizien abgeben können. Am Wichtigsten ist es aber eben, daß man den Begriff des Zeugnisses hier ganz streicht und statt dessen setzt: Urkunden, öffentliche oder private, welche ein Indiz bekunden.

Will man aber sehen, was der practische Gewinn davon ist, wenn man sich für diese Dinge auf den richtigen Boden stellt, so lese man wieder Zink, S. 417 ff., wo darüber geklagt ist, daß durch das herrschende Recht eine zahlreiche und wichtige Classe von Schriftstücken von der directen Beweiskraft ausgeschlossen sei, und manche Absonderlichkeit aus der Praxis mitgetheilt wird.

Die deutsche Civilproceßordnung erweckt hier noch stärkere Bedenken als beim Zeugenbeweis, nicht nur schweigt sie über das Wichtigste, sondern auch das was sie sagt ist nicht ausreichend. Sie schweigt über das Wichtigste, den Urkundenbegriff, wohl in der Meinung, „es könne nicht die Aufgabe eines Gesetzbuchs sein, eine allgemeine Begriffsbestimmung von ‚Urkunde‘ zu ertheilen, da dieselbe bereits als bekannt und feststehend vorauszusetzen war“¹⁹⁾. Was es mit dieser Bekanntheit auf sich hat, haben wir zur Genüge gesehen: Keiner versteht unter Urkunde das Gleiche wie ein Anderer. Und die Civilproceßordnung hat selber keinen klaren Begriff davon, sonst würde sie nicht in §§ 380, 382 und 383 die öffentlichen Urkunden so bunt durch einander werfen, und überhaupt nicht von dem Gegensatz der öffentlichen und der Privaturkunden als dem durchschlagenden ausgehen. Der § 380 nämlich bestimmt, daß öffentliche Urkunden, die über eine vor der Behörde abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde beurkundeten Vorgangs begründen. Also z. B. ein von den Parteien vor Gericht abgeschlossener und von diesem beurkundeter Kaufvertrag, eine vor einem Notar abgelegte und von diesem verbriefte Schuldanererkennung (Gesständniß) gilt durch diese öffentliche Urkunde voll bewiesen.

19) So urtheilt Hahn in seinem: Strafgesetzbuch für den R. D. Bund mit Erläuterungen.

Gewiß! aber ist es anders, wenn die Kaufurkunde einzig von den Parteien, das Geständniß bloß von dem Schuldner geschrieben ist, also eine Privaturkunde vorliegt? Auch wieder nicht (denn § 381 ist, wie bald zu zeigen, zu eng gefaßt). Folglich kommt für die in § 380 gemeinten Urkunden und ihre dort behandelte materielle Beweisraft auf ihre öffentliche oder private Beschaffenheit nichts an. Dasselbe wiederholt sich bei § 382; hier heißt es: die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts. Also z. B. eine Bescheinigung über eine Pfandbucheintragung, oder eine Verordnung betr. Pferdeausfuhrverbot oder Hundebann. Auch das ist richtig, aber es gilt auch wieder von allen den Privaturkunden, welche eine entsprechende Bedeutung haben, z. B. von der Ermächtigung eines Privatmanns zur Vornahme einer Pfandbucheintragung, von dem Versprechen eines Privaten, sein Pferd nicht zu verkaufen ohne es vorher dem Nachbar zum Verkauf angeboten zu haben, oder seinen Hund nicht frei laufen lassen zu wollen, widrigenfalls der Nachbar auf ihn schießen möge. Endlich § 383: öffentliche Urkunden mit anderm Inhalt begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen; also z. B. ein Gesundheitschein, ein Reisepaß, ein Wechselprotest. Auch das gilt für alle correlaten Privaturkunden, z. B. Zusicherung der Gesundheit des Thiers durch den Verkäufer, Erlaubniß zu einer Ferientreise des Angestellten durch den Principal (werthlose außergerichtliche Zeugendepositionen können nicht als das Gegenstück der in § 383 genannten öffentlichen Urkunden betrachtet werden, weil sie ja überhaupt nicht Urkunden sind, also gar nicht hier in Berücksichtigung fallen). Es hätte somit, wenn man einmal den Unterschied von öffentlichen und Privaturkunden für die Frage der materiellen Beweisraft zu Grunde legen wollte, jeweilen eine parallele, und zwar nach dem Gesagten unfehlbar gleichlautende Bestimmung für die Privaturkunden folgen müssen. Statt dessen findet sich nun der eine § 381, der in den Gedankengang nicht paßt und noch dazu unrichtig ist. Er bestimmt, daß Privaturkunden vollen Beweis

dafür liefern, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Das ist zu wenig. Sie beweisen ganz ebensogut wie die öffentlichen Urkunden des § 380 „den bekundeten Vorgang.“ Eine private Kaufurkunde liefert nicht nur den Beweis, daß die Unterzeichner derselben die bezügliche Erklärung abgegeben haben, sondern sogar als eine öffentliche Kaufurkunde den Beweis, daß der Kauf abgeschlossen worden ist. Man wird mir sagen, das komme so ziemlich auf dasselbe heraus. Das mag sein; aber wenn kein Unterschied beabsichtigt ist, warum spricht sich das Gesetz in § 380 und § 381 in Bezug auf die zwei Arten von Urkunden so verschieden aus und verleitet dadurch gerade dazu, eine Verschiedenheit da zu finden, wo sie eigentlich nicht vorhanden sein sollte. Die ganze Behandlungsweise der Urkunden in der deutschen Civilproceßordnung ist eben principlos, und zumal die Unterscheidung der öffentlichen und der privaten Urkunden nach dem Kriterium ihrer materiellen Beweisraft ist verfehlt, weil diese letztere sich lediglich nach dem Inhalt der Urkunde bestimmt und dieser von öffentlicher oder privater Urheberschaft unabhängig ist. Klarheit wird nur erzielt, wenn man den richtigen Urkundenbegriff an die Spitze stellt: Schriftstücke, die zum Beweise eines Rechts von Erheblichkeit sind, indem sie den Rechtsact selbst oder ein Geständniß darüber oder ein Indiz dafür zum Ausdruck bringen. Daraus ergibt sich dann mit Nothwendigkeit die Einsicht, daß zwischen öffentlichen und privaten Urkunden keine Verschiedenheit bezüglich ihrer materiellen Beweisraft besteht.

Man wird mir vielleicht die theoretische Richtigkeit dieser Bemerkungen zugeben, aber beifügen, die Behandlungsweise der Civilproceßordnung sei practisch unverfänglich und ohne Gefahr. Das ist aber doch fraglich. Einmal ist principielle Klarheit in der geistigen Anschauung (und das heißt doch Theorie) zu allen Dingen nütze. Sodann gehört unter die practischen Gewinne, die ein neues Gesetz anstreben soll, nicht bloß eine gesunde Praxis der Gerichte, sondern auch eine fruchtbare Einwirkung auf die Doctrin; ein gutes Gesetz ist nicht eine codifizierte Doctrin, sondern eine codifizierte gute Praxis;

der Gesetzgeber arbeitet der Praxis zum Segen, der Wissenschaft zum Gewinn und sich selber zur Ehre, der seinen Stoff aus dem Leben schöpft, die Kunst der Bearbeitung desselben aus der Wissenschaft. Dann liefert er ein Werk, aus dem die Wissenschaft sich selbst wieder bereichert und mit dem sie etwas Rechtes anfangen kann. Wenn aber der Gesetzgeber, wie er es in der Urkundenlehre der Civilproceßordnung gethan hat, auch den Stoff aus der Doctrin schöpft, woher soll Anregung für die Wissenschaft kommen? Sie bleibt was bisher, todt und starr, gefangen in den alten Schulbegriffen von öffentlichen und Privaturkunden, Zeugnissen u. s. f. Und endlich: es ist mir nicht einmal so sicher, daß die Praxis mit diesen Bestimmungen über die Urkunden auf keine Abwege gerathen wird; ich will keine Beispiele erdichten, denen man doch vorwerfen würde, sie seien „gemacht.“ Aber es muß einleuchten, daß der § 381 nicht geeignet ist von aller falschen Bahn abzuhalten, im Gegentheil kann er leicht eine Praxis, wie sie sich bisher unter ähnlichen gesetzlichen Bestimmungen und unter dem Satze: Privaturkunden beweisen nur gegen den Aussteller, entwickelt hat, durch seine ganze Fassung aufrecht erhalten, und das um so mehr als er nur Urkunden, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben sind, nennt, also die große Zahl von nicht geschriebenen oder nicht unterschriebenen Urkunden (Inskriften, Denkmäler, Grenzsteine, Grabsteine, Gurszetteln etc.), welche gerade hauptsächlich das Gebiet des Indizienbeweises bevölkern, unberücksichtigt läßt.

Und nun nur noch ein Wort über den Eid. Nach allem, was über das Wesen des Beweises als eines von der Partei ausgehenden, dem Richter bisher unbekannte Hilfsmittel für seine Erkenntniß eröffnenden Handelns ist gesagt worden, halte ich den Satz, daß nur der zugeschobene oder Schiedseid als Beweismittel gelten darf, für begründet. Der Notheid ist kein Beweismittel, sondern ein vom Richter nach Ermessen (immerhin innerhalb der ihm durch das Gesetz gezogenen Schranken) angewendetes Erkenntnißmittel, zu welchem der Richter seine Zuflucht nimmt theils um einen unvollständigen historischen Beweis zu ergänzen, resp. unwirksam zu machen, theils um den