Werk

Titel: IX. Würdigung des Beweisergebnisses

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1879

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1879_0012|log29

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

Schluß von einer Thatsache auf eine andere zu verstärken, resp. zu vernichten. Jenes z. B. bei unzuverlässigem Zeugenbeweis, dieses bei zweifelhaftem Indiz. Im Uebrigen gelten ja allerdings gemäß dem auf S. 250 Bemerkten bezüglich Wesens und Wirkung des Notheides dieselben Grundsätze wie für die Beweismittel, sodaß die Frage, ob er Beweismittel sei oder nicht, eine reine Schulfrage ist, solang nicht zu besorgen steht, daß aus der Natur des Notheides als Beweismittel auch die Pflicht der Partei zur Beantragung desselben gefolgert wird. Um die Möglichkeit einer solchen Folgerung auszuschließen, muß der Character des Notheides als eines dem Richter innerhalb der gesetzlichen Schranken zu freier Handhabung anheimgegebenen Erkenntnißmittels gewahrt werden. — Daß beim Schiedseide im Uebrigen a priori betrachtet der Beweisgegenstand auch wieder Rechtsact, Geständniß oder Indiz sein kann, brauche ich ebenfalls nicht weiter auszuführen. Warum sollte der Eid nicht zugeschoben werden können über Indizien wie: daß an dem für Lieferung der Waare bestimmten Tage der Preis derselben an der Börse 105 und nicht 100 war, oder daß zur Zeit des Verkaufes eines Thiers keine Viehseuche in dem Gebiete, aus dem es hergebracht worden, grassierte? Das Alles aprioristisch betrachtet. Denn ob es nicht zweckmäßig wäre, dem Eid keinen so weiten Spielraum zu geben, ist eine andere Frage, die uns hier nichts angeht. Die D. C.-P.-O. § 410 läßt ihn in weitestem Umfange zu.

IX. Würdigung des Beweisergebnisses.

Die Beweisführung und das Beweisverfahren haben ihre Endschaft erreicht mit dem Momente, wo die Beweismittel aufhören zu functionieren, was in dem Augenblick eintritt, wo die Thatsache, deren Träger sie sind, Rechtsact, Geständniß oder Indiz, zur Gewißheit gebracht oder doch bis zu einem gewissen Grad wahrscheinlich gemacht ist. Wenn das Verfahren ganz erfolglos gewesen ist, so ist kein Beweis, keine Beweisführung vorhanden, wie auch die als Zeugen herbeigebrachten Personen sich nicht als Zeugen im Rechtssinne, die als Urkunden producierten Schriftstücke sich nicht als Urkunden

im Rechtssinne erprobt haben, somit keine Beweismittel beigebracht worden sind; das Verfahren, könnte man sagen, war nicht Beweisverfahren, sondern Versuch der Beweisführung mit untauglichen Mitteln. Dies nur beiläufig. Wir nehmen an, die Beweisführung habe ein Resultat gehabt: dann beginnt für den Richter die Prüfung des Werthes, den die bewiesenen Thatsachen für die Entscheidung haben können. Ist der Rechtsact selbst, die rechtsbegründende oder rechtsvernichtende Thatsache, Gegenstand des Beweises gewesen und durch die Beweisführung constatiert, so wird der Richter bald im Reinen sein: er hat nun den direct entscheidenden Thatbestand gewonnen und seine Aufgabe ist nur noch, ihn unter die darauf passenden Rechtssätze zu bringen. Ebenso wird er bei erwiesenem Geständniß keine große Schwierigkeit vor sich sehen, weil er von demselben ruhig auf die Wahrheit der den Gegenstand des Geständnisses bildenden Thatsache schließen kann [20]). Dagegen die Indizien erfordern scharfe Kritik und gewissenhafte Abwägung und Abschätzung ihres Werthes. Soll dieselbe nun dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben werden oder soll das Gesetz der richterlichen Freiheit Schranken ziehen? Wir berühren hier die Hauptseite jener Frage, die in unsrer Zeit unter dem Namen der Frage von der freien Beweiswürdigung brennend geworden ist. Aber eben nur die eine Seite derselben, und zwar gerade die, welche mit dem Beweise und der Beweisführung selber gar nichts mehr zu schaffen hat, sondern vielmehr nur die Werthung des *mit oder ohne Beweis* festgestellten Materials, des möglicherweise von vorneherein unbestritten gebliebenen Thatbestandes betrifft. Also z. B. es hat A als Indiz für den Abschluß des Pferdhandels angeführt, daß B das Pferd wochenlang im Stalle des Gasthauses zum Bären, wo es eingestellt war, gewartet hat, und B hat diese Thatsache zugegeben. Da brauchte

20) Eine Schwierigkeit besondrer Art entsteht allerdings dann, wenn es zweifelhaft ist, ob die in Frage stehende Erklärung blos ein (auf irriger Voraussetzung beruhendes also werthloses) Geständniß eines nicht existierenden Rechtsacts sei oder den Rechtsact selbst begründet habe: confessio oder consensus. Für die Practiker spitze, aber interessante Fälle.

es keines Beweises und für den Richter handelt es sich also auch nicht um Beweiswürdigung. Unter diesem letztern Namen faßt man eben durchweg zwei verschiedene Dinge zusammen. 1) Die Frage, ob der Richter die Qualität und den Werth der Beweismittel nach freiem Ermessen als genügend oder ungenügend zu Herstellung der Gewißheit der Thatsache taxieren dürfe, oder ob das Gesetz hiefür bindende Vorschriften geben solle, und 2) die Frage, ob die Würdigung von Thatsachen (und es kommen eigentlich nur die Indicien in Betracht) dem freien Belieben des Richters anheimzugeben sei oder nicht; dort Werthung der Beweismittel, hie Werthung der Indicien. Beides sind an sich trennbare Fragen, von denen möglich wäre, daß sie nach verschiedenen Grundsätzen beantwortet würden. Sie haben aber allerdings einen Berührungspunkt, in welchem sie sich treffen, und dieser ist das gleiche Ziel, das sie anstreben.

Beweismittel und Indiz zielen auf eines und dasselbe ab: die Erhebung der definitiv entscheidenden rechtsbegründenden oder rechtsvernichtenden Thatsache zur gewissen Ueberzeugung des Richters. Vollwirksame Beweismittel für eine Thatsache und indicia necessaria für dieselbe haben den gleichen Effect: die Thatsache ist dadurch zur Gewißheit gebracht. Ob ich mit zwei classischen Zeugen, die den X haben sterben sehen, dessen Tod beweise, oder mit einem Geburtsschein des X darthue, daß er vor 120 Jahren geboren worden, oder der Gegner diese letztere Thatsache, ohne Beweis meinerseits, zugiebt, bewirkt gleichmäßig die Ueberzeugung des Richters von des X Tode. Ebenso gehen parallel halbüberzeugende Zeugen oder Urkunden und praesumtiones violentae oder probabiles, wenig oder gar nicht zuverlässige Zeugen oder Urkunden und praesumtiones temerariae; ein durch alle möglichen Radierungen und Einschaltungen verunstalteter Kaufbrief beweist für den Kaufabschluß gerade so wenig als ein in lustiger Gesellschaft stattgefundenes Renommieren mit einem vortheilhaften Kaufe ein Indiz abgiebt, aus welchem der Richter einen Schluß auf den Kaufvertrag ziehen kann. Für solche Fälle dem Richter eine gewisse Wegleitung im Recht und im Gesetz zu geben, ist

nicht nur zu entschuldigen, sondern geradezu geboten. Thut es doch sogar die deutsche Civilproceßordnung in § 437. Es fragt sich nur, wieweit das Recht hierin gehen soll. Und da wollen wir doch einmal die Quellen des gemeinen Rechts darauf prüfen, wie sie sich denn eigentlich zu dieser Frage gestellt haben.

1) Beweismittel.

Wie weit gehen die gemeinrechtlichen Quellen in Beschränkung der richterlichen Beweismittelwürdigung durch Aufstellung von Requisiten für die Ueberzeugungskraft der Beweismittel? Diese Frage ist bezüglich des Eides eigentlich gar nicht discutierbar, weil es dem Wesen des Eides widerspräche, seine Würdigung dem richterlichen Ermessen anheimzugeben. Er ist eine bestimmte Form, die in allen Fällen, wo er zur Anwendung kommt, die gleiche ist und nicht in dem einen Falle andere Eigenschaften hat als in dem andern. Sobald diese bestimmte Form erfüllt und der Eid abgeleistet ist, muß auch die ein für allemal daran geknüpfte rechtliche Folge eintreten. Was nicht in allen Fällen gleich ist, das ist der durch den Eid zur Erscheinung gebrachte Beweisgrund der Gewissensbeschwerung. Ein gott- und gewissenloser Mensch kann sein Gewissen nicht belasten, weil er keines hat, ein tief religiöses Gemüth betrachtet den Eid als eine furchtbar schwere Gewissensbelastung. Wollte man das Princip der freien Beweiswürdigung nach dieser Richtung durchführen, so würde es sich aber auch nicht um Würdigung des Beweismittels handeln, sondern um Würdigung der Bedingungen seiner Zulässigkeit. Da giebt es aber nur eine Alternative: entweder der Schwurpflichtige ist fähig sein Gewissen zu belasten, oder er ist es nicht. Im letztern Fall wird ihm der Eid versagt. Die Analogie bei den Zeugen ist ganz ebenso: der Gewissensbelastung entspricht die eigene Wahrnehmung, und da giebt es auch nur ein Entweder — Oder. Was einer nicht wahrgenommen hat, kann er nicht bezeugen. Wie der Richter die Pflicht und das Recht hat, keinen, der nicht wahrgenommen hat, als Zeugen abzuhören, dagegen, jeden der etwas seiner Meinung nach Erhebliches wahrgenommen, einzuvernehmen, so hat er auch Recht

und Pflicht, dem Gewissenlosen den Eid zu versagen und den Gewissenhaften zum Eide zuzulassen. Aber das geht nicht an, daß er den Gewissenlosen oder Gewissenhaften schwören läßt und dann mit dem Eide doch macht was er will. Woher aber, fragt man, soll der Richter wissen, ob der Schwurpflichtige gewissenlos ist oder nicht? Ich denke, man könnte eben so gut beim Zeugen fragen: woher soll der Richter wissen ob er wahrgenommen hat und ob er nicht lügt? Er muß eben die Verhältnisse ins Auge fassen, und das Recht kann nur sehr wenige Anhaltspunkte aufstellen, beim Eide noch weniger als bei Zeugen. So hat sich denn auch das canonische Recht auf ein Minimum beschränkt, und die einzige feste Regel, die es in dieser Beziehung hat, ist eigentlich die des can. 14, causa XXII, qu. 5, wo der Meineidige absolut als eidesunfähig erklärt wird.

Um freie Beweis*mittel*würdigung kann es sich also einzig bei Urkunden und Zeugen handeln. Denn diese sind nicht ihrer Beschaffenheit nach ein für alle mal gleich, sondern in jedem Processe wieder verschiedene Objecte oder Subjecte. Eine Urkunde ist heute ein kalligraphisches Meisterstück ohne Tadel, morgen ein anständig geschriebener Brief, übermorgen eine Sudelei; heute ein schreibfehlerloses Werk, morgen ein stellenweise corrigierter Aufsatz, übermorgen ein durch Radierungen und Aenderungen verkritzeltes Concept; heute ein unversehrtes Pergament, morgen ein in den Falten gebrochenes und wieder zugeklebtes Papier, übermorgen ein mit der Schere kreuzweis zerschnittenes Blatt; und innerhalb jeder dieser allgemeinen Rubriken finden wieder die größten Verschiedenheiten statt, und verschiedenartige Mängel combinieren sich mit einander auf die verschiedenste Weise. Es liegt auf der Hand, daß auch hier das Recht keine festen Regeln darüber aufstellen kann, wann eine Urkunde noch Beweiskraft habe, wann nicht; wie groß die Rasur sein dürfe, wie klein der Riß sein müsse u. s. w. Auch hier muß das richterliche Ermessen walten, und das canonische Recht hat das im tit. de fide instr. X, II, 22 deutlich genug ausgesprochen.

Nun aber die Zeugen. Das ist ja das Gebiet, auf welchem das canonische Recht so schwere Sünden begangen haben

ſoll. Das Römiſche Recht ſoll die perſonificierte Freiheit und Vernunft, das canoniſche die perſonificierte Knechtſchaft und Unſinnigkeit ſein, jenes „der Sieg des Geiſtes über das Fleiſch, dieſes Unnatur“ (Eck). (Ich weiß nicht, ob ich das Corpus Juris nicht zu leſen verſtehe, oder ob es Andere nicht genau geleſen haben. Ich leſe darin hinſichtlich der Hauptfrage, die immer im Vordergrund ſteht, der zu vollem Beweis nothwendigen Zeugenzahl, daß der Richter nicht eine überflüſſige Menge von Zeugen abhören, ſondern ſich mäßigen ſolle (l. 1, § 2, D. de test. 22, 5), und daß, wo eine Zeugenzahl geſetzlich nicht beſtimmt iſt, deren zwei genügen ſollen (l. 12, eod.). Das zeigt, daß die römiſche Praxis in Betreff der Zeugenrequiſition des Guten eher zu viel als zu wenig gethan hat. Insbeſondre die letztere Stelle Ulpians iſt mir von jeher höchſt merkwürdig geweſen: nicht nur das duo sufficiant iſt außerordentlich bezeichnend, denn das Genügende iſt doch das Minimum des Nothwendigen, ſondern hauptſächlich das Beigefügte: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est, zu Deutſch: wenn man von Beweis durch Zeugen ſpricht, ſo iſt mit dieſem Pluralis ſchon eine Zweizahl gegeben. Und da wir nun immer nur von testibus (nicht teste) probare, testium (nicht testis) fides, numerus testium u. ſ. w. leſen, ſo werden wir wohl mit Ulpian ſagen müſſen: es ſind immer wenigſtens zwei gemeint. Alſo: die Römer wußten eben auch, was ſchon Moſes und Chriſtus lehrten und was bis auf den heutigen Tag jeder Richter erfährt, daß der Zeugenbeweis einer der allerunſicherſten iſt und man in 99 von 100 Fällen einem Einzelzeugen nicht trauen kann. Und wenn das canoniſche Recht nun das Ulpianiſche duo sufficiant ſchärfer gefaßt und zu vollem Beweis die übereinſtimmende Ausſage zweier Zeugen gefordert hat, ſo ſehe ich wirklich nicht ein, was denn hierin ſo Unvernünftiges liegen ſollte.) — Weiter leſen wir in der l. 3, § 5 D. de test., daß die lex Julia de vi eine Reihe von Perſonen bezeichnet hat, die nicht als Zeugen abgehört werden dürfen, wir leſen in l. 3 § 1 eod. von Verdächtigkeitsgründen, in l. 9 eod. von Unzuläſſigkeit des Zeugniſſes zwiſchen Vater und Sohn u. ſ. w., der ganze Titel de testi-

bus handelt ja von nichts anderm als den Unfähigkeits- und Verdächtigkeitsgründen. Ja, sagt man, aber „diese Beweisregeln sind nicht als bindende Vorschriften aufzufassen, sondern als nützliche Fingerzeige, deren Benutzung dem Richter anheimgestellt bleibt“ (Eck). Nun, wenn Ausdrücke wie: non admittendus est, testimonium dicere non licet, intestabilis est, testis idoneus non est u. s. w. keine bindenden Vorschriften sind, so gab es überhaupt kein Römisches Recht, und war das ganze Corpus Juris nur ein nützlicher Fingerzeig. Und worin ist nun das canonische Recht so abweichend von dem römischen? Ich weiß es nicht. Denn die Spielereien späterer Schriftsteller mit Viertels-, halbem und Dreiviertelsbeweis sind doch wirklich nichts anders als unschuldige Vergnügungen, über welche sich zu ereifern nicht der Mühe werth ist. Und wenn man dem canonischen Recht zum Vorwurf macht, daß es die freie Beurtheilung der Aussagen verdächtiger Zeugen dem Richter von vorneherein entzogen und immer den Notheid zur Ergänzung oder Reinigung gefordert, dadurch also den Richter ungebührlich gekettet habe, so erscheint mir dieser Vorwurf darum ungerecht, weil er verkennt, daß diese Vorschrift nur ein Glied des das ganze Proceßrecht durchdringenden Eidsystems ist, von dem wir heut zu Tage (ich sage glücklicherweise) keine Ahnung mehr haben, und mit dessen Zertrümmerung auch diese specielle Verwendung des Eides fallen konnte und mußte, ohne daß die eigentliche Beweistheorie stark davon afficiert wurde.

2) Indicien.

Daß die Indicien im canonischen Recht eine große Rolle spielen und der Richter sehr bestimmt auf ihre Berücksichtigung verwiesen wird, ist gar nicht zu verkennen; nur erinnere man sich, daß das canonische Recht statt des Worts Indizien den Ausdruck praesumptiones braucht, was ihm, wie wir S. 232 sahen, seltsamer Weise zum Vorwurf gemacht wird. Aber die gemeinrechtlichen Quellen kennen nicht nur die Indicien als im Proceß verwerthbare Thatsachen, sondern behandeln sie auch trotz der Verkennung ihres eigentlichen juristischen Wesens und trotz ihrer Subsumtion unter die Beweis-

mittel im Wesentlichen correct; ihr Hauptsatz ist: das Indiz (praesumtio) kann entweder ein ganz schwaches sein, aus dem auf eine andre Thatsache zu schließen Verwegenheit wäre (temeraria), oder ein mittelmäßiges, das immerhin die Möglichkeit der andern Thatsache annehmen läßt (probabilis), oder ein starkes, das die zu folgernde Thatsache höchst wahrscheinlich macht (violenta), oder ein zwingendes, das die Thatsache über allen Zweifel erhebt (necessaria). Wann ein Indiz diese, wann jene Wirkung, und welches Indiz diese, welches jene Kraft habe, darüber finden sich wohl Entscheidungen in Einzelfällen, aber keine Regeln im Princip. Aus einem guten Grunde: man hütete sich wohl das Unmögliche zu versuchen und den Wahnsinn zu unternehmen, alle nur denkbaren Indizien, die so unzählig sind wie der Sand am Meer und wieder in jedem einzelnen Falle neu, von vorneherein unter diese vier Kategorien zu rangieren. Was in dieser Beziehung theils im Titel de praesumtionibus, theils bei Schriftstellern, selbst bei solchen, welche in dieser Hinsicht bis hart an die Grenze des Erlaubten gehen wie Mascard, etwa weiter geschieht, sind Beispiele, und für einige besonders oft vorkommende Indicien hat man auch ihre Wirkung und Kraft nach Analogie des Viertels-, halben und ganzen Beweises bestimmt. Ob dieses letztere weise war, mag bezweifelt werden, denn eine und dieselbe als Indiz wirksam werdende Thatsache bekommt in dem einen Falle durch besondere Verumständungen desselben eine andere Färbung als in der Umgebung andrer Umstände in einem zweiten Fall, und darnach modificiert sich auch jeweilen ihre Kraft. Mag also in dieser Hinsicht des Guten leicht zu viel gethan worden sein, so fällt das doch gar nicht ins Gewicht gegenüber der sonstigen Freiheit, die dem Richter in Beurtheilung und Schätzung der Indicien gewährt war. Es ist eine durchaus unbegründete Ansicht, als hätte das canonische Recht nur die in den Quellen besonders erwähnten Indicien als rechtlich wirksam anerkannt, alle nicht ausdrücklich taxierten dagegen eben damit als werthlos, „unjuristisch“ (Eck) verworfen, sondern es war, ganz im Anschluß an das Römische Recht, verstandene Sache, daß der Richter

Alles was sich als Indiz präsentiere, in seinem Werthe als praesumtio temeraria, probabilis, violenta oder necessaria abwägen und darnach handeln solle. Man kann nur den Satz unterschreiben, zu welchem Groß (die Beweistheorie im canonischen Proceß S. 61) auf schweren Irrwegen gelangt ist: „Die einfachen Vermuthungen (d. h. eben die Indicien, praesumtiones hominis) haben im canonischen Beweisverfahren eine dem vernünftigen Ermessen des Richters im concreten Falle überlassene Beweiskraft.“ In der Hauptsache ist das aber gerade, was die Gegner der Legaltheorie verlangen, und der Unterschied besteht nur darin, daß die letztere vom Ergänzungs- oder Reinigungseid reicheren Gebrauch zu machen vorschrieb als man heut zu Tage angemessen und wünschenswerth findet.

In Summa: die canonischen Quellen theilen mit den römischen das Grundprincip: bezüglich der Beschaffenheit der Beweismittel und der Indizien können allgemeine Regeln aufgestellt werden, insonderheit bei den Zeugen ein Zahlminimum verlangt, allgemeine Rubriken der Zeugen nach dem Grade ihrer Beweiskraft wie der Indizien nach dem Grade ihrer Stärke dem Richter an die Hand gegeben werden; aber für Belebung dieser Rubriken in den wirklichen Streitfällen muß der Richter seinen Verstand walten lassen. Das canonische Recht hat dazu neu hinzugefügt, daß in allen Fällen, wo unvollständiger Beweis oder ungenügendes Indiz vorliegt, der Eid aushelfen soll. Das ist aber kein Einbruch in das römische Princip, sondern bloße Zuthat. Es ist die römische Beweistheorie recipiert, aber sie ist eben durch ihre Reception und ihre Einfügung in das canonische System auch der Herrschaft, die der Eid über dieses System übte, unterworfen worden. Das ist aber eben die Hauptsache, wird man mir sagen. Es ist insofern nicht die Hauptsache, als diese Allgewalt des Eides nicht Ausfluß einer neuen Beweistheorie, sondern ein für sich bestehendes, den ganzen Proceß durchdringendes Princip war, und selbständig für sich, aber auch wieder nicht in Beschränkung auf den Beweis, nach seinem Werthe oder Unwerthe zu beurtheilen ist. Und auch nur in Beschränkung

auf den Beweis betrachtet schlägt der Notheid das freie Handeln des Richters doch auch nicht in so unerträgliche Bande. Der Richter wird dadurch nicht gehindert, omnia explorare, nach Herzenslust verdächtige Zeugen abzuhören, die verwegensten Indizien in Betracht zu ziehen, und das bleibt doch die Hauptsache. Ob er dann auf Grund eines zweifelhaften Thatbestandes sofort ex sententia animi sui urtheilen dürfe, oder noch einen Eid auflegen solle, ist keine grundsätzliche Frage mehr, insofern als dem Gewissen und dem „freien Denken" des Richters auch durch seine Pflicht, den Eid zu verlangen, keine Gewalt angethan wird. Dies geschieht nur, wenn dem Richter untersagt wird, Schriftstücke oder Personen, die er gern als Urkunden oder Zeugen in Betracht ziehen möchte, als Beweismittel zu behandeln, und Thatsachen, die ihm von Werth erscheinen, als Indicien zu berücksichtigen; es geschieht aber nicht, wenn er Alles das in Betracht ziehen darf und soll, jedoch zum Schutze der Partei, gegen die solches wirken soll, noch dazu vom Gegner den Eid verlangen muß.

Was für Postulate hat nun dem gegenüber das moderne Princip der freien Beweiswürdigung aufgestellt und was hat es Besseres an die Stelle gesetzt? Wir wollen der Frage Punkt für Punkt nachgehen und fangen also auch wieder mit dem Eide an, d. h. dem Eide als Beweismittel, also dem Schiedseid.

Es hat nicht an Stimmen gefehlt, welche auch den Schiedseid der freien richterlichen Würdigung unterwerfen wollten, in dem Sinne, daß der Richter trotz abgeleistetem Eide die freie Wahl habe, das Beschworne als wahr anzunehmen oder nicht. Auch Eck a. a. O. S. 26 neigte dazu: „Wenn die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit des Beschworenen gleichgültig ist, so läuft der Eid Gefahr, seinen innern Werth zu verlieren." Ich sage lieber das Gegentheil: wenn der Richter das Beschworene als wahr oder unwahr zu erklären trotz der Gewissensbelastung des Schwörenden das Recht hat, so verliert der Eid seinen Werth, und noch mehr: er verliert sein bischen Berechtigung, das er noch hat, ganz, denn dann ist er zur Folter geworden. Der Eid hat ja überhaupt sein Existenz-

recht nur dadurch, daß eine Partei weiß und sicher darauf zählen kann, sie mache durch diese ihre Gewissensbeschwerung „ein Ende alles Haders, dabei es fest bleibt unter ihnen". Kann sie nicht mehr darauf zählen, so schwört keine gewissenhafte Partei mehr einen Eid, weil ihr die Sache zu ernst ist um sie als Comödie zu betreiben, und die gewissenlose gegentheils schwört mit Wonne hundert Eide, weil sie weiß, daß es nur Comödie ist. Das Wesen, die innerste Natur des Eides fordert, daß es sobald er geschworen ist, bei dem Beschwornen bleibt, für Richter und Parteien, einzig den Fall erwiesenen Meineides ausgenommen, und wenn man die Ueberzeugung des Richters nicht unter den Eid zwingen will, so bleibt nichts anders übrig als den Eid ganz abzuschaffen. Die deutsche Civilproceßordnung hat das richtig erkannt und in dieser Richtung die freie Würdigung des Richters durchaus ausgeschlossen (besonders § 428). Sie steht also hierin mit dem alten gemeinen Recht grundsätzlich auf gleichem Boden.

Nicht ganz so verhält es sich mit der Aufstellung von Regeln über die Eidesfähigkeit. Diese stellt die Deutsche Civilproceßordnung ziemlich unbedingt in das Ermessen des Richters, und zwar auch hinsichtlich des Meineidigen, in Abweichung vom canonischen Recht. Der § 432 und 433 beruht offenbar auf der auch vom Reichsoberhandelsgericht gebilligten Auffassung, daß es ja dem Gegner freistehe, einem Meineidigen den Eid zuzuschieben, und wenn er es thue, er damit einwillige, daß der Proceß vom Eide des Meineidigen abhängig gemacht werde. Diese Anschauung leidet doch an dem Mangel, daß eben der Deferent immerhin nicht ganz frei ist, wenn er kein anderes Beweismittel hat. Es ist denn auch diese Lösung der Frage von Fitting, Archiv für civil. Praxis, Bd. 55, S. 428 f. mit guten Gründen angefochten worden und ihr Erwerb für die Praxis ein zweifelhafter Gewinn.

Gehen wir zu den Urkunden über, so konnte auch hier die alte Legaltheorie nicht verbessert werden, weil sie schon enthielt, was die freie Beweiswürdigung fordert. Der Grundsatz des § 384 der Deutschen Civilproceßordnung, der dem Richter überläßt zu ermessen, inwiefern Durchstreichungen, Ra-

dierungen, Einschaltungen ꝛc. die Beweiskraft schmälern, ist schon im canonischen Recht anerkannt. Also bezüglich der freien Beweiswürdigung der Urkunden ist es beim Alten geblieben. Dem wird man widersprechen unter Hinweis auf die Beweiskraft der Handlungsbücher und der Schriftenvergleichung. Mit Unrecht: denn in diesen beiden Fällen handelt es sich nicht um die Würdigung, resp. die Beweisfähigkeit des Beweismittels, der Urkunde, sondern um diejenige des durch das Beweismittel hergestellten Indizes. Darüber zunächst noch ein Wort.

Ordnungsgemäß geführte Handlungsbücher wohlbeleumdeter Kaufleute, sagte man, liefern halben Beweis; wovon? das fand man oft nicht einmal nöthig beizufügen. Aber der Satz ist in jeder Hinsicht unrichtig: für dasjenige, woran man bei diesem halben Beweise denkt, nämlich für den Abschluß des im Handlungsbuch eingetragenen Rechtsgeschäfts oder für eine an den Gegner geleistete Zahlung oder was es sonst ist, giebt das Buch gar keinen Beweis, auch nicht einmal einen halben, und für dasjenige, was es wirklich beweisen kann und soll, nämlich für die geordnete Geschäftsführung, welche ein Indiz für den behaupteten Abschluß des Rechtsgeschäfts, für die behauptete Zahlung und drgl. ist, liefert es vollen Beweis. Die Sache verhält sich juristisch betrachtet doch wohl so: der Eintrag in das Handlungsbuch erfolgt nicht in der Absicht, den Rechtsact dadurch zu bekunden; kein Kaufmann, der für eine an seinen Geschäftsfreund gemachte Zahlung dessen Contocorrent in seinem Handlungsbuch belastet, denkt in diesem Momente daran, eine Urkunde über einen Rechtsact zu schaffen. Aber auch wenn diese Absicht bestände, dieses Motiv obwaltete, so könnte er es nicht, so wenig als ein Nichtkaufmann durch eine schriftliche Aufzeichnung des Inhalts, daß er dem X sein Haus verkauft, ein Darlehn gemacht habe, eine Urkunde über diesen Rechtsact schaffen würde, weil einseitige Aufzeichnungen zu eigenen Gunsten unter keinen Umständen Urkunden über Rechtsacte werden können, auch Handlungsbücher nicht. Dazu bedürfte es einer gesetzlichen Fiction, die nirgends ausgesprochen ist, und namentlich nicht in dem an

die Spitze gestellten Satze liegt, weil eine solche Fiction nothwendigerweise dem Handlungsbuche volle Beweiskraft des Rechtsactes geben müßte. Jeder Kaufmann weiß auch recht gut, daß wenn er eine Urkunde über den Rechtsact haben will, er sich den schriftlichen Consens der Gegenpartei verschaffen, sich Empfangsbescheinigung geben lassen muß u. s. w. Die Einträge in das Handlungsbuch dienen also nicht zur Beurkundung von Rechtsacten oder gar Geständnissen, sondern nur dazu, jederzeit den Stand des Geschäfts zeigen zu können, der Kaufmann führt seine Bücher, um zu wissen, was er für Ausstände und Verpflichtungen hat, um bei Jahresschluß die Bilanz ziehen zu können, um jederzeit sehen zu können, wie er steht, kurz: um Ordnung in seinen geschäftlichen Verhältnissen zu haben. Diesem Zweck dient einzig die Buchführung und nach dieser Richtung kann sie darum auch einzig Beweismittel werden. Ein Kaufmann nun, der eine Zahlung an den läugnenden Gegner gemacht zu haben behauptet und sich zum Beweise derselben auf sein Buch beruft, würde streng juristisch sprechend dem Richter etwa Folgendes vortragen: ich muß die Zahlung beweisen; aber ich habe keinen Beweis für dieselbe anzubieten, der Gegner hat mir nie eine Empfangsanzeige geschickt; jedoch als Indiz für die Richtigkeit meiner Forderung führe ich an meine geordnete Geschäftsführung, kraft deren sich diese Summe als an den Gegner verausgabt darstellt, weil sonst Cassarechnung und Cassabestand nicht stimmen könnten, und zum Beweise dieser geordneten Geschäftsführung berufe ich mich auf meine Bücher, welche diese Ordnung sichtbar vor Augen stellen. In dieser sichtbar vor Augen gestellten, zu unmittelbarem Ausdruck gebrachten Geschäftsordnung muß natürlich der streitige Posten enthalten sein, sonst würde der Gegner sofort sagen: gut, ich nehme dich mit deiner geordneten Geschäftsführung beim Wort und erweise dir daraus, daß die Ordnung eben gerade vorhanden ist, wenn die Zahlung nicht angenommen wird; der Richter wird daher instinctiv zuerst darauf sehen, ob der streitige Posten auch in den Büchern steht, und daraus ist der Irrthum entstanden, als ob die Zahlung direct dadurch erwiesen werde, während

in Wahrheit nur ein Indiz für die Zahlung bewiesen wird. Wem das fremdartig klingt, der bedenke doch, auf was der Richter denn eigentlich bei dieser Prüfung der Geschäftsbücher sein Hauptaugenmerk richtet: nicht darauf, ob der Beweispflichtige diese Zahlung überhaupt irgendwo aufgeschrieben hat, sondern darauf, ob sie in den Büchern an dem durch Zeit und Umstände gegebenen Orte steht, ob die Bücher gehörig à jour sind u. s. w. Wenn auf dem fraglichen Contocorrent die angeblich am 8. Oktober erfolgte Zahlung erst unterm 10. December eingetragen ist, so ist die Beweiskraft dadurch erheblich geschwächt, weil die Geschäftsordnung damit in die Brüche geht. Würde es sich um halben Beweis des Rechtsacts der Zahlung handeln, so hätte ein beliebiger loser Wisch, also, da ein solcher Wisch jederzeit herzustellen ist, das einfache Wort eines wohlbeleumdeten Kaufmanns gleichen Anspruch auf Berücksichtigung, und das Entscheidende müßte nicht das Handlungsbuch, sondern der Handelsherr sein. An unserm Civilgerichte kommt es etwa vor, daß Kaufleute, welche mit ihren Büchern Beweis führen wollen, nur die Seite, auf welcher der streitige Posten eingetragen ist, offen lassen, und alles Uebrige mit Papierstreifen zusammenkleben, damit man ihnen nicht in ihr Geschäft sehen könne. Das Gericht entfernt solche Papierstreifen unnachsichtlich, weil es sagt: darauf kommt es gerade an, ob die Geschäftsführung im Ganzen eine regelmäßige und geordnete ist; ob der einzelne Posten überhaupt irgendwo im Buche steht, ist noch lange nicht genug, ja für sich allein gleichgültig. Das zeigt recht deutlich, was der eigentliche Gegenstand des Handlungsbuchbeweises ist. Von dieser Betrachtung aus erscheint denn auch nebenbei bemerkt der Notheid, den die alte gemeinrechtliche Doctrin noch als Ergänzung des Beweises forderte, der sog. Bucheid, unzweifelhaft als Eid über die Wahrheit des durch die Bücher indicierten Rechtsactes, nicht als Eid über die Richtigkeit des Bucheintrages oder über die Treue der Buchführung (d. h. geordnete Geschäftsführung), denn diese ist eben durch das Buch und den günstigen Eindruck, den es auf den Richter macht, voll und ganz bewiesen, bildet aber nur ein Indiz für die defini-

tiv in Betracht kommende Thatsache, den Rechtsact, und zwar höchstens ein indicium violentum, daher der Rechtsact noch durch Erfüllungseid mußte erhärtet werden.

Noch klarer ist die Sache bei der Schriftenvergleichung. Zu beweisen steht die bestrittene Echtheit einer Urkunde. Behufs des Nachweises der Echtheit produciert der Beweispflichtige andere unzweifelhaft echte Schriftstücke des angeblichen Ausstellers, um durch den Nachweis der völligen Aehnlichkeit der Unterschriften ein Indiz für die Echtheit zu schaffen. Eigentlicher Beweisgegenstand ist also nicht die Echtheit der disfitierten Urkunde, sondern die Aehnlichkeit der mehreren Unterschriften. Ein günstigeres Resultat als die Constatierung völliger Aehnlichkeit kann durch Schriftenvergleichung nicht bezweckt und nicht erreicht werden, trotz aller technischen Ausbildung. Schriftenvergleichung dient daher zum Beweis eines Indizes, die zum Beweise herangezogenen Schriften sind Beweismittel (und zwar Urkunden) für ein Indiz. Der früher geforderte Erfüllungseid richtete sich dann direct auf die volle Bewahrheitung der Echtheit.

In beiden Fällen also ist der Erfüllungseid nicht eine Verstärkung des an sich ungenügenden Beweismittels, welches vielmehr dasjenige was es zu leisten vermochte, den Beweis des Indizes, voll und ganz geleistet hat, sondern eine Ergänzung der Wirksamkeit des Indizes. Diese Fälle gehören somit nicht unter die Frage der Würdigung der Beweis*mittel*, sondern derjenigen der Indizien. Und so durfte oben mit Recht gesagt werden, daß die alte gemeinrechtliche Theorie in Bezug auf die Beweisfähigkeit der Urkunden die freie richterliche Würdigung nicht mehr eingeschränkt hat als die neue Civilproceßordnung.

In vollem Gegensatze zum alten gemeinen Recht steht das neue Gesetz bezüglich der richterlichen Würdigung der Zeugen. Nicht nur ist das Requisit zweier Zeugen zu vollem Beweise aufgehoben, sondern es sind auch alle im Römischen und im Canonischen Rechte gegebenen Anhaltspunkte für Untüchtigkeit und Verdächtigkeit der Zeugen geflissentlich vermieden. Ob man damit weise gethan, ist sehr die Frage, ich

werde sie am Schlusse noch berühren. Hier erübrigt vorläufig nur noch zu betrachten, was die neue Wissenschaft und die Civilproceßordnung an die Stelle der alten gemeinrechtlichen Indicien- (Präsumtionen-) Theorie gesetzt hat.

Da erscheint mir nun das erreichte Ziel doch recht dürftig und bedenklich. Man hat sie einfach vernichtet, aber nichts an ihre Stelle gesetzt. Und warum hat man sie vernichtet? weil man sie nicht richtig verstand. Wie hätte sonst Endemann, Beweislehre S. 93 von dem Zerfließen des Stoffs der Präsumtionenlehre in die unbestimmbare Lehre von den Conjecturen und Indizien sprechen, wie hätte Eck a. a. O. S. 28, wo er von den Indizien und ihrer Wichtigkeit im Prozesse spricht, beifügen können: „die strenge Legaltheorie muß Folgerungen aus solchen Thatsachen für unjuristisch erklären," d. h. sie dürfe Folgerungen aus Indizien auf die entscheidende Thatsache überhaupt gar nicht ziehen, müsse bloße Indizien ignorieren. Man argumentiert nämlich so: die Indizien sind Beweisgründe, gehören also in die Beweislehre, diese aber ist gesetzlich bis ins kleinste Detail reguliert (Legaltheorie); was diese Legaltheorie nicht als Beweismittel, Beweisgrund u. s. f. anerkennt, existiert in Rechten nicht, und was sie anerkennt existiert nur so weit als diese Anerkennung stricte reicht; da die Indizien in der Legaltheorie nicht geregelt sind, keinen „juristischen Curs" haben, so existieren sie für den Richter nicht, und er muß sie als „unjuristisch" erklären. Aber getrost! „die Gerichtspraxis schlägt sich durch alle solche Schwierigkeiten muthig durch."

Welch hoher Muth in scheinbaren Gefahren!

möchte man mit dem alten Kinderfabeldichter ausrufen.

Im Ernste, es gehörte wahrlich kein Muth dazu, sondern nur einige ruhige Ueberlegung, und wenn man noch Weiteres wollte, ein Blick in das Corpus Juris Canonici. Allerdings war es ja unrichtig, daß die Decretalen die Indizien als Beweismittel behandelten und die spätere Doctrin hierin nachfuhr und die Abstufung der Indicien in praesumtiones temerariae, probabiles, violentae und necessariae parallel und gleichartig mit der Abstufung der Zeugen in suspecti und classici und

des Zeugenbeweises in viertels-, halben-, dreiviertels- und ganzen Beweis durchführte; aber gerade das zeigt doch auch wieder, daß man Schlußfolgerungen aus Indizien gar nicht als „unjuristisch" erachtete, im Gegentheil sie der juristischen Würdigung höchst werth fand. „Aber es fehlt der Legaltheorie völlig an einer Taxe bei den Indizien! Wann ist z. B. bei Alimentenklagen aus dem vertrauten Umgang der Klägerin und des Beklagten ein viertel, wann halber und wann dreiviertel Beweis zu entnehmen?" So klagt und fragt Eck, a. a. O. S. 29. Sonderbar! Wenn die Legaltheorie taxiert, z. B. bei den Zeugen, so ruft man: welche Willkür! wie unzulänglich einer-, wie beengend andrerseits, wie drückend für den Richter! Wenn sie nicht taxiert, so heißt es: es fehlt ihr ja an einer Taxe! Ev. Matth. 11, 16—19. „Wir haben euch geklaget und ihr wolltet nicht weinen! wir haben euch gepfiffen und ihr wolltet nicht tanzen!"

Die neuen Errungenschaften beschränken sich also auf zwei Punkte: erstens hat man den Zeugenbeweis von den Regeln über Zahl und Glaubwürdigkeit der Zeugen befreit, und zweitens hat man die Indizien (praesumtiones) aller gesetzlichen Regelung enthoben, so sehr, daß man sie nicht mit Einem Worte zu erwähnen nöthig fand. Daß man mit dem erstern des Guten zu viel gethan hat, ist meine aus langer Praxis geschöpfte Ueberzeugung, die mich über die Sache sine ira et studio mich äußern läßt. Wir wissen Alle aus Erfahrung, welch unsicheres Beweismittel Zeugen sind; und dem Richter wird um so weniger ein unmenschlicher Zwang angethan, wenn er die Zeugen zuerst bis auf zwei zählen muß und dann erst wägen darf, als er in den weitaus meisten, in 99 von 100 Fällen die Zeugenaussagen ohnedieß so wie so gar nicht wägen kann, und das darum, weil er die Zeugen in diesen meisten Fällen nicht kennt, sie jetzt zum ersten Male sieht, vorher kaum oder gar nicht gewußt hat, daß sie überhaupt existieren, und ihm also der einzig Gewähr bietende Maßstab für ihre „Wägung„ und Beurtheilung, d. h. für Schätzung ihrer Glaubwürdigkeit fehlt, eben die Kenntniß ihrer Persönlichkeit. Denn die Art ihres Aussagens, die Weise ihres Auf-

tretens vor ihm und die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit ihrer Antworten giebt nicht die geringsten Anhaltspunkte für sichere Abschätzung ihrer Aussagen; die Zeugen, die es gewissenhaft mit der Sache nehmen und vielleicht am meisten Glauben verdienen, sind immer am zurückhaltendsten und rufen dadurch leicht einen üblen Eindruck hervor, obschon das Wenige, was sie als sicher aussagen, mehr werth ist als die sprudelnde Gesprächigkeit von Zeugen, die anscheinend mit größter Sicherheit ihrer Erinnerung eine lange Geschichte mit allen Details erzählen, die sie sich vorher, oft in besten Treuen und unbewußt, doch selber erst wieder eingeschwatzt haben oder von der Partei haben einschwatzen lassen. Wie Manches käme anders heraus, wenn man es dazu bringen könnte, daß die Zeugen bis zu dem Augenblicke ihrer Abhörung gar nicht wüßten, daß und worüber sie Zeugniß ablegen sollen. Eben aber wegen der Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises vermag ich dieser Frage nicht die Wichtigkeit beizulegen, die ihr vindiciert worden ist, denn sehr oft hat man mit zwei Zeugen nicht viel mehr Gewißheit als mit einem; viel Unrecht ist jedenfalls in der Welt durch das Erforderniß zweier Zeugen nicht geschehen, sowenig als durch den Satz, daß Wahnsinnige und Kinder nicht Zeugen sein können. Es fällt mir nicht ein, Alles was das gemeine Recht in dieser Hinsicht als Regel aufgestellt hat, richtig und der Erhaltung werth zu finden, nur meine ich, es handle sich dabei viel weniger um große Principien und um „Sieg des Geistes über das Fleisch," als um nüchterne Erwägung der practischen Bedürfnisse, denen mit voller Freiheit des Richters eben vielleicht doch auch nicht gedient ist.

Mit dem Zweiten, der vollständigen Entbindung der Indicien von gesetzlicher Regelung, verhält es sich ähnlich. Ein neues Princip ist hier auch nicht gewonnen worden, sondern man hat blos die Anwendung des Notheides seines kategorischen Imperativs enthoben und ihn in das richterliche Ermessen gestellt (§ 437); das was man als principielle Errungenschaft aufführt, die Möglichkeit der juristischen Berücksichtigung der Indicien, war schon durch das gemeine Recht nicht nur

gestattet, sondern vorgeschrieben, und wenn es eine verknöcherte Praxis nicht geübt hat, so ist das gemeine Recht nicht daran schuld.

Abgesehen von einigen Neuerungen zweifelhaften Werths im Zeugenbeweise ist somit wirkliche Aenderung des alten Rechts die Abschaffung der gesetzlichen Nothwendigkeit des Notheides in allen Fällen unvollständigen Zeugen- und Urkundenbeweises wie in allen Fällen von Indicien, die nicht necessaria sind. Diese Aenderung betrachte ich als einen wirklichen Gewinn, nur muß ich wiederholen, daß sie sich für ein neues Civilproceßgesetz als Folge der ganz veränderten Bedeutung des Eides von selbst ergeben mußte, ohne Rücksicht auf die sog. freie Beweiswürdigung. Wir könnten uns das canonische Proceßrecht mit seinen tausend Calumnieneiden, allgemeinen und speciellen in den hunderterlei Gestalten von Perhorrescenz-, Armen-, Editions-, Noveneid u. s. w. gar nicht ohne diese Notheide bei mangelhaftem Beweise oder bloßen Indizien denken. Nicht als ob diese Ergänzungs- oder Reinigungseide Calumnieneide gewesen wären! Aber wo der ganze Proceß so von der Nothwendigkeit des Eides durchtränkt ist, und fast keine Handlung, keine Behauptung ohne Eid durchkommt, da ergiebt sich auch in den eben genannten Fällen das Erforderniß des Eides wie von selbst und in noch weit höherm Maß als bei vielen andern Proceßhandlungen. In dem Maß als man den Parteien wie dem Richter die Last der obligatorischen Calumnieneide abnahm, und solche nur noch bei Besorgniß wirklicher Gefährde zuließ, in demselben Maß war auch ein Abgehen von dem obligatorischen Notheide geboten. Wäre man sich dieses Zusammenhangs der Frage bewußt gewesen, statt den Sitz derselben in der Beweislehre zu suchen, so wäre vielleicht auch Manches in der Civilproceßordnung bezüglich des Eides als Mittels der Glaubhaftmachung consequenter und principiell richtiger ausgefallen als es wirklich gerathen ist.

Diesem Gewinne steht gegenüber der Nachtheil, daß das neue Gesetz von Indicien auch nicht mit einer Silbe spricht. Wohl weist der § 259 den Richter an, unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen nach freier Ueber-

zeugung zu entscheiden. Aber solange das Verhältniß von Beweis und Beweismittel zum Indiz noch so unklar ist wie heut zu Tage, war es dringend geboten, hierüber bestimmte Wegleitung zu geben. Es ist schon bemerkt worden, daß die aus der Mißachtung dieses Verhältnisses geflossenen Sätze von den testes de auditu, der Wirkung der Urkunden blos gegen den Aussteller u. A. durch die Civilproceßordnung nicht sicher beseitigt sind.