Werk

Titel: Beweis und Beweismittel

Autor: Wendt, Otto

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1880

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013|log25

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

XI.

Beweis und Beweismittel.

Von

Herrn Dr. **Otto Wendt**,
Professor in Jena.

Die nachfolgenden Ausführungen sind durch das Interesse hervorgerufen, welches der Verfasser an dem Aufsatze Heusler's nahm: „die Grundlagen des Beweisrechtes" (Band 62 Heft 2 dieses Archives).

Trotz aller Zustimmung, deren Heusler im Großen und Ganzen gewiß sein darf, sehe ich mich zu wesentlichen Abweichungen der Auffassung veranlaßt, und schon ist auch von Seiten Wach's eine kurze Erwiederung erfolgt zur Abwehr gegen ihn gerichteter Angriffe: Vorträge über die Reichs-Civilproceßordnung S. 149—154. Die Differenzpunkte werden im Verlauf deutlich hervortreten, und um derselben willen schien mir eine weitere Erörterung nicht fruchtlos.

I. Das Wesen des Beweises.

Das Ziel alles Beweises ist die Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung. Daß eine streitige, für die Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses erhebliche Thatsache vom Richter als wahr und gewiß angenommen werden darf, daß er zu dem Ausspruch sich so berechtigt wie verpflichtet finden möge, er halte für wahr, was von der Partei behauptet wurde, nach

dieſem Ziele ſtrebt die Beweisführung und Alles, was dazu als zweckmäßig ſich erweiſen mag, was als tauglich erſcheint, die Urtheilsbildung beim Richter zu leiten und zu beſtimmen, das iſt Beweismittel. Auch Heusler betont übereinſtimmend: probatio fit judici, und die Beweisauflage des bisherigen Proceßrechts enthielt alſo die Aufforderung des Richters an die Partei: thu' was Du vermagſt, mich von der Wahrheit der von Dir behaupteten Thatſache zu überzeugen. Docere alſo iſt die Aufgabe der Beweisführung, und documentum iſt im Allgemeinen jedes dazu taugliche Mittel. So verſtehen die Römiſchen Quellen auch ſchlechthin das instrumentum, dem die Bedeutung des Werkzeugs doch zunächſt nur in Beziehung auf das Werk des Beweiſes innewohnt: omnia quibus causa instrui potest. Der Charakter als Beweismittel kann freilich einem jeden Inſtrument nur kraft ſolcher Tauglichkeit beigelegt werden: es muß eben einen Beweisgrund, argumentum, in ſich tragen, um ein Beweismittel ſein zu können. Beweismittel iſt nur, was dem Richter Gründe für die Annahme der Wahrheit der Thatſache zu liefern im Stande iſt. Heusler ſtreitet gegen die Vermengung der Begriffe Beweismittel und Beweisgrund, und zunächſt gewiß mit Recht: das Beweismittel iſt nicht der Beweisgrund. Aber in Wahrheit heißt es doch auch nur, dasſelbe Ding von einer anderen Seite aus betrachten, wenn man das Beweismittel eben deswegen, weil es als Beweisgrund zu wirken beſtimmt und geeignet iſt, ſelbſt noch nach dieſer Eigenſchaft, die ſein Weſen ausmacht, als Beweisgrund zu betrachten Luſt hat.

Das Weſen und die Erheblichkeit der Beweisgründe, ob und wieweit ſie auf die Ueberzeugung des Richters einzuwirken im Stande ſind, gehört zunächſt keineswegs der Rechtsordnung noch der Jurisprudenz an, und iſt für den gelehrten Richter nicht andersartig als für den Laien; man darf ſagen, die Einſicht des verſtändigen Mannes, der mit den Anſchauungen und der Erfahrung des täglichen Lebens zu Werk geht, muß auch den Richter führen. Nichts als dies will das Princip der ſogenannten „freien" Beweiswürdigung zum Ausdruck bringen, wenn es den Richter ſoweit als zweckmäßig von

der Fessel zwingender Rechtssätze freimacht. Soweit als zweckmäßig. Es gibt eine Reihe einzelner Punkte, auf welchen es in der Regel geboten erscheint, die freie Entscheidung des Richters zu beeinflußen oder auch ganz auszuschließen. Andrerseits soweit der Richter aber vom Rechtszwange frei ist, ist er doch den Gesetzen des Denkens noch immer unterworfen; sein kritisches Urtheil soll ja nicht Laune und Willkür sein, sondern soll begründet sein und er soll Rechenschaft ablegen von dem, wodurch er sich glaubt leiten lassen zu müssen. Heusler legt jedoch unter polemisirenden Bemerkungen gegen Endemann und Eck Verwahrung gegen die Meinung ein, als wenn es sich ausschließlich um den logischen Syllogismus handle, und will die freie Beweiswürdigung nicht mit den Gesetzen des freien Denkens und der Logik zusammen gethan wissen. Gewiß mit Recht. Aber spricht man nicht auch von der „Logik der Thatsachen"? um auszudrücken, daß die Schlußfolgerung von Thatsachen auf Thatsachen ebenso bündig sein könne, wie beim dialektischen Beweis der Schluß von Sätzen auf Sätze? Nur der eine, freilich Alles entscheidende Unterschied besteht, daß die Logik der Thatsachen trotz der scheinbaren Concludenz dennoch fehl gehen kann, was beim Syllogismus unmöglich ist.

Heusler bringt ein sehr zutreffendes Citat aus Lotze's Logik, hätte aber auch Citate juristischer Schriftsteller bringen können, um den Satz zu belegen, daß wir in der Beurtheilung der Wirklichkeit auf Wahrscheinlichkeit beschränkt sind, und daß dabei die Abschätzung des Maßes und der Stärke der Wahrscheinlichkeit sich den allgemeinen Anweisungen der Logik entzieht. Nur geht der citirte Ausspruch noch nicht weit genug in der Gegenüberstellung von Wahrheit und Wahrscheinlichkeit, und es kann nicht zugegeben werden, daß Gewißheit über die Wirklichkeit einer Thatsache durch die eigene unmittelbare Wahrnehmung verbürgt werde. Freilich heißt es im Ton der Jahrmarktsanpreisung: was die Augen sehen, kann das Herz glauben. Und doch ist all' unser Wissen nur Meinen, Glauben und Dafürhalten; auch die eigene Wahrnehmung gibt nichts als Wahrscheinlichkeit.

Schon bei den Römern finden wir das Bekenntnis:

> qui testimonium diceret ut arbitrari se diceret, etiam quod ipse vidisset, quaeque jurati judices cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent.

Alles Beweiſen iſt ſomit im wahren Sinne nur Glaubhaftmachen, weil die richterliche Ueberzeugung eben nur in dem Glauben des Richters beſteht. Und ſollte auch die Möglichkeit eigener Wahrnehmung des Richters noch gegeben ſein, ſo mag für ihn wohl der Grad der Wahrſcheinlichkeit bis zur vermeintlichen Gewißheit ſich ſteigern; aber er macht auch dann nicht mehr als einen Wahrſcheinlichkeitsſchluß.

Iſt ſo das wahre Weſen aller Beweisführung auf das Glaubhaftmachen gerichtet, ſo kann die beſondere Verwendung, welche dieſes Wort in moderner Doktrin und Geſetzgebung gefunden hat, kritiſch nicht gebilligt werden. Das Glaubhaftmachen der Civil-Proceßordnung, wie es in § 266 in Anſehung der dafür zuläßigen Beweismittel geregelt iſt, iſt die probatio minus plena, der unvollſtändige Beweis, der den Richter nur ad suspicionem zu bringen vermag, der nur ein modicum argumentum bewirkt und als Beſcheinigung in der älteren Theorie ſeine Stelle fand. Was gemeint iſt, iſt zwar einem ernſthaften Zweifel wohl nicht ausgeſetzt: der Richter ſoll ſich in allen Fällen, in denen der Partei das Glaubhaftmachen als genügend zugeſtanden iſt, ſchon mit minderer, oder darf ich ſagen: einfacher Wahrſcheinlichkeit zufrieden geben, ſo daß ein Gegenſatz von voller Ueberzeugung und bloßem Zugeben der Möglichkeit entſteht. Die Grenze zwiſchen Beweis und Glaubhaftmachen dieſer Art iſt keine objektiv vorhandene im Sinne der genauen Abſteckung. Feſt ſteht nur, daß in Anſehung der erforderlichen Beweisgründe der eine Fall ein Mehr erheiſcht als der andere. Im Uebrigen kommt auf die Individualität des Richters für den praktiſchen Werth des Gegenſatzes unendlich viel an. Wer ein ängſtliches, mißtrauiſches Temperament beſitzt, der iſt ſchwerer ſowohl zu überzeugen als auch nur ad suspicionem zu bringen, während die Partei mit Beweiſen und Glaubhaftmachen

gegenüber dem mehr sanguinischen Richter ein weit leichteres Spiel hat. Mit der Erwägung dieses Verhältnisses begründet sich ja auch der praktische Werth aller Beweisregeln, welche einerseits dem Richter zeigen, wie viel er mindestens an Beweisgründen unerläßlich zu fordern habe, und mit wie viel er andrerseits aber auch seine Zweifel und Bedenken niederzuschlagen im Stande sei.

Wäre also statt des Glaubhaftmachen zutreffender und richtiger das Wahrscheinlichmachen gewesen, wobei als Gegensatz immerhin das Wahrmachen gelten konnte, so ist sich auch die Theorie, und das muß mit Nachdruck gerügt werden, keineswegs des eigentlichen Unterscheidungspunktes zwischen Beweis und Bescheinigung immer bewußt gewesen. Fast übereinstimmend setzen die Lehrbücher von Bayer § 238, Wetzell § 29 und Renaud § 102 den Gegensatz von Beweis und Bescheinigung in die positiven Beweisregeln, von deren Beobachtung der Richter gegenüber der Bescheinigung entbunden sei, so daß er nur nach persönlicher Meinung, nicht secundum conscientiam a lege informatam sich zu entscheiden brauche. Die Angriffe Briegleb's gegen diese Auffassung haben sich als wirkungslos erwiesen; umsomehr ist Ursache, die Waffen noch nicht zu strecken. Allerdings stritt Briegleb nicht sowohl gegen jene Definition, als gegen die Zulassung des Begriffs überhaupt und seine Verwendung bei der summarischen Cognition.

Nicht die Beweisregeln sind es, welche begrifflich Beweis und Bescheinigung trennen, sondern der Unterschied zwischen beiden liegt nur in der Gradstärke des Wahrscheinlichkeitsschlusses auf die Wirklichkeit, in der Intensivität und Kraft der Beweisgründe, so daß Beweis und Bescheinigung nur als Abstufungen desselben Begriffs sich darstellen. Wetzell selbst nennt an anderem Orte (§ 21) die Bescheinigung einen Wahrscheinlichkeitsbeweis im Sinne der probatio minus plena, welche durch unvollständige Beweismittel oder durch Indicien erbracht werden könne. Gleichwohl fixirt er im § 29 die Stärke der zu erbringenden Wahrscheinlichkeit in völlig unzutreffender Weise: „Das Römische Recht sehe dafür solche Ueber-

zeugungsgründe als ausreichend an, wie sie im täglichen Leben einen verständigen Mann zur Annahme der Wahrheit bestimmen". Das Römische Recht? Die von Wetzell citirten Quellenbelege sind die allgemein benutzten: causa ambigua, suspicio, si dubitari de re posset, modicum. Nun erinnere man sich an die Römische Beweistheorie, die ja gerade von dem Gegensatz des einfach verständigen Mannes gegen die positiven Beweisregeln noch nicht erfüllt war, welche, wie Wetzell selbst in § 21 lehrt, den Richter ganz auf die Natur der Sache und sein eigenes Ermessen verwies! Wer ist denn in der Zeit der Juristen, deren Aussprüche uns die citirten Quellen überliefern, der über den Beweis urtheilende Richter? Doch der judex privatus, der Laie, der auch in der formula, die an ihn erging, keine Anweisung darüber erhielt, wie er sein parere sich bilden solle: si paret, condemna! Mit einem Wort: es ist der verständige Mann, der im täglichen Leben steht und seine Ueberzeugung sich danach bildet, wie er überhaupt im täglichen Leben Ansicht und Meinung sich zu bilden gewohnt ist. Ueberzeugungsgründe aber von solcher Stärke, wie sie im täglichen Leben einen verständigen Mann zur Annahme der Wahrheit bestimmen (Wetzell), wie sie auf das vernünftige Ermessen einwirken (Renaud), so daß man die Behauptung persönlich für glaubwürdig hält (Bayer), solche Ueberzeugungsgründe bedeuten vollen, nicht mehr unvollständigen Beweis. Denn mehr will auch die probatio plena des Römischen Rechtes sicherlich nicht, als den Richter, der mit dem verständigen Manne identisch ist, zur Annahme der Wahrheit bestimmen. Ueberdies solange causa ambigua vorhanden ist, solange Bedenken nicht unterdrückt werden können (si dubitari de re posset), solange der Richter erst eine suspicio zu gewinnen im Stande ist, so ist er doch sicherlich noch nicht zur Annahme der Wahrheit bestimmt. Mit anderen Worten, was die Ausdrücke der Quellen richtig enthalten, den Hinweis auf eine geringere Ueberzeugungskraft der Beweismittel, so daß der Richter nur die Möglichkeit zuzugeben vermag, ohne schon zur festen Meinung gelangt zu sein, so daß

die Sache noch altioris indaginis verbleibt, das ist in allen jenen Formeln der Lehrbücher unrichtig wiedergegeben.

Was Wetzell noch hinzufügt, es komme eigentlich nur darauf an, festzustellen, daß der Implorant nicht leichtfertig und aus Chikane die seinem Gesuche zu Grunde liegenden Thatsachen behaupte, geht m. E. vollends irre. Es ist mit nichten dasselbe, ob ein verständiger, unparteiischer Mann, der sich zu unparteiischer Prüfung berufen weiß, etwas für wahr anzunehmen sich bewogen findet, oder ob ein zwar ehrlicher, aber auf Parteianschauung stehender Mann etwas behauptet, um sein vermeintliches Recht durchzusetzen. So mit Recht schon Briegleb. Warum ist denn Niemand judex in propria causa und darf es Niemand sein? Warum ist der Zeuge unfähig, wenn er Interesse hat am Ausgang des Rechtsstreites? Nullus idoneus testis in re sua intelligitur. Das gilt doch nur deswegen so, weil man Parteiauffassung nothwendig als eine einseitig befangene muß gelten lassen, und weil es nicht dasselbe ist, ob die Partei etwas behauptet, oder ob unbetheiligte Dritte etwas auszusagen im Stande sind, oder der Richter sein Urtheil abgeben soll.

Wenn nun die Civil-Proceßordnung § 259 die Beweistheorie im Wesentlichen nach den Römischen Anschauungen gestaltet und das Wesen des vollen Beweises nicht auf die positiven Beweisregeln stützt, wiewohl auch solche ja nicht verschmäht sind, so kann der unvollständige Beweis des § 266 wiederum seine Bedeutung nicht durch den Gegensatz zu den Beweisregeln erhalten, und es bleibt immer nur übrig, lediglich die Gradstärke des Wahrscheinlichkeitsschlußes entscheiden zu lassen. Das Glaubhaftmachen ist ad suspicionem adducere, den Richter zur Annahme der Wahrheit geneigt machen, ohne ihn doch eigentlich zu überzeugen, so daß seine Zweifelsgründe nicht zur vollen Erledigung gelangen. Und dabei ist immer der Richter, auch wenn er jetzt Jurist ist, nur als der verständige Mann zu denken, der auf die Erfahrungen des täglichen Lebens seine Schlußfolgerungen gründet.

II. Die Stellung des Richters zum Beweise.

Bisher ist von Beweisen und Beweismitteln die Rede gewesen, ohne daß eine specielle Beziehung auf den Civilproceß und dessen Normen beabsichtigt gewesen wäre. Auch darf jetzt die Meinung geäußert werden, daß für das Wesen der Beweismittel der Civilproceß in Vergleichung mit dem Strafverfahren keine besonderen Eigenthümlichkeiten bietet, da die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit der relevanten Thatsachen in beiden Gebieten die gleichartige Grundlage des Urtheils bildet und bilden muß. Die richterliche Erkenntnis wird auch immer auf die gleichen Fundamente, Beweisgründe, sich stützen, und es gibt kein Beweismittel des Civilprocesses, das dem Strafverfahren fremd wäre, und umgekehrt.

Freilich stoßen wir da gleich auf den Widerspruch Heusler's, welcher mit der Unterscheidung von Beweismitteln und Erkenntnismitteln jene behauptete Gleichheit verleugnet zu haben scheint. Beweis und Erkenntnis werden von ihm freilich nur innerhalb des Civilprocesses unterschieden; doch würde dieser Gegensatz, falls er als richtig anerkannt werden müßte, Civilproceß und Strafverfahren in Ansehung des Beweisbegriffes scharf von einander trennen. Es handelt sich um die Bedeutung der richterlichen Amtsthätigkeit und ihr Verhältnis zur Erhebung der Beweise. Gerade in dieser Beziehung gehen ja Civilproceß und Strafverfahren entgegengesetzte Bahnen. Das Erkenntnismittel sucht sich nach Heusler der Richter nach eigener Wahl aus; das Beweismittel bringt ihm die beweisende Person. Mit anderen Worten, Heusler gibt dem Beweise eine ausschließliche Beziehung auf Parteithätigkeit, und danach bestreitet er die Eigenschaft als Beweismittel Allem und Jedem, woraus sich der Richter von Amtswegen Belehrung und Einsicht verschaffe. Folgerecht gibt es im Strafverfahren überhaupt keinen Beweis und gar kein Beweismittel, sondern nur Erkenntnis und Erkenntnismittel.

Ob es mehr ist als ein Streit um Worte? M. E. besteht kein innerer Gegensatz zwischen Beweis und Erkenntnis. Der Be-

weis will auch nichts, als die Erkenntnis des Richters vermitteln und befördern, und jedes Beweismittel hat diese Eigenschaft nur durch seine Tauglichkeit, als Erkenntnismittel dienen zu können. Alles Weitere kann sich nur noch darum drehen, ob der Richter seine Kenntnis nur aus den ihm dargebotenen Beweismitteln zu schöpfen berechtigt ist, oder ob er auch von Amtswegen die Quellen seiner Erkenntnis sich verschaffen darf. Heusler operirt von einer, wie mir scheint, nur postulirten Basis aus, nämlich mit Hülfe seines Begriffes des historischen Beweises. Das ist schon von Wach (a. a. O. S. 152) mit Recht gerügt. Nach Heusler's Meinung hat der Beweis die Aufgabe, dem Richter eine nicht mehr mögliche eigene Wahrnehmung zu ersetzen, und deswegen könne die eigene Wahrnehmung, soweit sie noch möglich sei, nicht ein Beweismittel sein.

So kann man aber nur schließen, wenn es zuvor feststeht, daß der Richter die ihm noch mögliche Wahrnehmung von Amtswegen zu erheben befugt ist, und das ist ja der eigentliche Streitpunkt. Wer den Satz aufstellt: zu beweisen ist nur, was der Richter selbst nicht wahrnehmen kann, der geht doch von dem Vordersatze aus, daß das noch Wahrnehmbare eben vom Richter ohne Beweisthätigkeit ermittelt werden müsse. Und auch diesen Satz als richtig zugegeben, bleibt es doch immer noch möglicher Sprachgebrauch, auch die amtliche Erkundigung und Nachforschung noch als Beweiserhebung zu bezeichnen, und daß dieser Sprachgebrauch wirklich besteht, würde ja ein einziger Blick in die Strafproceßordnung bestätigen.

Fast befremdend ist aber die mehrfach eingestreute Polemik gegen die Verhandlungsmaxime. Heusler grenzt seine Beweis- resp. Erkenntnismittel so gegen einander ab, daß der Richter eigene Wahrnehmung sich unter allen Umständen von Amtswegen zu verschaffen habe, daß ihn jedoch von der Nachforschung nach Zeugen u. s. w. das Gesetz aus Gründen der Zweckmäßigkeit dispensire. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist also der Begriff des Beweises als der nothwendigen Parteithätigkeit geschaffen! Warum ist denn das im Strafproceß anders? Die Gründe der Zweckmäßigkeit, einen gewissenhaften

Richter nicht mit einer aufreibenden Sisyphusarbeit zu belasten, wären dort doch wohl die gleichen, und doch muthet man dem Untersuchungsrichter jene Arbeit zu! Heusler fügt hinzu, man dürfe in der That der Partei auch ansinnen, das Ihrige zur Aufklärung der Sache im eigenen Interesse zu thun. Aha, das eigene Interesse, um dessentwillen man der Partei den Beweis zuschiebt! Sollte nicht doch der Gegensatz zwischen Civilproceß und Strafverfahren auf den Gegensatz von öffentlichem und Privatinteresse hinaus kommen? Sollte nicht doch jener „doktrinäre" Schulbegriff, das Verhandlungsprincip, aus dem innersten Wesen des Privatrechts herzuleiten sein? Und wie steht es mit der Berechtigung der Frage, ob nicht Heusler mit der energischen Betonung der Parteithätigkeit im Begriffe des Beweises doch gerade das ausdrückt, was andere als die Verhandlungsmaxime bezeichnen? Im Civilproceß wird doch ausschließlich die „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" d. h. das Privatrecht verhandelt; wenn nun dieser Civilproceß jene Struktur hat, mit dem Beweise die Parteien selbst zu belasten, und wenn das im Strafverfahren kraft des öffentlichen Interesses sich anders verhält, wer darf uns dann schelten, wenn wir die Verhandlungsmaxime aus dem Wesen des Privatrechts glauben entwickeln zu können? Nur unterstelle man uns nicht die andere Meinung, als sei eine solche Behandlung eine absolut gebotene. Wenn das Verhandlungsprincip zu dem Wesen der Privatrechte in Beziehung gesetzt wird, so trifft diese Argumentation eben für das historisch nachweisbare und positive Recht völlig zu. Aber daß es nicht anders sein könne, ist damit nicht verneint, und der Versuch der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung hat uns ja auch ein historisches Beispiel der entgegengesetzten Behandlung gegeben. Die jetzige Civilproceßordnung muß aber doch auch wohl meinen, dem Wesen der Privatrechte zu entsprechen, wenn sie für Beweis und Beweislast ganz die alten Anschauungen festgehalten hat. Ich meine also, man könne zwar niemals mit dem Postulat der Verhandlungsmaxime argumentiren, wenn man dieselbe nicht als in den Rechtssätzen positiv gegeben nachweisen kann; denn

sie ist in der That nur die theoretische Zusammenfassung einer bestimmten Eigenthümlichkeit des Civilprocesses. Ist sie aber in Existenz und Umfang nachweisbar, so verstehe ich nicht, weshalb eine amtliche Thätigkeit des Richters, welche jene Regel verletzt, nicht als verwerflich bezeichnet werden soll. Heusler polemisirt gegen Wach in Ansehung der Augenscheinseinnahme mit starken Worten. Allein wenn im geltenden Recht die Verhandlungsmaxime (nicht als petitio principii, sondern als regula juris, ex jure quod est aufgestellt) nicht nur die Beschaffung des Streitmateriales beherrscht, sondern auch die Beweisinstanz mit umfaßt, so verstehe ich nicht, wie der Vorwurf der Ungehörigkeit dem Richter erspart werden könne, welcher dennoch von Amtswegen in das eingreift, was ausschließlich den Parteien zu beschaffen auferlegt ist. Sollte nicht Heusler's Satz: das noch sinnliche Wahrnehmbare stehe vor allem Beweise und dieser habe nur Ersatz für das nicht mehr Wahrnehmbare zu liefern, erst recht eine petitio principii darstellen? Heusler versucht keine andere als eine dialektische Begründung dieses Satzes; sein Begriff des historischen Beweises ist sicherlich ein Postulat und nicht mehr, welches die Gesetzgebung nach ihrem Ermessen würdigen und ausführen kann, das aber als Inhalt des bestehenden Rechtes erst zu erweisen war.

Daß aber der Verhandlungsmaxime im geltenden Recht auch die Beweisinstanz unterstellt ist, dürften doch die Begriffe Beweislast, Beweisantritt, Wahl der Beweismittel, Gegenbeweis, Beweisdesertion u. s. w. vollständig klarstellen. Und auch Heusler versteht ja die Beweisung nicht anders als im Sinne der Parteithätigkeit, welche die Pflicht und Aufgabe hat, den Richter zu überzeugen. Streiten läßt sich nun sehr wohl über den Umfang der Verhandlungsmaxime, wie weit trotz jener generellen Geltung derselben einzelne Theile und Stücke ihr etwa dennoch entzogen sind. Denn wie schon gesagt, etwas Absolutes und Unbeschränkbares liegt keineswegs in jenem Princip. Zweckmäßigkeitsgründe werden sicherlich in Betracht kommen dürfen, um ein Verlassen des allgemeinen Gedankens für Einzelheiten zu rechtfertigen. Auch in Ansehung

des Proceßstoffes und der Beschaffung des Verhandlungsmateriales entscheidet ja die Verhandlungsmaxime nur als Regel und nicht ausnahmslos. Das Urtheil also, ein amtliches Eingreifen des Richters in die Beweisführung sei verwerflich, kann immer nur soweit berechtigt sein, als der Richter die positiven Grenzen seiner Stellung wirklich überschreitet und da eingreift, wo ihm die Proceßordnung das amtliche Eingreifen nicht gestattet. Gewiß ist aber Wach's Ansicht von der Verwerflichkeit der Officialaugenscheinseinnahme so vom Standpunkt des bestehenden Rechts gemeint, welches dem Richter jene Befugnis versage. Wenn Heusler hiergegen opponirt, so hat er doch seine Meinung keineswegs auf positive Zeugnisse über das geltende Recht gegründet, sondern rein dialektisch aus seinem Begriff des historischen Beweises deducirt. Was gab aber früheres und gibt heutiges Recht über die Stellung des Richters zu dem noch sinnlich Wahrnehmbaren? Die positive Beantwortung kann allein entscheidend sein.

Aus der Civilproceßordnung kommt das gegenseitige Verhältnis der §§ 336, 337 und des § 135 in Betracht. Im sechsten Titel des zweiten Buchs ist der Augenschein neben den übrigen Beweismitteln genannt; es ist von der Art der Antretung des Beweises durch Augenschein die Rede, und so wäre vielleicht der Schluß gerechtfertigt, dieses Beweismittel gleich allen übrigen schlechthin der Verhandlungsmaxime zu unterstellen, ohne weitere Unterscheidungen zu machen, weil weder in § 336 noch in § 337 irgend welche Distinktion gemacht ist. Entgegen steht nun aber aus dem ersten Buch der Proceßordnung, wo doch die allgemeinen Grundlagen des Verfahrens fixirt sind, der § 135, und zwar deutlich erkennbar an einer Stelle, wo von den Grenzen der richterlichen Amtsgewalt die Rede ist: das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins anordnen. Unterscheidungen sind auch dabei nicht gemacht. Heusler gibt der Besorgnis Ausdruck, die Theorie möchte ihre alte Unterscheidung vom Beweisaugenschein und Informationsaugenschein an diesen neuen Nagel aufhängen, und den § 336 auf jenen, den § 135 auf diesen beziehen. Damit wäre aber eine Unterscheidung in das Gesetz hinein-

getragen, zu welcher dasselbe keinen Anlaß gibt. Als richtig kann es m. E. nur betrachtet werden, daß der Augenschein im § 336 unter den Beweismitteln seine gewöhnliche Stelle empfangen hat, daß aber in § 135 die besondere Stellung des richterlichen Amtes gegenüber diesem Beweismittel zum Ausdruck gebracht ist. Die theoretische Bemerkung: die unbeschränkte amtliche Augenscheinseinnahme sei verwerflich, darf also fortan nicht mehr gehört werden und kein Richter wird sich dieselbe, die doch auch nur für das frühere Recht resp. de lege ferenda gemacht war, zu Herzen nehmen dürfen. Daß der Augenschein durch den § 135 aufhören müsse, ein Beweismittel zu sein, da er jetzt Erkenntnismittel geworden sei, ist eine werthlose theoretische Behauptung resp. Auffassung. Denn jedes Beweismittel ist auch Erkenntnisquelle für den Richter. Heusler monirt ferner die Ausdrucksweise des § 135: das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins anordnen. Allerdings bin auch ich der Meinung, daß mit der Bestimmung nicht blos ein Dürfen, sondern auch ein Müssen des Richters eingeführt worden ist, und insoferne mag man den Ausdruck tadeln. Aber andrerseits läßt sich zur Rechtfertigung desselben auch ein Wort sagen. Heusler meint zwar, das Gesetz hätte besser gethan, rein und rückhaltlos den Satz zu sanktioniren: der Richter hat von Amtswegen und in jedem beliebigen Stadium des Processes sich die durch eigene Sinnenwahrnehmung mögliche Kenntnis von der für die Entscheidung in Betracht fallenden Thatsache zu verschaffen. Nur muß doch diese Thatsache von den Parteien behauptet sein und der Richter muß wissen, daß noch ein factum actu permanens vor ihm liegt. Woher soll er diese Kenntnis besitzen? Entweder aus Zufall, und daran scheint Heusler ausschließlich zu denken, oder aus den Vorträgen der Parteien. Oder wäre es gar die Meinung Heusler's, dem Richter zuzumuthen, sich von Amtswegen auch darum zu kümmern, ob noch irgend etwas von dem, was den Rechtshandel betrifft, für ihn wahrnehmbar ist? In der That scheint es mir, als wolle Heusler in Ansehung der sinnlich noch wahrnehmbaren Zustände den Richter auch insoferne von der Verhand-

lungsmaxime frei machen, daß auch Dinge, die von den Parteien überhaupt nicht berührt und verhandelt sind, die sich aber bei einer Augenscheinseinnahme ergeben oder ergeben können, ex officio in die Verhandlung eingeführt werden dürften, daß so direkt der Verhandlungsstoff vom Richter ergänzt werden könne. Wohl hat die Proceßordnung dem Richter das Fragerecht gegeben, und wohl gibt sie ihm die allgemeine Anweisung, dafür zu sorgen, daß die Sache erschöpfende Verhandlung finde. Allein Erklärungen und Anträge, welche die Parteien unterlassen, dürfen nicht einmal im amtsgerichtlichen Verfahren ex officio hinzugethan werden, wenn sie auch noch so wichtig wären für die Partei. Wenn die Parteien über mangelhafte Beschaffenheit des Kaufobjektes verhandeln und zur Ermittelung eines behaupteten Fehlers der Augenschein dienen soll, so kann sich sehr wohl ergeben, daß nicht der behauptete, wohl aber ein anderer ebenso wichtiger Mangel vorhanden ist. Aber das berechtigt den Richter keineswegs, trotzdem er den Beweis der Thatsache vor sich hat, dieselbe im Urtheil zu verwenden, wenn die Parteien sich jene Erkenntnis nicht selbst zu Nutze machen und jene Thatsache noch nachträglich in judicium deduciren. Heusler mag vielleicht vom Standpunkte der materiellen Wahrheit ein solches Urtheil als einfältig schelten. Aber im Civilproceß gibt es überhaupt keine andere als formale Wahrheit: das Urtheil ist immer dadurch bedingt, was die Parteien dem Richter vortragen, und dieser ist nicht befugt, die Parteien zu corrigiren und dem, was sie vorbringen, das zu substituiren, was sie besser hätten vorbringen sollen. Auch die freie Beweiswürdigung bringt das Urtheil der materiellen Wahrheit um keinen Schritt näher. Denn dem Richter ist die Vollständigkeit der Urtheilsgrundlage nicht verbürgt, und ihm steht keine Controle darüber zu, sich das Vorgetragene von Amtswegen zu ergänzen, noch seine eigene zufällig erworbene Kenntnis relevanter Thatsachen in die Verhandlung einzuführen. Möglich und denkbar ist es freilich, daß eine Proceßordnung auch in Civilsachen den Richter auf einen freien Standpunkt stellt und ihm die Ermittelung des Sachverhalts ohne Schranke aufträgt und, um

sein Urtheil möglichst der Wahrheit nahe zu bringen, ihm auch die Benutzung von Thatsachen gestattet, welche in den Erklärungen der Parteien unbenutzt geblieben sind. Jedenfalls hat aber unsere jetzige Civilproceßordnung diesen Schritt nicht gethan, und ich meinerseits denke, sie hat ihn mit Recht nicht gethan.

Gegenüber dem ~~§ 135~~ kommt noch ein weiteres Moment in Betracht, ebenfalls zu Gunsten des „kann". Wäre es richtig, daß das Augenscheinsobjekt immer zugleich das Streitobjekt wäre, wie Heusler wiederholt behauptet, so könnte man allerdings formuliren: der Richter hat die Pflicht, sich über Zustand und Eigenschaft des Streitobjektes von Amtswegen zu unterrichten. Aber zunächst, was soll ihm diese Kenntnis, wenn der Zustand nicht bestritten wird? Dann thut er etwas überflüßiges oder gar etwas unzuläßiges; letzteres, wenn die Partei zu ihrem Nachtheil einen behaupteten Zustand nicht bestreitet, während er in Wahrheit anders geartet ist. Der Richter muß also doch erst abwarten, worüber die Parteien denn eigentlich streiten wollen, und ob er eine specielle Kenntnis des Zustandes des Streitobjektes überhaupt braucht. Weiter aber ist es gar nicht wahr, daß nur das Streitobjekt Augenscheinseinnahme und Besichtigung zu erfahren im Stande ist. Worauf noch weiter unten eingegangen werden soll, und was Heusler selbst sehr gut zur Darstellung bringt, aller Beweis vermag sich ja auf Indicien zu richten, um den Richter von der Wahrheit der streitigen Thatsache durch Schlußfolgerung von anderen Thatsachen zu überzeugen. Gewiß läßt sich aber eine indicirende Thatsache auch durch Augenschein feststellen, so daß dieser das Beweismittel für das indicium wird. Hier möchte ich nicht über das „kann" des ~~§ 135~~ hinausgehen, um den Richter nicht in die Lage zu bringen, auch nach Indicien von sich aus spähen zu müssen und zu untersuchen, ob ein Augenschein, wenn nicht für die streitige Thatsache selbst, sondern für andere indicirende Thatsachen am Platze sei. Im voraus ist es ja gar nicht zu wissen, ob Indicienbeweis versucht werden wird, und wieder würde eventuell etwas rein überflüßiges gethan sein.

Die Akten könnten sich leicht mit einer Reihe von Berichten über Besichtigungen füllen, die sich beim Urtheil als in toto irrelevant erweisen. Mit anderen Worten, die strikte Durchführung einer Besichtigungspflicht für Alles, was in dem Proceß wichtig zu werden vermöchte, führt zu Unmöglichkeiten. Wird aber in specieller Sachlage ein Augenschein erforderlich, so genügt auch das „kann" des § 135, um dem Richter sein Amtsrecht und seine Amtspflicht zu zeigen, um ihn von dem Banne der Verhandlungsmaxime zu befreien. Diese sagt an sich: Du kannst nicht. Daher die Einführung der Ausnahme: Du kannst. Im Uebrigen ist der Richter, die Pflichten des Amtes zu üben, ohnehin und im Allgemeinen angewiesen, und sicherlich wird Niemand meinen, jenes „kann" wolle ihm darin eine Erleichterung verschaffen.

Auch die Vernehmung von Sachverständigen ist der richterlichen Amtspflicht anheimgegeben. Es liegt nahe, zu fragen, ob auch diese zu den Beweismitteln zu rechnen seien gleich dem Augenschein. Daß amtliches Urtheil darüber entscheidet, wird man nach dem vorigen nicht als maßgebend betrachten wollen. In Wahrheit scheidet die Aufgabe der Sachverständigenvernehmung, sofern es sich nicht um Augenschein oder Zeugenschaft dabei handelt, dieselbe vom Beweise und den Beweismitteln. Nicht Feststellung einer streitigen Thatsache, sondern Würdigung einer den Sachverständigen überlieferten Thatsache, ein Gutachten, ein Urtheil wird von ihnen verlangt; sie sind mit bekanntem Worte Gehülfen des richterlichen Urtheils, dienen also nicht dem Beweise und sind kein Beweismittel, während der Augenschein in Wahrheit zur Feststellung dessen, was streitig ist, dient und nicht richterliches Urtheil im Sinne der Entscheidung, sondern richterliche Erkenntnis und Wissenschaft vermittelt. Diese Eigenschaft und Aufgabe verliert aber der Augenschein auch nicht dadurch, daß der Richter die eigene Wahrnehmung, wo sie möglich ist, von Amtswegen und ohne Parteiantrag sich zu verschaffen berechtigt und verpflichtet ist. Auch der Sprachgebrauch ist nicht dagegen. Denn wir sprechen auch im Strafverfahren vom Beweise und von den Beweismitteln, und denken als das

Wesentliche bei allem Beweise das Ziel der richterlichen Ueberzeugung von der Wirklichkeit relevanter Thatsachen, gleichviel ob Andere ihm beweisen müssen, oder er sich selbst Erkenntnis zu verschaffen berechtigt ist.

III. Der Eid als Beweismittel.

Wenn das Ziel aller Beweisführung nicht sowohl die formale Bekräftigung einer Behauptung als die Begründung richterlicher Ueberzeugung von der Wirklichkeit einer Thatsache ist, so gehört dann der Parteieneid in solchem Umfange nicht zu den Beweismitteln, als dem Richter die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Eides und die Entscheidung, wieweit er seine Ueberzeugung dadurch bestimmen lassen könne, entzogen ist.

Bei Heusler ist das Verhältnis des Eides zu dem doch auch von ihm selbst nicht veränderten Begriff des Beweises nicht näher geprüft; er stellt in Anschluß an die gewöhnlichen Darstellungen den Eid als Beweismittel unmittelbar neben Zeugen und Urkunden und macht nur insoferne eine Unterscheidung, als er den nothwendigen d. h. richterlich auferlegten Eid nicht sowohl zu den Beweis- als zu den Erkenntnismitteln rechnet, weil ja der Richter ex officio die eine oder die andere Partei dazu heranziehe. Dabei ist es freilich keineswegs Heusler's Meinung, den Schiedseid der freien richterlichen Würdigung unterwerfen zu wollen, in dem Sinne etwa, daß der Richter trotz abgeleistetem Eide die freie Wahl habe, das Beschworene als wahr anzunehmen oder nicht. Im Gegentheil fordert nach seiner Meinung das Wesen und die innerste Natur des Eides, daß es, sobald geschworen ist, ein für allemal bei dem Beschworenen bewende, wenn nicht überhaupt der Eid seinen Werth und seine Existenzberechtigung verlieren solle. Jedenfalls hat ja die Civilproceßordnung diese Meinung auch ihrerseits gebilligt und hat unter Ablehnung angestrebter Neuerung die Beibehaltung des altüberlieferten Rechts vorgezogen. Nach wie vor hat also der zugeschobene Eid die Bedeutung des Schiedseides, der definitiv feststellt und eine Würdigung des Richters nicht mehr zuläßt.

Was man als Ersatz glaubt bieten zu können, die zeugeneidliche Parteiaussage, ist mit Recht verworfen. Zeugenschaft und Parteistellung sind einander ausschließende Dinge. Unvermeidliche Folge wäre ja, beide Parteien zum Selbstzeugnis zuzulassen, und so stände zuletzt Eid gegen Eid, sowie zuerst Behauptung gegen Behauptung stand, ohne daß dadurch ein Mehr an Ueberzeugungskraft für die eine oder die andere Partei gewonnen wäre. Wer also nicht von vorneherein je nach der persönlichen Glaubwürdigkeit sich so entscheiden will, daß die eine Partei näher zum Eide sei als die andere, wer vielmehr die Parteien beide mit gleich geneigtem Ohre meint hören zu müssen, der kommt mit der zeugeneidlichen Parteivernehmung um keinen Schritt weiter, als ihn die Litiscontestation (narratio proposita, contradictio objecta) ohnehin gebracht hat. Mir scheint, als wäre die Zeugenschaft der Parteien überhaupt nur bei völliger Veränderung der Construktion des Civilprocesses d. h. beim Aufgeben der Verhandlungsmaxime denkbar. Wer den Richter auch in Civilsachen zur ungesäumten amtlichen Ermittelung des Sachverhaltes anweisen möchte, um auf dem kürzesten Wege das Rechtsverhältnis der Wirklichkeit gemäß festzustellen, der wird freilich unter Anderem auch die allseitige Abhörung der Betheiligten zu fordern haben, weil das Parteienverhältnis ja ohnehin nicht mehr bestehen würde. Wer aber die Parteien in erster Linie *verhandeln* läßt und ihnen dann Beweispflichten auferlegt, kann im Ernste nicht daran denken, daß sie mit sich selbst sollten beweisen können.

Das richterliche Ermessen ist also durch Ableistung des Schiedseides gebunden; keine Würdigung steht mehr zu und kein Gegenbeweis. Die Eidesleistung hat Alles erledigt und den Streit beendigt, dessen Wiederaufnahme der Willkür nicht mehr frei bleibt. Einzig der Fall des erwiesenen Meineides ist ausgenommen. Nicht was sonst genügenden Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens bietet, daß neue Beweismittel nachträglich aufgefunden sind, welche eine abweichende Entscheidung herbeizuführen im Stande wären, ist dem geschworenen Eide gegenüber ein taugliches Vorbringen; noviter

reperta sollen den einmal geleisteten Eid nicht zu erschüttern vermögen. So ausdrücklich § 543 Nr. 7b der Civilproceßordnung. Ist freilich vom Schwörenden die Eidespflicht vorsätzlich oder fahrläßiger Weise verletzt und hat er deswegen rechtskräftige Verurtheilung erlitten, so ist damit allerdings die innere Grundlage des Schiedseids und seiner formalen Bedeutung getroffen, und die Wiederaufnahme des Verfahrens wird zuständig: § 543 Nr. 1 und § 544. Ganz dasselbe ist denn auch im § 428 ausgesprochen: „der Beweis des Gegentheils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urtheil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann."

Also rein formal wirkt die Eidesleistung. Deswegen ist für Ehesachen, soweit solche Thatsachen in Frage sind, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen, die Unzuläßigkeit der Eideszuschiebung ausgesprochen worden, weil ja überhaupt eine nach der Seite des amtlichen Einschreitens hin veränderte Struktur des Verfahrens in Ehesachen für zweckmäßig gehalten wurde und somit auch eine Reihe sonstiger Consequenzen der Verhandlungsmaxime außer Kraft gesetzt sind, z. B. die Vorschriften über die Folgen unterbliebener oder verweigerter Einlassung, über die Wirkungen eines Geständnisses oder Anerkenntnisses u. s. w. Dazu gehört dann auch die Ausschließung der Eidesdelation in § 577 der C.P.O.

Gewiß denkt nun Heusler nicht entfernt daran, in irgend einem dieser Punkte etwas Abweichendes zu meinen, wenn er den Eid als Beweismittel neben Zeugen und Urkunden aufführt. Doch sollten die aufgeführten Sätze wohl zu dem Resultate führen: der Eid ist kein Beweismittel; denn er ist nicht auf die richterliche Ueberzeugung zu wirken bestimmt, und ihm gegenüber ist keine Prüfung des Beweisergebnisses mehr möglich.

Es ist freilich alte Gewöhnung, das Eidesrecht im Capitel von der Beweisführung abzuhandeln; aber daß das unter solchen Prämissen, wie auch Heusler sie über das Wesen des Beweises und der Beweisführung aufstellt, noch geschehen

könne, bleibt unverständlich. Nur das praktische Ziel, dem auch die Eidesleistung gleich der Beweisführung dient, vermag jene Gewöhnung zwar zu erklären, aber nicht zu rechtfertigen. Für das Endurtheil sollen bestimmte, unter den Parteien streitige Thatsachen als wahr festgestellt werden. Das geschieht zunächst durch Beweisführung, welche den Richter materiell überzeugen soll. Doch in subsidium für alle Parteien, welche keine Beweismittel jener Art besitzen oder doch kein Vertrauen in ihren Erfolg haben, gibt es noch einen zweiten Weg, um zu einem günstigen Urtheil zu gelangen, den der formalen Feststellung durch Eid. Die Bezeichnung Schiedseid ist darum bezeichnend genug, weil durch die Eidesleistung als solche finis controversiae geschaffen wird. Man spricht ja auch von der Vergleichs- oder Vertragsnatur des Eides, um dies auszudrücken, daß er nicht sowohl kraft der Glaubwürdigkeit des Schwörenden materiell zu überzeugen bestimmt sei, als kraft des Willens des Deferenten und des darin liegenden Dispositionsaktes den Richter definitiv und formell binde, ganz so wie das gerichtliche Geständnis, unabhängig von der Wahrheit des Beschworenen. So formulirt auch Wach (Vorträge über die Civilproceßordnung S. 164): „Die Eidesdelation resp. Relation ist Parteiakt, processualisches Rechtsgeschäft, dessen Zulassung von der Glaubwürdigkeit des Delaten resp. Relaten unabhängig steht". Und weiter: „der deferirte ausgeschworene Eid ist nicht beweisendes Zeugnis, sondern Feststellung auf Grund des processualischen Rechtsgeschäfts der Parteien". Gegen dieses Rechtsgeschäft ließe sich streiten, so gut wie gegen das litem contrahere der Römischen Ausdrucksweise. Wach selbst hat ja an anderer Stelle (Präklusion und Contumaz) dafür gestritten, daß der Delat dem Eidesantrag gegenüber keine freie Stellung habe, und daß das Prätorische solvere aut jurare cogam auch für unsere Eidesdelation noch gelten dürfe, daß wir ein jusjurandum necessarium Römischen Sinns darin besitzen. Der Eidesantrag ist nicht die Offerte eines abzuschließenden Geschäfts, und die Annahme des Eides oder auch ihre Verweigerung kann nicht als Antwort auf eine Anfrage verstanden werden.

Nicht ein zweiseitiges Geschäft liegt im Schiedseid vor uns; die Eideszuschiebung ist eine einseitige Parteihandlung, und ebenso einseitig ist die Antwort, wenn überhaupt eine solche erfolgt. Mit anderen Worten: es steckt keine Vertragswirkung im Eide, sondern unfreiwillig und von Rechtswegen hat der Schiedseid seine Bedeutung der formalen Erledigung: solvere aut jurare cogam. Der Eid ist ein remedium expediendarum litium, wie Gajus sagt (Fr. 1 de jurejur. 12, 2), qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae. Von dieser Beschreibung gilt aber nur die zweite Hälfte für unseren Schiedseid, welchem der im Privatrecht zu erörternde eigentliche Eidesvertrag mit der Wirkung der actio resp. exceptio jurisjurandi begrifflich gegenübersteht. Im Proceßrecht hat die Eidesleistung, abgesehen von den Fällen des § 415, ihre gesammte Bedeutung ex auctoritate judicis, und so will mir das Wort Rechtsgeschäft und Dispositionsakt nicht recht zusagen, wenn schon die römische novatio necessaria das Gleiche zu besagen scheint.

Richtig bleibt aber immer: der Schiedseid liefert keinen Beweis und wirkt nicht als Beweismittel. Er ist Beweissurrogat, wird desselben Zieles wegen in die Hand genommen. Obgleich man auch daran noch mäkeln könnte. Denn der Beweisführer entsagt mit dem Eidesantrage dem eigentlichen Beweise, indem er ja zu seinem Nachtheile gegnerischen Eid hervorruft. Wird der Eid angenommen und geschworen, so hat der Probant ja gegen sich selbst operirt, hat seinem Gegner in die Hand gearbeitet. Das kann man doch schwerlich noch eine Beweisführung nennen. Die Hoffnung, mit welcher der Eid deferirt wird, ist gewiß die Erwartung, der Gegner werde den Eid nicht leisten wollen; oder mindestens denkt der Deferent, wenn er selbst für sich zu beweisen außer Stande sei, solle wenigstens der Gegner seine Behauptungen durch Eid erhärten müssen. Nicht also eigentlich mit dem gleichen Ziel des Beweises, sondern anstatt des Beweises, und weil Beweismittel nicht zu Gebote stehen, wird vom Probant zu diesem remedium expediendarum litium gegriffen; er hat in letzter Linie das Recht, den Gegner zum Eide zu drängen,

wodurch dann die definitive und formale Feststellung erfolgt. Während also im übrigen von Beweispflicht und Beweislast die Rede ist, stellt die Eidesdelation das Recht der Partei dar, und die Pflicht, der Zwang trifft den Gegner: solvere aut jurare cogam. Deswegen gibt die Proceßordnung (§ 412) das Recht der Delation beiden Parteien, der beweispflichtigen sowohl als der gegnerischen Partei, ohne daß dadurch eine Verschiebung der Beweislast oder eine Aufhebung derselben eintreten soll.

Auch die Proceßordnung hat ganz die herkömmlichen Bezeichnungen beibehalten; sie spricht vom Beweis durch Eid, vom Antritt dieses Beweises, von seinem Verhältnis zu anderen Beweismitteln, von der Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß, vom vollen Beweis, der durch die Leistung des Eides begründet werde u. s. w. Das Wesen des Schiedseides kann dadurch in keiner Weise geändert werden. Die Theorie, welche doch die Aufgabe hat, Zusammengehöriges zu verbinden und Fremdartiges zu trennen, wird immer wiederholen müssen: der Schiedseid ist kein Beweismittel, und weder wer den Eid deferirt, noch wer ihn schwört, beweist damit eine streitige Thatsache. Der Eid ist nichts als der Behelf, auch ohne Beweis zur Grundlage des Urtheils zu gelangen, das Mittel formaler Feststellung streitiger Thatsachen im Gegensatz des Beweises.

Man wird vielleicht sagen, im Wesentlichen sei das ja auch die Meinung unserer Juristen. Ist dies wirklich der Fall, nun so thue man auch danach und stelle nicht den Eid in eine Reihe mit Zeugen und Urkunden, und spreche nicht von der Ueberzeugungskraft des Eides (Wetzell § 27). Denn was für Reserven man auch hinzufügen oder hinzudenken mag, es bleibt ein Widerspruch im Wort, vom Beweise durch Eid zu sprechen. Der Schiedseid ist nicht blos „nicht eigentlich", sondern überhaupt kein Beweismittel. Der Gedankenkreis, innerhalb dessen man sich beim Beweise bewegt, ist abgeschlossen mit den „eigentlichen" Beweismitteln, und in ihm hat der Schiedseid überhaupt keinen Platz. Solche Ausdrucksweisen, wie bei Renaud § 127, ermöglichen geradezu verkehrte

Anschauung vom Wesen des Schiedseides und bringen von selbst auf die schiefe Bahn der Parteizeugenvernehmung. Dort liest man: die Ueberzeugung des Richters werde regelmäßig durch eigene amtliche Sinneswahrnehmung oder die Wahrnehmungen dritter Personen hergestellt, zu dem nämlichen Zwecke dienen aber aushülfsweise der assertorische Eid einer Partei, dessen Beweiskraft darin liege, daß der Schwörende seine Aussage unter Anrufung der göttlichen Gerechtigkeit eben beschwöre. Nach Wetzell (a. a. O.) entnimmt zwar der Eid seine überzeugende Kraft nicht so sehr der Glaubwürdigkeit des Schwörenden, als dem concurrirenden Willen des Deferenten; aber es bleibt auch solche Wendung noch ungenau und irreführend. Der Schiedseid hat gar nicht die Aufgabe, zu überzeugen, noch hängt seine Wirkung davon ab, wieweit er etwa diese Aufgabe zu erfüllen geeignet ist.

In ganz entgegengesetzter Funktion wie der deferirte Eid wird aber der richterlich auferlegte sog. Notheid geschworen; alles bisherige war nur auf jenen ausschließlich bezogen und für ihn allein richtig.

Bei unvollständigem Beweisergebnis, so daß eine richterliche Ueberzeugung weder für noch gegen das Beweisthema begründet zu werden vermochte, kann der Richter ein letztes argumentum und schließlichen Entscheidungsgrund daraus entnehmen, daß die eine oder die andere Partei ihre Behauptung eidlich erhärtet. Er spricht dann hypothetisch, er wolle sich überzeugt halten, wenn noch die von ihm begehrte Eidesleistung erfolgen werde. Vom Standpunkt des Richters aus hat jede solche Eidesauflage die Bedeutung eines Supplementum, und der Eid ist immer ein Bestärkungsmittel, welches für eine schwankende richterliche Ueberzeugung nach der einen oder anderen Seite hin den Ausschlag geben soll, während vom Standpunkt der Partei betrachtet der Notheid sich ja in das suppletorium und purgatorium zerlegt. In beiden Beziehungen ist aber hier wirklich von einer Ueberzeugungskraft des Eides zu sprechen; kraft der Eidesleistung bestimmt sich das richterliche Ermessen und nimmt für wahr oder nicht wahr an, was bewiesen werden sollte.

Also ein wirkliches argumentum, einen richtigen Beweisgrund soll der Eid liefern, und nur deswegen wird er gefordert. Wenn eine Partei sich in solcher Weise zur Leistung des Eides, falls der Richter ihn noch für erforderlich halten sollte, bereit erklärt und erbietet, so nennt sie in der That noch ein letztes Beweismittel, welches der Richter wie alle übrigen materiell zu würdigen hat. Freilich steht der Richter zu diesem Beweismittel in solchem Verhältnis, daß er auch ohne Angebot des Eides von der einen oder anderen Seite ganz nach seinem Ermessen zur Auflage desselben schreitet und ebenso in der Auswahl der Partei, deren Eid er noch zu empfangen wünscht, durch nichts als sein sachliches Ermessen beschränkt ist. Weder existirt ein Recht der Partei auf den Notheid, noch ist der Richter von Parteianträgen dabei abhängig. Die Voraussetzung, daß sich irgendwelche Wahrscheinlichkeit für oder wider die streitige Thatsache ergeben habe, ist die einzige Grundlage; von hier aus mag sich der Richter entscheiden, ob und von wem er noch eine Eidesleistung begehren müsse zur weiteren Bestärkung seiner zunächst unvollkommen begründeten Annahme.

Heusler bleibt seiner Auffassung vom Wesen des Beweismittels auch hier getreu. Während er den Schiedseid ein Beweismittel nennt, ist ihm die richterliche Eidesauflage dagegen ein Erkenntnismittel. Maßgebend ist dabei die Absicht, den Charakter des Notheides als eines zu freier Handhabung überlassenen, rein nach Ermessen anzuwendenden Zufluchtsmittels zu wahren, um nicht irgendwie die Möglichkeit der Schlußfolgerung aufkommen zu lassen, als bedürfe es etwa der Beantragung durch die Partei. Mir erscheint es, was die Beweisbedeutung des Parteieides angeht, wichtiger, das Verhältnis des Eides zum richterlichen Ermessen festzuhalten, und ich mag von einem Beweismittel überall da nicht sprechen, wo keine Beweisprüfung in Frage steht. Darum ist mir gerade umgekehrt der deferirte Eid kein Beweismittel, wohl aber der Notheid, weil der letztere mithilft, den Richter zu überzeugen.

Nur als ein specielles Beispiel des Notheides darf der

Schätzungseid des § 260 der Proceßordnung verstanden werden. „Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze". Die damit dem Gericht gegebene Befugnis ist keine andere, als wie sie der § 437 generell formulirt hat. Das alte juramentum in litem, welches der beschädigten Partei aus bestimmten Gründen als eigentliches Recht zustand, schloß das richterliche Ermessen aus und stand zur Ueberzeugung des Richters in keiner Beziehung. In der Weise aber, wie jetzt festgestellt, darf man wieder von einer Ueberzeugungskraft des Schätzungseides sprechen.

Dasselbe ist der Fall mit der eidlichen Versicherung der Wahrheit, wie sie in § 266 zum Zweck des Glaubhaftmachens zugelassen worden ist. Auch hier besteht kein Recht der Partei, durch ihren Eid das genügende Maß von Wahrscheinlichkeit, wie es für das Glaubhaftmachen zu fordern ist, allemal und ohne Prüfung erbringen zu dürfen. Vielmehr hat auch hier der Richter die materielle Würdigung des Eides resp. des Schwörenden und seiner persönlichen Glaubwürdigkeit; die Partei muß nicht, sondern kann zur eidlichen Versicherung der Wahrheit ihrer Behauptung zugelassen werden.

Rein formale Bedeutung hat dagegen wieder der Editionseid der §§ 391 u. 392. Auf ihn hat der Beweisführer ein Recht, so daß sich der Gegner der Eidesleistung nicht entziehen kann, ohne die gesetzlichen Folgen seiner Contumaz ein für allemal zum Eintritt zu bringen. Wenn es also im § 392 heißt: „Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen", so ist dieses Präjudiz vom richterlichen Ermessen ganz unabhängig und läßt keinerlei Prüfung mehr zu. Aber auch umgekehrt wird durch die Ableistung des Eides ein für allemal entschieden, daß die fragliche Urkunde nicht im Besitze des Gegners sich befindet; der Eid ist das einzige Entscheidungsmittel über den streitigen Besitz der Urkunde und trägt also den Charakter des alten deutschen Reinigungseides. Zwar soll der Editionsantrag nach

§ 389 eine Angabe der Umstände enthalten, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich im Besitze des Gegners befindet. Allein diese Angabe soll nicht einmal glaubhaft gemacht werden, und dem Gericht bleibt keine specielle Prüfung der dafür sprechenden Wahrscheinlichkeit. Die Pflicht zum Editionseid wird vielmehr durch die bloße Behauptung des Besitzes der Urkunde begründet, wenn schon diese Behauptung keine nackte, sondern eine colorirte sein soll.

Eine absolute, nicht von zuvorigem Ermessen abhängige Eidespflicht enthalten auch die Bestimmungen über den Offenbarungseid: Civilproceßordnung §§ 711 und 769, Concursordnung § 115.

IV. Das Ziel der Beweisführung.

Das besondere Verdienst der Heusler'schen Abhandlung liegt m. E. darin, dem Civilproceß den Indicienbeweis gleichsam restituirt zu haben. Des Richters Ueberzeugung von der Wahrheit streitiger Thatsachen vermag indirekt dadurch hervorgerufen zu werden, daß ihm andere Thatsachen vorgeführt und, falls sie auch ihrerseits nicht streitlos sein sollten, bewiesen werden, welche ihn auf die Wahrheit dessen, worauf es ankommt, schließen lassen können. — Während also die Beweisführung sich anscheinend von dem thema probandum entfernt, führt sie doch wieder im weiteren Ziel darauf zurück; man beweist etwas, dessen Beweis für sich allein nicht relevant ist, wodurch aber dennoch ein Beweisgrund für die Wahrheit der entscheidenden Thatsachen geliefert werden soll. Schlußfolgerung von Thatsachen auf Thatsachen ist also das Ziel der indirekten Beweisführung; der Richter soll inducirt werden, von der Wahrheit an sich für den Proceß gleichgültiger Thatsachen einen Schluß auf die Wahrheit der maßgebenden Thatsache zu ziehen. Die Zuläßigkeit des Schlusses, die sog. Concludenz, ist dabei das vermittelnde Glied, und nochmals muß mit Heusler betont werden, daß es sich dabei keineswegs um die Gesetze der Logik und des freien Denkens handelt, sondern ausschließlich um Wahrscheinlichkeits-

schätzungen, welche in der Erfahrung des Lebens ihre eigentliche Wurzel besitzen. Kein Schluß ist daher ein zwingender, d. h. absolute Gewißheit gewährender, weil eben in der Wirklichkeit der Dinge und im Lauf der Welt die Ereignisse regellos zur Erscheinung kommen. So wenig die Folge der Ereignisse im Voraus bestimmt werden kann, so wenig kann auch nachher mit Untrüglichkeit von dem einen, was feststeht, auf ein anderes zurückgeschlossen werden. Kein Indicienbeweis vermag daher mehr als einen Wahrscheinlichkeitsschluß bei dem Richter zu erreichen. Indessen kann man das ja für jeden, auch den direkten Beweis in ganz gleicher Weise formuliren, und man braucht sonach den Indicienbeweis nicht als etwas unzuläßiges, weil unzuverläßiges, zu behandeln. In aller und jeder Beurtheilung der Wirklichkeit sind wir auf Wahrscheinlichkeit beschränkt, und nur quantitativ im Maß vermögen wir einen vollen und einen minder starken Ueberzeugungsgrund zu unterscheiden. Deswegen ist Indicienbeweis nichts begrifflich vom direkten Beweis verschiedenes; auch er will die richterliche Ueberzeugung gewinnen und er entfernt sich nicht von der Aufgabe und dem Wesen des Beweises. Erstes Objekt der indirekten Beweisführung ist zwar das indicium selbst, wenn es nicht etwa feststehen sollte; dann wird die indicirende Thatsache aber auch selbst zum Beweismittel für die eigentlich zu beweisende. Ihre Qualität als Beweismittel und ihre Bedeutung als Träger eines Beweisgrundes gewinnen die Indicien aus der Erfahrung, welche die Schlußfolgerung als im Durchschnitt richtig und zutreffend kennen gelernt hat. Vielleicht möchte man vorziehen, das Wahrscheinlichkeitsverhältnis seinerseits als das eigentliche Beweismittel anzusehen, weil der Beweisführer doch so zum Richter spricht: Du darfst als wahr ansehen, weil die Erfahrung Dich lehrt, so von einem auf das andere zu schließen. Indessen wird es keinem Mißverständnis ausgesetzt sein, in solchem Sinne die indicia selbst, die indicirenden Thatsachen als Beweismittel zu bezeichnen. Heusler zwar verwahrt sich dagegen und will nur von einem Folgerungsgrund, nicht von einem Beweisgrund sprechen. Allein es wird sich doch nicht verkennen lassen, daß

das indicium eben sowohl Ziel als Mittel der Beweisführung ist, Mittel eben deswegen, weil es die richterliche Erwägung beeinflußen soll, ganz so wie jedes andere Beweismittel auf den Richter zu wirken bestimmt ist. Jedes Beweismittel soll Folgerungen des Richters hervorrufen; das ist bei Zeugen und Urkunden und eigenen Wahrnehmungen des Richters nicht anders. Hier spricht das indicium zu seinem Verstande in ganz der gleichen Weise, wie die Zeugenaussage sein Urtheil bestimmt. Also ist das indicium das Mittel, dessen sich die Partei bedient, um den Richter zu überzeugen. Allerdings ist dies Beweismittel der besonderen Art, daß es zuvor selbst erst festgestellt werden muß und also auch Objekt und Ziel des Beweises wird. Ich meine aber nicht, daß dadurch das Wesen der Indicien sich ändert. Auch die Bezeichnung als künstlichen Beweis halte ich für so verfehlt und unrichtig nicht. Denn damit wird doch nur ausgedrückt, daß eben beim Indicienbeweis das nächste Ziel des Beweises nicht auch schon das letzte Ziel desselben bleibt, daß vielmehr, wer seinen Beweis auf Indicien richtet, sich damit von der einfachen und geraden Straße entfernt und auf Umwegen seinem Ziele zustrebt. Es ist zwar wahr, daß die Partei immer nur einen sog. natürlichen Beweis führt (Heusler); denn indem sie eine Schlußfolgerung aus Indicien herbeiführen will, muß sie zunächst für eine Wirklichkeit der indicirenden Thatsachen auch erst den Glauben des Richters gewinnen. Aber zugleich verfolgt sie dabei doch das fernere Ziel, mit dem einen auch das andere zu erreichen, und insoferne führt sie keinen einfachen, sondern einen complicirten, zusammengesetzten Beweis, den man einen künstlichen nicht ohne Grund wird nennen dürfen.

Richtig ist es aber, daß die bisher in den Lehrbüchern übliche Darstellung der vollen Bedeutung des Indicienbeweises nicht gerecht geworden ist. Was für das Strafverfahren vor Allem der Praxis bekannt und geläufig schon immer gewesen ist, das führt im Civilproceß eine durchaus verkümmerte Existenz, und auch die Praxis würdigte die Indicien nicht in gebührender Weise. Nicht, als wenn die Mißstände dieses

Ueberſehens unbemerkt geblieben wären! Man ſchob ſie aber, ihre eigentliche Quelle nicht erkennend, der beſtehenden Beweistheorie, dem Syſtem, in die Schuhe, und oft iſt der Ruf nach Reform, nach freier Beweiswürdigung damit begründet und illuſtrirt, daß man die Monſtroſitäten der Praxis vorführte. Nicht aber am beſtehenden Recht lag in Wahrheit die Schuld, das iſt von Heusler zutreffend ausgeführt. Richtige Erkenntnis hätte auch mit dem bisherigen Beweisſyſtem Vieles vermeiden können, und umgekehrt bietet die Proceßordnung keine unbedingte Garantie dafür, daß nicht pedantiſches Weſen und verknöcherte Anſchauung nach wie vor Theorie und Praxis beherrſche. Die freie Beweiswürdigung der §§ 259 und 260 eröffnet keine neuen Bahnen, was die Unterſcheidung des einfachen oder direkten und des indirekten oder des Indicienbeweiſes angeht. Wer dieſen Gegenſatz und daß für den Beweis einer ſtreitigen Sache Beides gleich tauglich ſei, bisher verkannt hat, iſt nicht gehindert, auch fernerhin in ſeinem Irrthum ſtecken zu bleiben.

Wenn aber geſagt wird, dem Indicienbeweiſe ſei bisher in Theorie und Praxis nicht ſein volles Recht zu Theil geworden, ſo bedarf dieſe Behauptung noch der näheren Begründung. Zunächſt die Theorie verleugnete keineswegs völlig die Bekanntſchaft mit den indicia, betrachtete aber doch als ihre Hauptaufgabe die Entwickelung der beſonderen Beweisregeln und fand ſich in Folge deſſen mit den ſog. praesumptiones pro homine als vermeintlich unjuriſtiſchen und unqualificirbaren Beweisgründen ſehr bald und geringſchätzig obenhin ab. Das zeigte ſich vor Allem an gewiſſen Einzelheiten bei der Benutzung und Verwerthung der Beweismittel. Nicht blos das faſt ausnahmslos abfällige Urtheil über die testes de auditu gehört dahin, welche man bekanntlich meiſtens nur gerade ſoweit zulaſſen will, als es ſich um die Feſtſtellung etwa eines Gerüchtes handele. In der Lehre vom Urkundenbeweiſe ſind die einfachen monumenta, welche nicht docent, ſondern eben nur monent, regelmäßig ausgeſchieden. „Alle urkundlichen Zeichen können unter Umſtänden als Beweismittel benutzt, und ſofern dies der Fall, instrumenta

genannt werden", sagt zwar Wetzell § 24, aber er fügt sofort hinzu: „vorzugsweise aber und unmittelbar eignet sich zum Beweise nur der schriftliche Gedankenausdruck, und an ihn wird daher allein gedacht, wenn man von Urkunden im juristischen Sinne redet". Als wenn eben nur das ein Beweismittel im juristischen Sinne wäre, worüber eine feste Rechtsregel sich aufstellen läßt! Und doch soll beweisen die Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung bedeuten! Man sollte meinen, das Wesen eines echten und eigentlichen Beweismittels sei gerade danach zu bestimmen, daß über seinen Werth und Erfolg der Richter nur ex animi sui sententia und nicht nach einer ihn bindenden Regel zu urtheilen hätte. Alles was für die Ueberzeugung von Erheblichkeit sein kann, ist danach ein Beweismittel, und auch im juristischen Sinne ein Beweismittel, die monumenta so gut wie die documenta. Ferner beim außergerichtlichen Geständnis ist aus der gleichen Einseitigkeit die Unterscheidung von Geständnissen dispositiver Art und sog. einfachen Einräumungen entstanden, die nur eine geringe Vermuthung zu begründen vermöchten, weil sie nicht aus einem animus confitendi hervorgegangen seien. Ueberhaupt, und das war im Resultat für die Praxis wohl das gefährlichste, gewann die ganze Beweislehre den Anschein, als wenn voller Beweis überhaupt nur durch jene „juristischen" Beweismittel geführt werden könne, für welche eine Rechtsregel diese ihre Macht und Tauglichkeit festgestellt habe, als wenn Indicien niemals ohne eine weitere Ergänzung den vollen Beweis begründen dürften. „Die durch unvollständige Beweismittel oder durch Indicien erbrachte Wahrscheinlichkeit (probatio minus plena) kann durch unterstützende Beweisgründe (adminicula) zu vollem Beweise ergänzt werden", liest man bei Wetzell § 21. Gerade die ängstlich an einem Schema und hergebrachter Regel festhaltende Praxis hat sich dieses Urtheil über die stets der Ergänzung bedürftigen Indicien immer vorgehalten und zur Richtschnur gemacht. Wer nun die Proceßordnung über die Indicien wesentlich schweigen sieht, der wird sich gar leicht daraus die Meinung bilden, es sei rücksichtlich ihrer noch beim Alten geblieben, während doch

gerade umgekehrt das Princip des § 259 auf Erlösung der Indicien aus ihrem bisherigen Banne gedeutet zu werden vermag.

In thesi kann jeder Beweis direkt oder durch Vorführung von Indicien geführt werden; die auf das richterliche Ermessen zu erzielende Einwirkung ist im zweiten Fall keine andere als im ersten, und von einem Minderwerth des Indicienbeweises darf am wenigsten in der Theorie die Rede sein. Wohl mag praktisch der auf die Wirklichkeit zu machende Schluß oft vom Parteistandpunkt noch als sicher und unbedenklich empfohlen werden, wo der Richter der bloßen Möglichkeit wegen, die er vielleicht auch seinerseits zugibt, doch zu keiner Sicherheit glaubt gelangen zu können; und so mag das Auge des Praktikers den Indicienbeweis als das gefährlichere und den festeren Boden schon verlassende Experiment betrachten. Das kann aber die Theorie nicht abhalten, Wesen und Richtung des Indicienbeweises als vollgültig neben dem direkten Beweise anzuerkennen. Dabei kann denn auch die Wahrnehmung, daß für gewisse Schlußfolgerungen bindende Rechtsregeln aufgestellt sind, nicht dazu führen, den von solchen Regeln frei gebliebenen größeren Theil der sog. einfachen Präsumtionen als unjuristisch auszuscheiden.

Diese Nothwendigkeit der begrifflichen Gleichstellung des Indicienbeweises mit dem direkten oder einfachen Beweise bestätigt sich m. E. besonders daran, daß für eine Reihe von Thatsachen, wie sie processualisch sehr oft ausschlaggebend sind, überhaupt kein anderer als ein Indicienbeweis möglich ist. Es gibt eben Thatsachen, welche überhaupt nicht sinnlich wahrnehmbar sind, und es gibt ferner solche, deren Wahrnehmbarkeit dadurch werthlos wird, daß sie der Wahrnehmung sich irgendwie entzogen haben oder entzogen worden sind. Zwar darf man in der Annahme idealer Thatsachen nicht so weit gehen, wie Wetzell § 15 thut, welcher auch Willensentschluß und Willenseinigung dahin zählt: „die Einigung des Willens wird aus einer übereinstimmenden Erklärung gefolgert werden können, das Vorhandensein eines Entschlusses aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Aeußerung desselben, das

Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes aus der Anwendung der seinem Wesen entsprechenden Formen". Dabei möchte doch das Verhältnis von Wille und Willenserklärung unrichtig aufgefaßt sein; denn Willensentschluß und Willenseinigung sind eben darum keine idealen Thatsachen, weil sie zu ihrer juristischen Wirksamkeit und nicht blos des Beweises wegen der Erklärung bedürfen. Nur der erklärte Wille kann eine Handlung, ein Rechtsgeschäft ergeben, und darum sind diese zu erkennbaren Thatsachen geworden, wenn sie überhaupt juristisch in Betracht kommen sollen. Daneben gibt es aber noch immer Thatsachen, welche der Wahrnehmung überhaupt entzogen sind und dennoch rechtliche Relevanz haben. Absicht, dolus malus, mala fides und bona fides, Irrthum entscheiden so oft für die rechtliche Würdigung und sind doch etwas rein innerliches, der bloßen Vorstellung angehöriges. Ein anderes Beispiel liefern Zeugung und Paternität, welche zwar physische Vorgänge bedeuten resp. voraussetzen und doch des direkten Beweises nicht fähig sind. Hier können überhaupt nur Schlußfolgerungen von dem, was sonst etwa erkennbar geworden ist, in Frage kommen und der Beweis ist nothwendig ein Indicienbeweis. Praktisch dasselbe Resultat ergibt sich, wenn eine Thatsache zwar hätte wahrgenommen werden können, aber doch nun einmal von Niemanden wahrgenommen ist resp. nicht von solchen, deren man habhaft werden kann. Der Tod eines Verschollenen pflegt wohl so als Beispiel genannt zu werden; man greift eben zur Todesvermuthung und sucht für diese nach genügenden Grundlagen. Und wie steht es mit dem Beweise der sog. negativen Thatsachen? Daß die Negative nicht bewiesen zu werden braucht, nahmen freilich in älterer Zeit viele Juristen an: probare debet qui dicit, non qui negat. Indessen stehen sich in Ansehung der Beweislast positive und negative Thatsachen völlig gleich. Daß aber etwas *nicht* eingetreten sei, kann doch nur durch Schlußfolgerung begründet werden, weil für das Nichtgeschehene ein auf Wahrnehmung sich stützender Beweis nicht denkbar ist.

Fast gewinnt es den Anschein, als wolle Wetzell dieser

Nothwendigkeit des Indicienbeweises mit der Unterstellung ausweichen, als müsse die Partei, wenn sie auf nicht wahrnehmbare Thatsachen einen Angriff oder Gegenangriff stützen wolle, nicht erst beim Beweise, sondern schon bei der Substantiirung ihrer entsprechenden Handlung für den Ersatz durch andere indicirende Thatsachen sorgen. Dann würde nicht sowohl im Ziel des Beweises als in der Art der Begründung der Anträge eine Abweichung sich ergeben. Ich wage aber nicht zu entscheiden, ob die Sätze Wetzell's § 15 (S. 145 der dritten Auflage) wirklich so gemeint sind. An dieser Stelle ist freilich von der Vertheilung der Beweislast die Rede, d. h. von denjenigen thatsächlichen Behauptungen, welche Angriff und Gegenangriff stützen sollen und daher des Beweises bedürftig sind, und wenn es dabei heißt, die nicht wahrnehmbaren Thatsachen seien durch andere zu ersetzen, so wird man es wohl verstehen müssen, als werde das Objekt der Beweislast dadurch verschoben. Nein, die zu beweisende Thatsache bleibt immer die nämliche, aber die Mittel der Beweisführung werden nothwendig andere. In der Wahl dieser Mittel braucht man aber die Partei nicht schon im Voraus zu beschränken, und sie hat nicht nöthig, schon zur Substantiirung von Klage oder Einrede zu jenem Ersatz zu greifen, schon deswegen nicht, um sich nachher beim Beweise nicht beschränkt zu sehen. Man wird annehmen können, daß nicht selten eine Mehrheit indicirender Thatsachen miteinander vorgebracht werden wird, und daß der beweispflichtigen Partei bei fortgesetzten Nachforschungen neue, anfangs nicht beachtete Indicien sich ergeben. Mit anderen Worten, nicht das Objekt und der Inhalt der Beweislast, den Richter von der Wahrheit einer bestimmten, rechtlich relevanten Thatsache zu überzeugen, ändert sich, sondern nur die Art und Weise, wie auf die Ueberzeugung eingewirkt werden kann.

Ausnahmsweise gibt es solche Fälle, in welchen der Beweis einer relevanten Thatsache nur durch ein bestimmtes einzelnes Indiz geführt werden kann. Wie ja auch sonst eine rechtliche Regelung richterlicher Schlußfolgerungen geschehen ist (wovon noch weiter), so verhält es sich in der That mit-

unter so, daß die fragliche Schlußfolgerung überhaupt nur von einer bestimmten Prämisse aus gemacht werden soll, der Beweis sich also überhaupt nur um die Bewahrheitung dieser einen Prämisse drehen kann. Das Recht hat dann sonstigen Indicien, die durchaus vorhanden sein mögen, jegliche Beachtung entzogen, hat das richterliche Ermessen vinculirt und den Indicienbeweis in seiner Zuläßigkeit beschränkt. Den Beleg liefert die bekannte Regel: pater est, quem nuptiae demonstrant, vor Allem in der Kehrseite, daß der spurius, der vulgo quaesitus in Wahrheit sine patre von Rechtswegen zu denken ist. Der Satz pflegt im Civilrecht erörtert zu werden; seine wahre Bedeutung liegt aber doch darin, daß die Thatsache der Conception von einem bestimmten Manne eine nicht direkt nachweisbare ist, daß aber als indicirende Thatsache doch ausschließlich das eheliche Zusammenleben genügen soll. Filius naturalis ist freilich im Römischen Sinn noch der im Concubinat geborene, und auch auf die Kinder der Putativehe sowie des Brautstandes wird noch die Präsumtion der Vaterschaft als zuläßig angesehen. Dagegen ist es im Römischen Recht bitterer Ernst damit, daß der spurius keinen Vater hat und keine Familie von Vaterswegen. Im heutigen Recht werden gewisse Rechte freilich auch gegen den sog. außerehelichen Erzeuger gewährt. Streit ist aber doch wieder darüber, ob z. B. die Alimentationsklage als Ausdruck anzunehmender Paternität verstanden werden dürfe. Der Streit bedeutet von unserer Seite aus angesehen, ob die Thatsache der Zeugung, statt nur kraft des indicium des ehelichen Lebens, doch auch schon kraft des Nachweises des concubitus in kritischer Zeit solle vermuthet werden dürfen. Jedenfalls ist festzuhalten, daß diese letztere Art der Paternitätsvermuthung nicht zu den gesammten Folgen der Paternität zu führen geeignet ist, sondern daß nur bestimmte einzelne Seiten derselben damit begründet zu werden vermögen.

V. Rechtliche Regelung richterlicher Schlußfolgerungen.

Heusler untersucht sowohl die Möglichkeit als die Zweckmäßigkeit solcher Rechtssätze, welche den Richter in An-

sehung einer zu ziehenden Folgerung zu binden beabsichtigen. Ich halte seine Ausführungen gegenüber dem Axiom der freien Beweiswürdigung für durchaus zutreffend, und glaube mit ihm, daß das Recht weder seine Aufgabe verkennt und sein Gebiet überschreitet, wenn es den Richter nöthigt, einen bestimmten Schluß zu machen, noch daß es dabei dem Tadel der Zweckwidrigkeit verfällt. Die Rechtsregeln, um welche es sich hierbei handelt, sind die sog. praesumptiones juris; sie gebieten dem Richter, eine streitige Thatsache als wahr gelten zu lassen, für welche eine „gesetzliche Vermuthung" besteht. Das Wesen dieser gesetzlichen Vermuthungen sind ebensoviele Beweisregeln formell bindender Art, weil sie den Richter anweisen, seinem subjektiven Bedenken und Dafürhalten entweder überhaupt oder bis auf Weiteres kein Gehör zu geben; es sind Beweisregeln ganz in demselben Sinne, wie eine Urkunde ihren Inhalt voll beweist, wie der zugeschobene Eid den Richter bindet u. s. w. Es ist ein Irrthum, wenn das Gesetz zur Einführung der Proceßordnung im § 16 Nr. 1 solche Vorschriften als dem bürgerlichen Recht gehörig bezeichnet. Daß „unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß" angesehen werden soll, ist sicherlich keine dem materiellen Recht angehörige Vorschrift, wenn sie auch von den Motiven und deshalb von vielen Commentatoren dafür ausgegeben wird. Rechtliche Folgen in Ansehung der Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse hängen in keiner Weise von einer praesumptio juris ab. „Sie verändern die Beweislast", das ist die Meinung, mit welcher oft jenes Urtheil begründet wird. Thun sie das wirklich? Die Prämisse, aus welcher die Schlußfolgerung gezogen werden soll, muß doch zunächst ihrerseits feststehen; „unter bestimmten Voraussetzungen" soll eine Thatsache als wahr angesehen werden; im Streitfalle müssen diese Voraussetzungen doch auch bewiesen werden. Und andrerseits, gehört die Regelung der Beweislast dem Privatrecht an? Das onus probandi richtet sich zwar nach dem, was privatrechtlich zur Erzeugung einer Rechtswirkung als causa efficiens erforderlich ist; aber an sich ist

die Beweispflichtigkeit ein specieller Satz des Civilproceßrechtes. Nicht minder sind Beweisregeln dem Proceßrecht gehörig, und wenn eine Regel bestimmt, der Richter solle mit Unterdrückung seiner inneren Stimme etwas für wahr halten, wenn die freie Beweiswürdigung in ebenso weit in Schranken gesetzt ist, so kann ich nicht glauben, daß ein solcher Rechtssatz dem materiellen Recht angehörig sei. Jene Uebertragung der Beweislast als Folge einer praesumptio juris ist überdies rein aus der Luft gegriffen; die Stellung des Gegners ist keine andere geworden, er wird mit nichten beweispflichtig, sondern hat nach wie vor nur das Recht des Gegenbeweises. Es ist ja nur sein Vortheil, daß ihm die einfache praesumptio juris die Möglichkeit des Gegenbeweises noch freiläßt; das Recht betrachtet die Concludenz der Prämisse zwar als so sehr erfahrungsgemäß, daß es den Richter zu der Schlußfolgerung nöthigt, will aber doch das Bedenken nicht unterdrücken, daß es trotz aller Wahrscheinlichkeit mit der streitigen Thatsache sich anders verhalte, und läßt daher dem Gegenbeweise noch Raum und Gelegenheit. Nur in ganz wenigen Fällen ist die Vermuthung gleichsam so zwingend (necessaria), daß ein für allemal der Schluß gezogen werden soll; man kann das auch damit motiviren, daß das Recht lieber unter 10 Fällen einmal die Wahrheit unterdrückt sehen will, als daß es in den übrigen noch einen Zweifel aufkommen lassen möchte. Beispiele solcher praesumptiones juris et de jure sind aber sehr selten. Ganz widersinnig und von Bülow (civilproceßualische Fiktionen und Wahrheiten) mit Recht angefochten ist es, hierher die Ungehorsamsnachtheile zu rechnen, wie z. B. die poena confessi u. dgl. Von einer Fiktion der Zustimmung zu reden und in solcher Fiktion den Ausdruck einer den Beweis des Gegentheils ausschließenden Rechtsvermuthung zu erblicken, ist geradezu unverständlich, ist aber noch bei Bayer § 225 zu lesen. Vielleicht wäre es nicht zu viel gesagt, daß der ganze Begriff der praesumptio juris et de jure nur einer scholastischen Doktrin angehört. Selbst wenn ich mich an die Formulirung halte, wie sie bei Arndts (§ 114) und Windscheid (§ 133 Anm. 10) gegeben wird, daß die Bestreitung

mancher Thatsachen vermöge einer Rechtsvorschrift unzulässig sei, so kommt man dabei doch nur auf einen der Notorietät ähnlichen Begriff. Als Beispiel ist bei Arndts und Windscheid auf c. 30 X. de sponsal. 4, 1 verwiesen. Hier ist der Satz ausgesprochen, daß sponsalia de futuro durch copula carnalis zur Ehe würden. Wenn auch Pabst Gregor ihn so einkleidet, daß durch jenes Faktum eine Präsumtion für die Ehe entstünde, so liegt hier dennoch ein rechtserzeugendes Faktum vor, nicht ein die Wahrheit anderer indicirendes. Hier ist wirklich ein dem „bürgerlichen" Recht angehöriger Rechtssatz ausgesprochen, nicht eine Beweisregel.

Ich halte es also nicht für genau, wenn auch Heusler die Meinung äußert, die Civilproceßordnung enthalte nichts über die Würdigung der Indicien. Wohl ist es richtig, daß in den Paragraphen des eigentlichen Gesetzes selbst nichts über die Indicien zu finden ist. Das Einführungsgesetz darf aber doch auch in Anschlag gebracht werden, wenn es sich um das fortan geltende Proceßrecht handelt. Denn mit jenem § 16 Nr. 1 ist eben älteres Proceßrecht conservirt; alle einzelnen Rechtsvermuthungen enthalten eben so viele, den Richter bindende Beweisregeln. Die Darstellung des Proceßrechtes ist daher ihrerseits genöthigt, das Inventar dieser Regeln zusammen zu stellen. Es ist überhaupt rein äußerliche Tradition, wenn z. B. die Pandektenlehrbücher so viel auf den Beweis Bezügliches zusammentragen. Was soll es z. B. im Erbrecht, daß in Anschluß an die hereditatis petitio auch vom Beweise des Erbrechts die Rede ist? Ebenso gut kann in allen übrigen Lehren vom Beweise gehandelt werden. Die entscheidenden Gründe über die Regelung der Beweislast gehören doch dem Proceßrecht an, und daß herkömmlich in den Pandekten davon die Rede ist, kann das im citirten § 16 Nr. 1 niedergelegte Urtheil noch nicht justificiren. Ueberdies wird dasselbe um so auffälliger, als in § 14 des Einführungsgesetzes, wo von dem Außerkrafttreten des bisherigen Proceßrechtes die Rede ist, unter Nr. 3 solche Vorschriften erwähnt sind, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen

ist. Also die Vorschrift, nach welcher eine Thatsache als gewiß anzunehmen ist, gehört dem bürgerlichen Rechte an; diejenige aber, welche nur ein mehr oder minder wahrscheinlich dem Richter obtrudirt, gehört dem Proceßrechte an. Das ist schwer zu reimen. Die schöne Distinktion zwischen Beweispräsumption und Beweislastpräsumption (Endemann, Commentar ad § hanc) mag ein Versuch sein, Widersprechendes zu einigen, kann aber m. E. nicht auf Beifall rechnen.

Wir haben im Resultat festzuhalten, daß auch die Proceßordnung trotz des Princips der freien Beweiswürdigung in einer Reihe von Fällen es zuläßt, daß das richterliche Ermessen feste Grenzen erfährt und genöthigt wird, Wahrscheinlichkeitsschlüsse mitzumachen, welche der Gesetzgeber zunächst für seine Person glaubt machen zu sollen, die er dann aber auch dem Richter zu machen anbefohlen hat. Es ist auch schon bemerkt, daß mitunter eine solche zwingende Maßregel sich noch dahin verstärkt, daß eine bestimmte Thatsache überhaupt nur beim Zutreffen einer speciellen Voraussetzung als wahr angenommen werden solle: Indicienbeweis kraft eines ausschließlich zugelassenen indicium.

Es läßt sich auch sofort eine Probe machen, welche die Unvereinbarkeit des § 14 Nr. 3 und des § 16 Nr. 1 der Einführungsgesetze in gedachter Beziehung erkennen läßt. Wie steht es mit der Bedeutung des außergerichtlichen Geständnisses einer processualisch relevanten Thatsache? Wenn es in den Quellen also heißt: stare oportet suae confessioni oder ähnlich, ist das eine Vorschrift des bürgerlichen Rechts, nach welcher kraft des Geständnisses eine Thatsache als gewiß anzunehmen ist? Oder haben wir es mit einer Proceßrechtsregel zu thun, welche geringe oder größere Wahrscheinlichkeit gelten zu lassen gebietet? Nach der gewöhnlichen Lehre, welche auch zuletzt von v. Canstein (Anerkennung und Geständnis) wieder reproducirt ist, macht der animus confitendi das Geständnis zu einem Dispositivakt, welcher die Parteien und den Richter bindet, während im Uebrigen nur ein sog. schlichtes Geständnis angenommen werden dürfe, wodurch das richterliche Ermessen nicht formell gebunden sei. Nach

v. Canstein's Meinung fällt nun die Vorschrift, das dispositive Geständnis als bindend zu betrachten, unter den § 16 Nr. 1 des Einführungsgesetzes, und der animus confitendi weist das Geständnis dem bürgerlichen Rechte zu, während ohne denselben eine Proceßrechtsregel die Würdigung des Geständnisses in's freie Ermessen des Richters stellt. Man könnte auch umgekehrt argumentiren. Denn wenn überhaupt die Regeln über die Beweisbedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses auch nur zu einem Theile als dem Proceßrecht angehörig betrachtet werden müssen, wie soll dann der andere Theil so grundverschieden sein, um zu dem bürgerlichen Rechte gezählt werden zu können? Man wird also mit Recht fragen dürfen, ob der Rechtssatz (wenn er überhaupt in solcher Weise vorhanden gewesen ist, was ich mir noch zu bezweifeln erlaube), daß kraft eines Geständnisses die eingeräumte Thatsache bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen sei, nicht gerade als dem Proceßrecht angehörig unter dem Gesichtspunkte des § 14 Nr. 3 betrachtet werden müsse und also für aufgehoben zu gelten habe? Es will mir nicht einleuchten, daß der animus confitendi ein Moment von solcher Tragweite sein könne, das Geständnis und seinen Werth für den Beweis dem Proceßrecht zu entziehen und dem bürgerlichen Recht zu überweisen. Der sog. Dispositivakt wird wohl die Schuld daran tragen, daß man das Geständnis eben als vermeintliche Disposition dem Civilrecht glaubte vindiciren zu müssen. Und doch gehört dem materiellen Recht sicherlich keine Vorschrift an, welche nicht auch in den materiellen Rechtsverhältnissen ihre Wirkung zu erkennen gibt; für das unterliegende privatrechtliche Rechtsverhältnis unter den Parteien übt aber keine confessio, auch nicht der dispositivste Dispositivakt, eine besondere Wirkung aus. Denn den Streit über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund wird man doch wohl als dahin abgethan betrachten dürfen, daß höchstens in der Anerkennung auch ein Erfüllungsversprechen gefunden werden müsse, und daß also, wenn man überhaupt von der Anerkennung im materiellen Recht sprechen will, ihr doch nicht als solcher, sondern ihr nur als gleichzeitigem stillschweigendem Ausdruck einer

promissio Beachtung und Folge zu schenken ist. Nicht immer wird Beides leicht auseinander zu halten sein, confessio und materiell wirkendes Rechtsgeschäft, wie auch die Bemerkung bei Heusler S. 301 Anm. 30 hervorhebt. Aber der begriffliche Unterschied sollte doch gewiß vor Uebersehen sicher sein.

Die eben gemachten Bemerkungen führen mich denn sofort zu der Frage, ob nicht auch Heusler noch zu wenig (resp. zu viel) gethan habe, wenn er neben direktem Beweis einerseits und Indicienbeweis andrerseits noch ein drittes Glied aufführt, eben den Beweis durch Geständnis. Das Beweisziel erblickt er dreitheilig, entweder in dem Rechtsakt selbst, oder in einem Geständnis, oder in Indicien. Unterscheiden sich die Glieder zwei und drei von einander? Und ist nicht aus der Gattung (indicium) das Geständnis nur eine einzelne Art, anderen Arten derselben Gattung gleich?

Vorweg noch die Bemerkung, daß ich die von Heusler gewählte Bezeichnung „Rechtsakt" nicht als glücklich betrachten kann. Zwar besteht kein Zweifel darüber, was damit ausgedrückt sein soll, und es ist ganz richtig, den Gegensatz des Indicienbeweises so zu fixiren, daß das Ziel aller Beweisführung in erster Linie auf die Wahrheit der für das streitige Rechtsverhältnis unmittelbar relevanten Thatsachen gerichtet sein muß. Gleichwohl ist das Wort Rechtsakt, statt selbst zu erläutern, doch ein noch der Erklärung bedürftiges. Heusler sagt, er wähle diesen Ausdruck hauptsächlich deswegen, weil er in der Lehre vom Urkundenbeweise, wo man so viel von Dispositions- oder Rechtsakten spreche, schon eingebürgert sei. Ich würde sagen, gerade deswegen, weil das Wort bei den Urkunden so sehr viel Unklares in sich schließt, und weil es überdies bei den Urkunden gewöhnlich für etwas specielleres gebraucht wird, ist es nicht richtig, als Ziel des Beweises im Allgemeinen den „Rechtsakt" zu bezeichnen. Ich ziehe das Wort des direkten oder auch natürlichen Beweises vor, wenn auch Heusler gerade das zweite nicht will gelten lassen. Bei dem direkten Beweise handelt es sich darum, daß der Richter die im Proceß streitige Thatsache entweder selbst noch wahrnimmt, oder daß ihm von Anderen

über die von ihnen gemachte Wahrnehmung glaubwürdig berichtet wird. Gegenüber diesem direkten Beweise gibt es überhaupt nur einen Gegensatz, den Indicienbeweis, daß der Richter aus der Wahrheit anderer Thatsachen einen Schluß ziehen soll auf die Wahrheit der im Proceß erheblichen Thatsache, Beweis durch Schlußfolgerung.

Zu diesem indirekten Beweise gehört aber auch die Vorführung eines außergerichtlichen Geständnisses. Denn auch dieses soll nur die Schlußfolgerung veranlassen, daß die Thatsache, welche die Partei anderwärts als wahr selbst eingeräumt habe, in Wirklichkeit auch wahr sein möge und werde: stare oportet suae confessioni. Der Richter spricht auch in diesem Falle nur eine Vermuthung aus, weil es sich um mehr als einen Wahrscheinlichkeitsschluß doch sicher nicht handeln wird. In Ansehung der Würdigung des Beweisergebnisses vermag sich Heusler selbst nicht anders auszudrücken (Seite 301), als daß der Richter bei erwiesenem Geständnis von demselben ruhig auf die Wahrheit der den Gegenstand des Geständnisses bildenden Thatsache schließen kann. Wie unterscheidet sich Geständnis und Indiz in dieser Beziehung? Soll der einzige Gegensatz der genannte sein, daß beim Geständnis der Richter „keine große Schwierigkeit vor sich sehe" und „ruhig" seine Schlußfolgerung machen könne? während dagegen die Indicien „scharfe Kritik und gewissenhafte Abwägung und Abschätzung ihres Werthes" erforderlich machen? Da wäre denn doch nur in der Stärke des Indicium eine Unterscheidung gemacht, ob violenta oder gar necessaria praesumptio, oder nur probabilis und vielleicht gar temeraria, wie Heusler selbst über diese alten Ausdrücke berichtet. Den Satz also, welchen auch er unterschreiben will: die Indicien haben eine dem vernünftigen Ermessen des Richters im concreten Fall überlassene Beweiskraft, würden wir denn doch auch wohl auf das Geständnis anzuwenden haben, wenn nur das in Frage steht, mit welchem Grade von Sicherheit das Indiz benutzt werden darf. Die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, die durch ein einzelnes Indiz hervorgerufen wird, kann keinen Grund abgeben,

zwischen den Indicien noch Arten zu scheiden, die weiter keine begrifflichen Verschiedenheiten erkennen lassen.

Auch wer die Geständnisse so ansieht, daß rücksichtlich ihrer das Ermessen des Richters formell gebunden wäre und daß er nicht nur ruhig schließen dürfe, sondern bis auf Weiteres von Rechtswegen schließen müsse, wird doch nicht darüber hinaus kommen, daß die Geständnisse eben eine Schlußfolgerung auf die Wahrheit ihres Objektes gewähren. Man wird doch nicht gesonnen sein, überhaupt aus der Reihe der Indicien die gesetzlich normirten praesumptiones juris deswegen auszuscheiden, weil rücksichtlich ihrer das richterliche Ermessen nicht mehr frei ist. Das Dasein einer bindenden Beweisregel macht keine Aenderung an dem Charakter der Beweismittel resp. der Indicien. Sowenig man unter den einfachen Beweismitteln die Urkunden wird streichen wollen, weil für sie und ihre Beweiskraft feste Rechtsregel gegeben ist, sowenig kann auch unter den Indicien eine Artentheilung dadurch entstehen, daß zum Theil die richterliche Schlußfolgerung rechtliche Regelung erfahren hat. Immer bleibt der zweitheilige Gegensatz des direkten Beweises zum künstlichen oder Indicienbeweis ungetrübt bestehen, und kein Drittes schiebt sich dazwischen. Wer zum Beweise einer im Processe erheblichen Thatsache auf ein Geständnis des Gegners zurückgreift, führt damit einen Indicienbeweis, nicht anders, als wenn er sonstige Thatsachen vorbringt, aus denen eine Schlußfolgerung sich ableiten läßt. Denn ich kann in dem außergerichtlichen Geständnis immer nur den Grund zu der Schlußfolgerung finden: was Du selbst anderweitig als wahr zugegeben hast, darf auch ich für wahr ansehen.

Freilich, wer die Darstellungen über das Geständnis liest, wird sich noch die weitere Frage vorlegen müssen, ob nicht dennoch im Geständnis noch ein anderes als jenes indicirende Moment liegt, oder ob wirklich nur die Doktrin durch Distinktionen und Formelwesen das einfache Verhältnis künstlich und unnatürlich aufgebauscht hat.

VI. Das Geständnis.

Es versteht sich von selbst, daß nur das außergerichtliche Geständnis für den Beweis einer streitigen Thatsache in Betracht kommen kann. Außergerichtlich ist aber jede confessio, welche nicht in dem Rechtsstreite selbst, nach dem System der Proceßordnung in der mündlichen Verhandlung resp. zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters, gemacht ist. Denn es handelt sich nur um den Gegensatz derjenigen Erklärungen, welche den Rechtsstreit selbst umgrenzen und gestalten, welche den status litis et controversiae fixiren. Was in der Verhandlung selbst nicht streitig gemacht wird, ist ja des Beweises nicht bedürftig; die Stellung des Richters im Civilproceß ist ja in der Ermittelung des Sachverhalts durch die Parteierklärungen über das, was sie zugeben oder bestreiten wollen, gebunden. Ich halte es deshalb für verkehrt, gerichtliches und außergerichtliches Geständnis unter denselben Gesichtspunkt zu stellen und eine innere Gleichheit für die Behandlung beider maßgebend sein zu lassen, wie zuletzt noch wieder von v. Canstein geschehen ist.

In Wahrheit ist es immer der sog. Dispositivakt im Geständnis, welcher auch die principielle Gleichstellung des außergerichtlichen mit dem gerichtlichen Geständnis veranlaßt. Nur daraus erklärt sich auch die Unterscheidung des Geständnisses vom Probaten zum Probanten von demjenigen, welches gegen dritte Personen abgelegt oder geäußert worden ist. So liest man auch bei Heusler (S. 228): „es sind nur die confessiones darunter zu verstehen, nicht Erklärungen gegen Dritte, welche unter Umständen Indicien sind". Und darauf: „streng genommen sollte man auch nie von Geständnissen an Dritte reden, weil nun und nimmer im juristischen Wortsinne wenigstens, und kaum in dem des täglichen Lebens, von Gestehen die Rede ist gegenüber einem Unbetheiligten, den die Sache nichts angeht, sondern man nur dem gesteht, der die Macht und das Recht hat, einen bei dem Gestandenen zu behaften". Diese Meinung kann doch nur aus der Macht des Herkömmlichen erklärt werden. Wer also einem guten Freunde oder

seiner Frau oder seinem Rechtsanwalte allerhand thatsächliche Mittheilungen macht, welche seinen Rechtshandel mit anderen Personen betreffen, welcher dabei eigene Handlungen oder was sich sonst zugetragen, mittheilt, wer auf der Kneipe renommistisch von allerhand Heldenthaten erzählt, welche auf Durchprügeln und Beleidigungen Anderer hinauslaufen, den sollte der Gegner nicht auch im Civilprocesse beim Worte zu nehmen berechtigt sein und sein Leugnen nicht mit dem Nachweis, daß er sich dessen ja vor Anderen berühmt habe, überwinden dürfen? Aber es ist ja ein „Geständnis an Dritte", und das ist höchstens unter Umständen ein Indiz, aber kein Geständnis! Ich halte diese ganze Unterscheidung für künstlich erfunden. Aber der animus confitendi? Man hat m. E. viel zu sehr gekünstelt, wenn man denselben unter dem Gesichtspunkt der Disposition an den Proceßgegner glaubte stellen zu müssen. So heißt es bei Wetzell (§ 22, S. 201): „als vollständig beweisend ist die Geständniserklärung nur dann anzusehen, wenn sie von dem Bekennenden in der Absicht gegeben worden ist, dem an der eingestandenen Thatsache Interessirten den Beweis derselben gegen sich einzuräumen". Das führt denn auf den von Anderen sog. Beweisvertrag, und das wäre also der Kern der Dispositivnatur des animus confitendi. Zwar ist man sich in der Definition dessen, was man so Beweisvertrag nennt, durchaus noch nicht einig. Nach Anderen liegt darin die Kundgebung, eine processualisch erhebliche Thatsache nicht bestreiten zu wollen, oder der Verzicht auf den Beweis derselben durch den Gegner. Jedenfalls wird aus einer Disposition solcher Art doch das Recht des Gegenbeweises nicht verkürzt werden dürfen, darüber besteht wohl kein begründeter Zweifel. Also würde sich der „Beweisvertrag" doch auf die Beschaffung eines Beweismittels beschränken müssen und eine stärkere Wirkung müßte abgelehnt werden. Aber was soll der Vertrag dabei? Soll Acceptation und Consens nöthig sein? Der animus confitendi wäre doch gewiß rein einseitig zu verstehen, und sogar vom gerichtlichen Geständnis, dessen Dispositivnatur man zu wiederholen nicht müde wird, gilt doch das Gleiche, daß eine Annahme des-

ſelben nicht erforderlich ſei (C.P.O. § 261 Abſ. 2). Ich vermag in dem animus confitendi überhaupt nichts anderes zu erblicken, als daß man mit Bewußtſein d. h. ohne unterlaufenden Irrthum eine Thatſache als geſchehen bekennt; die beſondere Abſicht, ein Beweismittel einzuräumen, halte ich für werthlos, und man darf vielleicht ſagen, daß in der Mehrzahl der praktiſch vorkommenden Fälle die confessio in nichts Anderem beſteht, als daß Jemand einfach der Wahrheit die Ehre gibt und ausſpricht, ſei es zum Gegner, ſei es zu Dritten, was in irgend welcher Beziehung ſich zugetragen hat. Wenn z. B. Wetzell (a. a. O.) noch hinzufügt, jene Abſicht, einen Beweis einzuräumen, werde verlangt, weil ſie die Vermuthung reiflicher Ueberlegung und des Bewußtſeins von der juriſtiſchen Bedeutung der eingeſtandenen Thatſache begründe, ſo wird der Widerſpruch gegen einen ſolchen animus confitendi immer berechtigter. Ich möchte glauben, daß dieſe Anforderung an das Bewußtſein des Confitenten ſich in den ſeltenſten Fällen beſtätige. Wer eine empfangene Zahlung ſchriftlich anerkennt und alſo eine Empfangsbeſcheinigung ausſtellt, ſollte er wohl oft nach reiflicher Ueberlegung erſt zur Feder greifen, ſtatt in continenti und ohne viel Beſinnen ſich zum Empfang zu bekennen? „Immerhin iſt trotz des Erforderniſſes des animus confitendi das Geſtändnis kein Vertrag, ſondern ein Beweismittel", bemerkt Wetzell nebenbei (§ 22 Anm. 19); damit ſoll wohl nur geſagt ſein, daß das Geſtändnis nicht etwas ſei, was dem materiellen Rechte angehöre, entgegen freilich der Meinung v. Canſtein's, welcher, wie ſchon berichtet, das Geſtändnis unter den § 16 Nr. 1 des Einführungsgeſetzes bringen möchte.

Was aus den Quellen zum Beleg jenes ſo gefärbten animus confitendi beigebracht wird, iſt von keiner Erheblichkeit. Zunächſt die beiden, von Wetzell (§ 22 Anm. 13) aus dem corpus juris Juſtinian's citirten Stellen

Fr. 25 § 4 de probat. 22, 3,

c. 13 de non numerat. pec. 4, 30

laſſen ſich noch um weitere Belege vermehren, ohne daß die Lehre vom dispoſitiven animus confitendi weſentliche Nahrung

und Kräftigung daraus gewinnen möchte. In beiden Stellen ist bekanntlich von der Lage desjenigen die Rede, der promittirt und eine cautio ausgestellt hat und doch der Klage des Stipulator sich entziehen will, weil er angeblich indebite promittirt hat. Uebereinstimmend wird Gewicht darauf gelegt, ob die cautio indiscrete loquitur, oder ob sie, wie es in den Pandekten heißt, specialiter causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit (im Codex: eamque causam specialiter promissor edixerit); für diesen letzteren Fall soll der promissor zwar immer noch das Recht haben, den Richter vom Gegentheil zu überzeugen, doch aber vom stipulator keinen weiteren Beweis für die Wahrheit der in der cautio ausgedrückten causa verlangen dürfen. Für den stipulator solle also in allen Theilen der Inhalt der cautio zum Beweise genügen: stare enim oportet suae confessioni heißt es in den Pandekten, und ausführlicher noch im Codex: nimis enim indignum esse judicamus, ut, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere. Das ist das ganze Fundament der Lehre vom animus confitendi dispositiven Gehaltes und Werthes. Nicht blos processualisch, sondern auch im materiellen Recht ist übrigens Capital aus jener Redewendung geschlagen: stare oportet suae confessioni. Willens- und Wortgebundenheit citiren ebenfalls solche und andere gelegentliche Aussprüche für sich, und eine Legion von Citaten ließe sich sammeln, in denen es etwa heißt: niemand darf sein eigenes Faktum anfechten; niemandem sei zu gestatten, Dinge, die mit eigenen früheren Handlungen und Anträgen in Widerspruch stehen, zu verlangen oder geltend zu machen; man müsse facta propria garantiren; es sei oberster Grundsatz des Rechts, jeder müsse seine Handlungen wider sich gelten lassen. Auch in den Quellen finden sich solche Raisonnements noch an anderen als den citirten Stellen, z. B.

Fr. 20 § 1 de donat. 39, 5.
Fr. 29 § 1 eodem.
Fr. 25 pr. de adopt. 1, 7.
Nov. 49 cap. 2 § 1.

In der ersten dieser Stellen heißt es ganz so wie vorhin: magis est, ut non possit confessioni suae obviare; und in der Novellenstelle: cui enim ipse fidem habet, quodque protulit, et ex quo jura sua fluunt, id non calumnietur etc. Gerade das letzte Wort ist bezeichnend genug für die richtige Auffassung. Es ist Calumnie, Chicane, wenn eine Partei im Proceß das leugnet, was sie anderwärts selbst nicht bestritten hat. Der Richter wird also auch im Proceß das außergerichtliche Geständnis auf sich wirken lassen. Im übrigen ist überall die Bedeutung der Worte: stare oportet suae confessioni keine andere als die einer gelegentlichen bekräftigenden Redewendung, einer Floskel, die mehr der Rhetorik als der Jurisprudenz angehört. Ganz so steht es mit den Aeußerungen unserer Schriftsteller, die ich vorhin citirte; es ist nichts reelles dahinter, wenn man sagt, Niemand dürfe sein eigenes Faktum anfechten. Im Ernste begründet kein Geständnis, auch wenn es dem Gegner selbst zu Händen gegeben wird und alle Merkmale des begehrten animus confitendi an sich trägt, eine Haftung oder Gebundenheit. Welcher Art sollte sie auch sein? Das eigene Wort gegen sich als Beweis der Wahrheit benutzt zu sehen, wie kommt da ein Dispositivakt zu seinem Inhalt? Soll das eine Willensfolge sein, daß der Richter die Partei beim Worte nimmt und ihrem außergerichtlichen Einräumen auch im Proceß Beachtung schenkt? Soll der Richter wirklich sagen: tu l'as voulu, George Dandin! Weil Du gewollt hast, daß man Dich Lügen strafe mit dem eigenen Worte, deshalb thue ich es? Ich halte es für keinen Unterschied im Wesen des Geständnisses, wenn der Richter auch solche Aeußerungen nicht unbeachtet läßt, welche der Partei gleichsam unbedacht entschlüpft sind und welche sie sicherlich unterdrückt haben würde, wenn sie im Voraus die Waffe gewürdigt hätte, welche sie damit gegen selbst geschmiedet hat. Das sind nur Indicien, und als solche so zu verwenden, wie der Richter für gut findet, wird man wohl einwenden. Ganz recht, mehr bedeutet aber kein Geständnis; man hat die Verschiedenheit des dispositiven Geständnisses sich künstlich herausgearbeitet, vielleicht aber um des Erfolges

willen, sog. vollen Beweis dabei herauskommen zu sehen, bei welchem das Ermessen des Richters nichts mehr zu bedenken und zu erwägen habe. Er kann nun „ruhig" schließen auf die Wahrheit des Gestandenen! Ruhig ist es allerdings und bequem, andere Leute für sich denken zu lassen; aber es steckt auch die Gefahr darin, wie die Praxis reichlich bestätigt hat, daß zum Nachtheil des Gegners Geständnisse einer Partei unberücksichtigt bleiben, weil sie zur Anwendung der Beweisregel nach der Theorie des animus confitendi keine Gelegenheit bieten. Und selbst wenn es wahr wäre, daß das dem Gegner mit Absicht und Bewußtsein gegebene Anerkenntnis eine richterliche Wirkung ausschließe und ihm weitere Prüfung verböte, so würde ich noch immer nicht der Meinung sein, daß damit eine quasi rechtsgeschäftliche Unterwerfung unter die Verwendung des Geständnisses (Dispositivakt und Haftung) zur unausweichlichen Denkform geworden sei.

Gerade an den Einzelheiten der bisherigen Theorie kann man noch eine weitere Probe veranstalten. Das außergerichtliche Geständnis soll überhaupt nur insofern in Betracht kommen, lehrt man, als es Thatsachen betrifft. So pflegt man auch wohl Anerkennung und Geständnis von einander zu sondern und betrachtet jene als die Bejahung der Existenz eines Rechtsverhältnisses, während dieses eben speciell auf Thatsachen sich beziehe. Wenn nun aber jene dispositive Natur des Geständnisses erwogen wird, so meine ich, sie müsse noch deutlicher an solcher Anerkennung des Schuldverhältnisses selbst zu Tage treten, als nur bei der Einräumung von Thatsachen. Wo bleibt denn jetzt die Haftung und das stare oportet suae confessioni? Der gewöhnliche Grund (Renaud § 108, Wetzell § 22), daß ja Rechtsverhältnisse niemals unmittelbar den Gegenstand des Beweises bildeten, und daß also beim Beweise die generelle Anerkennung deswegen keine Rolle spielen könne, wird gerade gegenüber der behaupteten Dispositivnatur wenig Stich halten. Denn wenn es der Gegenstand einer Disposition zu sein vermag, daß ein Beweismittel für eine bestimmte Thatsache geschaffen werde, warum will man dann der anderen Disposition, daß ein Schuld- oder

sonstiges Rechtsverhältnis nicht bestritten werden solle, Kraft und Wirkung absprechen? Richtig ist es doch sicherlich nur, zu sagen, daß, wer eine bestimmte, den Gegner verpflichtende Thatsache zu beweisen hat, diesen Beweis noch nicht mit einem generellen Schuldbekenntnis zu führen im Stande ist, weil darin ja gerade über jene Thatsache nicht ausgesagt ist. Ich finde aber, daß die angebliche Dispositivnatur auch des Thatsachengeständnisses verloren geht, wenn man der generellen Anerkennungsdisposition keine Folgen beizulegen im Stande ist.

Vom Standpunkt der freien Beweiswürdigung ist übrigens auch das generelle Schuldbekenntnis ein Indiz so gut wie jedes andere Geständnis, nur eben ein Indiz von geringerer Stärke, welches der Richter wohl nicht ohne anderweitige Ergänzung als für sich allein entscheidend wird betrachten wollen. Auch ist nicht jeder Fall gleich dem anderen. Das so oft behandelte constitutum debiti ist von verpflichtender Wirkung nur unter der Voraussetzung des Nachweises: pecuniam quum constituebatur debitam fuisse; es wird eben Erfüllung *bestehender* Schuld versprochen. Hier kann man sehr wohl die Frage aufwerfen, ob jener Nachweis pecuniam debitam fuisse nicht schon mit generellem Schuldbekenntniß geführt zu werden vermöchte. Wer schuldige 100 zu zahlen verspricht und dabei auch bestätigt, daß er so viel schulde, wird wohl nicht ohne Grund sich beim Worte nehmen lassen müssen, stare oportet suae confessioni, und der Richter mag den Nachweis pecuniam quum constituebatur debitam fuisse als genügend erbracht ansehen. Der Fall liegt immerhin anders, als wenn Jemand ein Darlehen behauptet und sich dafür zum Beweise auf einen generellen Schuldschein bezieht.

In summa soll sich m. E. immer der Satz bewahrheiten, daß außergerichtliche Erklärungen und Aussagen einer Partei, wie es sich auch immer damit verhalten möge, für den Richter das Fundament einer Schlußfolgerung sind, es werde schon so sein, wie die Partei es selbst an drittem Orte habe gelten lassen. Ob zu der Schlußfolgerung größerer oder geringerer Grund ist, das gehört schlechthin dem einzelnen Fall an, und das Wesen des Geständnisses wird m. E. kein anderes, ob

evidente Wahrscheinlichkeit sich auch dem ängstlichen Gemüthe aufdrängt, oder ob gewichtige Bedenken noch bestehen bleiben. Sämmtliche Geständnisse gehören der Reihe der Indicien an, und nicht eine Dreitheilung ist in Ansehung der Art der Beweisführung zu machen (Rechtsakt, Geständnis, Indiz), sondern nur zweigliedrig ist direkter und Indicienbeweis zu unterscheiden. Auch wer für das Geständnis mit jenem seiner selbst bewußten animus confitendi den Richter durch einen festen Rechtssatz glaubt binden zu müssen, wird doch nicht über eine praesumptio juris hinaus kommen, welche die richterliche Schlußfolgerung rechtlicher Regelung unterwirft und freie Würdigung und eigenes Urtheil ausschließt. Denn auch das geregelte Indiz bleibt noch immer Indiz, wenn man nicht von vorneherein den Begriff der Indicien darauf zuschneiden will, daß sie die regellosen und „unjuristischen" Schlußfolgerungen angingen, welche sich niemals unterstehen dürften, mehr als ein modicum beim Richter auszuwirken.

Zum Schluß constatire ich mit Befriedigung, daß die Theorie vom animus confitendi als einer Disposition gegenüber dem Gegner auch in dem eben erschienenen Buch von Demelius (die confessio im Römischen Civilproceß) eine bestimmte und erfolgreiche Opposition erfahren hat. Ich verweise vor Allem auf den Abschnitt von der confessio in judicio S. 356—408 dieses Buches. Demelius hat zwar nur das gerichtliche Geständnis im Auge; allein ich trage kein Bedenken, seine Ausführungen über die angebliche Verzichts- und Vertragsnatur des animus confitendi auch auf das außergerichtliche Geständnis zu übertragen, wiewohl er in der Einleitung S. 35 Anm. 2 selbst andere Meinung zu äußern scheint. Ich sollte denken, daß Demelius, wenn er auch das außergerichtliche Geständnis in seine Erörterungen hineingezogen hätte, auch dafür zu dem gleichen Resultat gekommen wäre, daß das Geschäft „Beweisvertrag" der Wirklichkeit entbehre.

VII. Die Beweismittel.

Also der Richter soll von der Wahrheit einer streitigen Thatsache überzeugt werden, das ist die Aufgabe und das

Ziel aller und jeder Beweisführung. Beweismittel ist daher alles das und nur das, was ein argumentum zu gewähren im Stande ist, Anhalt und Nahrung für menschliche Ueberzeugung zu bilden, einen Ueberzeugungsgrund zu liefern vermag. Die Eideszuschiebung und die Ableistung deferirten Eides ist aus der Reihe der Beweismittel eben deswegen auszuscheiden, weil sie nicht diese Aufgabe hat, als Argument zu wirken; sie begründet nicht die richterliche Ueberzeugung, sondern soll sie ersetzen und statt ihrer wirken.

Mag nun entweder die streitige Thatsache oder nur eine andere, sie indicirende, das Ziel der Beweisführung bilden, das Wesen und die Art der Beweismittel sind durchweg dieselben, und das ist von Heusler mit Recht hervorgehoben. Nur mag man noch insoferne mit ihm rechten, als man die indicia, trotzdem sie ihrerseits Gegenstand des Beweises sind, von anderer Seite aus gesehen auch selbst noch als Beweismittel nicht ohne Grund betrachten kann. So hat man das außergerichtliche Geständnis bisher stets unter den Beweismitteln genannt, freilich insofern wieder ohne Genauigkeit, als ja neben dem Geständnis die ganze ungezählte und endlose Reihe der sonstigen Indicien mit gleicher Berechtigung zu nennen war. An sich kann ich es aber nicht tadeln, daß man die Indicien und somit auch das Geständnis noch mit zu den Beweismitteln rechnet. Die Schlußfolgerung, zu welcher der Richter durch Indicien geführt werden soll oder geführt worden ist, drückt doch seine Ueberzeugung von der Wirklichkeit der streitigen Thatsache aus, und ohne das würde ja der Indicienbeweis ganz in den Graben fallen. Zu jener Ueberzeugung ist aber der Richter dann doch durch die Indicien geführt, deren Existenz ihm Ueberzeugungsgrund geworden ist, die also für die Partei doch in der Stelle des Beweismittels sich als tauglich und erfolgreich bewiesen haben. Weil das Indiz dem Richter eben die Wahrheit indicirt, so ist es ihm Beweisgrund und für die Partei ein Beweismittel. Wenn das nicht wäre, würde ja Niemand einen Indicienbeweis zu unternehmen Lust haben.

Andrerseits finde ich es durchaus begreiflich, daß, wer

sich zunächst über die Richtung und Art der Beweisführung Rechenschaft gegeben hat, dann bei der Besprechung der Beweismittel nur auf das sich bezieht resp. sich beschränkt, was direkt und ohne weitere Schlußfolgerung zur Annahme der Wahrheit einer Thatsache zu bestimmen im Stande ist. Das sind die Beweismittel, auf welche die Partei immer und unter allen Umständen hingewiesen ist, mag sie nun direkt den Rechtsakt (im Sinne Heusler's) oder ein dafür sprechendes Indiz bewahrheiten wollen.

Das nächste wäre nun gewiß, daß man den Richter, den es zu überzeugen gilt, noch selbst hören, sehen oder sonst merken ließe, damit seine eigenen fünf Sinne sein Urtheil zu bilden im Stande sind. Solcher Art sind aber die processualischen Thatsachen im seltensten Fall, daß noch im Proceß eine eigene Wahrnehmung des Richters möglich ist. Nothwendiger Ersatz liegt daher in dem, was andere Personen wahrgenommen haben und worüber sie also berichten können. Freilich ist es nur ein Ersatz, den die Nothwendigkeit aufdrängt, während man im Interesse der Wahrheit überall eigener Wahrnehmung den Vorzug geben müßte. Gleichwohl sind praktisch die Zeugen das regelmäßige und gewöhnliche Beweismittel, wenn daraus auch dem Richter die weitere und neue Schwierigkeit erwächst, quanta fides habenda sit testibus, erst noch bestimmen zu müssen. Selbst sehen oder sich auf das verlassen müssen, was Andere gesehen haben, das ist die Alternative, in welcher sich für den Richter aller Beweis zusammendrängt.

Heusler betrachtet, darüber ist schon gesprochen, den eigenen Augenschein als Gegensatz aller Beweisthätigkeit: ein Erkenntnismittel, kein Beweismittel. Dabei steht nur seine Meinung im Hintergrunde, daß der Richter mögliche eigene Erkenntnis sich stets von Amtswegen zu verschaffen habe, während beweisen ausschließlich von der Partei zu erwarten sei. Die Opposition wird immer erwidern, daß der Begriff von Beweis und Beweismittel nicht durch die Stellung der richterlichen Amtspflicht zur Beschaffung der Beweise verändert werde, und daß auch das noch ein Beweismittel bleibe und mit Recht so genannt werde, was der Richter von sich

aus benutzt und benutzen soll. Ich halte es nicht für gerechtfertigt, den Augenschein aus der Reihe der Beweismittel zu streichen, wenn es auch wahr ist, daß ein Augenschein von Amtswegen und ohne Antrag vorgenommen werden darf. Ueberdies scheint bei Heusler nur die Besichtigung des Streitobjekts in Erwägung gezogen zu sein. Aber ist darauf die Möglichkeit des Augenscheins beschränkt? Wenn man nicht das Wort Streitobjekt über seine unmittelbare Bedeutung hinaus ausdehnen will, so ist es viel zu eng, darauf den Augenschein zu beschränken. Schon könnte man fragen, ob bei einem Kaufhandel die Besichtigung der Probe, nach welcher der Kauf abgeschlossen ist, noch als auf das Streitobjekt bezüglich angesehen werden dürfe. Wie oft werden aber die vestigia besichtigt, wenn es gilt, daraus eine Schlußfolgerung auf eine wahrscheinliche Ursache derselben zu ziehen, die nicht wahrnehmbar ist! Das kann man doch kein Streitobjekt mehr nennen. Generell aber dient der Augenschein dem Indicienbeweise in ganz gleicher Funktion, wie dem direkten Beweise, und immer benutzt die Partei ein Beweismittel, wenn sie den Richter auffordert, eine ihm mögliche Besichtigung zu machen. Nicht jede ist ihm persönlich möglich, und mancherlei Gründe können ihn zur Anordnung einer Vertretung veranlassen. Ich meine dabei nicht, daß das Proceßgericht durch Deputation oder Commission seine Funktion überträgt, wie es nach § 337 der P.O. dazu befugt ist. Ich denke vielmehr an Fälle, wie sie nach strikter Anwendung des § 337 eigentlich Zweifel rücksichtlich ihrer Erledigung erwecken könnten, wenn nicht benigna interpretatio als geboten erscheinen würde. Bisher ist nicht ohne Grund gelehrt, z. B. von Wetzell § 44 Anm. 8, daß der Richter seine unmittelbare Betheiligung zurücktreten lassen dürfe, wo für ihn eine Gefahr damit verbunden wäre, oder wo der Anstand ihm persönlich fern zu bleiben gebietet. Bei einer inspectio ventris wird er nicht selbst sehen wollen; die Untersuchung eines Schornsteins oder eines Thurmdaches möchte ihm als zu gefährlich erscheinen dürfen. Wenn nun nach § 146 Nr. 4 das Ergebnis eines Augenscheins durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen ist, so wird dann dieser Theil des-

ſelben weder vom Richter noch vom Gerichtsſchreiber redigirt werden können. Genau genommen gibt der § 337 nur die Befugnis, einem Mitgliede des Proceßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenſcheins zu übertragen, und von der Beſichtigung nur durch Sachverſtändige ſteht nichts darin. Doch wird man dies Bedenken wohl ohne große Scrupel überwinden können.

Eigene Wahrnehmung oder Erſatz durch den als glaubwürdig ſich darſtellenden Bericht der Zeugen, welche ihrerſeits geſehen haben! Hiernach ſcheint mit Augenſchein und Zeugenſchaft die Reihe der Beweismittel erſchöpft. Nun iſt ſie aber um ein drittes Glied, die Urkunden, erweitert. Wie ſtehen dieſe zu jener Alternative? Gibt es neben eigener Wahrnehmung und Zeugenſchaft überhaupt noch ein Drittes? Man bezeichnet wohl die Urkunden als todte Zeugen, und ſo könnte die Meinung beſtehen, die Urkunden eben dem Geſichtspunkte des Zeugenbeweiſes unterzuordnen. Sehr bald aber würde das Irrige einer ſolchen Meinung ſich ergeben. So greift man dann zu dem entgegengeſetzten Pol und reiht die Urkunden unter das ſinnlich Wahrnehmbare ein, ſtellt ſie alſo zum Augenſchein in Unterordnung. Die Urkunde iſt Augenſcheinsobjekt, und der Urkundenbeweis iſt eine beſondere Species des Augenſcheins. Gegen dieſen Satz erhebt Heusler die Schärfe ſeines Schwertes, und ſo gilt es, ihn nochmals zu prüfen.

Den Anſtoß zur Vergleichung des Urkundenbeweiſes mit dem Beweiſe durch Augenſchein bildet natürlich der Umſtand, daß die Urkunde dem Gerichte vorgelegt und vom Richter beſehen und geprüft wird. Wenn im Bisherigen die Recognition der Urkunde durch den Gegner in Frage zu kommen ſchien, ſo hatte das doch nur wegen der Echtheit der Urkunde Bedeutung, und auch im neuen Verfahren muß dem Gegner Anſicht und Einſicht der Urkunde gewährt werden, um ſeiner Vertheidigung Raum zu geben. Das Weſentliche iſt aber doch die richterliche Kenntnisnahme, und deswegen entſteht die Meinung, daß wir es auch bei den Urkunden mit einer Beſichtigung, einem Augenſchein zu thun haben. Nach Heusler wären jedoch Augenſchein und Urkunde ſo disparate

Dinge, daß sie nicht beide unter den gleichen Begriff fallen dürften, daß vielmehr, wenn der Augenschein Beweismittel sei, die Urkunde keines sein könne, und umgekehrt, wenn wir die Urkunde als Beweismittel betrachteten, wir dem Augenschein diese Eigenschaft versagen müßten. Sein Grund ist dabei jedoch nur der, daß er Augenschein mit Beweis*aufnahme* in Vergleichung setzen will. Wenn man aber vom Beweismittel des Augenscheins spricht, so denkt man doch sicherlich nicht daran, den processualen Akt der Besichtigung so zu bezeichnen, sondern das Beweismittel des Augenscheins bedeutet doch, daß die streitige Thatsache oder ein dafür erhebliches Indiz noch selbst vom Richter wahrgenommen werden kann und dem Richter die Möglichkeit, sich durch seine Augen zu überzeugen, noch bietet. Das führt dann freilich auf die Nebeneinanderstellung von Augenscheins*objekt* und Urkunde, wie sie von *Wach* vertheidigt wird. Was *Heusler* dagegen vorbringt, ist zwar mit dem ganzen Nachdruck der vollen Ueberzeugung ausgeführt, aber darf dennoch nicht als zutreffend gelten, und mit Recht hat sich *Wach* (Vorträge a. a. O.) dagegen verwahrt. Das Augenscheinsobjekt ist sicherlich Beweismittel für sein Dasein, seinen Zustand, seine Eigenschaften, z. B. ein Pferd Beweismittel dafür, daß es ein Grauschimmel ist, daß es hinkt und hustet. *Heusler* ruft zwar emphatisch aus: wer mag das glauben? Man hätte aber wohl Grund zu dem Gegenausruf: wer ist, der es nicht glauben will? Gesetzt, jene Eigenschaft wäre der Gegenstand des Streites, und eine Besichtigung des Pferdes wäre nicht mehr möglich, weil das Pferd vielleicht inzwischen crepirt und schon abgedeckt ist, so müßten wohl Zeugen herhalten, die das Pferd gesehen haben. Zeugen sind auch nach *Heusler* Beweismittel; aber wie können sie etwas für die richterliche Ueberzeugung beitragen anders als dadurch, daß sie ihrerseits gesehen haben? Ihre Wissenschaft also und die Glaubwürdigkeit ihres Berichts stützt sich doch auf ihren gehabten Augenschein; die Zeugen werden Beweismittel doch nur dadurch, daß sie über Wahrnehmungen zu berichten im Stande sind. Daß *sie* gesehen haben, ist also Beweismittel; wie soll es kommen, daß, wenn

der Richter selbst noch sehen kann, darin kein Beweismittel liegt? Heusler operirt immer mit dem Satze: das Augenscheinsobjekt ist Streitobjekt und wird um seiner selbst willen angesehen. Weshalb wird es aber angesehen? Um des Richters Interesse und Neugier zu befriedigen, oder um ihm die für die Entscheidung des Streits nöthige Wissenschaft zu verschaffen? Also doch auch nur als Mittel zum Zwecke d. h. als Beweismittel, wie er von den Urkunden behauptet. Man dürfte sogar paradox sagen: auch das Streitobjekt wird nicht um seiner selbst willen angesehen, wenigstens wenn man dem Zwecke der Erkenntnis und Einsicht nachfragt. Denn auch als Erkenntnismittel im Sinne Heusler's dient doch der Augenschein nur dazu, des Richters Ueberzeugung und Wissenschaft zu begründen, damit er danach sein Urtheil formire.

Und weiter: „die Urkunde ist eine Sache, welche über den außerhalb ihrer liegenden Streitpunkt Auskunft gibt". Ja, ist das noch richtig? Liegt dasjenige, was durch eine Urkunde bewiesen werden soll, wirklich außerhalb derselben? Der Streitpunkt vielmehr, der durch eine Urkunde bewiesen werden kann, liegt immer in derselben, und ein Ding ist Urkunde nur dadurch, daß sie den Streitpunkt eben in sich schließt. Man denke nur nicht ausschließlich immer an Streitobjekt, res litigiosa, sowenig beim Augenschein als bei den Urkunden. Eine streitige Willenserklärung z. B., deren Abgabe eben durch eine Urkunde bewiesen werden soll, liegt mit Nothwendigkeit in ihr, und eine Urkunde, welche über einen außerhalb ihrer liegenden Streitpunkt Auskunft geben könne, gibt es gar nicht. Der Richter, der sich eine Urkunde vorlegen läßt, empfängt durch sie die unmittelbare Kenntnis gerade ihres Inhalts und empfängt über nichts weiter Kenntnis als über ihren Inhalt. Die Urkunde ist Augenscheinsobjekt und Erkenntnismittel, soweit eben der Augenschein reicht; sie wird auch um ihrer selbst willen angesehen, wenigstens zu keinem anderen Zwecke als jeder Augenschein genommen wird.

Ich erachte, daß die „ganz enorme begriffliche Verschiedenheit", welche Heusler zwischen Augenscheinsobjekt und Urkunde glaubt sehen zu müssen, nur hervorgerufen ist durch

die unrichtige Beziehung des Augenscheins ausschließlich auf das Streitobjekt und durch die ebenso willkürliche Unterscheidung von Erkenntnismitteln und Beweismitteln, je nach der Stellung des Richters zur Erhebung der Beweise. Man mag zugeben, daß es im Sprachgebrauch nicht herkömmlich ist, den Urkundenbeweis schlechthin unter den Augenschein zu subsumiren, und Niemand wird daran denken, die in der Proceßordnung dem Richter gegebene Befugnis, einen Augenschein von Amtswegen einnehmen zu dürfen, auch auf den Urkundenbeweis zu erstrecken. Allein das kann über die Thatsache nicht hinweghelfen, daß jeder Urkundenbeweis dem Richter die eigene Wahrnehmung, sei es einer direkt streitigen Thatsache oder eines für die streitige Thatsache erheblichen Indicium gewähren soll. Der in einer Urkunde redende Mund spricht zum Richter, und mit eigenen Sinnen empfängt der Richter solche Mittheilung aus stummem Munde (vox mortua). Heusler meint, so könne man auch von der Aussage des Zeugen sprechen, und schließlich hätte man nur ein Beweismittel, den Augenschein. Wer wird das glauben? Des Zeugen Mund überliefert doch nur einen aus der Erinnerung gesprochenen Bericht; die Urkunde aber gibt nicht Auskunft des Berichts, sondern sie vermittelt in Wahrheit eigene Wahrnehmung des Richters in Ansehung der Existenz einer streitigen Willenserklärung, der so die Partei selbst sprechen hört.

Das führt uns gleich auf die verschiedene Möglichkeit, wie eine Urkunde dem Beweise dienlich sein kann. Viva vox, quod non operatur, nec etiam vox mortua. Mit der Urkunde wird nichts weiter erreicht, als daß der Richter den Mund sprechen hört, der in der Urkunde das Wort hat. Was also keine Beweisbedeutung haben würde, wenn wirklich vom Mund zum Ohr gesprochen wäre, das kann auch im schriftlichen Gewand von keiner Erheblichkeit für den Beweis sein. Freilich wird es sich zeigen, daß nicht auch die Umkehrung in allen Theilen richtig ist. Die übliche Eintheilung der Urkunden in Dispositionen, Zeugnisse und Bekenntnisse, welche danach ihre Beweiskraft bestimmen will, macht die Vorstellung von dem Nutzen der vox mortua nicht so durchsichtig als es

nöthig wäre, und vor Allem der Hauptsatz, der für öffentliche Urkunden und Privaturkunden in ganz gleicher Weise gilt, kommt nicht zum gebührenden Ausdruck. Auch Heusler hat m. E. nichts gethan, diesen Hauptsatz hervortreten zu lassen.

Die Proceßordnung sagt im § 381: „Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind". Entkleidet man diesen Satz seiner besonderen Beziehung auf Privaturkunden sowie derjenigen Momente, welche als Grundlage des vollen Beweises darin vorkommen, so heißt er: Urkunden liefern Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Nicht mehr und nicht weniger sollte aber überhaupt von allen und jeden Urkunden formulirt werden; dieser Satz ist in allen Anwendungen und Beispielen des Urkundenbeweises richtig. Es gibt keine Gradationen der Beweistauglichkeit der Urkunden; weder besitzen die öffentlichen Urkunden ein Plus gegenüber den Privaturkunden, noch kommen sonstige Unterscheidungen in Betracht. Jede Urkunde überliefert die in ihr enthaltene Willenserklärung dem Richter zu unmittelbarer Wahrnehmung und ist deshalb Beweismittel für sie vom Standpunkt der Partei und Erkenntnismittel für den Richter. Die urkundliche Niederschrift oder Niederlegung hat die Willenserklärung verkörpert, sie dauernd für Jeden erkennbar gemacht, der die Urkunde liest. Was bei den sog. Dispositivurkunden immer bemerkt worden ist, ist ein allgemein gültiger Satz: jede Urkunde, die eine Willenserklärung überliefert, ist Beweis für die Abgabe derselben durch den Aussteller der Urkunde. Für die processuale Verwerthung einer Urkunde kommt nun im Uebrigen Alles darauf an, wie die in ihr enthaltene Erklärung zu dem thema probandum sich verhält. Auf dies Verhältnis des Inhalts der Urkunde zum Beweissatze kann sich allein die übliche Dreitheilung beziehen, und dieselbe wird überdies nicht einmal allen Möglichkeiten gerecht. Ist die im Proceß streitige Thatsache aber diejenige Erklärung selbst, welche in der Ur-

kunde enthalten ist, so ist immer der Beweis derselben mit der Urkunde direkt geführt, und es ist vollkommen gleichgültig, zwischen öffentlicher und Privaturkunde zu unterscheiden. Auch gibt der § 382 der Proceßordnung nichts, was vom Inhalt des § 381 abweicht. Das Wesen dieser Fälle aber unter die Kategorie der Dispositivurkunden zu bringen, ist ganz nutzlos, da es sich durchaus nicht um Erklärungen dispositiver Art zu handeln braucht. Das wird ja auch in der Regel zur Erläuterung hinzugefügt, und auch Heusler gibt dem „Rechtsakt" eine ganz allgemeine Deutung. Beide Bezeichnungen sind aber durchaus irreführend, insoferne sie sehr leicht eine ähnliche Meinung zu erwecken im Stande wären, wie durch den animus confitendi beim außergerichtlichen Geständnis dargestellt wird. Willenserklärungen von juristischem Belang, meint Wetzell (§ 24). Aber auch das ist nicht weit genug. Dabei wäre immer noch die Unterstellung möglich, es handle sich hier um Willenserklärungen mit irgend welcher Rechtsfolge für das Privatrecht. Nein, auch von den Zeugnis- und Geständnisurkunden und von allen sonst noch zu nennenden gilt der gleiche Satz: die Urkunde beweist, daß die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben ist. Es kommt nur darauf an, ob das eben die zu beweisende Thatsache ist, daß diese Erklärung abgegeben wurde. Wo das nicht der Fall ist, kann die Urkunde niemals direkten Beweis liefern; denn über jene Beweiswirkung geht die Urkunde als solche in keinem Falle hinaus. Nur noch künstlicher, indirekter Beweis kann im Uebrigen in Betracht kommen, wenn die von der Urkunde bewiesene Erklärung irgend welchen Anhalt für die Wahrheit anderweitiger Thatsachen gibt: die Urkunde im Dienst des Indicienbeweises. Besondere Bedeutung nehmen hier allerdings die Zeugnisurkunden in Anspruch, insoferne die Zeugenschaft der öffentlichen Behörden über das, was ihrer Competenz gemäß vor ihnen verhandelt, erklärt oder geschehen ist, dem Richter schon in der Form der urkundlichen Aussage genügen soll, ohne daß er, wie es sonst Regel ist, eidliche Aussage mündlich vor dem Proceßgericht zu fordern hat. Die Proceßordnung stellt diesen alt überlieferten Satz in den §§ 380,

383 fest. Die Urkunde als Beweismittel hat aber auch hier keine andere Funktion als jenes Zeugnis als abgegeben zu beweisen, und mit nichten hat hier die Urkunde als solche eine andere Kraft wie überall. Wir haben es nur mit der Besonderheit zu thun, daß das von der Urkunde überlieferte obrigkeitliche Zeugnis von der Wahrheit einer Thatsache direkt dem Richter die Hände bindet und ihm eine materielle Prüfung so erspart als verbietet. Wieweit er Privatzeugnisse in solcher Gestalt indicirend auf sich will wirken lassen, ist seiner freien Entscheidung zu überliefern, und man darf keineswegs sagen, sie seien schlechthin untauglich zum Beweise. Im Uebrigen bleibt es auch für die obrigkeitlichen Zeugnisurkunden nicht genau, zu sagen, die Urkunde begründe vollen Beweis des darin bezeugten Vorgangs. Die Urkunde ist immer nur Beweismittel für das Zeugnis selbst, und nur indirekt dient die Urkunde dem Beweise, insoferne sie nicht die streitige Thatsache selbst, sondern erst ein Zeugnis darüber vermittelt und dem Richter vorführt.

Und endlich auch bei den Geständnisurkunden ist es nicht anders; auch hier beweist die Urkunde die in ihr enthaltene Erklärung, eben das Geständnis. Diese Thatsache ist aber für den Richter als Indiz erheblich und vermag seine Schlußfolgerung auf die Wahrheit des Gestandenen zu begründen. Ueber diese schweigt die Proceßordnung ebenso wie über die Privatzeugnisurkunden, nur daß bekanntlich im Einführungsgesetz § 17 die Römischen Vorschriften über die exceptio non numeratae pecuniae aufgehoben sind. Wenn es hier heißt: „die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden", so ist diese Beweiskraft ebenfalls keine andere, als die abgegebene Erklärung zu beweisen; das kann Verpflichtungserklärung (Schuldschein), kann Empfangsbekenntnis sein; die Beweiskraft ist für beide Fälle die gleiche, doch ist das Bewiesene nicht überall von der gleichen Relevanz. Was nun aber in der beliebten Dreitheilung ganz unterdrückt wird, das ist, daß mit Rechtsakt, Zeugnis, Geständnis die Reihe der Möglichkeiten keineswegs erschöpft ist. Wo bleiben die sonstigen Indicien? Das

mußte schon vom Privatzeugnisse gelten, und bei den Bekenntnissen würde nach der Anwendung der Lehre vom animus confitendi wieder ein gut Theil indicirender Urkunden unterdrückt werden müssen. Bisher war auch stillschweigend nur auf solche Urkunden exemplificirt, welche eine Erklärung, einen Willens- oder Gedankenausdruck überliefern. Schon die Quellen nennen aber neben den documenta auch die monumenta, und es ist durchaus einseitig, an jene ausschließlich zu denken, wenn man von Urkunden im juristischen Sinne redet. Das führt aber auf die Frage, wie der Begriff von Urkunde überhaupt formulirt werden könne, um sämmtliche möglichen Fälle zusammen zu fassen, und um auch strafrechtlich für die Begangenschaft der Urkundenfälschung verwendet werden zu können.

Heusler's auf diesen Punkt bezügliche Erörterungen beginnen mit einer Polemik gegen Wetzell, welcher unter Urkunde im Allgemeinen jedes einen Gedanken körperlich darstellende Zeichen versteht. Dem „Gedanken" will Heusler die „Thatsache", dem „darstellen" das „berichten" oder „überliefern" substituiren. Daß die Thatsache in den meisten Fällen ein Willensakt sein wird, und daß daraus wohl der „Gedanke" Wetzell's entstanden ist, wird sich ohne Bedenken constatiren lassen. Halten wir aber ganz mit Heusler an der Thatsache fest! Von Anderen wird das berichten oder überliefern näher dahin präcisirt, daß ein Gegenstand durch irgend einen maßgebenden Willen die erkennbare (Schrift, Bild, Zeichen) Bestimmung erlangt habe, eine gewisse Thatsache zu überliefern resp. die Erinnerung daran festzuhalten. So z. B. H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes § 170 S. 593 der 2. Auflage. Also es wird eine Zweckbestimmung betont gegenüber solchen Gegenständen, aus welchen von selbst irgendwie der Beweis einer Thatsache hervorgeht oder eines dafür sprechenden Indicium. Auch Heusler kommt, wiewohl in anderer Motivirung, zu einem ähnlichen Resultat. Denn er opponirt gegen die Meinung, als könne alles den äußeren Sinnen des Richters wahrnehmbare Material, das zur Beurtheilung der Sache dienlich sein könne, schon deswegen eine Urkunde genannt werden, z. B. ein beim Ermordeten gefundener

Knopf, ein blutiges Hemd, eine Fußspur im Schnee oder in weicher Erde. Nur wenn er sagt: „das sind keine Urkunden, denn sie überliefern keine Thatsache", so möchte ich dem nicht zustimmen. Jene Dinge berechtigen durchaus zu Schlußfolgerung auf eine zuvorige Handlung, sind Indicien für dieselbe und sind sonach für deren Beweis von Erheblichkeit. Wenn sie dennoch keine Urkunden sind, so liegt der Grund davon anderwärts und ist mit Recht in dem Mangel der Zweckbestimmung zu finden. Viel zu weit geht Heusler aber, wenn er Indicien der genannten Art auch diese Eigenschaft glaubt absprechen zu müssen. Indicien können nur Thatsachen sein; gewiß, aber sind in jenen Beispielen keine Thatsachen vorhanden? Ist der Zustand eines Augenscheinsobjekts keine Thatsache? Heusler meint, alle Schuld läge daran, daß man Urkunden und Augenscheinsobjekte nicht als Gegensätze wolle gelten lassen. Ich würde zu dem Resultat kommen: alle Urkunden sind Augenscheinsobjekte, aber nicht sind umgekehrt auch alle Augenscheinsobjekte Urkunden. Ganz das Gleiche ist auch von Wach in der citirten Stelle der Vorträge erwiedert worden. — Ueberhaupt ist auch die „Ueberlieferung von Thatsachen" nicht streng zu nehmen. Das zeigt schon die Römische Unterscheidung von documenta und monumenta. Die letzteren sind Urkunden nicht blos so im Allgemeinen, sondern auch da, wo man im juristischen Sinne von Urkunden spricht. Die vox mortua ist wohl zunächst im Sinne des vollständigen Berichts zu denken und die Urkunde ist wirklich ein Ding quod docet. Aber auch das ist eine Urkunde, dessen Bericht lückenhaft und unvollständig nur die Erinnerung festhält, daß etwas vorgegangen, ohne über das „was" Aufschluß zu geben, und die Verrückung von Grenzsteinen ist sicherlich eine Urkundenfälschung, wenn auch der Stein selbst erst durch Interpretation eben als Grenzstein verstanden werden kann. Das Gleiche gilt von Kerbhölzern und Allem, was sonst in diese Kategorie gehört. Wo beginnt denn die eigentliche „Ueberlieferung"? Wird der Grenzstein dadurch in seinem Wesen verändert, daß er noch Buchstaben oder Zeichen aufweist, etwa auf der einen Seite G. S. W. und auf der an-

deren H. S. M.? Freilich ist die Beweiserheblichkeit solcher Erinnerungszeichen um deswegen geringer als die der documenta, weil ihre volle Bedeutung nicht schon aus ihnen selbst allein erkannt zu werden vermag. Aber nach der Stärke der Beweistauglichkeit werden wir den Begriff der Urkunde nicht bestimmen können.

Noch zu einer weiteren Einschränkung glaubt sich Heusler berechtigt; er will noch keineswegs jede Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche eine beliebige Thatsache überliefert, für eine Urkunde im Rechtssinne gelten lassen. Urkunde soll eine Aufzeichnung nur dadurch werden, daß sie dem Richter einen Rechtsakt oder ein Geständnis darüber oder ein darauf weisendes Indiz zur Gewißheit bringt. Ja, wenn man nur im Voraus wüßte, was für einen künftigen Proceß die Bedeutung als Rechtsakt gewinnen werde oder könne. Rechtsakt bedeutet ja bei Heusler überhaupt das Geschehene, eine processualisch relevante Thatsache. Man würde also immer erst ex post wissen, ob eine Aufzeichnung die Qualität einer Urkunde erhalten habe oder nicht, wenn sich nämlich zeigt, daß ihr Inhalt für die Entscheidung eines Rechtshandels von Erheblichkeit ist. Es soll, um uns an die Beispiele zu halten, keine Urkunde sein, wenn A. seinem Freunde X. brieflich von einem neu gekauften Pferd erzählt und es lobend herausstreicht. Ja, warum in aller Welt soll dieser Brief keine Urkunde sein? Heusler sagt, weil darin nicht das Geringste, nicht einmal eine Spur von Indiz, für das Rechtsgeschäft zu entnehmen ist. Damit ist doch ausschließlich gesagt, daß mit dieser Urkunde nicht der Beweis des Verkaufs geführt werden kann; ist jener Brief denn für sonstige Thatsachen und deren Beweis unerheblich, etwa wenn es gilt, die Zufriedenheit des A. mit seinem neuen Pferde nachzuweisen? Weiß man im Voraus, für welche Thatsachen die Partei eine Urkunde demnächst verwendet wissen will? Ich erinnere mich eines Falls aus der Praxis, wo Jemand den Nachweis führen sollte, daß er eine bestimmte Erwerbung mit eigenen Mitteln gemacht habe; setzen wir eine Frau, welche der praesumptio Muciana ausweichen will. Um den Besitz eigener Geldmittel darzuthun,

producirt die Frau eine Reihe von Papieren, nach welchen sie verschiedentlich von Anderen Geld geliehen hat. Man darf vielleicht sagen, daß sie nicht eine „Spur von Indiz" für das thema probandum damit erbracht hat. Aber hören darum jene Papiere auf, Urkunden zu sein, wenn sie auch für jene Thatsache unerheblich sind? Aus dem Mangel der Beweiskraft für eine Thatsache folgt nicht, daß überhaupt die Urkundenqualität fehlt. Heusler gibt ein weiteres Beispiel. A. producirt gegen B., der den Abschluß des Kaufvertrags leugnet, folgenden Schein: „Wir unterzeichnete X. und Y. erklären hiermit, daß wir dabei gewesen sind, als B. dem A. sein Pferd abgekauft für 600 Mk. u. s. w." Allgemein sei man darüber einverstanden, daß dieser Schein keine Beweiskraft habe. Gut, weil er ein Privatzeugnis ist und Privatzeugnisse gerichtlich und eidlich abgelegt werden sollen. Aber ist der weitere Schluß: „weil er keine Beweiskraft hat, ist er keine Urkunde" richtig? Man kann doch im Voraus nicht wissen, ob nicht gerade diese Zeugnisablage später einmal bestritten wird und bewiesen werden soll. „Solche Scheine sind keine Urkunden, weil sie den Rechtsakt nicht zum Ausdruck bringen". Den Rechtsakt! Ja, welchen Rechtsakt?

Wollte man Heusler's Meinung präciser fassen, so würde man wohl auf die im § 267 des Strafgesetzbuches für Privaturkunden gegebene Beschränkung hinauskommen, daß zur Qualität einer Urkunde eben die Möglichkeit ihrer Beweiserheblichkeit gehöre. Nur kann man diese Eigenschaft, zum Beweisen von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit zu sein, ja nicht anders als hypothetisch veranschlagen, und vor Allem darf man nicht aus der Untauglichkeit, für die eine Thatsache etwas zu beweisen, schlechthin auf Untauglichkeit überhaupt schließen. In diesen Fehler scheint mir aber Heusler in der That zu verfallen. Ueberdies wenn eine Formulirung gesucht wird, welche auch strafrechtlich zur Fixirung des Begriffs der Urkundenfälschung sich als brauchbar erweisen soll, so kann jene Beweiserheblichkeit nicht in den Begriff der Urkunde aufgenommen werden. Denn sonst würden wir bei den öffentlichen Urkunden zu einer Urkunden-

fälschung ohne Urkunde gelangen. Wohl ist es richtig, daß im Civilproceß von den Urkunden nur beim Beweise die Rede ist, und daß nichts bewiesen zu werden braucht, was für die Rechte und Rechtsverhältnisse gleichgültig ist. Wenn sonach hier die Urkunde als Ueberlieferung einer Thatsache gebraucht werden soll, so muß von selbst diese Thatsache rechtliche Relevanz besitzen. Im Strafrecht ist allerdings Urkundenfälschung bei öffentlichen Urkunden auch dann noch gegeben, wenn die von der Urkunde überlieferten Thatsachen nicht von eigener rechtlicher Relevanz sind. Freilich ist unter den Kriminalisten darüber noch Controverse, ob sich die Eigenschaft der Beweiserheblichkeit für Rechte oder Rechtsverhältnisse nicht auch für die öffentlichen Urkunden begrifflich von selbst verstehe, und also der § 267 des Strafgesetzbuches nur als ungenau abgefaßt ausgelegt werden müsse.

Im Resultate trage ich meinerseits kein Bedenken, der Hugo Meyer'schen Definition der Urkunde vor der Heusler'schen den Vorzug zu geben: Urkunde ist jeder Gegenstand, welcher durch irgend einen maßgebenden Willen in erkennbarer Weise die Bestimmung erlangt hat, zum Beweise einer Thatsache zu dienen. Und wenn dann danach gefragt wird, worauf die Beweiskraft der Urkunden eigentlich beruhe, worin es liege, daß sie als Ueberlieferung von Thatsachen Glaubwürdigkeit beim Richter beanspruchen und großentheils beanspruchen sollen unter Ausschluß freier Würdigung seitens des Richters, so fällt auch hierauf die Antwort gegen Heusler aus: in der Urkunde empfängt der Richter wirklich mit eigenen Sinnen die Wahrnehmung der überlieferten Thatsache; kraft Augenscheins wird er von deren Wahrheit überführt. Denn wenn auch die Thatsache der Vergangenheit angehört, daß z. B. die Partei so gesprochen, so erklärt hat, so ist diese Thatsache doch durch die Urkunde eben der Vergangenheit entrückt und bis auf die Gegenwart wahrnehmbar gemacht: das gesprochene Wort verhallt von den Wänden, das geschriebene aber hat Bestand, und wer es später liest, hört noch immer den Redenden selbst, und im Lesen belebt sich wieder die vox mortua.