Werk

Titel: Ueber den Abstimmungsmodus im Richtercollegium nach dem deutschen Gerichtsverfass...

Autor: Bolgiano, Carl

Ort: Freiburg i. B.

Jahr: 1892

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1892_0028|log12

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

V.

Ueber den Abſtimmungsmodus im Richtercollegium nach dem deutſchen Gerichtsverfaſſungsgeſetz.

Von

Herrn Univerſitäts-Profeſſor Dr. **Carl Bolgiano**
in München.

A. Iſt nach Elementen oder nach dem Reſultat abzuſtimmen?

Da jedes Erkenntniß das Ergebniß einer Reihe von Unterentſcheidungen iſt, und jede Unterentſcheidung, und alſo auch das Erkenntniß Motive enthalten muß, um zu erfahren, warum das Gericht den Klaganſpruch für begründet oder unbegründet hält, — ſo iſt zunächſt nach Elementen (Gründen oder Thatbeſtandsmomenten) abzuſtimmen; zuerſt über Rechtsgrund und Liquidität der Klage; dann über rechtliche und faktiſche Begründung der Einrede und Replik[1]).

1) Jedes Urtheil iſt ein Vernunftſchluß. Die Prämiſſen ſind das Factum und das zur Anwendung kommende Geſetz. Der richterliche Spruch bildet die Conklufion. Die Prämiſſen müſſen erſt feſtgeſtellt ſein, ehe man zur Conklufion gelangen kann. Nur durch logiſches Vorrücken kann daher das Collegium zu einem entſprechenden Reſultat gelangen. Es ſoll daher nicht abgeſtimmt werden (wenigſtens in der Regel nicht) über Zuerkennung oder Aberkennung des Klaganſpruchs, ſondern ſchrittweiſe, zunächſt über rechtliche Begründung der Klage, dann über das Ergebniß des erbrachten Beweiſes. Ebenſo wird im Bedürfnißfall über die Einreden und Repliken abgeſtimmt. Sind auf dieſe Weiſe die Prämiſſen feſtgeſtellt, ſo ergibt ſich die daraus zu ziehende Conklufion — das Erkenntniß — ganz von ſelbſt.

Das G.-V.-G. enthält nun folgende Bestimmungen:

1. Derjenige Votant, welcher bezüglich der ersten Frage überstimmt wurde, darf die Abstimmung über eine nachfolgende Frage nicht verweigern. G.-V.-G. § 197.
2. Bei Streitigkeiten über die Fragestellung oder über das Ergebniß der Abstimmung entscheidet das Gericht. G.-V.-G. § 196 Abs. 2.
3. Die Entscheidung erfolgt nach absoluter Stimmenmehrheit. G.-V.-G. § 198 Abs. 1.

   Nach der zur Zeit herrschenden Ansicht soll nun immer nach Elementen abgestimmt werden, und auf diesem Weg stets eine absolute Mehrheit zu erreichen sein[2]).

   Vgl. v. Planck, Lehrbuch S. 262. Pfizer in der Zeitschrift für d. C.-Pr. Bd. 15 S. 365 fg.

Allein es lassen sich Fälle denken, wo die Abstimmung nach Elementen zu keiner absoluten, ja überhaupt zu keiner Mehrheit führt. Bleibt hier die wiederholte Umfrage des Vorsitzenden erfolglos, weil jeder Votant bei seiner Entscheidung beharrt, so ist meines Erachtens mit Rücksicht auf das Endresultat abzustimmen. Setzen wir folgenden einfachen Fall:

Von den drei Votanten einer landgerichtlichen Kammer hält der Votant A den Klagbeweis für gelungen, der Votant B für mißlungen, der Votant C für unvollständig gelungen. Für die Liquiditätsfrage besteht hier keine Mehrheit, weil jeder Votant anders entscheidet. Die Abstimmung nach Elementen führt

---

2) Vor Erscheinen der deutschen Justizgesetze in den sechziger Jahren haben sich mehrere Schriftsteller mit der betreffenden Frage befaßt und sie vom allgemeinen Standpunkt aus verschieden beantwortet.

Vgl. die einschlägige Literatur bei Geyer, Strafprozeß S. 608. Gegen die Abstimmung nach Gründen, die thunlichst zu vermeiden sei, hat namentlich Zacke gegründete Bedenken erhoben in seiner Schrift: „Ueber Beschlußfassung in Versammlungen und Collegien, namentlich in Richtercollegien", 1867, S. 16, 94, 136—139, 171 und 179.

daher zu keinem Ergebniß, und ist folglich nicht anwendbar. Nach der Combinationsmethode, die zur Mittelmeinung führt, müßte ein richterlicher Eid aufgelegt werden. Allein die Combinationsmethode ist nach dem G.=V.=G. § 198 Abs. 2 und 3 nur beim Streit über die Summen und in Strafsachen anzuwenden, wenn sich bei der Abstimmung mehr als zwei Meinungen bilden, von denen keine die absolute Mehrheit für sich hat. — Bezüglich des Resultats besteht zwar auch keine Mehrheit, da jeder Votant anders entscheidet: der erste Votant verurtheilt, der zweite absolvirt, der dritte erkennt auf einen Notheid. Allein die erforderliche Majorität ist hier in folgender Weise zu erlangen: Da zwei Stimmen für ein Endurtheil sind, wenn auch für ein verschiedenes, so ist der dritte Votant, der auf einen Notheid erkennt, überstimmt, und muß also „venerando conclusum majoritatis“ weiter votiren, d. h. gleichfalls definitive sprechen. Da er nun auf den seiner Ansicht nach unvollständigen Beweis nicht verurtheilen kann, so muß er absolviren und wir haben dann eine absolute Mehrheit für die Lossprechung.

Wenn aber auch die Abstimmung nach Elementen zur gewünschten Mehrheit führt, so ist nach meinem Dafürhalten doch bisweilen nach dem Resultat abzustimmen. Ich habe bereits im vorigen Jahr in meinem Aufsatz: „Zur Lehre von der Urtheilsfällung“ gegen die communis opinio den Satz zu vertreten gesucht, daß zwar zunächst nach Elementen abzustimmen sei, dann aber nach dem Endresultat, wenn dieses bei der Abstimmung nach Elementen dem Willen der Mehrheit zuwiderläuft. Vgl. die Zeitschrift für d. C.=Pr. Bd. 15 S. 387 fg.

Ich bleibe nun bei der Ansicht, daß bisweilen nach dem Endresultat abzustimmen sei, auch jetzt noch stehen (obgleich Pfizer, gleichzeitig mit mir, in der Zeitschrift für d. C.=Pr. Bd. 15 S. 365 fg. die communis opinio vertheidigt hat), aber nur unter der Voraussetzung, daß die Abstimmung nach dem Resultat in Widerspruch mit der Abstimmung nach Elementen

zur Absolution, nicht aber dann, wenn dieselbe zur Verurtheilung führt. Ich unterscheide also jetzt:

I. Wenn die Abstimmung nach Elementen zur Verurtheilung führt, die Mehrheit der Votanten aber den Beklagten absolvirt haben will, so hat die Abstimmung nach dem Resultat den Vorzug, und muß also der Beklagte absolvirt werden.

II. Wenn aber die Abstimmung nach Elementen zur Lossprechung führt, die Mehrheit der Votanten jedoch — natürlich aus verschiedenen Gründen — verurtheilen will, so bleibt es bei der Regel, d. h. bei der Abstimmung nach Elementen, und muß also der Beklagte gleichfalls absolvirt werden.

Ich begründe diese Thesen in folgender Weise:

Das G.-V.-G. enthält über den Abstimmungsmodus keine Bestimmung. Die Motive hierzu erklären nämlich weder die eine noch die andere Abstimmungsmethode als unbedingt anwendbar, wollen also keine von beiden generalisirt, keine von beiden unbedingt ausgeschlossen wissen. Die Motive sagen wörtlich:

> „Es ist unmöglich, in der Art des preußischen Entwurfs vom Jahre 1864 die Frage einfach durch Annahme des Grundsatzes der Abstimmung nach Gründen zu entscheiden, und ebenso unzulässig, den Grundsatz der Abstimmung nach dem Resultat festzustellen. Das Gesetz müßte casuistische Unterscheidungen aufstellen, die nicht erschöpfend ausfallen würden, und deren Aufstellung also zu vermeiden ist."

Wenn nun die Votation nach dem einen Abstimmungsmodus zur Verurtheilung, nach dem anderen zur Lossprechung führt, so entsteht wegen dieses Widerspruchs ein berechtigter Zweifel, nach welchem Modus abgestimmt werden soll, da nach der Absicht des Gesetzgebers jede der beiden Abstimmungsarten ihre Berechtigung hat. Nach dem Satz „In dubio pro reo" muß daher jener Modus vorgezogen werden, der zur Lossprechung des

Beklagten führt, bisweilen also die Abstimmung nach dem Resultat, wie die folgenden Beispiele zeigen werden.

ad I.

Setzen wir folgende zwei Fälle: 1) Votant A verurtheilt auf Grund der rechtlich fundirten und bewiesenen Klage. Votant B absolvirt wegen mißlungenen Klagbeweises. Votant C absolvirt wegen mangelnden Rechtsgrundes der Klage. Hier ist bei der Abstimmung nach Elementen C überstimmt und muß nun über die Liquidität der Klage weiter votiren. Hält er den Klagbeweis für mißlungen, so macht er mit dem Votanten B majora und muß der Beklagte absolvirt werden. Hält aber C den Beweis für gelungen, so macht er mit dem Votanten A majora und müßte der Beklagte verurtheilt werden. Da nun in diesem Fall die Abstimmung nach Elementen zur Verurtheilung, die Abstimmung nach dem Resultat aber zur Lossprechung führt, indem die Votanten B und C absolviren wollen, so ist nach dem oben Gesagten der Beklagte zu absolviren, die Abstimmung nach dem Resultat also vorzuziehen.

2) Ein anderes Beispiel ist jener Fall, wo jeder Votant anders entscheidet. Votant A verurtheilt, hält also die Klage für rechtlich begründet und für bewiesen. Votant B spricht auf Beweis oder auf einen Notheid, hält also die Klage für illiquid. Votant C absolvirt wegen mangelnden Rechtsgrundes der Klage. Bei der Abstimmung nach Gründen ist C überstimmt, weil A und B die Klage für rechtlich begründet halten. C muß daher über die Liquidität weiter votiren. Hält er die Klage mit B für illiquid, so ist natürlich auf Beweis zu erkennen. Hält aber C die Klage mit A für bewiesen, so müßte der Beklagte verurtheilt werden. Da aber in diesem Fall die Abstimmung nach dem Resultat zur Absolution führt, so muß der Beklagte meines Erachtens absolvirt werden. Zwar besteht im zweiten Beispiel bezüglich des Resultats keine Mehrheit, da jeder Votant anders entscheidet. Allein die Majorität

ist hier, wie in dem Seite 149 angeführten Beispiel, leicht zu erlangen. Zwei Votanten sprechen definitive; folglich ist der dritte Votant überstimmt, und muß gleichfalls definitive erkennen. Da er auf Beweis oder auf einen Notheid sprechen wollte, ohne vollständigen Beweis aber nicht verurtheilen kann, so muß er absolviren. Wir haben also dann majora für die Absolution.

Freilich wird der Beklagte in beiden Beispielen aus verschiedenen Entscheidungsgründen losgesprochen. Aber nur bei einer Verurtheilung ist nothwendig, daß auch für die Entscheidungsgründe eine absolute Mehrheit vorliege, nicht bei der Absolution. Im ersten Fall muß das Gericht eine Ueberzeugung von der Schuld haben, und dazu gehört, daß zwei Votanten aus denselben Gründen auf Condemnation sprechen. Zur Absolution genügt es aber, wenn das Gericht keine Ueberzeugung von der Begründung des klägerischen Anspruchs, also von der Schuld hat. Wenn nun zwei Votanten (B und C) den Beklagten aus verschiedenen Gründen absolviren, bei der Abstimmung nach Elementen aber C bei seinem zweiten Votum mit A majora für Verurtheilung macht, so hat der Richter keine Ueberzeugung von der Schuld und muß daher absolviren. Das sagen denn auch analog die Motive zum G.-V.-G. S. 194 bezüglich des Strafprozesses. Es heißt dort:

„Es ist denkbar, daß von den Richtern ein Theil den Angeklagten für nicht überführt, der andere Theil einen Strafausschließungsgrund für dargethan erachtet. Auch hier wird der Angeklagte freizusprechen sein, weil, wenn eine Verurtheilung erfolgen soll, die Mehrheit der Richter darüber einig sein muß, daß der Angeklagte schuldig sei, und weil der Mangel der Einigung über die Gründe der Freisprechung nicht zu einer Verurtheilung führen kann. In solchen Fällen nun würden die Urtheilsgründe sich auf die Angabe beschränken müssen, daß das Gericht nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt sei."

Es steht aber auch nichts entgegen, in den Urtheilsgründen die verschiedenen Meinungen, welche sich geltend gemacht haben, anzuführen. Vgl. Geyer, Strafprozeßrecht S. 742.

Ein weiterer Grund für meine Ansicht, außer der Analogie im Strafprozeß, ergibt sich aus dem G.-V.-G. § 196 Abs. 2, wonach bei Streitigkeiten über das Ergebniß der Abstimmung das Gericht zu entscheiden hat. Würde in den oben angeführten Beispielen der die Abstimmung vornehmende Vorsitzende in Folge der Votation nach Elementen die Verurtheilung des Beklagten aussprechen, so würden jene zwei Votanten, welche sich für Lossprechung, wenn auch aus verschiedenen Gründen, erklärten, dagegen protestiren und eine nochmalige Abstimmung nach dem Resultat verlangen, bei welcher sie natürlich die Absolution durchsetzen werden[3]).

ad II.

Wenn die Abstimmung nach Elementen zur Lossprechung führt, die Abstimmung nach dem Resultat aber zur Verurtheilung, natürlich aus verschiedenen Gründen, so bleibt es selbstverständlich bei der Regel, d. h. bei der Abstimmung nach Elementen, und muß also der Beklagte absolvirt werden. Zwar wollen zwei Votanten den Beklagten verurtheilen. Da aber jeder von ihnen aus einem anderen Grund condemnirt, und zur Verurtheilung Identität der Entscheidungsgründe nothwendig ist, wie ad I ausgeführt wurde, so steht einer unmotivirten Verurtheilung (im Fall der Abstimmung nach dem Resultat) eine motivirte Lossprechung (im Fall der Abstimmung nach Elementen) gegenüber, und muß also der Beklagte absolvirt werden.

---

3) Die betreffenden Votanten fühlen sich durch die Verurtheilung des Beklagten deßhalb beschwert, weil der Vorsitzende durch Abstraktion der Verurtheilung aus ihren divergirenden Voten über die Freisprechungsgründe (also durch Zerreißung ihrer Voten) die Condemnation als Ergebniß der Abstimmung aussprach.

Setzen wir folgenden Fall: Votant A verurtheilt den Beklagten, weil er die Klage für begründet, die Einrede für verwerflich hält. Votant B verurtheilt aus einem anderen Grund. Er hält zwar die Einrede für begründet, die Replik aber ebenfalls. Votant C endlich absolvirt wegen mangelnden Rechtsgrundes der Klage. Bei der Abstimmung nach Elementen ist C überstimmt und muß nun über die Liquidität der Einrede weiter votiren. Hält er den Beweis derselben für mißlungen, so macht er mit dem Votanten A majora für die Verwerfung der Einrede, und es muß der Beklagte, wie bei der Abstimmung nach dem Resultat verurtheilt werden, aber aus gleichlautenden Motiven. Hält aber C den Beweis der Einrede für gelungen, so haben wir zwei Stimmen für die Liquidität der Einrede. Nun muß sich C auch über die Replik erklären, und ebenso der bezüglich der Einrede überstimmte A. Hält einer von ihnen den Beweis der Replik für gelungen, so muß der Beklagte gleichfalls (aus gleichlautenden Motiven) verurtheilt werden. Halten aber beide den Beweis der Replik für mißlungen, so muß der Beklagte (bei der Abstimmung nach Elementen) aus gleichlautenden Motiven absolvirt werden, während er bei der Abstimmung nach dem Resultat aus verschiedenen Gründen verurtheilt werden muß. Natürlich hat die Abstimmung nach Elementen hier den Vorzug, und ist also der Beklagte zu absolviren.

B. Kritik der Abhandlung Pfizer's (in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 15 S. 365 fg.)

Herr Landgerichtsrath Pfizer in Ulm hat sich gleichzeitig mit mir (1891) im nämlichen Heft des 15. Bandes der allegirten Zeitschrift über die in Rede stehende Frage geäußert. In seiner Abhandlung, die ein sehr schätzbares Material bietet, bekennt er sich bei civilgerichtlichen Urtheilen unbedingt zum Grundsatz der Abstimmung nach Elementen, wie sie bisher allgemein angenommen wurde. Er sagt zur Begründung:

1. Aus §§ 196—198 des G.=V.=G. geht nicht hervor, nach welchem Abstimmungsmodus zu entscheiden sei. Weil aber die Motive den Grundsatz der Abstimmung nach Resultaten als unzulässig aufstellen, so sei es unvermeidlich, den entgegengesetzten Grundsatz der Abstimmung nach Gründen anzunehmen.

Allein diese Schlußfolgerung ist deßhalb unzutreffend, weil dieselben Motive unmittelbar vorher erklären, die Abstimmung nach Gründen sei ebensowenig als allgemeiner Grundsatz aufzustellen. Gerade hieraus ergibt sich, daß die Abstimmung nach dem Resultat auch ihre Berechtigung habe und in jenen Fällen anzuwenden sei, von denen oben gesprochen wurde.

2. Pfizer macht sodann der von mir vertheidigten Ansicht den Vorwurf, daß es unter Umständen unmöglich sei, bei der Abstimmung nach dem Resultate im Urtheil Entscheidungsgründe anzuführen, die sich auf absolute Mehrheit stützen[4]). Allein ich glaube gezeigt zu haben, daß diese Mehrheit nur bei einem verurtheilenden, nicht aber bei einem absolutorischen Erkenntniß nothwendig ist (s. ad I). Die Lossprechung des Beklagten kann auch aus verschiedenen Gründen geschehen und werden sich dann

4) Pfizer führt folgenden Fall vor: A klagt gegen B auf Rückgabe eines Darlehens. B leugnet den Empfang, schützt aber eventuell die Einrede der Verjährung vor. Nach erhobenem Beweis über die Hingabe des Darlehens kommt es in der Civilkammer des Landgerichts zur Abstimmung.

Der erste Votant hält die Hingabe des Darlehens für erwiesen, die Einrede der Verjährung aber für unbegründet, er verurtheilt also. Der zweite Votant hält den Beweis für nicht erbracht, er absolvirt also. Der dritte Votant hält den Beweis zwar für erbracht, die Einrede aber für begründet, er absolvirt also ebenfalls.

Die Abstimmung nach Gründen, welche Pfizer (S. 368) für die allein richtige hält, führt natürlich zur Verurtheilung des Beklagten, da zwei Votanten die Klage für begründet und zwei Votanten die Einrede für unbegründet halten.

Die Abstimmung nach dem Resultate führt aber zur Absolution, weil zwei Votanten den Beklagten absolviren, freilich aus verschiedenen Gründen.

die Votanten auf folgende Fassung der Entscheidungsgründe in dem von Pfizer besprochenen Fall vereinigen: „Man hat einerseits den Klagbeweis für nicht erbracht, andererseits die Einrede für begründet erklärt."

Wenn Pfizer diese Entscheidungsgründe (S. 369) eine Fälschung des Abstimmungsresultats, und die betreffenden Votanten „rechthaberische und gewissenlose Richter"(!) nennt, so ist mir das unerklärlich. Es ist mir das um so unerklärlicher, als Pfizer selbst zu diesem Resultat kommt, also in Widerspruch mit seiner eigenen Ansicht, daß nur nach Gründen abzustimmen sei. Bei Streitigkeiten über das Ergebniß der Abstimmung entscheidet nämlich nach dem G.-V.-G. § 196 das Gericht. Spricht nun der Vorsitzende als Ergebniß der Abstimmung nach Elementen die Verurtheilung aus (s. die Note 3), so werden die beiden Votanten, welche absolviren wollen, meines Erachtens dagegen protestiren und eine wiederholte Abstimmung verlangen (s. oben ad I S. 150). Und Pfizer selbst sagt (S. 368), der § 196 gewähre ihnen das Recht, zu verlangen, es müsse nochmals über das Urtheil im Ganzen abgestimmt, also offenbar nach dem Resultat votirt werden. Steht aber den dissentirenden Votanten das Recht auf wiederholte Abstimmung nach dem Resultat zu, wie kann dann Pfizer das selbstverständliche Ergebniß derselben eine Fälschung und die betreffenden Votanten gewissenlose Richter nennen?! —

Es kann aber auch sein, daß einer der Votanten von seinem früheren Votum abgeht, sei es, weil ihn die Gründe der Gegner überzeugt haben, oder zu dem Zweck, um auch bei der Abstimmung nach Elementen zu der von ihm gewünschten Absolution zu gelangen. Pfizer sagt hierüber:

> „Es ist allerdings möglich, daß der zweite Richter, wenn er sieht, daß er mit seiner Ansicht über den fehlenden Beweis der Hingabe des Darlehens allein steht, um dennoch Recht zu behalten, bei der Abstimmung die Einrede der Verjährung, die er früher für unbegründet gehalten, jetzt für begründet

erklärt. Gegen die Nothwendigkeit der Abſtimmung nach Gründen beweiſt aber die Möglichkeit, daß ein Richter das Recht beugt, nichts."

Allein der Möglichkeit einer „Beugung des Rechts", wie es Pfizer nennt, ſteht die andere Möglichkeit gegenüber, daß der zweite Votant ſeine Anſicht abändert, weil er durch die Ausführungen des dritten Votanten, der die Einrede für begründet hält, eines Beſſeren belehrt wird. Uebrigens wird es zu jener Abänderung des früheren Votums nicht leicht kommen, wenn der Vorſitzende ſchrittweiſe vorgeht, d. h. über die Einrede erſt abſtimmen läßt, nachdem ſämmtliche Votanten über die Klage ſich erklärt haben.

C. Kritik des von Pfizer in ſeiner Abhandlung (S. 369 a. E.—375 und S. 379—381) mitgetheilten Rechtsfalles.

Pfizer referirt über einen der Wirklichkeit entnommenen Rechtsfall in folgender Weiſe:

„Die A hatte am 14. Juli 1881 ein vollkommen reifes Kind geboren. Der geſetzliche Vertreter deſſelben nimmt den Beklagten B als Vater des Kindes wegen Bezahlung der Alimente in Anſpruch, weil er im Herbſt 1880 mit der Mitklägerin Umgang gehabt habe. Der Beklagte gibt dieſen Umgang zu, ſchützt aber die Einrede der mehreren Zuhälter vor, beruft ſich zum Beweiſe derſelben auf den Zeugen C und ſchiebt eventuell der Mitklägerin den Eid zu. Der Zeuge ſagt eidlich aus, daß er mit der Klägerin einmal, nämlich am 11. Nov. 1880 Umgang gehabt habe. Die Klägerin zieht den Vorfall nicht ganz in Abrede, beſtreitet aber, daß es ſoweit gekommen ſei, wie der Zeuge ſagt, und macht geltend, daß ſie ſich ſchon vor dem 11. Nov. 1880 von ihrer Schwangerſchaft überzeugt gefühlt, und das auch bald darauf dem Beklagten geſagt habe, was dieſer auch zugibt."

Meines Erachtens iſt die Entſcheidung dieſes Falls ſehr

einfach. Der Klagegrund ist eingeräumt, und ebenso die Einrede der mehreren Zuhälter, wenigstens ist deren Beweis für vollständig gelungen anzunehmen (s. Note 5). Die Klägerin hatte aber jener Einrede eine wahre rechtshindernde Replik entgegengesetzt, nämlich ihre vor dem 11. Nov. 1880 bereits eingetretene Schwangerschaft. Da nun der Beklagte in seiner Dupliksäußerung auf diese faktische Behauptung nicht geantwortet hatte, so gilt dieselbe nach § 129 der P.-O. als zugestanden, und muß also der Beklagte verurtheilt werden[5]).

Wie ist nun aber das Urtheil des Landgerichts ausgefallen? Pfizer sagt:

„Bei der Berathung wurde nach vorgängiger Erörterung der Sache zunächst über den auf die Aussage des Zeugen gestützten Antrag des Referenten (und ersten Votanten), die Klage abzuweisen, abgestimmt[6]). Der zweite Votant sagt: nein, indem er ausführt, die Klägerin sei, wie als erwiesen anzunehmen sei, am 11. November schon schwanger gewesen, das Kind könne also nicht von dem Zeugen herrühren, auch wenn man dessen Aussage als wahr gelten lasse, was er (der zweite Votant) dahin gestellt sein lasse. Diese vom Zeugen bekundete, vom Referenten für entscheidend gehaltene Thatsache erscheine daher als rechtlich unerheblich. Der dritte

5) Hier fehlt die nähere Angabe der Zeit des Beischlafs (die kritische Zeit läuft hier vom 15. August bis 17. Dezember). Aus der Repliksäußerung geht jedoch hervor, daß der Umgang geraume Zeit vor dem 11. November, also spätestens Anfang Oktober stattgefunden haben dürfte.

6) Die Gründe des Antrags auf Absolution des Beklagten sind hier nicht angegeben, aber freilich selbstverständlich. Die Klage ist eingestanden; die Einrede hielt Referent für bewiesen, die Replik aber als verwerflich. Freilich hätte der Vorsitzende schon wegen der Urtheilsgründe den ersten Vertreter fragen sollen, warum er die Replik verwerfe, ob als rechtlich unzulässig, oder wegen Mangels eines Beweisangebots. Daß aber diese Frage präjudiziell für alle anderen gewesen und also zuerst hätte gestellt werden sollen (wie Pfizer S. 372 f. ausführt, weil die Schwängerung zum Klagegrund gehöre), scheint mir unrichtig zu sein.

Votant sagt gleichfalls: nein; er erklärt sich ebenfalls gegen die Absolution. Die Möglichkeit, daß der Zeuge Vater des Kindes sei, will er nicht verneinen, aber die Aussage des Zeugen ist ihm verdächtig."

Wie nun aber der dritte Richter votirte, ob auf Verurtheilung, oder auf einen Notheid, hat Pfizer leider nicht gesagt.

Da sich der dritte Votant bloß über den Beweis der Einrede aussprach, den er offenbar für unvollständig erbracht ansah, so hatte er die Replik mit dem ersten Votanten implicite als unzulässig (s. Note 7) verworfen, und auf einen Notheid bezüglich der Einrede erkannt. Hätte er die Replik mit dem zweiten Votanten als zugestanden angenommen und also verurtheilt, so wäre natürlich die Condemnation als Conclusum ausgesprochen worden und zwar nach beiden Abstimmungsarten.

Das Stimmenverhältniß ist demnach folgendes: Der Klagegrund gilt einstimmig als zugestanden.

Der erste Votant weist die Klage ab, weil die Einrede eingestanden, die Replik verwerflich sei.

Der zweite Votant verurtheilt, weil die Replik als eingestanden, oder bewiesen anzunehmen sei.

Der dritte Votant erkennt auf einen Notheid bezüglich der Einrede, verwirft also die Replik.

Bei der Abstimmung nach dem Resultat muß die Klage abgewiesen, der Beklagte losgesprochen werden. Denn zwei Votanten wollen definitive sprechen, folglich ist der dritte Votant überstimmt, und muß nun gleichfalls definitive, natürlich auf Absolution erkennen.

Nach der gesetzlich unzulässigen Combinationsmethode wäre die Mittelmeinung zu wählen und also auf den Notheid zu erkennen.

Bei der Abstimmung nach Elementen gilt die Replik als verworfen (vom ersten und dritten Votanten) und es muß sich nun der zweite Votant über die Einrede aussprechen,

welche der erste Votant als eingestanden, resp. bewiesen, der dritte Votant als unvollständig bewiesen annahm. Hält der zweite Votant die Einrede mit dem ersten Votanten für vollständig bewiesen, so muß der Beklagte absolvirt werden. (Dies sagt auch Pfizer S. 372 Abs. 2, so unverständlich mir auch seine folgende Ausführung ist). Hält der zweite Votant die Einrede für gar nicht bewiesen (unwahrscheinlicher Fall), so führt die Abstimmung nach Elementen zu keinem Ergebniß, nach der gesetzlich unzuläßigen Combinationsmethode müßte aber auf einen Notheid gesprochen werden. Hält endlich der zweite Votant die Einrede mit dem dritten Votanten für unvollständig erwiesen, so ist ebenfalls — ein Notheid aufzulegen. Was geschah aber? — Pfizer referirt hierüber, wie folgt:

„Da der Antrag des Referenten auf Klagabweisung abgelehnt ist (?), weil die beiden anderen Votanten sich dagegen erklären[7]), so stellt er einen zweiten Antrag, der Klägerin den Eid darüber aufzulegen, daß sie in der kritischen Zeit mit keinem anderen Mann, als mit dem Beklagten Umgang gehabt habe. Der dritte Richter stimmt diesem Antrag zu, und so wird derselbe Conclusum".

Das Collegium erkennt also auf einen Notheid. Man gelangte aber hierzu nicht durch die Abstimmung nach Elementen oder nach der Combinationsmethode (wonach allerdings auch auf einen Notheid zu entscheiden ist), sondern dadurch, daß nach dem Resultat, aber in verkehrter Weise abgestimmt wurde. Bei der richtigen Abstimmung, nach dem Resultat, die zur Absolution geführt hätte, war nicht der

7) Der Antrag des zweiten Votanten auf Verurtheilung und des dritten Votanten auf einen Notheid ist ebensogut abgelehnt, wie jener des Referenten. Nicht der Referent war daher überstimmt und sein Antrag auf Absolution abgelehnt, sondern der dritte Votant war überstimmt und hätte daher vom Vorsitzenden aufgefordert werden sollen, weiter zu votiren, d. h. definitive, natürlich absolutorisch zu erkennen.

Referent, ſondern der dritte Votant als überſtimmt zu erklären. Hier wurde aber der Antrag des Referenten, der abſolviren wollte, vom Vorſitzenden als abgelehnt betrachtet und folglich der Referent zu einem anderen Votum in der Hauptſache aufgefordert, weil ſich die Votanten B und C gegen die Abſolution ausſprachen. Das war alſo offenbar eine Abſtimmung nach dem Reſultate nur in unrichtiger Weiſe. Da nun der Referent ſein Votum auf Abſolution abänderte, indem er auf den Eid der Klägerin gegen die Einrede erkannte, und der dritte Votant ihm beiſtimmte, ſo wurde dieſe Entſcheidung Gerichtsbeſchluß.