

34. D-101
II. del. 44. ^m E. 2007.

36
Der Beweis

durch den

S a u p t e i d

im

österreichischen Civilproceffe.

Nach den Grundsätzen
der

allgemeinen und der westgalizischen Gerichtsordnung,
mit beständiger Rücksicht auf das gemeine Recht

vorge stellt

von

Dr. Theobald Rizy.

Wien, 1837.

Bei Ritter von Möstle's sel. Witwe & Braumüller.

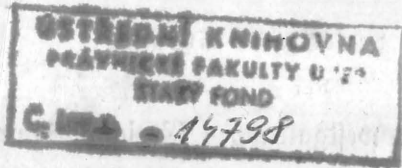
Dem wohlgebornen

Herrn

Albert von Hess,

Doctor der Rechte, k. k. wirklichen Hofrath, staatsrätlichen Referenten,
Kanzler des Ordens vom goldenen Bliese etc. etc.

hochachtungsvoll gewidmet.



V o r r e d e .

Unsere Gerichtsordnungen behandeln die Materie des Haupteides in wenigen kurzgefaßten Paragraphen, und lassen somit bei einem der wichtigsten und schwierigsten Gegenstände des Proceßrechtes ein ziemlich weites Feld für die doctrinelle Auslegung offen. — Die Praxis, einer festgestellten theoretischen Grundlage entbehrend, schwankt bis zur Stunde in mehreren hierhergehörigen wesentlichen Puncten zwischen entgegengesetzten Principien, und manches Treffliche, was die Theorie zeitweise berichtigend anbringen mochte, schien nicht genügend, um alle Widersprüche zu heben, alle Bedenken zu beseitigen. Kein Wunder also, wenn sich endlich sogar

ernstliche Klagen über die Dunkelheit und Unvollständigkeit des Gesetzes selbst vernehmlich machten.

Dies veranlaßte mich vorlängst, einen Gegenstand näher zu untersuchen, welcher die Aufmerksamkeit des denkenden Juristen so sehr in Anspruch nimmt; und je weiter ich in meiner Untersuchung vorwärts schritt, um so klarer wurde es mir, daß der Grund jener Klagen und Bedenken keineswegs in dem Gesetze selbst, sondern in der ungenügenden und schiefen Auslegung desselben zu suchen sey; ich überzeugte mich, daß jenen unscheinbaren, als mangelhaft bezeichneten, Absätzen der vaterländischen Gerichtsordnungen ein tief durchdachtes, nach allen Seiten hin abgeschlossenes, höchst geistreich combinirtes System zu Grunde liege, welches nur einer ausführlichen, lichtvollen Darstellung bedürfte, um sich allgemeine Anerkennung zu verschaffen.

Eine solche Darstellung, — nicht in Vollendung zu liefern, — sondern versuchsweise einzuleiten, ist der Zweck der vorliegenden Arbeit. — Daß es hierbei unabweisliches Bedürfniß war, vor Allem die Grundsätze des gemeinen Rechtes, aus welchem das vaterländische sich

entwickelt hat, wohl ins Auge zu fassen, dürfte ziemlich allgemein zugegeben werden. Ich habe zu diesem Ende die Quellen gewissenhaft zu Rathe gezogen; und die reiche Literatur des Auslandes both schon in dem beschränkten Umfange, in welchem sie mir zugänglich war, unschätzbare Anregung zur allseitigen Beurtheilung meines Gegenstandes dar. — Viel spärlichere Ausbeute lieferten die Werke der einheimischen Jurisprudenz; denn noch fehlte es an einer Monographie über den Haupttheil, und die achtbaren Schriftsteller, welche sich die Darstellung des österreichischen Civilprocesses im Ganzen zur Aufgabe machten, geben gerade bei Gelegenheit des achtzehnten Capitels der Gerichtsordnung wenig mehr als die dürren Worte dieses Gesetzes und der dahin gehörigen nachträglichen Verordnungen. Die classische Abhandlung: über das Beweismittel des Eides im österreichischen Civilproceß, mit welcher uns einer der gründlichsten und geistreichsten Rechtsgelehrten Oesterreichs beschenkt hat, war daher das einzige vaterländische Werk, aus welchem ich freilich um so reichlichere Belehrung schöpfen konnte, und der glückliche Umstand, daß mir die Arbeit

eines solchen Vorgängers als Leitfaden zu benützen gegönnt war, muß meinem Werkchen wenigstens einigen Werth sichern. — Wie viel oder wenig Dank dasjenige verdiene, was ich selbst leistete, wird das juristische Publicum entscheiden. Wie streng aber auch der Spruch dieses Richters ausfallen mag: die Anerkennung eines ernstlichen Strebens nach dem Besseren wird er mir nicht versagen.

Wien im Mai 1837.

R i z h.

I n h a l t.

Erster Abschnitt.

Von dem Begriffe und der Natur des Haupteides.

	Seite
§. 1. Begriff des Haupteides in weiterer Bedeutung. — Neben- oder Formalitätseide	1
§. 2. Der Haupteid im engeren und eigentlichen Sinne ist ein processualischer und freiwilliger Eid	2
§. 3. Er gehört zu den aufgetragenen Eiden	5
§. 4. Die Zurückschiebbarkeit ist eine natürliche Eigenschaft desselben . .	7
§. 5. Fortsetzung	9
§. 6. Der Schiedseid hatte bei den Römern die Natur eines Vergleiches an sich	10
§. 7. In Oesterreich ist derselbe nur als Beweismittel zu betrachten . .	13
§. 8. Der Beweis durch den Haupteid ist mit dem Zeugenbeweise niemals zu vermengen	16
§. 9. Der Haupteid ist für den Richter, keineswegs aber für die Parteien ein subsidiarisches Beweismittel	17
§. 10. Ueberblick der Materie	19

Zweiter Abschnitt.

Von den Subjecten der Eidesauftragung.

	Seite
§. 11. Eidesfähigkeit. — Unterschied zwischen activen und passiven Subjecten der Eidesdelation	20
§. 12. I. Gründe, aus welchen die Unfähigkeit, Parteieide gültig zu leisten, überhaupt entspringt	21
§. 13. Beurtheilung der Eidesfähigkeit, insbesondere bei Unmündigen, Rasenden, Wahnsinnigen, Blödsinnigen	—
§. 14. Bei Verbrechern (namentlich bei Meineidigen)	24
§. 15. Bei Cridataren, Gemeinden und Gesellschaften, dann bei Mennonisten	25
§. 16. II. Passives Subject der Eidesdelation können in der Regel nur die Hauptparteien seyn. — Ausnahmsweise auch Eidesbenunciaten und Vertretungsleister	27
§. 17. Ueberhaupt jene, welche im Namen der Hauptparteien Proceß führen	29
§. 18. Eidesunfähige Personen dürfen nie passive Subjecte des Haupteides werden	33
§. 19. Cridataren und Mennonisten kann der Haupteid nicht mit voller Rechtswirkung zugeschoben werden	—
§. 20. III. Active Subjecte der Eidesdelation in formeller und materieller Bedeutung	35
§. 21. A. Als actives Subjecte der Eidesauftragung im formellen Sinne erscheinen die Hauptparteien und ihre Vertreter	36
§. 22. Besondere Legitimation, deren die Vertreter der Hauptparteien zur Eideszuschreibung bedürfen; und zwar: Bevollmächtigte Sachwalter	38
§. 23. Vormünder und Curatoren; — Väter als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder; — der Ehemann als gesetzlicher Nachhaber seiner Gattin	39
§. 24. Der Vertreter und der Vermögensverwalter einer Concurssmasse	42
§. 25. Das Fiscalamt	43

§. 26. Der Vertheidiger des Ehebandes	44
§. 27. B) Auch active Subjecte der Eidesdelation im materiellen Sinne können in der Regel nur die Hauptparteien selbst seyn	45
§. 28. Unter gewissen Bedingungen ist es auch dritten Personen gestattet, für den Deserenten sich zur Ablegung des Eides zu erbiethen	46
§. 29. Wann dieses Recht insbesondere dem Eidesbenunciaten oder Vertretungsleister gebühre	49
§. 30. Ein Eidesauftrag, als dessen actives Subject (im materiellen Sinne) ein Eidesunfähiger erscheint, hat niemals volle Rechtswirkung	51

Dritter Abschnitt.

Von den Objecten der Eidesauftragung.

§. 31. I. und II. Gegenstand des Haupteides sind streitige Gesichtsumstände	59
§. 32. Auch über die vom Gegner angeführten Thatsachen den Haupteid aufzutragen, ist gestattet	54
§. 33. Fortsetzung	60
§. 34. III. Der Haupteid darf nur über erhebliche Gesichtsumstände aufgetragen werden	62
§. 35. IV. Gebrauch des Haupteides zur Bestätigung solcher Umstände, über welche schon ein anderer Beweis angebothen worden ist. (Gleichzeitige und subsidiarische Cumulation.)	63
§. 36. V. Der Beweis durch den Haupteid findet ferner nicht Statt: ueber Thatsachen, rücksichtlich deren der Delate bereits vollständigen Gegenbeweis angebothen hat	67
§. 37. Fortsetzung	70
§. 38. Fortsetzung	72
§. 39. VI. Ueber Thatsachen, von welchen der zu Beauftragende sich gar keine Kenntniß aus eigener Wahrnehmung zu verschaffen im Stande war	73

	Seite
§. 40. VII. Zum Beweise eines Ehehindernisses oder Trennungsgrundes, wenn es sich um Ungültigerklärung oder Trennung einer Christenehe handelt	82
§. 41. VIII. Ueber die uneheliche Geburt des von einer Ehegattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes gebornen Kindes	84
§. 42. IX. Dagegen kann der Haupteid im Civilproceße auch über verbrecherische Handlungen aufgetragen werden	86

Vierter Abschnitt.

Von der Auftragung, Annahme und Zurückziehung des Haupteides und von der Gewissensvertretung.

§. 43. I. Anblichung des Haupteides. — Wann dieselbe zu geschehen habe?	92
§. 44. II. Gewissensvertretung. — Begriff und Natur derselben. — Grundsätze des gemeinen Rechtes	94
§. 45. Oesterreichisches Recht. — In welcher Rede die Gewissensvertretung angebracht, und durch welche Beweismittel dieselbe ausgeführt werden dürfte?	96
§. 46. Rechtliche Folgen einer verunglückten Gewissensvertretung	99
§. 47. Fortsetzung	101
§. 48. III. Annahme des zugeschobenen Eides. — A. Sie hindert den Delaten nicht, sich der Zurückziehung, oder einer Gewissensvertretung durch neu aufgefundenen Beweismittel zu bedienen	103
§. 49. B. Der Defereut ist berechtigt, den von gegenseits angenommenen Eid zu widerrufen, und die Restitution wegen neu aufgefundenen Beweismittel zu begehren	105
§. 50. Wenn der vom Deferenten angebothene neue Beweis nicht rechtsbeständig ausgefallen ist, so darf auf den Haupteid nicht mehr zurückgegriffen werden	107
§. 51. In wie fern der Deferent nach von gegenseits erfolgter Annahme auch auf früher bekannte Beweismittel zurückzugreifen berechtigt sey? a) Wenn die Besorgniß entsteht, daß der Delate einen Meineid begehen werde	110

§. 52. b) Wenn die absolute Eidesunfähigkeit des Delaten erst nach der Hand hervorgekommen ist	111
§. 53. IV. Zurückziehung des Eides. — A. Dem Deferenten ist zur Beseitigung des zurückgeschobenen Eides nach geschöpftem Urtheile eine Gewissensvertretung nicht mehr zu gestatten	112
§. 54. Dasselbe gilt auch während des Proceßes, — ausgenommen, wenn die Ablegung des Eides geradezu unmöglich geworden ist	115
§. 55. B. Der Delate darf die geschehene Zurückziehung nicht mehr widerrufen, sondern nur die Restitution wegen neuer Beweismittel begehren	116

Fünfter Abschnitt.

Von dem auf den Haupteid lautenden Urtheile und der Ausführung des Beweises durch den Haupteid.

§. 56. I. Allgemeines — II. Das auf den Haupteid lautende Urtheil muß deutlich aussprechen: A. Wer den Eid abzulegen habe	120
§. 57. B. In wie fern die eine oder die andere Partei mit oder ohne Weisung zu schwören habe?	124
§. 58. Die Partei, welche die von ihr selbst vorgebrachten Umstände bezeugt, muß einen reinen Eid des Wissens ablegen	127
§. 59. Von derjenigen Partei, welche nur die von gegenseits angebrachten Umstände abläugnet, soll nur ein Glaubenseid, jedoch mit genauer Angabe der Ursache des Glaubens abgefordert werden	131
§. 60. Der Eid mit dem Weisung: des Wissens und Erinnerns ist ein solcher Glaubenseid	137
§. 61. C. Das Urtheil muß endlich den Beweisweg genau enthalten	143
§. 62. III. Gegen das auf den Haupteid lautende Urtheil ist beiden Theilen das Rechtsmittel der Appellation und Revision gestattet	145
§. 63. IV. Ausführung des Beweises durch den Haupteid	146
§. 64. V. Restitution zur Beseitigung eines durch Urtheil aufgetragenen, aber noch nicht abgelegten Eides	148

	Seite
§. 65. VI. Endliche Entscheidung der Hauptsache. — A. Wenn der Haupt- eid abgeleistet worden	152
§. 66. Rechtliche Folgen des körperlich abgeleisteten Eides	156
§. 67. Rechtliche Folgen der bloß fingirten Eidesleistung	161
§. 68. B. Wenn der Haupteid ausdrücklich oder stillschweigend verweigert wurde	163

Der Beweis

durch den

Haupteid

im

österreichischen Civilproceffe.

Erster Abschnitt.

Von dem Begriffe und der Natur des Haupteides.

§. 1.

Begriff des Haupteides in weiterer Bedeutung. — Neben- oder Formalitätseide.

Unter dem Begriffe des Haupteides (in einem weiteren Sinne) werden alle jene Parteieneide zusammengefaßt, welche über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer zu beweisenden, der Hauptsache angehörigen Thatsache angebothen oder aufgetragen werden, und daher auf die Entscheidung des Rechtsstreites unmittelbaren Einfluß nehmen ¹⁾. Dahin gehören nebst dem Haupteide im engeren Sinne auch der Erfüllungseid ²⁾ und Schätzungseid ³⁾, und der Reinigungseid des gemeinen Rechtes ⁴⁾.

¹⁾ D a n z, Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes. Stuttgart 1821. S. 360. — G e n s l e r (Dr. J. C.), vollständiger Commentar zu Dr. C. Martin's Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes. Herausgegeben von Dr. C. J. Guyet. Heidelberg 1825, zu S. 212. 2. — Andere Rechtslehrer bezeichnen den Haupteid im weiteren Sinne als denjenigen, von dessen Ablegung die Entscheidung des Rechtsstreites ohne Hinzukunft an der Beweis mittel abhängt. Daß diese Begriffsbestimmung viel zu enge sei, leuchtet ein, wenn man bemerkt, daß mit derselben nicht nur der Erfüllungs- und Schätzungseid unter jeder Bedingung, sondern sogar der eigentlich sogenannte Haupteid im engeren Sinne in allen jenen Fällen in die Kategorie der Nebeneide versezt werden müßte, wo die Entscheidung der Rechtsache von der Bewahrheitung mehrerer zusammenhängender Thatsachen abhängt, welche theils durch Sidesdelation, theils durch andere Beweismittel dargethan werden wollten.

²⁾ S. 212 der a. (S. 286 der gal.) G. D.

³⁾ S. 214 f. f. der a. (S. 288 f. f. der gal.) G. D.

⁴⁾ Der Offenbarungseid (zu welchem auch der Editionseid gerechnet werden muß) scheint nicht in die Sphäre dieses Begriffes gezogen werden zu dürfen.

Dagegen versteht man unter Neben- oder Formalitätseiden alle jene Parteieneide, welche auf die Entscheidung des Rechtsstreites, in welchem sie angewendet werden, keinen unmittelbaren Einfluß nehmen, sondern lediglich die Regulirung des Verfahrens bezwecken, und insbesondere darauf abzielen, die proceßführenden Parteien vor den Schikanen ihrer Gegner zu bewahren. Dahin gehört hauptsächlich der Restitutionseid zum Behufe der restitutio brevi manu ¹⁾; der Eid, mittelst dessen der Verschuldete zum Behufe der Güterabtretung den eingelegten Vermögens- und Schuldenstand auf Verlangen auch eines einzigen Gläubigers zu bestätigen hat ²⁾, der Eid, welchen bei Behandlung der Gläubiger der Schuldner und der die Behandlung Uebernehmende über die Redlichkeit ihres Benehmens auf Verlangen auch eines einzigen Gläubigers ablegen müssen ³⁾, der sogenannte Armutseid ⁴⁾ und der Eid für Gefahrde des gemeinen Rechtes ⁵⁾.

§. 2.

Der Haupteid im engeren und eigentlichen Sinne ist ein processualischer und freiwilliger Eid.

Der Schiedseid oder Haupteid im eigentlichen und engeren Sinne (juramentum litis decisorium volun-

ten, weil er zunächst gar nicht die Natur eines Beweismittels, sondern vielmehr die eines Zwangsmittels an sich hat, indem durch denselben keineswegs dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatfache geliefert, sondern der Beauftragte, welcher ein Vermögen anzugeben schuldig ist, diese Angabe gewissenhaft zu machen genöthigt werden soll, so daß dieser Eid nicht sowohl als Mittel zur Beendigung eines Rechtsstreites dient, sondern selbst als Zweck und Gegenstand eines Rechtsstreites erscheint.

- 1) §. 48 und 54 der a. G. D. Wird dieser Eid der nicht geflüsterten Verschweigung in einem förmlichen Wiedereinsetzungsproceße angewendet, so hat er die Natur eines Haupteides (im w. S.).
- 2) §. 367 der a. (§. 485 der gal.) G. D.
- 3) Hofd. v. 9. Jänner 1788. N. 763.
- 4) §. 406 und 407 der a. (§. 539 der gal.) G. D.
- 5) Danz a. a. D. §. 366. — Schibaut (N. F. S.), System des Pandectenrechtes. Sena 1809. §. 1161. — Malblanc (Jul. Frid. de), Doctrina de jurejurando. Tubingae 1820. §. 90.

tarium delatum), von welchem das achtzehnte Capitel der a. und der gal. G. D. handelt, ist jener Parteieneid, welcher von einem streitenden Theile dem andern über das gerade Widerspiel dessen, was zu erweisen ist, im Proceße aufgetragen wird, damit der Richter denselben abzulegen, oder zurückzuschieben anbefehle ¹⁾.

Aus dieser Definition ergibt sich vorerst, daß der Schiedseid in die Klasse der sogenannten richterlichen oder processualischen Eide zu rechnen sey, — welche im Laufe der Proceßverhandlung in einer Proceßschrift oder Rede angeboten und nicht anders als mit Dazwischenkunft des Richters und über dessen Erkenntniß als Beweismittel zugelassen werden; so wie es weiter kaum einer Bemerkung bedarf, daß auf den Schiedseid niemals von Amtswegen, sondern immer nur über Antrag wenigstens einer Partei erkannt werden könne, kurz, daß dieser Eid kein nothwendiger, sondern ein freiwilliger Eid sey ²⁾.

¹⁾ Födransperg (N. G. v.), Practische Beobachtungen über die a. G. D. Wien 1794. §. 203. — Gusterinann (N. W.), Oesterreichische Privatrechtspraxis. Wien 1822. §. 180. S. 213. — Wenn von Scheidlein in den Erläuterungen über die allg. bürgerl. G. D., Wien 1825, §. 203, S. 300, den Haupteid als jenen Eid bezeichnet, welchen eine Partei der andern während des Proceßes in Ermanglung anderer Beweise aufträgt, so ist hiermit offenbar ein außerwesentliches Merkmal in die Definition aufgenommen, indem der Haupteid allerdings auch von derjenigen Partei aufgetragen werden kann, welche anderer Beweise nicht ermangelt.

²⁾ Die Ueberschrift des zweiten Titels zweiten Buches der Digesten: De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali, hat die alten Rechtslehrer in keine geringe Verlegenheit versetzt — (Vergl. Voët (J.), Commentar. ad Pandectas. Hagae. 1734. L. XII. tit. II. n. 7. — Heineccius, Elementa juris civilis sec. ord. Pand. Amstel. 1728. Pars. III. §. XXII. — Stephanus. Interpret. Basilic. Libr. XXII. tit. 5. leg. 1.) — indem die griechischen Ausleger und ihre Anhänger diejenige Art des Eides den gerichtlichen nannten, welchen die Lateiner mit dem Namen des nothwendigen belegten; die Einen wie die Andern aber die durch jene Digesten-Ueberschrift angeedeutete Eintheilung als eine erschöpfende betrachten wollten, was offenbar nicht angeht. — Denn wenn man auf die Art und Weise Rücksicht nimmt, auf welche die Parteieneide als Mittel zur Entscheidung streitiger Rechte bestimmt werden können, so geschieht dieß am natürlichsten und einfachsten durch bloße Uebereinkunft der Parteien außer dem eigentlichen Proceßverfahren

Der Haupteid, von welchem das achtzehnte Capitel der a. G. D. handelt, ist zugleich ein freiwilliger und ein processualischer (oder richterlicher) Eid.

Den Parteien steht es zwar auch offen, durch freies Uebereinkommen und ohne Dazwischenkunft des Richters die Entscheidung ihrer Rechtsache von der Ablegung eines Eides abhängig zu machen, wie es das Hofd. v. 4. Febr. 1800, n. 493, ausdrücklich gestattet; allein ein solcher conventioneller zwischen den Parteien beliebter Eid ist von dem richterlichen oder processualischen Haupteide, von welchem das achtzehnte Capitel unserer Gerichtsordnungen handelt, wesentlich unterschieden. Schon jenes Hofd. bemerkt, daß hierbei eben so wenig, als bei jedem anderen gerichtlichen Verträge (Vergleiche) von der Schöpfung eines Urtheiles die Frage seyn könne. Dieß ist um so natürlicher, da ein solcher conventioneller Eid gar nicht die Bestimmung hat, die Ueberzeugung des

und ohne richterlichen Auftrag, kurz, durch einen Eid, welcher nach seiner Entstehungsart am besten als *jurejurandum extrajudiciale seu conventionale*, außergerichtlicher, außerprocessualischer, vergleichsmäßiger oder conventioneller Eid bezeichnet wird, und dessen zwar nicht jene Ueberschrift, wohl aber d. fr. 17. Dig. De jurejurando (12. 2.) erwähnt. (Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur). — Das Widerspiel dieses conventionellen Eides bildet der richterliche oder processualische (*jusjurandum judiciale* wie dieß das fr. 1. Dig. h. t. andeutet: *jurisjurandi religio; qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.*) — Dieser processualische Eid erscheint nun wieder als freiwillig (*voluntarium*), wenn er vom Richter nur auf Anlangen einer Partei, oder aber als nothwendig (*necessarium*), wenn er von Amtswegen aufgetragen wird (wie dieß letztere bei dem Erfüllungseid und Reinigungseid des gemeinen Rechtes der Fall ist). — Vergl. Grollmann, Theorie des gerichtl. Verf. 1810, §. 90. — Danz a. a. D. §. 362. — Malblanc §. 37. — Genster a. a. D. zu §. 123. h. — Dagegen findet man bis in die neueste Zeit bei auswärtigen und einheimischen Schriftstellern (z. B. bei Thibaut §. 1153, — bei Scheidlein §. 203 u. a.) die Begriffe des gerichtlichen und nothwendigen, dann des conventionellen und freiwilligen Eides auf eine so störende Weise verwechselt, daß man sich dieser unentbehrlichen Kunstausdrücke nicht wohl mit Zuversicht bedienen kann, ohne sich vorläufig näher darüber erklärt zu haben.

Richters zu begründen, sondern lediglich eine gütliche Auseinandersetzung der Parteien bezweckt. Der Richter hat in einem solchen Falle gar nicht zu entscheiden, ob der postulierte Eid mit Rücksicht auf die Eigenschaft der Subjecte oder Objecte desselben geeignet sey, das Recht des einen oder andern Theiles zu bewahren. Alles kommt hier auf das Einverständnis der Parteien an, welche sich nur wegen der wirklichen Aufnahme des Eides an den Richter zu wenden haben, weil ein außergerichtlich abgelegter Eid keine Rechtswirkung haben würde. Ein solches auf die Ablegung eines Eides geschlossenes Uebereinkommen hat auch ganz die Folgen eines Vergleiches, welche der §. 1387 des a. b. G. B. ausspricht. Denn während der processualische Haupteid unter gewissen Bedingungen nicht nur nach geschehener Annahme oder Zurückziehung, sondern sogar nach erfolgtem Urtheile und Antretung des Eides durch neue Beweismittel beseitigt werden kann, hat es bei dem auf den Eid geschlossenen Vergleich kein unabänderliches Verbleiben, indem neu aufgefundenene Beweismittel einen redlich eingegangenen Vergleich niemals zu entkräften vermögen ¹⁾.

§. 3.

Er gehört zu den aufgetragenen Eiden.

Der Haupteid im engeren Sinne ist ein aufgetragener Eid. — Die Partei zwar, welche ein Factum zu erweisen hat, ist in Ermanglung anderer Beweise zunächst immer erbötig, dasselbe durch ihren eigenen Eid zu bekräftigen. Wenn die Bedenklichkeit einer solchen in eigener Sache angebotenen Zeugenschaft springt von selbst in die Augen. Unsere Gerichtsordnungen gestatten daher derlei einseitig angebotene Parteieneide nur unter solchen Umständen, welche jene Bedenklichkeit wenigstens zum größeren Theile beheben. So findet der Erfüllungseid nur dann Statt, wenn der Beweisführer vorläufig schon eine halbe oder mehr als eine halbe Probe beigebracht hat ²⁾, wobei die gal. G. D. noch überdieß verlangt, daß auch die übrigen Umstände mit dem Vorgeben des Producenten übereinstimmen, und es glaubwürdig ma-

¹⁾ §. 1387 des a. b. G. B.

²⁾ §. 212 der a. (§. 286 der gal.) G. D.

hen müssen. — Auf gleiche Weise wird dem Schätzungseide in den Fällen des §. 214, 217 der a. (S. 288, 291 der gal.) G. D. nur über das Quantum einer Forderung Raum gegeben, über deren Quale schon vorläufig genügender Beweis vorliegt; wobei noch die in den meisten Fällen einschreitende richterliche Mäßigung die einem angebotenen Parteieneide im Allgemeinen anlebende Bedenklichkeit zu mindern ganz geeignet ist ¹⁾. — Aehnliche Rücksichten rechtfertigen den Eid, durch welchen derjenige, welcher durch Verschulden seines Gegners einer Urkunde verlustigt worden ist, deren Inhalt von keinem Theile auf eine andere Weise zu erproben wäre, diesen Inhalt zu beschwören sich erbiethen darf ²⁾. Denn hier hat der Gegner durch das den Verlust der Urkunde veranlassende Verschulden sich in hohem Grade verdächtig gemacht, daß er jene Urkunde als eine gegen ihn beweisende erkannt, und aus diesem Grunde dem Besizer absichtlich entzogen habe. Man kann daher die dem Verletzten vom Gesetze zugestandene Begünstigung nicht anders als billig finden ³⁾.

Der Hauptideid (im e. S.) soll ein für die Entscheidung des Rechtsstreites wesentliches Factum allein, ohne Beihülfe anderer Behelfe bewähren. In der isolirten Beschwörung dieses Factums,

¹⁾ Vergl. §. 216, 218 der a. (S. 290, 291, 292 der gal.) G. D. und §. 966 des a. b. G. B. — Was insbesondere jenen Schätzungseid anbelangt, durch welchen der Hinterleger verschlossener oder versiegelter Sachen nach §. 966 des a. b. G. B. seinen angeblichen Schaden beschwören darf, wenn in der Folge das Schloß oder Siegel verletzt wurde, so liegt hierbei zwar kein Quale der Forderung erwiesen vor, allein nach der Ansicht des Gesetzgebers tritt in einem solchen Falle die Vermuthung ein, daß nicht nur die Verletzung des Schloffes oder Siegels durch Verschulden des Depositors, sondern auch, daß sie in unlauterer Absicht geschehen, und ein Abgang oder Verschlimmerung bewirkt worden sei; und es wird also daraus die Richtigkeit (das Quale) einer Erfassforderung des Hinterlegers angenommen. — S. v. Zeiller's und Rippe's Erläuterungen zu diesem §.

²⁾ §. 130, der a. (S. 204, der gal.) G. D.

³⁾ Daß der Restitutionseid, welcher ebenfalls zu den angebotenen Eiden gehört, darin seine Rechtfertigung findet, daß er sich unmittelbar nicht auf die Hauptsache, sondern nur auf die Form des Proceßverfahrens bezieht, bedarf keiner weiteren Erwähnung.

in dem Zeugnisse des Beweisführers in eigener Sache kann der Richter keinen ausreichenden Grund der Ueberzeugung, als Anhaltspunkt einer rechtlichen Entscheidung finden; er darf den Producten nicht nöthigen, den Erfolg seiner Rechtsache der zweifelhaften Gewissenhaftigkeit eines interessirten Gegners ausschließlich zu überlassen. Will der Product im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Beweisführers sich diese gefährliche Art der Entscheidung gefallen lassen, so steht es ihm frei, sich hierüber mit seinem Gegentheile im Vergleichswege zu verständigen, in welchem Falle dann ohnehin der weitere Einfluß des Richters auf die Entscheidung wegfällt, und von Schöpfung eines Urtheiles keine Frage mehr ist ¹⁾.

§. 4.

Die Zurückziehbarkeit ist eine natürliche Eigenschaft desselben.

So wie die einseitig angebotenen Parteieneide aus den so eben angeführten Gründen in der Regel verwerflicher scheinen, so geht es auf der andern Seite auch nicht an, seinem Gegner den Eid mit der Wirkung aufzutragen, daß dieser, um nicht sachfällig zu werden, denselben ohne weiters abzulegen, oder doch einen Gegenbeweis herzustellen genöthiget werden dürfte; und die Eidesauftragung wird nur dadurch weniger anstößig, daß dem Beauftragten die Zurückziehung des Eides an den Auftragenden freisteht ²⁾. Man wende nicht ein, daß der Beauftragte sich nicht beklagen könne, wenn es in seine Hände gelegt wird, sein gutes Recht durch einen mit seinem redlichen Gewissen verträglichen Eid zu bewähren, und sich so mit Einem dem Ansprüchen seines Gegners zu entziehen. Die Anrufung Gottes als Zeugen und Rächers der Wahrheit ist für den religiösen Menschen ein Act von so hoher Wichtigkeit, von

¹⁾ Hofsecret vom 4. Februar 1800, n. 493.

²⁾ Siehe des Herrn Vicepräsidenten Dr. J. C. (Ritter v.) Pratobevera Abhandlung: Ueber das Beweismittel des Eides im österreichischen Civilproceß, in dessen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten, V. Band, II. Stück, §. XII, 2. — Zur Vermeidung lästiger Wiederholungen bemerke ich, daß dieser classische Aufsatz, auf welchen hinzudeuten ich im Verlaufe dieser Darstellung so oft Gese-

so ergreifendem Ernste, daß er sich leicht bewogen finden dürfte, eher die Ansprüche seines Gegners zuzugeben, als den Namen des höchsten Wesens um eines vielleicht geringfügigen Vortheiles willen ins Spiel zu ziehen. — Ein so lästiger Gewissenszwang soll ihm um so weniger von demjenigen zugesügt werden, welchem die Erweisung des streitigen Factums obliegt. Deshalb geht es auch nicht an, die Auftragung eines irreferiblen Eides aus dem Grunde vertheidigen zu wollen, weil es dem Beauftragten frei stehe, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, und sich so der Eidesleistung ohne allem Rechtsnachtheil zu entziehen. Denn dieser Grund reicht vorerst in allen jenen Fällen nicht aus, wo dem Beauftragten ein Gegenbeweis nicht zu Gebote steht. Stünde es aber auch wirklich in seiner Macht, den zugeschobenen Eid durch eine seinerseits angebrachte Beweis- oder Gegenbeweissführung entbehrlich zu machen, so wäre ihm doch auf diese Weise die dem Gegner obliegende Beweislast aufgebürdet; ein Umtrieb, welchen eine gerechte Proceßgesetzgebung nicht begünstigen darf. — Doppelt ärgerlich endlich müßte eine solche Eidesdelation dann erscheinen, wenn der Deferent von dem streitigen Factum selbst Kenntniß hätte, ohne sich für den Fall der Zurückziehung zur Eidesleistung zu erbiethen, weil Deferent durch diesen Vorgang den dringendsten Verdacht erregte, lediglich aus der Gewissenhaftigkeit seines beweislosen Gegners Vortheil ziehen zu wollen ¹⁾.

genheit haben werde, fürs Künftige nur mit dem Worte: Materialien, nebst Beifügung der §. oder Seitenzahl bezeichnet werden soll.

1) Die neue Proceßordnung für den Kirchenstaat (in dem *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili del 10. Novembre 1834*) gestattet dem Beweisführer (§. 733—747) an seinen Gegner über die entscheidenden Umstände Fragartikel zu stellen, welche dieser über Auftraz des Richters bei der Gerichtsßigung in Person mündlich zu beantworten hat, widrigens die unbeantworteten Umstände ohne Weiteres für wahr gehalten würden. Die hiebei zu Protocoll gegebenen Antworten aber muß der Befragte beschwören (§. 747). — Hierdurch wird demselben offenbar ein nicht zurückschiebbarer Eid zur Bestätigung seiner Widersprüche abgenötigt, — ein Vorgang, dessen Verwerflichkeit aus den im Contexte angeführten Gründen zur Genüge erhellt.

Von diesen Ansichten ging der österreichische Gesetzgeber aus, indem er die Zurückschiebbarkeit zu einem natürlichen Merkmale des Haupteides erhob, und so von dem Grundsätze des römischen Rechtes abwich, welches die Möglichkeit der Zurückschiebung als Bedingung der Eidesdelation so wenig fordert ¹⁾, daß die Lehrer des gemeinen Rechtes sogar die mögliche Zurückschiebung nicht gestatten, wenn es sich um Thatsachen handelt, welche nur dem Deferenten minder genau, als dem Delaten bekannt sind ²⁾. Aus den Bestimmungen der Hofdecrete vom 8. April 1788, n. 805, und vom 6. Mai 1788, n. 820, welche für die Länder, in welchen die a. G. D. Gültigkeit hat, erlassen wurden, geht hervor, daß ein nicht zurückschiebbarer Eid mit voller Rechtswirkung nicht aufgetragen werden könne. Denn hätte der Delate einen solchen Eid nicht freiwillig angenommen, so ist die Sache so anzusehen, als wenn der Haupteid nie wäre aufgetragen worden, und der Beauftragte zur Eidesleistung niemals zu verurtheilen. Wenn aber die Annahme freiwillig erfolgte, dann bestehen die anderweitigen Rechtswirkungen in jener Art, wie die G. D. in dem Capitel vom Haupteide vorschreibt ³⁾. Hiemit ist es für die Länder, in welchen die a. G. D. Gesetzeskraft hat, ausgesprochen, daß die Zurückschiebbarkeit als ein natürliches Merkmal des richterlichen oder processualischen Haupteides zu betrachten sei, welches jedoch mit dem Wesen desselben nicht so nahe zusammenhängt, daß es nicht durch die wechselseitige Einwilligung der Parteien entbehrlich gemacht werden könnte ⁴⁾.

1) Fr. 11. §. 3, fr. 12, fr. 13. Dig. de act. rer. amot. (25. 2.) — c. 36. X. De jurej.

2) Danz, §. 378. — Gensler a. a. D. zu §. 214, 215, 216. — Malblanc, §. 58. 2.

3) Vergl. die oben erwähnten Hofdecrete. Die Abweichungen, welche die Natur eines irreferiblen Eides nothwendig mit sich bringt, werden gelegentlich bemerkbar gemacht werden.

4) Daß es um so mehr der freien Willkür der Parteien überlassen bleibt, ob sie die Entscheidung ihres Rechtsstreites von einem vom Gegner des Be-

Näher an die Grundsätze des gemeinen Rechtes schließt sich die gal. G. D. an, indem sie es dem Ermessen des Richters überläßt, wie weit in dem Falle, als der aufgetragene Eid nicht zurückgeschoben werden könnte, der Gegentheil den Eid dennoch anzunehmen verbunden sey ¹⁾; wobei jedoch das Anstößige des dem Delaten angemutheten Gewissenszwanges dadurch sehr gemildert erscheint, daß der Richter denselben nur dann zulassen wird, wenn sich aus den besonders obwaltenden Umständen ergibt, daß der Defereut frei von Chikane, und einer Begünstigung rückichtlich des Beweises nicht nur bedürftig, sondern auch würdig sey, welches wohl vorzugsweise dann der Fall ist, wenn es ihm ohne sein Verschulden unmöglich war, sich einen andern genügenden Beweis zu verschaffen ²⁾.

S. 6.

Der Schiedseid hatte bei den Römern die Natur eines Vergleiches an sich.

Nach dem Bisherigen stellt sich der Haupteid in seiner Reinheit als vernunftmäßiges Beweismittel in folgender Weise dar. — Der Beweisführer erbiethet sich, das streitige Factum durch seinen Eid zu erhärten. Um aber die Bedenklichkeit, welche diesem angebotenen Selbsteide anhängt, zu mildern, muß er es dem Delaten frei stellen, ob dieser dem gegen ihn gerichteten Zeugnisse des Deferenten (durch die Zurückziehung) Beweisskraft zuerkennen, oder aber dasselbe dadurch entkräften wolle, daß er selbst den Beweis des Gegentheils durch seinen eigenen Eid, oder durch andere Mittel übernimmt. (Annahme, Gewissensvertretung.) — Der Selbsteid des Deferenten ist also (wenigstens nach den Grundsätzen der a. G. D.) die Ueberzeugung des Richters und eine für den Deferenten günstige Entscheidung zu begründen nur dann vermögend, wenn der Delate hiezu durch die Zurückziehung seine Beistimmung gegeben hat, und so möchte denn selbst bei uns noch die Beweisraft des

weisführers abzulegenden außerproceffualischen Eide abhängig machen wollen, versteht sich von selbst. — Hofb. v. 4. Februar 1800, n. 493.

¹⁾ §. 278 der gal. G. D.

²⁾ §. 291, 292 der gal. G. D.

Haupteides wenigstens gewissermaßen auf einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleiche zu beruhen scheinen; eine Ansicht, welche in der Geschichte des Haupteides einen sehr bedeutenden Stützpunkt findet, und bei den Lehrern des gemeinen Rechtes mit einer gewissen Hartnäckigkeit fortgerbt, und ohne die nöthige Einschränkung angewendet, die Quelle von mancherlei sehr folgenreichen Mißverständnissen werden mußte ¹⁾.

Die erste Erscheinung des Parteieides war überall der außergerichtliche oder conventionelle Haupteid. In den Anfängen, der römischen Civilisation schien es dem halbwildem Römer in seiner mißverstandenen Freiheitsliebe unerträglich, sich einer richterlichen Gewalt zu unterwerfen. Gab es also einen Streit über Mein und Dein, welchen die Betheiligten mit der Faust nicht entscheiden konnten, oder wollten, so blieb zur Beendigung desselben in dem freien Uebereinkommen der Streitenden der einzig übrige Ausweg offen. Hier aber war es so natürlich, daß man in Ermanglung eines ordentlichen Beweisverfahrens und einer geregelten Entscheidung zu einer Art von Gottesurtheil seine Zuflucht nahm, welches sich in der Eidesleistung als willkommenes Auskunftsmittel darboth, indem man entweder von dem Schwörenden erwartete, daß er sich durch den Glauben an die Macht und Heiligkeit des Eides die Wahrheit zu sagen werde bewegen lassen, oder für den Fall des Meineides durch die göttliche Rache, welche den Meineidigen verfolgen werde, gewissermaßen eine Entschädigung für den erlittenen Rechtsnachtheil zu finden verhoffte ²⁾. Der große Einfluß, welchen die Pontifices durch lange Zeit auf die Zustände des öffentlichen wie des Privatrechtes übten, war dieser auf religiösen Ideen gestützten Entscheidungsart gewiß sehr förderlich ³⁾.

Als sich nun im Verfolge der Zeit das Gerichtswesen mehr und mehr ausbildete, als die Prätores Recht zu sprechen berufen waren, machte sich zwar noch immer der außergerichtliche Eid in

¹⁾ Malblanc, §. 41.

²⁾ Malblanc, §. 34 et s. — Glück, Erläuterung der Hellf. Pandecten, Th. XII. S. 235.

³⁾ Glück, Tract. de jure civili Papiriano. Halae 1780. §. 31. — Malblanc, §. 36.

seiner ursprünglichen Natur als ein von der freien Willkür der Parteien abhängiges Auskunftsmittel geltend ¹⁾, nur daß nun der durch die Annahme des Eides wirklich abgeschlossene Vergleich aus einem *pactum nudum* zu einem *pactum praetorium* erhoben wurde ²⁾. — Nebenbei aber entwickelte sich zugleich der sogenannte processualische oder richterliche Eid ³⁾, dessen Auftragung mit einem gewissen Zwange für den Beauftragten verbunden war, welchem dieser sich nicht unbedingt entziehen konnte. Eum, sagt das Edict des Prätors, *a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam* ⁴⁾, und nur diese Freiheit blieb dem Beauftragten: den Eid an den Deserenten zurückzuschieben, oder sein eigenes Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, und sich hiedurch mit Beseitigung des Eides dem Ausspruche des Richters zu unterwerfen ⁵⁾.

Die Bestimmung des Prätors ging also zunächst nur dahin, zu bewirken, daß die Parteien ihren Streit mit Hintansetzung der Privatgewalt durch wechselseitiges Uebereinkommen beendeten, indem sie entweder sich einen Richter unterwarfen (*litis contestatio*), oder zu dem Eide ihre Zuflucht nahmen, welcher dann die Stelle der Streitbefestigung vertrat ⁶⁾. Hatte nun der Delate den ihm aufgetragenen Eid angenommen, oder zurückgeschoben, so wurde die Streitfache als verglichen angesehen ⁷⁾. Nicht die Ueberzeu-

¹⁾ Fr. 17. Dig. De jurej. (12. 2.)

²⁾ Fr. 3, 7 et 9 pr. §. 2 et 3. Dig. De jurej. (12. 2.)

³⁾ *Maximum enim remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae* fr. 1. Dig. De rejurando. (12. 2.)

⁴⁾ Fr. 34. §. 6. Dig. hujus tit.

⁵⁾ Daß die Gewissensvertretung auch nach römischem Rechte Statt finde, behauptet Malblanc, §. 59, nach Quincillians Zeugnisse gegen Koch, Stück und Andere.

⁶⁾ *Ex quibus autem causis non cogitur Legatus judicium accipere, nec jurare cogendus est, se dare non oportere; quia hoc jusjurandum in locum litis contestatae succedit.* fr. 28, §. 2. Dig. De judiciis. (5. 1.)

⁷⁾ *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata;* fr. 2. Dig. De jurejur. (12. 2.)

gung des Richters zum Behufe einer gründlichen Entscheidung zu bestimmen, sondern das Recht der Parteien durch ein vertragsmäßiges Uebereinkommen selbstständig und unmittelbar zu entscheiden war der Zweck auch dieses Eides, und es wurden also auch auf denselben nicht die aus der Natur eines Beweismittels, sondern die aus dem Wesen des Vergleiches entspringenden Grundsätze angewendet. Hieraus ist es zu erklären, wie nach römischem Rechte der Haupteid beinahe allen Personen und über alle Gegenstände, und nach einer beliebigen Eidesformel gültig aufgetragen werden konnte, während in Beziehung auf die Subjecte und Objecte der Eidesdelation die mannigfaltigsten Beschränkungen einzutreten haben, sobald der Eid als Beweismittel betrachtet wird. Lag dem Haupteide ein Vergleich zu Grunde, so mußte auch folgerichtig zugegeben werden, daß der einmal angenommene oder zurückgeschobene Eid nicht widerrufen, noch statt desselben neue Beweismittel angebracht werden durften, und das ältere römische Recht ging hierin so weit, daß es die rechtlichen Wirkungen des Vergleiches selbst dann aufrecht erhalten wissen wollte, wenn es erwiesen vorlag, daß ein Meineid geschworen worden ¹⁾.

§. 7.

In Oesterreich ist derselbe nur als Beweismittel zu betrachten.

Auch unsere vaterländischen Gerichtsordnungen scheinen darauf hinzudeuten, daß wenigstens in der ersten willkürlichen Eidesdelation und in der Einführung dieses gefährlichen Beweismittels in die Proceßverhandlung etwas dem Vergleiche Aehnliches liege ²⁾, indem sie zur Auftragung des Eides ein unbeschränktes Veräußerungsrecht oder das Recht sich zu vergleichen begehren ³⁾.

Wenn Hr. Prof. Fischer ⁴⁾ bemerkt, daß die Auftragung des Haupteides noch kein Vergleich sei, so kann man nicht umhin, dieser Bemerkung unbedingt beizutreten, indem jeder Vergleich als

¹⁾ Fr. 21, 22. Dig. de dolo malo. (4. 3.)

²⁾ Mater. §. VIII, §. 275.

³⁾ §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D.

⁴⁾ In seinem Handbuche der dilatorischen Einwendungen. Wien 1825. §. 75, S. 109.

(zweiseitig verbindlicher) Vertrag ¹⁾ nebst dem Versprechen des einen auch die Annahme des andern Theiles voraussetzt ²⁾, welche in der Eidesdelation an sich keineswegs enthalten ist. Wenn aber dieser ausgezeichnete Rechtslehrer weiter behauptet, daß sich die Eidesauftragung mit der auf den Fall der Ablegung des aufgetragenen Eides bedingten unentgeltlichen Aufhebung eines Rechtes, oder einer Einwendung vergleichen lasse; so möchten wir dieser Ansicht nicht so willig beistimmen. Denn die Erklärung des Deferenten: sein Recht oder seine Einwendung gegen dem aufgeben zu wollen, daß sein Gegner schwöre, kann zwar allerdings als eine bedingte Verzichtleistung, und der geforderte Eid als eine Bedingung angesehen werden; aber unentgeltlich ist diese Verzichtleistung keineswegs. Denn der Deferent begnügt sich nicht damit, die Ablegung des Eides von dem Gegner als Bedingung seiner Verzichtleistung zu fordern, sondern er begehrt überdies, daß der Delate für den Fall, als dieser den angenommenen Eid verweigern, oder aber er (Deferent) den zurückgeschobenen Eid ablegen sollte, des Letzteren Recht oder Einwendung anerkenne, und in dieser bedingnißweise geforderten Anerkennung des Delaten liegt eben die Gegenleistung für die bedingnißweise versprochene Verzichtleistung des Deferenten, wodurch das dem Haupteide zu Grunde liegende Uebereinkommen der Parteien mit einem entgeltlichen Vertrage, und zwar insbesondere mit einem Vergleiche Aehnlichkeit hat ³⁾. Die Eidesauftragung hat also auch bei uns etwas von einer Vergleichsproposition an sich, und wenn sie sich auf einen irreferiblen Eid bezog, so steht es wenigstens nach den Grundsätzen der a. G. D. ganz bei dem Belieben des Delaten, ob

1) §. 1380 d. a. b. G. B.

2) §. 862 d. a. b. G. B.

3) Daß diese Ansicht auch wirklich dem österreichischen Gesetzgeber vorschwebte, scheint mir in dem §. 1008 d. a. b. G. B. nicht undeutlich ausgesprochen, welcher zur Auftragung, Annahme und Zurückziehung eines Haupteides nur eine auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht begehrt, da er doch, wenn Rechte unentgeltlich aufgegeben werden sollen, eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht fordert.

er sich diesem Vorschlage fügen, oder denselben ohne Weiteres zurückweisen wolle. Hier scheint Alles von dem freien Uebereinkommen der Parteien abzuhängen, und dem Begriffe eines Vergleiches zu entsprechen.

Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß von der vertragsmäßigen Natur, welche der Haupteid aus dem römischen Rechte herüberbrachte, gegenwärtig kaum eine entfernte Spur mehr vorhanden sey. Der gerichtliche Haupteid ist gegenwärtig nicht nur den reineren religiösen Vorstellungen des Christenthums angepaßt, sondern überdies ausschließlich dazu bestimmt, dem Richter Ueberzeugung zu gewähren; er ist ganz und gar Beweismittel geworden. Die Rücksichten auf die Heiligkeit des Eides und die Bestimmung desselben als Beweismittel machen gar mancherlei Beschränkungen in Beziehung auf die Subjecte und Objecte der Eidesauftragung nothwendig, in Folge deren der Richter Haupteide von Amtswegen zu verwerfen angewiesen wird, über deren Zulässigkeit die Parteien sich bereits vereinigt haben. — Der Umstand ferner, daß der Delate in Entstehung einer Gewissensvertretung zur Annahme oder Zurückziehung des referiblen, und nach den Grundsätzen der gal. G. D. sogar zur unbedingten Annahme des irreferiblen Haupteides bei sonstigem Rechtsnachtheil gezwungen werden kann, widerspricht der Natur des Vergleiches als eines freien Uebereinkommens der Parteien. — Endlich bringt der angenommene oder zurückgeschobene richterliche Haupteid gerade jene Folgen nicht hervor, welche dem Vergleiche wesentlich anhängen. Denn während ein Irrthum in der Wesentlichkeit der Person den Vergleich ungültig macht ¹⁾, vermag selbst der gewiß wesentliche Irrthum über die Unbescholtenheit der zur Eidesleistung berufenen Person, den Widerruf des einmal zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides nicht zu rechtfertigen; da hingegen neu aufgefundene Behelfe einen redlich eingegangenen Vergleich niemals entkräften ²⁾, wohl aber in vielen Fällen den Widerruf des bereits angenommenen oder zurückgeschobenen Eides rechtlich möglich machen können.

1) §. 1385 d. a. b. G. B.

2) §. 1387 d. a. b. G. B.

Der Beweis durch den Haupteid ist mit dem Zeugenbeweise niemals zu vermengen.

Der gerichtliche Haupteid ist ein Parteieneid, und von dem Beweise durch Zeugen sorgfältig zu unterscheiden. — Nur die Parteien sind es, welchen der Haupteid zugeschoben, und von welchen er im Zurückziehungsfalle abgelegt werden darf ¹⁾. Dritten, im Proceffe nicht befangenen Personen den Haupteid aufzutragen, ist dem Beweisführer nicht gestattet, und eben so wenig kann der Delate gezwungen werden, sich den Antrag gefallen zu lassen daß ein Fremder den Eid im Zurückziehungsfalle ablegen werde. Ein solcher Vorgang widersprecht der Natur dieses Beweismittels, und würde selbst dann keine Wirkung haben, wenn die Parteien dießfalls einverstanden wären.

Wollen diese die Entscheidung ihres Rechtsstreites von der eidlichen Bestätigung eines Dritten abhängig machen, ohne daß ein ordentlicher oder summarischer Zeugenbeweis geführt werde, so steht es ohne Zweifel bei ihnen, sich darüber zu vergleichen. Der processualische Haupteid aber ist ein Beweismittel, welches die Ueberzeugung des Richters bestimmen und einen gesetzlichen Anhaltspunct für die Entscheidung des Rechtsstreites liefern soll. Der Richter nun ist bei seinem Erkenntnisse an die Beweisarten in jener Gestalt gebunden, in welcher sie die Gerichtsordnungen vorzeichnen, und unter diesen gesetzlichen Beweisarten erscheint allerdings neben der förmlichen Weisung auch die summarische Beschwörung schriftlicher Zeugnisse, deren sich der Beweisführer in dem Falle bedienen kann, da der Gegner in die Beschwörung der Zeugnisse gewilligt, und (folglic) sich seines Rechtes, Fragstücke zu stellen, begeben hat ²⁾. Aber auch dieser summarische Beweis durch Zeugen hat noch immer die eigenthümliche Natur eines Zeugenbeweises an sich, und insbesondere wird auch hier zu einem vollständigen Beweise, da dieser lediglich durch Zeugen geführt werden

¹⁾ §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. vergl. mit §. 211 der a. (§. 284 der gal.) G. D.
²⁾ §. 182 der a. (§. 255. der gal.) G. D. — Hofb. vom 15. Jänner 1787. n. 621.

will, die einstimmige Aussage zweier unbedenklicher Zeugen erfordert ¹⁾. Der Antrag des Beweisführers, daß das Widerspiel dessen, was zu beweisen ist, durch den Gegentheil beschworen, oder im Zurückziehungsfalle das zu beweisende Factum selbst durch den Eid eines oder mehrerer Zeugen erhärtet werden solle, würde auf eine ganz originelle, aus dem Beweise durch den Haupteid und aus dem durch Zeugen gemischte Beweisart abzielen, welche unsern Gerichtsordnungen völlig fremd ist, und deren Ausführung der Richter selbst dann nicht zulassen dürfte, wenn auch wirklich der Product damit einverstanden wäre, weil es den Parteien überhaupt nicht gestattet ist, sich ein ganz besonderes, fremdes Verfahren zu wählen ²⁾. Aus gleichem Grunde ginge es nicht an, wenn der Beweisführer einer dem Proceffe fremden, im Proceffe nicht befangenen Person einen Haupteid zuschieben, und im Zurückziehungsfalle zur Ablegung desselben sich erbieten wollte.

Diese Bemerkungen sind in der Natur der Sache so ganz und gar begründet, daß selbst die bloße Andeutung derselben auf den ersten Anblick als überflüssig erscheinen dürfte. Ihre Wahrheit ist auch im Allgemeinen von jeher anerkannt worden, und dennoch hat man sie nicht scharf genug aufgefaßt, um sie auch dann getreu im Auge zu behalten, wo es sich um Beantwortung der Frage handelt, in wie ferne Vertretungsleister, bevollmächtigte Sachwalter, Vormünder, Curatoren und andere zu einem Proceßtheile in ähnlichen Verhältnissen stehende Personen, Subjecte der Eidesdelation zu werden geeignet sind. (Vergl. unten §. 16 und f.)

§. 9.

Der Haupteid ist für den Richter, keineswegs aber für die Parteien ein subsidiarisches Beweismittel.

Man pflegt den Haupteid ferner als ein subsidiarisches Beweismittel zu bezeichnen, welches nur zum Nothbehelfe

¹⁾ §. 137 der a. (211. der gal.) G. D.

²⁾ Hofb. v. 15. Jänner 1787, n. 621. lit. b.

und in Ermanglung ordentlicher Beweismittel angewendet werden dürfe ¹⁾. Nach östereichischem Rechte nun kann dies nicht ohne einige Unterscheidung zugegeben werden. Die Resolution vom 31. October 1785, n. 489, litt. ggg. bestimmt, daß der Haupteid auch dann angewendet werden könne, wenn die Partei, die ihn anbietet, gar kein (anderes) Beweismittel für sich hat. Diese gesetzliche Bestimmung mochte ihrer Zeit deshalb nicht überflüssig erschienen haben, weil sich in dem gemeinen Rechte hie und da die Ansicht ausgebildet hatte, als ob die Eidesdelation, um zulässig zu seyn, durch andere Beweismittel oder wenigstens durch Wahrscheinlichkeitsgründe unterstützt werden müßte ²⁾. Indem aber der Gesetzgeber den Gebrauch des Haupteides auch dann gestattet, wenn demjenigen, welcher sich desselben bedienen will, keine andern Beweismittel zu Gebote stehen, gibt er nicht undeutlich zu verstehen, daß der Eidesdelation um so weniger etwas im Wege liege, wenn der Defercnt wirklich andere Beweismittel an Händen gehabt hätte, und dieser Umstand aus der Beschaffenheit der Streitsache hervorginge. Der Partei bleibt es unbenommen, ein Beweismittel vorzuziehen, welches zwar in mancher Hinsicht gefährlich ist, aber doch immer ohne Kosten und ohne Weitläufigkeit ausgeführt werden kann ³⁾. Der Haupteid ist für die Parteien kein subsidiarisches Beweismittel; ja es steht ihnen sogar frei, zugleich mit dem Haupteide alles Andere an Urkunden, Zeugenschaften und dergleichen, was zum Erweise ihres Rechtes dienlich seyn könnte, dem Richter vorzulegen. — Ist aber dieses geschehen, und stellen sich die angebrachten ordentlichen Beweismittel als zulässig dar, so muß immer auf diese, nicht aber auf den Haupteid erkannt werden. Der Richter hat nämlich unter mehreren angebotenen Beweisarten diejenige zu wählen, welche am besten geeignet ist, seine Entscheidung haltbar zu begründen. Daß aber der Haupteid, was die

¹⁾ Manche Schriftsteller haben sogar diese subsidiarische Natur des Haupteides als wesentliches Merkmal in die Definition desselben aufgenommen. Siehe oben S. 2. Note 1.

²⁾ Malblanc, S. 52. — Auch Suttinger, *Observationes practicae*. Schlagwort: *juramentum* spricht diese Ansicht aus.

³⁾ Mater. a. a. D.

Beweiskraft anbelangt, allen übrigen Beweismitteln nachzusetzen sei, liegt nicht nur in der Natur der Sache, sondern ist auch von dem österreichischen Gesetzgeber in der Lehre von der Gewissensvertretung (S. 204 der a. (S. 276 der gal.) G. D.) und von dem Beweise zur Verhütung eines Meineides (S. 231 der a. (S. 305 der gal.) G. D.) unverkennbar ausgesprochen, wie dies in der Folge eines Weiteren gezeigt werden wird. Für den Richter also ist der Haupteid nur ein subsidiarisches Beweismittel ¹⁾.

S. 10.

Ueberblick der Materie.

Der Haupteid wird in dem Prozesse durch die Eidesdelation, Zuschreibung, Auftragung eingeführt. Damit aber diese Handlung in jedem einzelnen Falle mit Wirkung geschehen könne, darf keine von jenen mannigfaltigen Beschränkungen im Wege stehen, welche der Gesetzgeber theils mit Rücksicht auf die Eigenschaften und Verhältnisse der bei der Anwendung dieses gefährlichen Beweismittels einschreitenden Personen, theils in Beziehung auf den Gegenstand der Eidesleistung festzusetzen beliebte. Wir sind daher durch die Natur unseres Gegenstandes angewiesen, vorerst von den Subjecten und Objecten des Haupteides zu handeln. — Ueber die auf gesetzliche Weise geschehene Eidesdelation aber stehen dem Beauftragten möglicherweise drei Wege offen, welche er schon im Laufe des Processes einschlagen kann. Es steht ihm nämlich in der Regel frei, den zugeschobenen Eid entweder anzunehmen, oder ihn dem Auftragenden zurückzuschieben, oder endlich denselben durch eine angebotene Gewissensvertretung zu beseitigen. Die Natur und die gesetzlichen Erfordernisse einer jeden dieser Proceßhandlungen, so wie die daraus für beide Parteien entstehenden rechtlichen Wirkungen erfordern eine besonders ausführliche Darstellung, welche gleichsam den Mittelpunkt der gegenwärtigen Untersuchung bilden soll. — An sie hat sich noch die Lehre von dem auf den Haupteid lautenden Urtheile, und von der wirklichen Ausföhrung des Beweises durch den Haupteid anzuschließen.

¹⁾ Mater. a. a. D.

Zweiter Abschnitt.

Von den Subjecten der Eidesauftragung.

§. 11.

Eidesfähigkeit. — Unterschied zwischen activen und passiven Subjecten der Eidesdelation.

Die innere Kraft und Glaubwürdigkeit des Eides überhaupt beruht zunächst auf der Idee, daß der Schwörende sich durch die Vorstellung von der Heiligkeit der Handlung, oder doch durch die Furcht vor den zeitlichen und ewigen Strafen des Meineides, die Wahrheit zu sagen werde bestimmen lassen. Soll also jene Glaubwürdigkeit in dem erforderlichen Grade vorhanden seyn, so muß der Schwörende ein Individuum seyn, welches nicht nur die Wahrheit zu sagen und an den Tag zu legen, sondern auch die Folgen seiner Handlungen einzusehen vermag, und bei welchem man ein Auffassen moralischer und religiöser Ideen wenigstens als möglich voraussetzen kann. Deshalb haben auch die Proceßgesetze von jeher sich veranlaßt gefunden, jene Momente mit größerer oder minderer Strenge zu bestimmen, nach welchen die Eidesfähigkeit eines Subjectes zu beurtheilen kommt; und da diese Befähigung aus verschiedenen Gründen rücksichtlich der Parteieide, und insbesondere rücksichtlich des Haupteides nicht ganz so wie beim Zeugeneide bestimmt werden kann, so dringt sich hier zunächst die Vorfrage auf:

I. welche Personen überhaupt einen Haupteid gültig abzulegen befähigt seyen.

Da ferner als eigentliche Subjecte der Eidesdelation sowohl diejenigen Personen, welchen der Haupteid im Proceße zugesprochen wird, als auch diejenigen erscheinen, welche denselben zuschieben, so kommt in dem gegenwärtigen Abschnitte:

II. von den passiven, und

III. von den activen Subjecten der Eidesdelation, und zwar von den Letztern, wie sich später zeigen wird, in einer doppelten (formellen und materiellen) Bedeutung zu handeln ¹⁾.

§. 12.

I. Gründe, aus welchen die Unfähigkeit, Parteieide gültig zu leisten, überhaupt entspringt.

I. Einen Haupteid rechtswirksam abzulegen, ist überhaupt Jedermann befähigt, dem die Gesetze diese Befähigung nicht aus besondern Gründen entzogen haben. Die schon oben angedeuteten Gründe, aus welchen sich der Gesetzgeber bewogen finden dürfte, einem Individuum die Eidesfähigkeit abzusprechen, sind: 1) die Unfähigkeit des Subjectes, die Wahrheit zu erfahren, oder ungezweifelt an den Tag zu legen; 2) das Unvermögen, die Folgen seiner Handlungen einzusehen, und 3) ein solcher sittlicher oder intellectueller Zustand des Subjectes, bei welchem sich Achtung für die Heiligkeit des Eides nicht erwarten läßt. Von diesen Momenten hat bald das Eine, bald das Andere auf die verschiedenen Gesetzgebungen besonders Einfluß genommen, wodurch es denn auch geschah, daß die Bestimmungen über die Eidesfähigkeit ziemlich verschieden ausfielen. Hier sollen alle jene Classen von Individuen, gegen deren Eidesfähigkeit hier oder dort Bedenken erhoben worden sind, besonders berücksichtigt, und die dießfalls in Oesterreich bestehenden Normen beigelegt werden.

§. 13.

Beurtheilung der Eidesfähigkeit, insbesondere bei unmündigen, Rasenden, Wahnsinnigen, Blödsinnigen.

Unter die eidesunfähigen Personen gehören: a. Unmündige. Nach römischem Rechte konnten Pupillen zur Eidesleistung

¹⁾ Die Sonderung der Materie nach den oben bezeichneten Gesichtspuncten kann allein zur Klarheit über einen Gegenstand führen, welcher in der Theorie gewöhnlich nur beiläufig und ziemlich einseitig behandelt zu werden pflegt, in der Praxis aber zu vielfältigen Zweifeln Veranlassung bietet. — Der Umstand, daß hier, anscheinend gegen die natürliche Ordnung die passiven Subjecte der Eidesdelation von den activen zur Sprache kommen, wird im Verlaufe der Darstellung selbst genügende Rechtfertigung finden.

nicht gezwungen werden, und es stand ihnen oder ihren Vertretern in ihrem Namen frei, dieselbe zu verweigern, ohne daß sie die nachtheiligen Folgen des juramenti recusati zu befürchten hatten. Wollten sie aber den zugeschobenen Eid dessenungeachtet leisten, so war derselbe gültig, und brachte alle rechtlichen Wirkungen eines gesetzmäßig abgelegten Eides hervor ¹⁾. — Das canonische Recht läßt die Eidesmündigkeit mit dem vollendeten 14. Jahre beginnen. In wie ferne aber nach diesem Rechte im Civilproceß von dem Unmündigen nicht auch vor dieser Zeit im Einverständnis mit den Gegnern ein Eid geleistet werden dürfte, scheint als streitig betrachtet werden zu müssen ²⁾. — Nach österreichischem Rechte kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Unmündige zur Ablegung eines Eides selbst dann nicht zuzulassen wäre, wenn er sich wirklich mit Beistimmung seines Vertreters und einverständlich mit dem Gegner hiezu bereit erklärt hätte. Denn das Hofdecret vom 31. August 1798, n. 430, welches offenbar von einem solchen Falle spricht, in welchem sowohl die minderjährige Partei (und rücksichtlich deren Vertreter), als auch der Gegentheil derselben mit dem von Ersterer zu leistenden Haupteide einverstanden sind, gestattet die Eidesleistung ausdrücklich nur dann, wenn der Mündel das vierzehnte Jahr des Alters schon zurückgelegt hat.

Eidesunfähig sind ferner: b. Rasende, Wahnsinnige

¹⁾ Fr. 42. Dig. De jurejur. (12. 2.) Vergl. mit fr. 34. §. 2. ej. tit. — fr. 26. ej. tit. Qui jurasse dicitur nihil refert, cujus sexus aetatisve sit; omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; quamvis pupillus non videatur pejerare: quia sciens fallere non videatur. — So tief gewurzelt hatte bei den Römern die Vorstellung von der Vertrags-Natur des Haupteides. — »Nempe secundum religionem romanam,« sagt bei dieser Gelegenheit Malblanc, §. 42. II. 1.: »cicumque liberum esse debuit, caput suum Diis devovere, qua vindicta si deferrens contentus esse voluit, iudex illud non impedire poterat. Nulla enim doctrina moralis aut cura animarum ad eam religionem spectavit.« — Vergl. Danz, §. 369. — Zhibaut, §. 1163.

²⁾ C. 15. caus. 12. qu. 5. — und C. 16. caus. 12. qu. 5. sprechen wohl zunächst nur von der Eidesmündigkeit der Zeugen im Criminalverfahren.

und Blödsinnige. Denn diese Personen — und zwar die letztgenannten wenigstens so ferne sie des Gebrauches der Vernunft gänzlich beraubt sind — werden rücksichtlich der Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschließen, Kindern unter sieben Jahren gleichgestellt, und für unfähig erklärt, ein Versprechen gültig zu machen, oder auch nur anzunehmen, kurz ihren Willen wirksam zu erklären ¹⁾. Wenn demnach durch das Hofdecret vom 31. August 1798 sogar jenen Unmündigen, welche die Jahre der Kindheit bereits überschritten haben, die Befähigung zur Eidesleistung wegen Mangel an Verstandesgebrauch benommen wird, so muß man den Eingang genannten Personen diese Befähigung um so mehr absprechen, da sie an geistiger Entwicklung noch hinter den über die Jahre der Kindheit vorgeschrittenen Unmündigen zurück sind. Man muß gestehen, daß es das religiöse Gefühl nicht wenig verletzen würde, die so hochwichtige Handlung der Eidesablegung von einem solchen Geschöpfe unternehmen zu sehen. Wie würde wohl die durch die Gesetze unerläßlich vorgeschriebene Meineidserinnerung lauten sollen, wenn sie an eine Person gerichtet wäre, welche nicht einmal die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, um so viel weniger also die Erhabenheit religiöser und moralischer Ideen aufzufassen vermag; an Personen, welche eine geläuterte Moral, so wie die positive Strafgesetzgebung außer das Reich der Zurechnung versetzt? — Da endlich der Haupteid als Beweismittel zu betrachten ist, und die Ueberzeugung des Richters hervorbringen soll, so muß ein von einer solchen Person abzulegender Eid, da dieselbe wegen ihrer Gemüthsbeschaffenheit die Wahrheit nicht erfahren und nicht an den Tag legen könnte, von vorne herein als irrelevant und verwerflich betrachtet werden ²⁾.

¹⁾ §. 21 und §. 865 des a. b. G. B.

²⁾ Mater. §. II. 4. b. — Malblanc, §. 9. b. — Bemerkenswerth ist es übrigens, daß nach §. 140 der a. G. D. selbst ganz verwerfliche Zeugen, worunter auch Unmündige, Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige gehören, zum Zeugeneide nur auf Einwendung des Gegentheiles nicht zugelassen werden dürfen, und daß sogar die gal. G. D., welche dießfalls offenbar von strengeren Grundsätzen ausgeht, den

Taubstumme sind nur dann eidesunfähig, wenn sie die nöthigen religiösen Begriffe nicht haben, oder sich wenigstens durch unzweideutige Zeichen nicht erklären können ¹⁾.

S. 14.

Bei Verbrechern (namentlich bei Meineidigen).

Verbrecher hingegen und insbesondere Meineidige als solche sind nicht unfähig, gültige Parteieide abzulegen. — Man muß zwar gestehen, daß die eidlichen Versicherungen solcher Personen, welche von dem Strafrichter bereits eines Verbrechens schuldig erkannt worden sind, und somit ihre Nichtachtung der göttlichen und menschlichen Gebote offen an den Tag gelegt haben, jene Glaubwürdigkeit nicht im vollen Maße verdienen, welche man dem Eide unbescholtener Menschen angeidehen läßt. Diese Rücksicht ist auch in mancher Beziehung von den Gesetzgebungen anerkannt worden. So dürfen bei uns im Criminalverfahren Zeugen, welche sich wegen eines Verbrechens in der Strafe oder auch nur in der Untersuchung befinden, nicht beeidiget werden ²⁾; und im Civilproceß sind alle jene Personen, welche eines aus Betrug oder Gewinnucht entstandenen Verbrechens schuldig erkannt worden sind, über alle Handlungen, zu denen sie als Zeugen gebraucht wurden, nachdem sie in die strafrechtliche Untersuchung verfallen waren, wenigstens auf Einwendung des Gegners, zum Zeugeneide niemals zuzulassen ³⁾. Auch was die Befähigung zur Ablegung des Haupteides betrifft, findet sich bei den Lehrern des gemeinen Rechtes die Ansicht, daß wenigstens solchen, welche sich bereits des Verbrechens des Meineides schuldig gemacht haben, der Haupteid mit Wirkung nicht aufgetragen werden könne, weil ihnen offenbar die erforderliche Glaubwürdigkeit fehle,

ebengenannten Personen auf ausdrückliche Einwilligung des Gegentheiles die Ablegung eines Zeugeneides dennoch gestattet. (S. 214 der gal. G. D.)

¹⁾ Mater. §. II. b. — Verschwender werden zwar von dem Gesetze in gewisser Hinsicht den Wahnsinnigen gleichgesetzt, da sie aber dennoch die Wahrheit zu erfahren und an den Tag zu legen im Stande sind, so kann ihnen die Eidesfähigkeit keineswegs abgesprochen werden.

²⁾ §. 384, lit. c. St. G. B. I. Thl.

³⁾ §. 140 der a. (S. 215 der gal.) G. D.

und der Richter die Pflicht auf sich habe, die zu befürchtende Wiederholung eines Meineides hintanzuhalten ¹⁾. Allein die Besorgniß des Meineides von einem Menschen, welcher sich schon einmal eines gleichartigen Verbrechens schuldig gemacht hat, beruht immer nur auf einer höchst schwankenden Vermuthung, um deren Willen weder dem Meineidigen noch dem andern Proceßtheile, welcher sich der zweifelhaften Gewissenhaftigkeit seines Gegners zu überlassen bereit ist, der Gebrauch des Haupteides (oft seines einzigen Beweismittels) entzogen werden soll ²⁾. Der österreichische Richter ist keineswegs als Wächter des Eides in der Art bestellt, daß er gesetzmäßig aufgetragene oder zurückgeschobene Eide wegen einer auf bloß subjectiven Gründen beruhenden Besorgniß des Meineides zu beseitigen befugt wäre. Unsere Gesetze aber haben Verbrechern und Meineidigen die Fähigkeit, Parteieide mit Rechtswirkung abzulegen, nirgends abgesprochen. — Daß an der Eidesfähigkeit dieser Personen nichts geändert werde, wenn dieselben in Folge des §. 23, lit. c. des St. G. B. I. Th. und §. 279 des a. b. G. B. das freie Verwaltungsrecht über ihr Vermögen verlieren, und unter Curatel gesetzt werden, versteht sich von selbst.

S. 15.

Bei Erbataren, Gemeinden und Gesellschaften, dann bei Mennonisten.

Auch ein in Concurs gerathener Schuldner entbehrt der Eidesfähigkeit nicht. Die besonderen Beschränkungen aber, welche eintreten, wenn der Verschuldete als actives oder passives Subject der Eidesdelation einschreiten soll, werden später bemerklich gemacht werden.

Eben so wenig dürfen Gemeinden und Gesellschaften als eidesunfähig betrachtet werden. Wenn es sich nämlich um solche Ereignungen handelt, bei welchen die Vorsteher oder Bevollmächtigten der Gemeinde oder Gesellschaft selbstthätig eingeschritten sind, so haben diese ihre eigenen Handlungen zu beschwö-

¹⁾ Danz, §. 360. — Thibaut, §. 1163. — Malblanc, §. 42. — Die Stelle des Canon. Rechtes, auf welche sich hierbei berufen wird, ist: c. s. 8. C. 22. qu. 5.

²⁾ Mater. §. IX. lit. c. in der Note.

ren ¹⁾. Außer diesem Falle schwören nach gemeinem Rechte (um zwecklose Vielfältigkeiten des Eides zu vermeiden) nur Einige, und zwar diejenigen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben, oder, wenn alle gleich unterrichtet seyn sollten, die Vorsteher und Verwalter ²⁾. Die Gemeinheit selbst als Delate ist in der Regel berechtigt, die Eidesleister zu wählen, und mit einer hinreichenden Vollmacht zu versehen; dem Eideszuschieber bleibt jedoch unbenommen, seine Einwendungen gegen die Gewählten vorzubringen ³⁾. — Da die österreichischen Gesetze dießfalls keine speciellen Anordnungen enthalten, so wird sich in der Praxis noch jezt an die eben entwickelten Grundsätze des gemeinen Rechtes gehalten ⁴⁾.

Mennonisten, Anabaptisten, Herrnhuter, Quäcker und andere Religionsparteien, welche vermöge ihrer Religionslehren die Eidesablegung für unerlaubt, hingegen ihre feierliche Versicherung so heilig als andere Religionsgenossen den Eid erkennen, sind zwar nicht eidesunfähig, aber es darf ihnen die mit ihren Religionsgrundsätzen nicht vereinbarliche Eidesablegung überhaupt nicht aufgedrungen werden, sondern ist sich statt derselben mit ihrer vor Gericht, nach vorläufiger Ermahnung, die Wahrheit zu sagen, zu erstattenden, und mit einem Handschlage zu bestätigenden Versicherung zu begnügen ⁵⁾.

¹⁾ §. 207 der a. (S. 280 der gal.) G. D. — Man vergleiche über diesen Gegenstand: Linder's Beitrag zu der Lehre über den Gebrauch u. die Ableitung des Schiedseides von moralischen Personen in dem Archiv f. G. P. X. Bd. n. I. und den Nachtrag hiezu in derselben Zeitschrift XIII. Bd. n. X.

²⁾ Fr. 97. Dig. De cond. et demonstr. (35. 1.) — fr. 15. et 19. Dig. Ad municip. (50. 1.)

³⁾ c. 26. X. de jurej. Vgl. Danz, S. 369. — Malblanc, S. 42.

⁴⁾ Der neue Entwurf der G. D. gibt dem Eideszuschieber das Recht, die Eidesleister vorzuschlagen, welche jedoch von dem Gerichte bestätigt werden müssen. S. Mater. §. X. lit. c. Note.

⁵⁾ Hofb. vom 10. Jänner 1815, n. 1201. Dieser gesetzliche Grundsatz, welcher gewiß als ein schönes Zeichen religiöser Duldsamkeit betrachtet werden muß, ist für Deutschland schon in dem Visitationschlusse vom 13. October 1768 ausgesprochen, wo den Bestätigungen der Mennonisten

§. 16.

II. Passives Subject der Eidesdelation können in der Regel nur die Hauptparteien seyn. — Ausnahmsweise auch Litisdenunciaten und Vertretungsleister.

II. Ueber die passiven Subjecte der Eidesauftragung spricht sich der §. 203 der a. G. D. aus; er lautet:

»Jene Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, ist auch befugt, dem Gegner den Haupteid über jene Umstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen« ¹⁾.

Passives Subject der Eidesdelation kann daher 1. immer nur der Gegner, also einer von den proceßführenden Theilen werden. Dritten, dem Prozesse ganz fremden, Personen kann der Haupteid nicht zugeschoben werden, und die österreichische Gesetzgebung kennt insbesondere keine Art von Adcitationen, wodurch man eine dritte Person nöthigen könnte, als Gegner im Prozesse aufzutreten, um sich derselben als Beweismittels durch Eidesdelation zu bedienen ²⁾. Nur in so ferne ein Litisdenunciat oder ein Vertretungs-

bei Mannenwahrheit ausdrücklich die Kraft der Parteieneide beilegt, und für den Fall, als eine falsche Bestätigung dieser Art vorkäme, die Strafe des Meineides angedroht wird. — Vergl. Malblanc (S. 7 und 114), welcher derlei Angelobungen nur dann, wenn sie die Stelle von Parteieneiden vertreten, für vollkommen glaubwürdig erkennt; die Zeugnisse der Mennonisten und ähnlicher Religionsparteien aber immer als etwas bedenklich geachtet wissen will. — Da übrigens dem Eide immer eine wahre religiöse Vorstellung zu Grunde liegen muß, so wären auf alle Fälle erklärte Gotteläugner, wenn solche Unglückliche wirklich vorkommen sollten, zur Eidesleistung niemals zuzulassen. Mater. §. II. 1.

¹⁾ Der Hauptsache nach übereinstimmend lautet der §. 275 der gal. G. D.: »Die Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, ist auch befugt, dem Gegner den Haupteid über jene Gesichtsumstände, welche dieser widersprochen hat, ob er gleich keine Beweismittel für sich hätte, aufzutragen.«

²⁾ Vergl. Gensler, Beitrag zu der Lehre von den Interventionen in dem Civilproceße. In dem Archiv für Civil-Praxis, IV. Band. n. XIV. — Prof. Fischer, die Lehre von der Streitverkündigung. Wien, 1832. — Mater a. a. D.

leister, indem er dem Hauptproceſſe beitrith, ein Streitgenoſſe des Litisdenuncianten oder Vertretungswerbers, und ſomit auch ein Gegner des Gegentheiles wird, ſcheint im Allgemeinen nichts im Wege zu ſtehen, daß einem ſolchen Intervenienten nach der Regel des §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. der Haupteid aufgetragen werde. Dennoch macht auch hier das eigenthümliche Verhältniß des Litisdenunciaten und Vertretungsleiſters zu dem Hauptproceſſe eine beſondere Unterſcheidung nothwendig.

Hat nämlich a) der Litisdenunciat die Führung des Hauptſtreites ganz allein, mithin nicht nur als Streitgenoſſe, ſondern zugleich auch als Sachwalter des Litisdenunciaten übernommen ¹⁾, ſo kann ihm der Haupteid über ſeine eigenen Handlungen nicht nur als Streitgenoſſen, ſondern auch als Sachwalter ohne weiters zugeſchoben werden. Denn da Demjenigen, welcher für einen Andern Proceß führt, der Haupteid über ſeine eigenen Handlungen überhaupt mit voller Rechtswirkung aufgetragen werden darf ²⁾, ſo muß ſich auch hier die günſtige oder ungünſtige Wirkung des auf der einen oder andern Seite abgelegten oder verweigerten Eides auch auf den Litisdenunciaten erſtrecken.

b) Ueber fremde Handlungen hingegen könnte dem Litisdenunciaten, auch dann, wenn er die Führung des Proceſſes allein übernommen hat, nach dem Grundſatze des §. 207 der allgem. (§. 280 der galiz.) G. D. nur in ſeiner Eigenschaft als Streitgenoſſen, nicht aber als Vertreter des Litisdenuncianten der Haupteid aufgetragen werden. Bei Streitgenoſſen nun, deren jeder ein ſelbſtſtändiges und unmittelbares Intereſſe an dem Ausgange des Rechtsſtreites nimmt, mag es allerdings geſchehen, daß ein und derſelbe Geſchichtsſummand gegen den Einen erwieſen, gegen den Andern aber unerwieſen erſcheine ³⁾; es darf daher auch dem Einen ſolcher Litisconſorten ein Eid zugeſchoben werden, welcher dem Andern nicht aufgetragen werden kann; und der aus der Ablegung oder Verweigerung eines ſolchen Eides hervorgehende Beweis äußert ſohin nur gegen den Delaten allein

ſeine rechtliche Wirkung. — Ganz anders iſt das Verhältniß des Litisdenunciaten und des Streitverkündigers. Denn dieſe ſind zwar auch Streitgenoſſen, allein der Erſtere hat kein ſelbſtſtändiges und unmittelbares Intereſſe bei dem Ausgange des Hauptproceſſes. Ihm liegt nur daran, daß ſein Streitgenoſſe (der Streitverkündiger) im Proceſſe obſiege, damit er (Litisdenunciat) von der Pflicht der Gewähr- oder Regreſſleiſtung befreit werde; und ein gegen oder für ihn allein hergeſtellter Beweis würde auf den Ausgang des Rechtsſtreites gar keinen entſcheidenden Einfluß nehmen. Hieraus ergibt ſich, daß ein dem Litisdenunciaten als Streitgenoſſen über fremde Handlungen aufgetragener Eid immer als völlig irrelevant verworfen werden müßte, weil durch deſſen Ablegung oder Verweigerung für oder gegen den Streitverkündiger, als die einzige Hauptpartei, niemals ein Beweis hergeſtellt zu werden vermag ¹⁾.

c) Ganz dieſelben Rückſichten treten dann ein, wenn der Litisdenunciat die Streitverhandlung nicht allein übernommen, ſondern ſich derſelben nur als Streitgenoſſe angeſchloſſen hat, und den Proceß mit dem Streitverkündiger gemeinſchaftlich führt. Nur daß hier nicht nur der über fremde, ſondern auch der über ſeine eigenen Handlungen deſerirte Eid aus den eben angeführten Gründen völlig unerheblich iſt, und alſo verworfen werden muß.

Hieraus ergibt ſich die Regel, daß der Litisdenunciat oder Vertretungsleiſter nur in ſo ferne paſſives Subject der Eidesauftragung werden könne, als er den Hauptſtreit ganz allein, mithin zugleich im eigenen Namen und als Sachwalter des Streitverkündigers (oder Vertretungswerbers) führt, und der aufgetragene Eid ſich auf eine eigene Handlung des Delaten bezieht.

§. 17. Ueberhaupt jene, welche im Namen der Hauptparteien Proceß führen.

2. Daß übrigens der Haupteid nicht nur dem eigentlichen Gegner des Deſerenten (der Gegenpartei im ſtrengen Sinne), ſondern auch den im Namen des Gegners einſchreitenden

¹⁾ §. 59 der a. (§. 50 der gal.) G. D.

²⁾ §. 207 der a. (§. 280 der gal.) G. D.

³⁾ §. 109 der a. (§. 175 der gal.) G. D.

¹⁾ Prof. Fiſcher a. a. D. §. 31 I.

Sachwaltern zugeschoben werden könne, drückt der §. 207 der a. (§. 280 der gal.) G. D. mit Bestimmtheit aus, wo jedoch die das Subject der Eidesauftragung betreffende Beschränkung beigelegt ist, daß solchen im Namen eines Andern proceßführenden Vertretern nur über ihre eigenen Handlungen der Eid aufgetragen werden dürfe.

Schon das römische Recht stellt einen ähnlichen Grundsatz auf. Nach demselben konnten Vormünder, Curatoren, Vermögensverwalter und sonstige Vertreter wenigstens nicht gezwungen werden, über fremde Handlungen zu schwören; grave enim videbatur (sagt Ulpianus fr. 4. Dig. De in lit. jur.) et ignorantis et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire. Wollten sie aber aus Liebe für ihre Pupillen oder aus Gefälligkeit für ihre Parteien sich dennoch dem Zwange des Eides unterwerfen, so stand der Beweiswirkung eines solchen Eides nichts entgegen ¹⁾. Hiermit war es also offenbar nur auf eine Begünstigung der Vertreter abgesehen, deren sich dieselben nach Willkür begeben konnten.

Der österreichische Gesetzgeber scheint bei der in dem §. 207 der a. (§. 280 der gal.) G. D. enthaltenen Anordnung von einem ganz andern Gesichtspuncte ausgegangen zu seyn, und nicht sowohl eine Begünstigung des Vertreters als vielmehr der vertretenen Partei selbst bezweckt, und zugleich die Natur des Haupteides als Beweismittel im Auge gehabt zu haben. — Dieser §. der G. D. lautet nämlich ganz allgemein dahin, daß demjenigen, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Proceß führet, nur über seine eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden könne; womit auch das Verbot, dergleichen Personen über fremde Handlungen den Haupteid zu deferiren in derselben Allgemeinheit ausgesprochen ist, ohne daß es in das Belieben des Vertreters gelegt wäre, einen solcherart aufgetragenen Eid dennoch nach Willkür anzunehmen. Diese strengere Ansicht stimmt sehr wohl zu dem allgemeinen Grundsatz, daß die Eides-

¹⁾ L. 5. Cod. De rebus creditis. (4. 1.) — fr. 4. pr. Dig. De jurejur. in litem. (12. 3.) — fr. 34. §. 3 et 8. — fr. 42. §. 2. — fr. 9. §. 6. Dig. De jurejur. (12. 2.) — Malblanc, §. 42. — Danz, §. 369. — Zhibaut, §. 1163.

delation nur zwischen den streitenden Parteien selbst zulässig und von rechtlicher Wirkung sey. Nur dann, wenn der Vertreter einer Hauptpartei, es sei nun als bevollmächtigter Sachwalter, Vormund, Curator, Cedent, als Hauptschuldner im Verhältniß zu dem Bürgen, als Vertretungsleister u. dgl. selbst solche Handlungen unternommen hat, aus welchen der Vertretene berechtigt und verpflichtet wird; nur dann erscheint er rücksichtlich dieser Handlungen mit der streitenden Partei gewissermaßen als juridisch eine Person, und kann ihm daher ausnahmsweise darüber der Haupteid um so mehr aufgetragen werden, da er der Hauptpartei für den Fall der Sachfälligkeit in der Regel zur Gewähr oder Regreßleistung verpflichtet ist, und schon aus diesem Grunde bei dem Ausgange des Proceßes wenigstens mittelbar theilhaftig, und somit auch gewissermaßen als Partei erscheint ¹⁾. In allen übrigen Fällen, wo es sich um die Bewahrheitung solcher Facten handelt, welche dem Vertreter zwar bekannt, aber (im Sinne der G. D.) fremd, d. h. nicht aus seiner Causalität entsprungen sind, erscheint dieser lediglich als dritte Person. Solchen dritten Personen aber kann der Haupteid keineswegs aufgetragen werden, weil man hiedurch den Gegner wider alle Grundsätze nöthigen würde, den Ausgang der Sache von der Gewissenhaftigkeit und dem guten Willen dieses Dritten, der im Grunde nur als einzelner Zeuge erscheint, abhängig zu machen, und sich der Gefahr eines hinterlistigen Einverständnisses zwischen diesem Dritten und dem Deferenten preiszugeben. Wie dies denn auch aus der eigenthümlichen Natur des Haupteides als Parteieneides (§. 8.) nothwendig hervor geht ²⁾.

¹⁾ Ganz in diesem Sinne soll nach dem neuen Entwurfe der G. D. (Vergl. Mater. Seite 185.) der Eid der Regel nach nur den streitenden Theilen selbst aufgelegt oder vorbehalten werden; allein über Umstände, die nicht der streitenden Partei selbst, sondern nur einem Dritten, in dessen Rechte sie eingetreten, oder durch dessen Handlungen sie verpflichtet geworden ist, bekannt sind, kann auch diesen dritten Personen nach Ermessen des Richters der Eid vorbehalten oder auferlegt werden.

²⁾ Daß es übrigens den Parteien frei steht, den Ausgang des Rechtsstreites

§. 18.

Eidesunfähige Personen dürfen nie passive Subjecte des Haupteides werden.

3. Die Partei, welcher der Haupteid aufgetragen werden will, muß überhaupt eidesfähig seyn. Denn jeder einer eidesunfähigen Person zugeschobene Eid müßte, da die Annahme desselben niemals zu gestatten wäre, nothwendigerweise dem Defe-
renten zurückgeschoben werden, und sich daher unter jeder Bedingung zu einem bloßen Selbsteide des Defe-
renten gestalten, welchem es nach geläuterten Principien (§. 4) an aller Beweiskraft gebricht. — Daher kann Unmündigen, Rasenden, Wahnsinnigen und Blödsinnigen der Haupteid mit Rechtswirkung nicht aufgetragen werden. Den Vertretern dieser Personen liegt ob, je-
den ihren Pflegebefohlenen zugeschobenen Eid mit der Einwen-
dung der Unfähigkeit des Delaten ohne weiters zurückzuweisen. Wären aber dieselben dessenungeachtet auf die Zumuthung des Defe-
renten eingegangen, so dürfte dennoch der Erkenntnißrichter dem unfähigen Delaten die Annahme und Ablegung des Eides im Urtheile weder vorbehalten, noch ihm die Zurückschiebung desselben auftragen.

§. 19.

Cridataren und Mennonisten kann der Haupteid nicht mit voller Rechtswirkung zugeschoben werden.

4. Außerdem gibt es noch Personen, welchen, obgleich sie an sich nicht eidesunfähig sind, dennoch der Haupteid mit voller Rechtswirkung nicht aufgetragen werden kann. Hieher gehören in gewisser Hinsicht Cridatare. Ein Gläubiger zwar, welcher seine Rechte nicht an dem in den Concurß eingezogenen Vermögen, sondern an der Person des Schuldners, oder an dessen in einer andern Provinz befindlichem Vermögen suchen will ¹⁾, mag sich der Eidesauftragung an den Verschuldete ohne Anstand bedienen, weil der Verschuldete in diesem Verhältnisse gar nicht

von der eidlichen Bestätigung eines Factums durch einen Dritten im Vergleichswege abhängig zu machen, versteht sich von selbst.

¹⁾ Hofb. vom 12. November 1787, n. 745.

als Cridatar zu betrachten ist. Ganz anders ist es aber bei denjenigen Klagen, welche mit Bezug auf das in Concurß gezogene Vermögen gegen den Massavertreter angebracht worden sind. Hier erscheint nämlich der Massavertreter in einer doppelten Eigenschaft: als Curator des Verschuldeten und als Vertreter der intelligibeln Gesamtheit der Gläubiger ¹⁾. Der Verschuldete ist bei dem Ausgange des Liquidirungsprocesses in so ferne interessirt, als er, der Concurßverhandlung ungeachtet, noch immer (und zwar bis zur Veräußerung oder Einantwortung des Concurßvermögens) als wahrer Eigenthümer desselben anzusehen ist ²⁾, und ihm der hievon nach Befriedigung sämmtlicher Gläubiger allenfalls erübrigende Rest eigenthümlich verbleibt. Der Creditorschast aber liegt daran, daß das in Gesamterecution gezogene Concurßvermögen durch die Ansprüche des einzelnen Liquidanten nicht geschmälert werde.

Der Verschuldete ist also von vorneherein kein Vertretungs-
leister, sondern lediglich ein Streitgenosse der intelligibeln Gesamtheit der Gläubiger. In dieser Eigenschaft, als Streitgenossen nun, kann ihm nach den oben (§. 16) entwickelten Grundsätzen der Haupteid selbst über seine eigenen Handlungen nicht mit der Wirkung aufgetragen werden, daß aus der Verweigerung des ihm zugeschobenen Eides auch gegen die Concurßgläubiger ohneweiters und ohne deren vorläufige Zustimmung ein Beweis entstünde ³⁾.

Dieser Ansicht ist man hier um so mehr beizupflichten genöthigt, als in dem Falle, daß sich die nachtheilige Wirkung eines von dem Verschuldeten ohne Zustimmung der Gläubiger-Ausschüsse angenommenen und sohin verweigerten Haupteides auch auf die Concurßgläubiger erstreckte, hinterlistige Einverständnisse des Cridatars mit fingirten Liquidanten gar sehr zu besorgen stünden; eine Besorgniß, welcher der römische Gesetzgeber dadurch be-

¹⁾ Prof. Fischer. Handbuch der dilatorischen Einwendungen im Civilpro-
cess. Wien 1825, S. 47.

²⁾ Hofb. v. 4. Juli 1824, n. 2012.

³⁾ Malblanc, §. 42 — *debitores obaerati, quorum saltem recusatio et confessio in fraudem reliquorum debitorum non allegari potest.*

gegen zu müssen glaubte, daß er den Gemeingläubigern gegen einen solchen von den Verschuldeten abgelegten Eid die Einwendung des Betruges gestattete¹⁾, welcher aber viel kräftiger dadurch gesteuert wird, wenn selbst die Annahme eines dem Gemeinschuldner aufgetragenen Eides von der Einwilligung der Gemeingläubiger abhängig gemacht ist²⁾. — Wird die Annahme von ihnen wegen Besorgniß eines betrügerlichen Einverständnisses verweigert, so ist der Eid rücksichtlich ihrer als gar nicht aufgetragen zu betrachten. Hat hingegen der Gläubiger-Ausschuß in die Annahme ausdrücklich gewilligt, so liegt hierin eine Aufforderung des Verschuldeten zur Vertretungsleistung, wodurch derselbe in die Lage kommt, bei der Führung des Processus auch im Namen der Gläubiger als freiwilliger Vertretungsleister einzuschreiten, und wenigstens den über seine eigenen Handlungen aufgetragenen Eid durch den Massavertreter mit der Wirkung anzunehmen und anzutreten, daß sich sohin auch die nachtheiligen Folgen der Eidesverweigerung auf die Gesamtheit der Gläubiger zu erstrecken haben.

Daß übrigens aus einem dem Verschuldeten über fremde Handlungen aufgetragenen Eide selbst dann, wenn er mit Beistimmung des Gläubiger-Ausschusses angenommen worden wäre, für die intelligible Gesamtheit der Gläubiger keine Rechtswirkung entstehen könne, ist nicht zu bezweifeln, weil der Creditor auch hier für die Gläubiger nur als Vertretungsleister auftritt, in welcher Eigenschaft ihm nach den oben (§. 16) entwickelten Grundsätzen der Haupteid über fremde Handlungen rechtsgültig niemals aufgetragen werden kann³⁾.

¹⁾ Fr. 9. §. 5. Dig. De jurejur. (12. 2.) Sed et, si quis in fraudem creditorum jusjurandum detulerit debitori, adversus acceptionem jurisjurandi replicatio fraudis debitoribus debet dari.

²⁾ Die Zurückziehung kann, wie sich später zeigen wird, ohnehin ohne ihre Zustimmung nicht Statt finden.

³⁾ Auch nach der a. G. D. für die k. preuß. Staaten (§. 280) „kann weder ein Schuldner noch Gläubiger der Masse dem Gemeinschuldner, weder über die Wahrheit und den Betrag, noch über das Vorzugsrecht der streitigen Forderung den Eid zuschieben.“ — Die österreichische Praxis entscheidet sich beinahe durchgehends für die entgegengesetzte Ansicht,

Mennoniten und anderen denselben durch das Hofdecret vom 10. Jänner 1815, n. 1201, gleichgestellten Religionsparteien darf die mit ihren Religionsgrundsätzen unvereinbarliche Eidesablegung nicht aufgedrungen werden. Sollte demnach einem solchen Religionsverwandten von seinem Gegner, sey es nun aus Unwissenheit des Factums, oder aus Chicaner der Haupteid aufgetragen worden seyn, so stünde es dem Delaten ohne Zweifel frei, den ganzen Eidesantrag als gesetzwidrig zurückzuweisen; wenn er sich aber die Zumuthung des Gegners trotz der ihm zu Gebote stehenden Einwendung gefallen ließe, so wäre der Richter keineswegs berufen, die Eidesdelation von Amtswegen zu verwerfen.

§. 20.

III. Active Subjecte der Eidesdelation in formeller und materieller Bedeutung.

III. Als actives Subject der Eidesdelation (in formeller Bedeutung) erscheint diejenige Person, welche im Processen den Auftrag macht, daß die Rechtsache durch den Haupteid entschieden werden solle, und welche daher vorzugsweise Defertent, Eidesauftrager, Eideszuschieber genannt zu werden pflegt. Da jedoch der Haupteid, um mit ganzer Rechtswirkung aufgetragen werden zu können, zurückschiebbar seyn muß, und diejenige Person, welche denselben im Zurückschiebungsfalle abzulegen sich erbiethet, nicht immer dieselbe ist, welche den Eid als Beweismittel angetragen hat, so stellt sich auch diese Person als actives Subject der Eidesdelation, und zwar im materiellen Sinne, dar¹⁾.

und läßt die Eidesauftragung an den Creditor im Concursprocessen unbedingt zu. Dieses Verfahren vom Standpuncte der Theorie zu rechtfertigen, hat unlängst Herr Dr. C. P. Mayer in einem ausführlichen Aufsatz (Zeitschrift für Derr. Rechtsgelehrsamkeit. Febr. 1837, St. VII.) versucht, wobei jedoch auf das oben bemerkte Verhältniß des Creditors als bloßen Streitgenossen der Creditorschaft keine Rücksicht genommen wurde.

¹⁾ So kann es z. B. geschehen, daß der Vormund dem Gegner (mit obervormundschaftlicher Bewilligung) einen Haupteid zuschiebt, welchen der Mündel im Zurückschiebungsfalle abzulegen sich erbiethet. Hier erscheint nicht nur der Vormund, sondern auch der Mündel als actives Subject der

Es kommt daher die doppelte Frage in Anregung: A. Wer ist im Proceſſe auf die Entscheidung des Rechtsstreites durch den Haupteid anzutragen berechtigt, oder wer kann actives Subject der Eidesdelation im formellen Sinne seyn? und B. welche Personen dürfen sich zur Ablegung des Haupteides im Zurückschiefungsfalle auf eine für den Delaten verbindliche Weise erbiehen; oder wer kann actives Subject der Eidesauftragung im materiellen Sinne seyn?

§. 21.

A. Als active Subjecte der Eidesauftragung im formellen Sinne erscheinen die Hauptpartei und ihre Vertreter.

A. Was nun die Erste dieser beiden Fragen betrifft, so bestimmt der §. 203 der a. (S. 275 der gal.) G. D., daß jene Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, auch befugt sey, dem Gegner den Haupteid aufzutragen. Den Act der Eideszuschiefung zu unternehmen, d. h. den Antrag zu machen, daß die Rechtsache durch den Haupteid entschieden werden solle, ist immer nur die Partei, oder unter Voraussetzung der gesetzlichen Bedingungen der zur Führung des Proceſſes gehörig legitimirte Sachwalter derselben (der Bevollmächtigte, Vormund, Curator u.) im Namen der Partei berechtigt. Der Act der Eideszuschiefung hat auch jetzt noch, wo der Haupteid als Beweismittel erklärt ist, etwas von der Natur einer Vergleichsproposition an sich, wodurch die Entscheidung der ganzen Rechtsache durch den freien Willen des Deferenten von der Gewissenhaftigkeit des Gegners abhängig gemacht wird. Es ist daher ganz in der Natur der Sache gegründet, daß die Unternehmung eines so wichtigen Schrittes der Partei selbst (wenigstens insofern sie das freie Verfügungsrecht über ihr Vermögen besitzt) überlassen bleiben muß, und daß Sachwalter, welche zwar den Proceß im Namen der Partei zu führen im Allgemeinen legitimirt sind, dennoch, um diese entscheidende Proceßhandlung mit Rechtswirkung unternehmen zu können, einer besondern Legitimation bedürfen; und zwar aus demselben Grunde, aus welchen sie die ihnen anvertraute

Eidesdelation, ersterer jedoch bloß in formeller, letzterer in materieller Bedeutung.

Rechtsache ohne eine besondere Legitimation zu vergleichen nicht berechtigt sind. Diese gesetzliche Beschränkung der Sachwalter bei Auftragung des Haupteides scheint mir durch den Beisatz des §. 203 der a. (S. 175 der g.) G. D.: welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, zunächst angedeutet ¹⁾.

Zu den hierdurch rücksichtlich der Eidesdelation beschränkten Sachwaltern gehören: Bevollmächtigte, Vormünder, Curatoren, Väter als gesetzliche Vertreter ihrer minderjährigen Kinder, der Ehemann als gesetzlicher Vertreter seiner Gattin, der Vertreter und Vermögens-Verwalter einer Concursumasse, das Fiscalamt und der Vertheidiger des Ehebandes. Alle diese Personen bedürfen einer beson-

¹⁾ Durch diesen Beisatz wollte der Gesetzgeber offenbar nicht bestimmen, in wie ferne die Hauptpartei vermöge ihrer subjectiven Beschaffenheit den Haupteid aufzutragen befugt sey. Denn daß die Hauptpartei selbst, um den Act der Eideszuschiefung gültig unternehmen zu können, die subjective Fähigkeit die Streitsache zu vergleichen besitzen müsse, versteht sich schon nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und konnte daher in dem §. 203 der a. (S. 275 der gal.) G. D. nicht als eine Besonderheit aufgeführt werden. Die Hauptpartei entbehrt nämlich des Rechtes, die Streitsache zu vergleichen nur dann, wenn ihr die freie Verfügung über ihr Vermögen benommen ist; dann aber kann sie ohnehin weder als Kläger, noch als Beklagter vor Gericht erscheinen (§. 243 des a. b. G. B. — §. 64 der a. und §. 57 der gal. G. D.), und folglich auch gar keinen Schritt im Proceſſe selbstständig unternehmen. Es bedurfte also keiner besondern Erwähnung, daß solche Personen den so wichtigen und für ihre Rechte oft gefährlichen Act der Eideszuschiefung ohne Dazwischenkunft ihres Vertreters zu unternehmen nicht befugt seyen. — Soll der Beisatz: jene Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, wirklich eine besondere Beschränkung in Beziehung auf die activen Subjecte der Eidesdelation enthalten (daß darin auch eine objective Beschränkung angedeutet zu seyn scheine, wird sich später zeigen), so muß das Wort Partei in einem weitem Sinne genommen, und hierunter auch der bei einem Rechtsstreite im Namen des dominus litis einschreitende Sachwalter begriffen werden, in so ferne er als rechtliches Organ der im eignen Namen streitenden Partei, dieselbe repräsentirt, und hierdurch gewissermaßen selbst als Partei erscheint — welche aber des Rechtes, die Streitsache aus eigener Macht zu vergleichen, entbehrt, und somit nach der Anleitung des §. 203 der a. (S. 275 der gal.) G. D. aus eigener Machtvollkommenheit wenigstens den Antrag nicht machen kann, daß die Streitsache durch den Haupteid entschieden werde.

den Legitimation, um den Antrag, daß der Rechtsstreit durch den Haupteid entschieden werden solle, mit Rechtswirkung machen zu können. Das Nähere hierüber findet sich ziemlich zerstreut in verschiedenen Zweigen der österreichischen Gesetzgebung, und soll hier in möglichster Kürze zusammengestellt werden.

§. 22.

Besondere Legitimation, deren die Vertreter der Hauptparteien zur Eideszuschreibung bedürfen; und zwar: Bevollmächtigte Sachwalter.

Nach früheren vaterländischen Gesetzen ¹⁾ war der bevollmächtigte Sachwalter zur Auftragung (Zuschreibung) eines Haupteides legitimirt, sobald ihm in der Vollmacht ausdrücklich das Recht, die Streitsache zu vergleichen, eingeräumt worden war. Seit der Wirksamkeit des allg. bürgerl. Gesetzbuches, durch welches alle auf die Gegenstände desselben sich beziehenden Gesetze außer Kraft gesetzt wurden ²⁾, reicht dieses in der Vollmacht enthaltene Vergleichungsbefugniß zur gültigen Auftragung eines Haupteides nicht mehr hin. Denn der §. 1008 des a. b. Gesetzbuches, worin die Geschäfte, welche eine besondere auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht erfordern, aufgezählt werden, erwähnt nebst dem Rechte, Vergleiche einzugehen, noch insbesondere das Recht, Eide aufzutragen, anzunehmen oder zurückzuschreiben, und zeigt durch diese Coordination deutlich an, daß in dem Erstern dieser Rechte das Zweite noch keineswegs enthalten sey ³⁾. Der Sachwalter wird also gegenwärtig zur gültigen Auftragung eines Haupteides einer besonders und ausdrücklich auf diese Gattung der Geschäfte lautenden Vollmacht bedürfen. Kann er jedoch eine solche nicht produciren, so wird der Eidesauftrag noch immer auch dann gültig seyn, wenn die Handschrift, in welcher er gemacht wurde, von der Partei eigenhändig unterfertigt

¹⁾ Resolut. v. 11. Sept. 1784. i) n. 886, und Hofd. v. 28. May 1789, n. 1012.

²⁾ Rundmachungspatent, vierter Absatz.

³⁾ Vergl. Fischer's Handbuch der dilatorischen Einwendungen im Civilproceffe. Wien 1825, §. 75.

ist ¹⁾. — Daß das Gesetz auch zur Zurückziehung des Haupteides im Proceffe eine besondere Vollmacht fordert, ist um so natürlicher, da jede Zurückziehung eine Auftragung des Eides in sich schließt, indem durch dieselbe der ursprüngliche Delat die Rolle des Deferenten übernimmt, und die Rechtsfache von dem Eide seines Segners abhängig macht ²⁾.

Auffallender dürfte es scheinen, wenn auch zur Annahme des deferirten Haupteides eine besondere Vollmacht gefordert wird, indem in Folge Hofd. v. 12. März 1789, n. 986, und §. 277 der gal. G. D. der bereits angenommene, aber noch nicht angetretene Haupteid in der Regel noch immer zurückgeschoben werden kann, so daß die Acceptation an sich keineswegs als ein entscheidender Schritt erscheint. — Allein abgesehen davon, daß die Annahme eines im Vergleichswege angetragenen Haupteides die annehmende Partei unweigerlich verbindet, und die Entscheidung des ganzen Rechtsstreites von der Abschwörung des angenommenen Eides abhängig macht, so tritt derselbe Fall auch bey der im Proceffe vorkommenden Annahme eines irreferiblen Haupteides ein, weil auch dieser unter keiner Bedingung mehr zurückgeschoben werden darf (§. 48). — Die während der Streitverhandlung abgegebene Erklärung, einen referiblen Eid annehmen zu wollen, beraubt freilich den Delaten des Rechtes der Zurückziehung nicht, und kann daher von dem bevollmächtigten Sachwalter auch ohne besondere Legitimation ausgesprochen werden. Allein eben deshalb erscheint diese Erklärung gar nicht als eine rechtskräftige Annahme. Die eigentliche Annahme eines referiblen Eides liegt erst in dem nach gefälligem Urtheile erfolgten Antretungsgesuche; und hiezu bedarf der Bevollmächtigte allerdings einer besonderen Legitimation.

§. 23.

Vormünder und Curatoren; — Väter als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder; — der Ehemann als gesetzlicher Machthaber seiner Gattin.

Ein Vormund oder Curator kann in allen Geschäften, welche nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, und

¹⁾ Hofd. v. 28. Mai 1789, n. 1012.

²⁾ Mater. §. IX. a.

welche von größerer Wichtigkeit sind, nichts ohne gerichtliche Einwilligung vornehmen ¹⁾. Hieraus folgt nun, was bereits das Hofd. von 31. Aug. 1798, n. 430 als bekannt voraussetzt, daß sich diese Vertreter der Minderjährigen und Curanden, wenn sie in den Geschäften derselben einen Haupteid auftragen wollen, mit einer gerichtlichen Genehmigung zu versehen haben. Ob aber einem Vormunde oder Curator diese Genehmigung zu erteilen sey, muß von Fall zu Fall nach Beschaffenheit der Umstände von der betreffenden Stelle bemessen werden. Daher ein derley allgemeines, in den Vormundschafts- oder Curatelsdecreten eingeschaltetes, Befugniß völlig unwirksam wäre ²⁾, vielmehr die Thatumstände, zu deren Beweis der Haupteid aufgetragen werden dürfe, jedesmal in dem Legitimationsbescheide genau auszudrücken sind.

Da auch die Zurückziehung, wie gesagt, eine Art von Eidesdelation ist, so wird der Vormund oder Curator auch zur Referirung eines seinem Mündel oder Pflegebefohlenen aufgetragenen Eides einer speciellen obrigkeitlichen Genehmigung bedürfen. Die Entscheidung des Rechtsstreites ist durch die Auftragung des Haupteides an den Minderjährigen oder Pflegebefohlenen ganz in die Hände desselben gelegt. Dieser Vortheil wird durch die Zurückziehung völlig aufgegeben, vielmehr der Erfolg des Processus der Gewissenhaftigkeit des Gegners überlassen. Es leuchtet daher von selbst ein, wie vorsichtig hiebei die vormundschaftliche Behörde vorzugehen habe, und wie sorgfältig sie die Gründe prüfen soll, aus welchen die Zurückziehungsbewilligung angesucht wurde. Eine persönliche Vorladung des Pflegebefohlenen dürfte in einem solchen Falle ganz in dem Geiste des IV. Hauptstückes I. Theiles des a. b. G. B. gegründet seyn.

Zur Annahme eines dem Mündel oder Pflegebefohlenen aufgetragenen Haupteides bedarf sein Vertreter keines besondern obrigkeitlichen Auftrages, doch wird es in dem Kreise seiner Pflicht liegen, sich genau zu informiren, in wie ferne sein Pflegebefohlener geneigt und im Stande ist, den aufgetragenen Eid mit gutem Gewissen abzulegen, oder ob es nach Maßgabe der Umstände

¹⁾ §. 288 und 282 d. a. b. G. B.

²⁾ Hofd. v. 3. Nov. 1789, n. 1069.

nicht doch gerathener sey, eine Gewissensvertretung zu versuchen, oder in Ermanglung einer solchen im Vertrauen auf die Redlichkeit des Gegners den Eid nach hierzu erlangter Bewilligung zurückzuschieben.

Den Vätern kommt die Verbindlichkeit zu, ihre minderjährigen Kinder zu vertreten ¹⁾. Da sie jedoch rücksichtlich des der Kindern eigenen Vermögens nur als Verwalter (Curatoren) zu betrachten ²⁾ und in dieser Eigenschaft bei den nicht zum Wirthschaftsbetrieb gehörigen Geschäften von größerer Wichtigkeit wie jeder andere Curator an die obercuratorische Bewilligung gebunden sind ³⁾, so kommen auch auf sie in dem Fall, als sie in Vertretung ihrer Kinder Eide aufzutragen, zurückzuschieben oder anzunehmen haben, die so eben für Vormünder und Curatoren entwickelten Grundsätze anzuwenden.

Nur dann, wenn das Vermögen, um welches der Rechtsstreit geführt wird, oder aus welchem seiner Zeit der richterliche Spruch zur Erfüllung gebracht werden soll, ein solches ist, worüber dem Minderjährigen das freie Dispositionsrecht zukommt ⁴⁾, hat zwar der Vater oder Vormund ebenfalls die Vertretung zu führen, weil ein Minderjähriger niemals, weder als Kläger, noch als Beklagter vor Gericht erscheinen kann ⁵⁾; bei einer hiebei vorkommenden Auftragung oder Zurückziehung eines Eides aber ist sodann nicht die obervormundschaftliche oder obercuratorische Bewilligung, sondern vielmehr die Zustimmung des Minderjährigen aus denselben Rücksichten erforderlich, aus welchen sich jeder bevollmächtigte Sachwalter mit einer wenigstens generellen Vollmacht zu diesen Schritten von seiner Partei zu versehen hat ⁶⁾.

Daß auch der Ehemann als gesetzlicher Bevollmächt-

¹⁾ §. 52 d. a. b. G. B.

²⁾ §. 149 und 175 d. a. b. G. B.

³⁾ 1219 und 1224 d. a. b. G. B. vergl. des Herrn Regierungsrathes Dr. J. Winwartner: österreichisches bürgerliches Recht, S. 168, S. 356.

⁴⁾ §. 151 d. a. b. G. B.

⁵⁾ 152 und 243 d. a. b. G. B.

⁶⁾ Vergl. Fischer a. a. D. §. 77, 2.

tigter seiner Gattin ¹⁾ zu gleichem Zwecke einer eben solchen Vollmacht der Letzteren bedarf, versteht sich von selbst ²⁾).

§. 24.

Der Vertreter und der Vermögensverwalter einer Concursmasse.

Der Concursmasse-Vertreter, welcher die Prozesse über die von den Concursgläubigern eingereichten Liquidations- und Klassenrechts-Klagen führt, und der Concurs-Vermögens-Verwalter, insofern er die Activforderungen der Credita-masse gerichtlich einzubringen hat, erscheinen hiebei, wie bereits oben (§. 19.) erwähnt worden, in einer doppelten Eigenschaft, denn sie vertreten einerseits die intelligible Gesamtheit der wahren Concursgläubiger, andererseits aber auch den Concursschuldner ³⁾. Der §. 7 der a. G. D. nennt sie Curatoren (curator ad lites und curator honorum), welcher Charakter ihnen jedoch nur als Vertretern des Creditars, und auch rücksichtlich desselben nur in Beziehung auf das Concursvermögen zukommt ⁴⁾. Denn nur der Creditar ist durch die Eröffnung des Concurses der freien Verwaltung des einbezogenen Vermögens entsetzt worden, und da er in Folge dessen die auf dasselbe bezüglichen Angelegenheiten nicht selbst besorgen, und seine dießfälligen Rechte nicht selbst verwahren kann, so ist für ihn der im §. 269 des a. b. G. B. ausgesprochene Fall der Curatel vorhanden. Die Concursgläubiger hingegen stehen als solche in der freien Verwaltung ihres Vermögens, und schreiten daher bei der Concursverhandlung selbstständig, oder mittelst ihrer Väter, Curatoren, Vormünder durch ihr gesetzliches Organ, den Gläubiger-Ausschuß ein ⁵⁾. Ist also der Concursmasse-Vertreter oder der Concursvermögens-Verwalter

¹⁾ §. 91 d. a. b. G. B.

²⁾ Rippel's Erläuterungen des a. b. G. B. zu §. 1239.

³⁾ Fischer a. a. D. §. 47.

⁴⁾ Die entgegengesetzte Ansicht, daß der Creditar selbst mit Rücksicht auf das in den Concurs einbezogene Vermögen nicht als Curand zu betrachten sey, hat Hr. Dr. C. P. Mayer in dem oben angeführten Aufsätze: Ueber den Haupteid im Concursproceß, zu verteidigen gesucht.

⁵⁾ Fischer a. a. D. §. 47, 48.

in dem Falle, einen Haupteid aufzutragen, oder zurückzuschieben, so bedarf er hierzu nicht nur die Einwilligung des Gläubiger-Ausschusses (wobei Mehrheit der Stimmen entscheidet, §. 1011 d. a. b. G. B., und eine generelle, auf Eides-Auftragung, Zurückschreibung und Annahme lautende Vollmacht, allenfalls auch die Fertigung der Satzschrift genügt), sondern auch eine besondere Legitimation der Concursinstanz als Curatelsbehörde des Verschuldeten, welche Legitimation jedoch nur von Fall zu Fall erteilt werden kann ¹⁾).

Wenn im Concursproceß zur Vertretung mehrerer mit einer Vorrechtsklage belangter Concursgläubiger der Richter in Folge des §. 32 der a. G. D. (§. 86 der G. D.) auf ihre Gefahr einen gemeinschaftlichen Rechtsfreund ernannt hat, und dieser nun dem Vorrechtskläger einen Haupteid auftragen will, so kann hiezu keineswegs die Concursinstanz eine Legitimation erteilen, sondern es bedarf hiezu einer nach dem §. 1008 des a. b. G. B. eingerichteten Bewilligung der gemeinschaftlich vertretenen Parteien, unter welchen es jeder einzelnen freisteht, diese Bewilligung zu erteilen oder zu verweigern, wornach der Vorrechtsproceß in Ansehung derjenigen, welche von dem Haupteide keinen Gebrauch machen wollten, so zu entscheiden seyn wird, als wenn kein Haupteid aufgetragen worden wäre, während rücksichtlich der übrigen die Eidesauftragung vollkommen gültig und wirksam ist ²⁾.

§. 25.

Das Fiscalamt.

Auch das Fiscalamt bedarf, um in den seiner Vertretung zugewiesenen Streitsachen einen Haupteid gültig auftragen zu können, der Bewilligung der betreffenden Stelle, welche von Fall zu Fall nach Beschaffenheit der Umstände zu erteilen ist ³⁾. Die

¹⁾ Fischer a. a. D. §. 76. — In der Praxis wird eine solche Legitimation der Concursinstanz nicht verlangt, sondern die Eidesdelation über Zustimmung des Gläubiger-Ausschusses und des Creditars ohne weiters gestattet.

²⁾ Hofb. v. 23. Aug. 1799, n. 474.

³⁾ Resol. vom 11. Sept. 1784, n. 336. — Hofb. v. 20. Febr. 1786 n. 528 und Hofb. v. 3. Nov. 1789, n. 1069.

Stelle aber, welche diese Bewilligung erteilt, ist die Landesstelle ¹⁾, außer in so ferne das Fiscalamt für jene Gewerkschaften, Fabriken oder Privatparteien einschreitet, denen der Landesfürst aus Pachtungen oder andern bürgerlichen Contracten, aus erteilten Privilegien, oder sonstigen rechtsgültigen Titeln zur Gewährleistung und Vertretung verbunden ist ²⁾, oder insoferne als er die Unterthanen in Rechtsangelegenheiten wider ihre Obrigkeit vertritt ³⁾; denn in diesen beiden Fällen hat sich das Fiscalamt, um einen gültigen Eidesauftrag zu machen, mit einer wenigstens allgemein lautenden Einwilligung der durch dasselbe vertretenen Partei zu versehen ⁴⁾.

Wenn hingegen das Fiscalamt in einer Streitsache sowohl den Kläger als den Beklagten zu vertreten hätte, und daher in Folge Hofd. v. 30. Nov. 1789, n. 1080, von der Vertretung sowohl des einen als des andern Theiles ganz entfernt werden muß, so haben die in einem solchen Falle von der Landesstelle beiden Theilen beizugebenden Vertreter, sobald es sich um die Auftragung oder Zurückziehung eines Haupteides handelt, jene Legitimation beizubringen, welche das Fiscalamt selbst haben müßte.

S. 26.

Der Vertheidiger des Ehebandes.

Der Vertheidiger des Ehebandes, welcher in Angelegenheiten, wo es sich um Ungültigerklärung, oder um die Trennung einer Christenehe handelt, von dem Landrechte, oder von dem *judicio delegato militari mixto* aufgestellt wird, um das Interesse des Staates an der Aufrechthaltung solcher Ehen zu vertreten ⁵⁾, wird nicht leicht in den Fall kommen, von der Auftragung, Zurückziehung oder Annahme eines Haupteides Gebrauch zu machen; indem in solchen Angelegenheiten zum Beweise des Ehehindernisses oder Trennungsgrundes einem Eide der Ehegat-

¹⁾ Vergl. allg. Instr. für die Fiscalämter v. 10. März 1783, n. 124. §. 41.

²⁾ Ebendaselbst §. 3.

³⁾ Unterthanspatent vom 1. Sept. 1781, §. 32, n. 23. — Hofd. vom 26. September 1797, n. 378.

⁴⁾ Fischer d. a. a. D. §. 77, 1.

⁵⁾ §. 97 und 115 d. a. b. G. B. — Hofd. vom 2. Juli 1802, n. 564.

ten nicht statt gegeben werden kann ¹⁾. Nur ausnahmsweise dürfte auch in solchen Streitigkeiten der Haupteid Statt finden wenn auf Nichtigerklärung der Ehe wegen eines solchen Hindernisses, worüber das Landrecht die Untersuchung nicht von Amtswegen einzuleiten, sondern die Klage abzuwarten hat ²⁾, oder wenn auf Trennung der Ehe geklagt, und das Ehehinderniß oder die Trennungsurache auf andere Art vollständig erwiesen wird; in welchem Falle dem Kläger der Eid über den Umstand aufgetragen werden kann, daß jenes Ehehinderniß oder die Trennungsurache durch Verzichtleistung oder auf andere Weise wieder erloschen sey ³⁾. Der Vertheidiger des Ehebandes nun ist von der Auftragung eines solchen Eides Gebrauch zu machen befugt, ohne daß er hiezu einer besondern Legitimation bedürfte, weil es ohnehin Pflicht des Landrechtes ist, in derlei Angelegenheiten die Beschaffenheit der Sache von Amtswegen zu untersuchen, und folglich auch auf den vorgeschlagenen Eid, wenn er zu diesem Zwecke etwas beitragen kann, zu erkennen ⁴⁾.

S. 27.

B) Auch active Subjecte der Eidesdelation im materiellen Sinne können in der Regel nur die Hauptparteien selbst seyn.

B. Was die zweite der oben aufgeworfenen Fragen betrifft: welche Personen sich zur Ablegung des Haupteides im Zurückziehungsfalle auf eine für den Delaten verbindliche Weise erbieten und somit active Subjecte der Eidesdelation im materiellen Sinne werden können? so ergibt sich hiezu:

1.) vorerst die Antwort, daß dieß ebenfalls nur solchen Individuen gestattet sey, welche im Proceße als Parteien betrachtet werden können. Dritte Personen, welche dem Proceße ganz fremd sind, können allenfalls als Zeugen, niemals aber als Eideszuschieber gebraucht werden (§. 8.), weil bei der Befolgung der

¹⁾ §. 99 und 115 d. a. b. G. B.

²⁾ §. 94 d. a. b. G. B.

³⁾ Siehe unten §. 40.

⁴⁾ Fischer a. a. D. §. 76, n. 4.

entgegengesetzten Maxime der Gegner offenbar genöthiget würde, den Ausgang der Sache, falls er nicht selbst schwören wollte, von der Gewissenhaftigkeit und dem guten Willen eines Dritten abhängig zu machen, der im Grunde doch nur als ein einzelner Zeuge erscheint ¹⁾. In unsern Gerichtsordnungen ist der obige Grundsatz ganz unzweideutig ausgesprochen. Denn der §. 211 der a. (S. 284 der gal.) G. D. verordnet, daß für den Fall, als der Delate den durch Urtheil aufgetragenen Eid zurückgeschoben, oder die dießfällige Erklärung in der vorgeschriebenen Zeit nicht eingereicht hätte, der Gegentheil binnen den folgenden 3 Tagen zur Ablegung des ausdrücklich oder stillschweigend zurückgeschobenen Eides um eine Tagelohnung anzulangen, und bei derselben den Eid abzulegen hätte, widrigens das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten wäre. Hat aber den zurückgeschobenen Eid immer nur der Gegentheil des Delaten abzulegen, so ist es klar, daß auch immer nur eine der proceßführenden Parteien als welche allein Gegentheil des Delaten heißen kann, sich zur Ablegung des Haupteides im Zurückziehungsfalle wirksam erbiethen und somit actives Subject der Eidesdelation (im materiellen Sinne) werden könne.

§. 28.

unter gewissen Bedingungen ist es auch dritten Personen gestattet, für den Deferenten sich zur Ablegung des Eides zu erbiethen.

2.) Die Befähigung nun, sich zur Ablegung des Eides im Zurückziehungsfalle auf eine für den Delaten verbindliche Weise zu erbiethen, steht außer den Hauptparteien auch denjenigen Personen, welche den Proceß im Namen der Hauptparteien führen, jedoch diesen nur in so ferne zu, als sie ihre eigenen Handlungen beschwören wollen, weil sie rücksichtlich solcher Handlungen wenigstens im gewissen Sinne als Parteien erscheinen ²⁾.

Dieser originelle Grundsatz des österreichischen Rechtes,

¹⁾ Mater. §. X. lit. d.

²⁾ Mater. a. a. D. vergl. oben §. 17.

welcher seiner Vernunftgemäßheit wegen in der Praxis von selbst durchgedrungen ist, wird von den juridischen Schriftstellern Oesterreichs minder deutlich hervorgehoben, als dieß die Vollständigkeit und Abgeschlossenheit der Theorie zu erfordern scheint; — ja er ist sogar hie und da von ausgezeichneten Rechtslehrern, wie mich dünkt, völlig verkannt worden ¹⁾. Die positive Grundlage desselben ist in dem §. 207 der a. (S. 280. der gal.) G. D. zu suchen, welcher im Allgemeinen verordnet: Daß demjenigen, welcher im eigenen Namen Proceß führt, der Haupteid sowohl über eigene als fremde Handlungen, jenem aber, welcher nicht im eigenen Namen, sondern für einen Dritten Proceß führt, nur über seine eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden kann.

Da nun der Ausdruck: den Haupteid auftragen, in der gewöhnlichsten Bedeutung so viel sagen will, als: den Haupteid zuschieben, so scheint der eben erwähnte §., welcher sich dieses Ausdruckes bedient, von Vielen dahin verstanden zu werden, als ob hiemit lediglich bestimmt werden wollte, in wie ferne die, eine Eidesdelation, beabsichtigende Partei ihrem Gegner den Haupteid nur über dessen eigene, oder auch über fremde Handlungen zuzuschreiben befugt sey. — Allein auch von dem auf den Haupteid erkennenden Richter sagt man ja, er habe den Parteien den Haupteid aufgetragen, und der Gebrauch dieses Ausdruckes in der zuletzt angeführten Bedeutung kommt in den österreichischen Proceßgesetzen nicht selten vor ²⁾. Daß aber eben der §. 207 der a. (S. 280 der gal.) G. D. sich darüber aussprechen wolle, in wie ferne der Richter im Urtheile den Parteien nur über ihre eigenen, oder auch über fremde Handlungen den Haupteid aufzutragen befugt sey; dieß zeigt sich sofort, wenn man die Ordnung, in welcher der Gesetzgeber die Materie des achtzehnten

¹⁾ Vergl. z. B. des Hrn. Prof. Fr. Fischer vortreffliches Werkchen über die Streitverkündung §. 31, IV., auf dessen Ansicht hierüber ich später ausführlicher zurückkommen werde.

²⁾ So sprechen z. B. die Hofdecrete v. 30. Octob. 1788, n. 911, v. 19. Oct. 1792 n. 63, und vom 15. Dec. 1794, n. 207, von einem durch Urtheil von dem Richter aufgetragenen Haupteide. — Vergl. auch §. 212 (S. 286 der gal.) G. D.

Capitels unserer Gerichtsordnungen behandelt, und die Stelle, welche er dem erwähnten §. angewiesen hat, einer aufmerksameren Betrachtung unterzieht.

Denn nachdem in dem §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. die rechtlichen Subjecte und Objecte der Eidesdelation angedeutet, und in dem §. 204 der a. (§. 276 der gal.) G. D. das dem Delaten zustehende Rechtsmittel der Gewissensvertretung behandelt worden, geht der §. 205 der a. (§. 277 der gal.) G. D. sogleich auf das Urtheil über, indem er bestimmt, in wie ferne durch dasselbe der wirkliche Gebrauch des Haupteids zu regeln ist.

In den drei nächstfolgenden §§. der a. G. D. werden die weiteren Gesichtspunkte angegeben, von welchen der Richter bei Abfassung des Urtheils auszugehen hat ¹⁾.

Der §. 206 nämlich bestimmt, wer den Eid seines Wissens und Erinnerns, und wer ihn ohne Beisatz abzulegen habe, worüber in jedem einzelnen Falle das Urtheil das Nähere enthalten muß. Der §. 208 weist den Richter an in dem Urtheile die Eidesformel genau zu bestimmen. Wenn daher der höchste Gesetzgeber in dem inzwischen liegenden §. 207 sich darüber ausspricht, welchen Personen über ihre eigenen sowohl als über fremde, und welchen nur über ihre eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden dürfe, so hat er offenbar ebenfalls den Richter, und die Auftragung des Haupteides durch denselben im Auge. Eine Anordnung über das Recht der Parteien zur Auftragung (Zuschreibung) des Haupteides hätte der natürlichen Ordnung gemäß unmittelbar nach dem §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D., welcher von der Eideszuschreibung spricht, nicht aber unter lauter solche Paragraphen eingereiht werden müssen, welche zunächst das Benehmen des Richters und die Abfassung des auf den Haupteid lautenden Urtheils normiren.

Der §. 207 der a. (§. 280 der gal.) G. D. ist daher ohne Zweifel dahin aufzunehmen, daß im Urtheile von dem Richter

¹⁾ Dasselbe ist bei den entsprechenden §§. 279, 280 und 281 der gal. G. D. der Fall; und der vor denselben eingeschobene §. 278, welcher in der a. G. D. fehlt, spricht ebenfalls von der Befugniß des Richters, nach eigenem Ermessen zu entscheiden, in wie ferne ein irrefesibler Eid vom Delaten anzunehmen und abzulegen sey.

demjenigen, welcher im eigenen Namen Proceß führt, sowohl über eigene als fremde Handlungen jenem aber, welcher nicht im eigenen Namen Proceß führt, nur über seine eigenen Handlungen der Haupteid aufgetragen werden könne ¹⁾.

Der Richter aber hat nicht nur dem Delaten den zugeschobenen, sondern auch dem Deferenten den zurückgeschobenen, oder doch möglicher Weise zurückgeschoben werdenden Haupteid im Urtheile aufzutragen, und es zeigt sich hiemit die Regel des öfterwähnten §. in einer viel größeren Ausdehnung, als ihm nach der herkömmlichen Auslegung zukommen würde. Denn darf von dem Richter auch dem Deferenten, soferne dieser nicht im eigenen Namen Proceß führt nur über dessen eigene Handlungen der Haupteid aufgetragen werden, so ist hiemit der Eingang aufgestellte Grundsatz gerechtfertigt, daß auch nur die im eigenem, keineswegs aber die im fremden Namen Proceß führende Partei über fremde Handlungen den Haupteid im Zurückschiebungsfalle abzulegen rechtswirksam sich erbiehen könne; ein Grundsatz, welcher mit dem was oben (§. 8 und §. 17) über die Natur des Haupteides als Parteieneides, und über dessen wesentlichen Unterschied von dem Beweise durch Zeugen bemerkt worden ist im vollkommensten Einklange steht.

§. 29.

Wann dieses Recht insbesondere dem Litisdenuncianten oder Vertretungsleister gebühre.

3.) Hieraus wird sich nun auch die Frage mit Zuverlässigkeit beantworten lassen: in wie ferne insbesondere ein Litisdenunciant

¹⁾ Denselben Grundsatz spricht der neue Entwurf der G. D. (Vergl. Mater. a. a. D. S. 185 in der Anmerkung) wortdeutlich aus; indem er bestimmt, daß der Eid der Regel nach nur den streitenden Theilen aufgelegt oder vorbehalten werden solle, daß aber über Umstände, die nicht der streitenden Partei, sondern nur einem Dritten, in dessen Rechte sie eingetreten, oder durch dessen Handlungen sie verpflichtet geworden ist, bekannt sind, auch diesen dritten Personen der Eid vorbehalten oder auferlegt werden könne. — (Dem Delaten nämlich wird der Eid allenfalls alternativ mit der Zurückschiebung auferlegt; dem Deferenten aber für den Zurückschiebungsfalle vorbehalten).

(oder Vertretungswerber) den Antrag machen könne, daß der intervenirende Litisdenunciat (oder Vertretungsleister) einen dem Gegner im Hauptproceße zugeschobenen Eid im Rückschiebungsfalle ablegen werde? — Herr Professor Fischer erklärt sich unbedingt für die Zulässigkeit dieses Antrages, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen er den Erfüllungseid des Litisdenunciaten für statthaft hält ¹⁾. Allein wenn es wahr ist, was dieser ausgezeichnete Rechtslehrer selbst so scharfsinnig entwickelt hat ²⁾, daß der Litisdenunciat immer nur ein mittelbares Interesse an der Entscheidung des Hauptprocesses nimmt, und niemals Sieger seyn kann, außer durch den Sieg des Streitverkündigers; wenn weiter zugegeben werden muß, daß der von einem einzelnen Streitgenossen abgelegte Eid stets nur für ihn, nicht aber zugleich für die übrigen Streitgenossen einen Beweis zu liefern vermag: so stellt sich der Antrag des Litisdenunciaten, einen dem Gegner im Hauptproceße aufgetragenen Eid im Rückschiebungsfalle ablegen zu wollen immer als verwerflich dar, sobald der Litisdenunciat in der Verhandlung nur als Streitgenosse auftritt; weil ja in einem solchen Falle durch die wirkliche Eidesleistung für den Streitverkündiger, als die einzige Hauptpartei, gar kein Beweis hergestellt würde. Soll der Litisdenunciat auf eine für den Gegner rechtsverbindliche Weise actives Subject der Eidesdelation (im materiellen Sinne) werden, so muß er:

- a) die Führung des Hauptprocesses gänzlich, ohne Einschreitung des Streitverkündigers auf sich nehmen. Denn nur unter dieser Voraussetzung erscheint er als Sachwalter des Letzteren, und nur in dieser Eigenschaft kann ihm vom Richter der Haupteid für den Rückschiebungsfall aufgetragen werden. Es muß aber auch
- b.) der Gegenstand dieses Haupteides ein Factum seyn, welches aus der Causalität des Litisdenunciaten selbst hervorgegangen ist, weil nach dem richtig verstandenen Sinne des §. 207 der a. (S. 180 der gal.) G. D. demjenigen, welcher im Namen eines Dritten Proceß führt, er mag nun passives oder actives Subject der

¹⁾ Sieh dessen eben citirtes Werkchen über die Streitverkündigung, §. 34 unter IV.

²⁾ Ebenbaselbst, §. 34 unter I.

Eidesdelation seyn, nur über dessen eigene Handlungen der Haupteid im Urtheil auferlegt oder vorbehalten werden kann.

Wenn von diesen zwei Bedingungen, welche übrigens mit einander im unzertrennlichen Zusammenhange stehen, die Erste vielleicht als eine bloße Subtilität der Schule erscheinen möchte, weil die Erfüllung derselben, sobald der Litisdenunciat zu schwören bereit ist, lediglich von der freien Willkür des Streitverkündigers abhängt, und dem Gegner derselben überall ziemlich gleichgültig seyn kann; so läßt sich dagegen die practische Wichtigkeit der Letzteren nicht leicht verkennen. Denn diese enthält die Beantwortung der Frage, ob der Litisdenunciat auch fremde Handlungen im Rückschiebungsfalle zu beschwören sich rechtsgültig erbiethen könne; hievon aber hängt offenbar der Sieg Rechts in allen Fällen ab, wo der Haupteid sich als das einzige Beweismittel des Litisdenuncianten darstellt.

§. 30.

Ein Eidesauftrag als dessen actives Subject (im materiellen Sinne) ein Eidesunfähiger erscheint, hat niemals volle Rechtswirkung.

4.) Da der Haupteid, damit er mit voller Rechtswirkung aufgetragen werden könne, zurückschiebbar seyn muß (S. 5), so darf es demjenigen, welcher sich denselben im Rückschiebungsfalle abzulegen erbothen hat, nicht an der Eidesfähigkeit fehlen. Aus diesem Grunde können nach den Principien der allgemeinen G. D. Unmündige, Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige niemals active Subjecte der Eidesdelation mit dem Erfolge werden, daß für den Delaten die Nothwendigkeit entstände, einen solchen Eidesantrag anzunehmen oder zurückzuschieben, sondern wenn ein solcher aufgetragener Eid nicht freiwillig angenommen würde, wäre die Rechtsache so anzusehen, als wenn der Haupteid nie wäre aufgetragen worden. — Dieselbe Folge tritt dann ein, wenn der Eideszuschieber selbst gesteht, daßer die Rückschiebung des Eides nicht annehmen könne ¹⁾, weil ihm das zu beschwörende Factum völlig unbekannt sey; ja sie müßte

¹⁾ Hofb. vom 8. April 1788, n. 805, und Hofb. vom 6. Mai 1788, n. 830.

ohne Zweifel auch in dem Falle Statt finden, wenn die Unwissenheit des Eideszuschiebers auch ohne dessen Geständniß aus den Umständen offenbar wird. — In den Ländern, wo die gal. G. D. gilt, hat der Richter nach Ermessen der Umstände zu beurtheilen, wie weit der Delate einen solchen Eid dennoch anzunehmen verbunden sey. (S. 278 der gal. G. D.) — Verbrecher und selbst des Meineides überwiesene Personen, Eridatäre, Menonisten und die übrigen den Letzten dießfalls gleichzuhaltenden Religionsparteien entbehren der Eidesfähigkeit nicht; es steht ihnen daher frei, den Antrag zu machen, einen dem Gegner zugeschobenen Eid im Rückschiebungsfalle abzulegen, und der Delate ist ohne weiters zu verurtheilen, einen solchen Eidesantrag anzunehmen oder zurückzuschieben.

Dritter Abschnitt.

Von den Objecten der Eidesauftragung.

S. 31.

I. und II. Gegenstand des Haupteides sind streitige Geschichtsumstände.

I. Ueber den Gegenstand der Eidesdelation gibt ebenfalls der S. 203 der a. (S. 275 der gal.) G. D. eine, wiewohl nur gelegentliche und ganz allgemeine Andeutung, indem er jener Partei, welche die Streitsache zu vergleichen berechtigt wäre, gestattet, dem Gegner den Haupteid über jene Geschichtsumstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen.

Hierdurch sind zunächst und ausschließlich Geschichtsumstände als das eigentliche Object der Eidesdelation bezeichnet, womit denn auch zugleich die Folgerung gegeben ist: daß der Eid nur über bestimmte factische Angaben und nicht im Allgemeinen (in folle), um so weniger also über Vermuthungen, Meinungen, Rechtsbegriffe und Schlüsse, über die Wirksamkeit eines Gesetzes und dgl. aufgetragen werden könne, so wie denn auch auf Zeugen ähnliche Beweisartikel (Probatorialartikel) zu stellen nicht angeht ¹⁾.

¹⁾ Vergl. Mater. §. XI. lit. d. — „Man könnte also,“ heißt es daselbst, „den Eid nicht darüber auftragen, daß diese oder jene Sache nicht unser Eigenthum sey, daß Kläger nicht 10,000 fl. aufrecht zu fordern habe, daß er nicht betrogen worden, kein Erbrecht, keine Verjährung für sich habe u. dgl.; sondern die Eidesdelation müßte jene factischen Umstände und Titel enthalten, aus denen erst vom Richter das Dafeyn und die Merkmale des Eigenthums, der Forderung, des Betruges, des Erbrechtes, der Verjährung, erkannt werden sollen.“ — Auch über eine Observanz und über den unvordenklichen Besitz scheint der Haupteid niemals aufgetragen werden zu können. — Mat. ebenda. — Dan §. 370. — Ma l-

II. Der Haupteid kann also nur über Geschichtsumstände, und zwar nur über solche, welche der Gegner widersprochen hat, das heißt, über streitige Geschichtsumstände aufgetragen werden, wie denn überhaupt nur streitige Facta den Gegenstand der Beweisführung ausmachen. Man muß gestehen, daß der §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. über das Object der Eidesdelation nichts anderes bestimmt, als was der §. 104 der a. (§. 170 der gal.) G. D. über den Gegenstand jeder Beweisführung überhaupt festsetzt: daß er nämlich eben ein streitiges Factum seyn müsse. Der §. 104 der a. lautet einstimmig mit dem §. 170 der gal. G. D.: »Wer ein Factum angeführt hat, er sey »Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen; widri- »gens ist bei Erledigung des Processes dasselbe, in so weit es »von dem Gegentheile widersprochen worden ist, »für wahr nicht zu halten.«

§. 32.

Auch über die vom Gegner angeführten Thatsachen den Haupteid aufzutragen, ist gestattet.

Dessenungeachtet hat man in der letzteren Zeit in der Textirung jener zuerst bezeichneten Paragraphe (203 der a. und 275 der gal. G. D.) und insbesondere in dem Beisatze: »welche der Gegner widersprochen hat,« eine besondere objective Beschränkung der Eidesdelation finden wollen, und daraus den Grundsatz ableiten zu können geglaubt: daß jede Partei den Haupteid nur über die von ihr selbst, niemals über die von ihrem Gegner vorgebrachten Umstände, mithin immer nur negativ aufzutragen berechtigt sey ¹⁾.

blanc §. 44. — Allein der Grund hiervon liegt wohl zunächst darin, daß die factischen Daten, auf welche sich eine Rechtsgewohnheit, insbesondere aber ein unwordenlicher Besitz gründet, der Zeit nach viel zu ausgedehnt sind, als daß sie von den einzelnen Parteien ordentlich percipirt und bezeugt werden könnten. (Vergl. unten, §. 39.)

¹⁾ Dr. A. Kräzer. Ueber die Unzulässigkeit des Haupteides zum Behufe des directen Gegenbeweises (Wagners Zeitschrift, Jahrgang 1838, Stück XXIV) — dann Dr. F. Wegscheider: Erläuterung des §. 279 der Westgal. oder §. 206 der Hof. G. D. über den Haupteid. Innsbruck

Die Vertheidiger dieses Grundsatzes lassen ungefähr folgendes Raisonement vernehmen:

Jede Partei ist in Folge §. 203 der a. und 275 der gal. G. D. dem Gegner nur über jene Geschichtsumstände den Haupteid aufzutragen berechtigt, welche dieser widersprochen hat;

Damit aber der Gegner einen Geschichtsumstand widersprechen könne, muß offenbar derselbe Geschichtsumstand von jener Partei, welche den Haupteid aufzutragen wünscht, vorgebracht worden seyn, denn ein von ihm selbst vorgebrachtes Factum kann der Gegner nicht widersprechen;

Also ist jede Partei den Haupteid nur über die von ihr selbst, nicht aber auch über die von ihrem Gegner vorgebrachten Umstände aufzutragen berechtigt; oder was dasselbe sagen soll: die Eidesdelation kann niemals affirmativ, sondern immer nur negativ geschehen ¹⁾.

Diese Schlußweise ist zu künstlich, als daß sie sich viele Anhänger sollte gewinnen können. Da nun aber einmal die daraus entwickelte Ansicht mit einer gewissen Wärme aufgenommen und vertheidigt worden ist, so dürfte hier eine nähere Würdigung derselben um so weniger fehlen, da dieselbe auf die Lösung zweier practisch höchst wichtiger Fragen, nämlich: 1. welcher Proceßtheil den Haupteid seines Wissens und Erinnerns oder ohne diesem Beisatze abzulegen habe; und 2. ob der Haupteid zur Erkräftigung einer gesetzlichen Vermuthung angewendet werden könne, — entscheidenden Einfluß übt. Es dürfte demnach kein fruchtloses Unternehmen seyn, der altherkömmlichen Ansicht, daß nämlich jede Partei (wenn sonst kein Hinderniß entgegensteht) den Haupteid nicht nur über die von ihr selbst, sondern auch über die von dem Gegner vorgebrachten Umstände, und sowohl negativ als positiv aufzutragen könne,

1833. — Hierzu die Recension des Herrn Prof. Wessely in dessen Themis. 1. Heft, 1835; und die Gegenrecension des Hrn. Dr. Ludwig Schwarz (in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1836, 5. Heft).

¹⁾ Siehe die oben angeführten Abhandlungen des Dr. A. Kräzer und F. G. Wegscheider.

ihr verjährtes Ansehen durch Entkräftung der oben erwähnten, auf einer falschen Auslegung des §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. beruhenden Argumentation der Gegner neuerdings zu sichern.

a) Wenn der §. 203 der a. und §. 275 der gal. G. D. bestimmen, daß man den Haupteid dem Gegner über Geschichtsumstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen befugt sey, so will damit, wie bereits oben bemerkt worden, nichts anderes gesagt seyn, als daß der durch den Haupteid zu erweisende Umstand streitig, nicht aber, daß er gerade von dem Deferenten vorgebracht seyn müsse. Um dieses Letztere zu folgern, müßte man dem Ausdrucke widersprechen eine strengere Bedeutung unterlegen, als die ist, mit welcher er gewöhnlich verbunden zu werden pflegt. Denn widersprechen heißt ursprünglich nichts anderes, als das Widerspiel von dem behaupten, was ein Anderer behauptet. Zwei Parteien, welche in einer und derselben Beziehung entgegengesetzte Bestimmungen für sich anführen, widersprechen sich wechselseitig, und die Behauptung eines jeden von ihnen schließt nothwendig zugleich den Widerspruch gegen die Behauptung des Andern in sich. Man kann daher (die Worte in ihrer natürlichen Bedeutung genommen) von jeder der streitenden Parteien eben so wenig sagen, daß sie (rückichtlich des streitigen Factums) ausschließlich behauptet, als daß sie ausschließlich widersprochen habe, weil eben Beide zugleich behaupten und widersprechen.

Wenn dessenungeachtet in der Beweisstheorie in gewisser Beziehung derjenige Proceßtheil, welcher ein Factum angeführt, von demjenigen, welcher es widersprochen hat, streng geschieden und nur dem Ersteren die Beweislast aufgebürdet wird, so ist es klar, daß hier die Worte: „ein Factum anführen, und ein Factum widersprechen,“ in einer besonderen, von der ursprünglichen abweichenden Bedeutung aufgefaßt werden müssen, weil sonst die durch dieselben bezeichneten Proceßhandlungen, und die diese Proceßhandlungen vornehmenden Personen, wie eben gezeigt wurde, nicht als wesentlich verschieden einander entgegengesetzt werden könnten. — In diesem besonderen (strengeren) Sinne nun heißt: ein Factum anführen nichts Anderes, als behaupten, daß ein positives Ereigniß eine wirkliche Veränderung des best-

henden Zustandes der Dinge eingetreten sei, und ein Factum widersprechen, will dann so viel sagen, als behaupten, jenes positive Ereigniß, jene Veränderung der herkömmlichen Zustände habe nicht Statt gefunden¹⁾. Der Ausdruck: ein Factum widersprechen erhält aber diese besondere Bedeutung erst dann, wenn er dem Ausdrucke: ein Factum anführen ausdrücklich entgegengesetzt wird. Da dieß in dem §. 203 der allg. (§. 275 der gal.) G. D. nicht geschehen ist, so muß auch das Wort widersprechen daselbst in seinem natürlichen Sinne genommen werden, vermöge dessen es nichts Anderes bedeutet, als das Widerspiel einer fremden Behauptung anführen, gleichviel, ob dieses Anführen (im weiteren Sinne) ein Avert oder Widerspruch (im strengen Sinne) sey; und Geschichtsumstände, welche der Gegner widersprochen hat, und welche sich zur Eides-

¹⁾ Das Anführen und das Widersprechen eines Factums verhalten sich also zu einander wie die Behauptung eines sogenannten positiven und negativen Factums. (Vergl. Wagners Vorbegriffe aus der Theorie des Beweises im Civilprozeße; in dessen Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit zc. Jahrg. 1829, Nr. XXXIX, §. 3 und 9). — Diese materielle und wesentliche Positivität oder Negativität der im Prozeße auf der einen oder anderen Seite angeführten Geschichtsumstände (welche von der bloß formellen und zufälligen Darstellung in einem positiven oder negativen Saze wohl zu unterscheiden ist) liegt der strengen Bedeutung der Ausdrücke: ein Factum anführen und widersprechen, wie sie im §. 104 der allg. und §. 170 der gal. G. D. vorkommt, zu Grunde. Auf die Zeit oder äußere Form, in welcher ein Geschichtsumstand angebracht worden, kann es hierbei nicht ankommen. Es wäre auch gar zu oberflächlich, von zwei rüchichtlich desselben Streitpunctes durch die Parteien angebrachten entgegengesetzten Behauptungen diejenige für den Widerspruch (im strengen Sinne) erklären zu wollen, welche später, oder welche in einem verneinenden Saze vorgebracht worden ist. Denn der Umstand, ob man sich im Prozeße früher oder später als der Gegner ausspricht, hängt häufig lediglich von der Willkür der Partei ab; die positive oder negative Form einer Behauptung aber ist bekanntlich so ganz und gar zufällig, daß jeder bejahend ausgedrückte Saz in einen verneinenden umgewandelt werden kann, und umgekehrt. Von willkürlichen und zufälligen Momenten aber hat der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. D. die Entscheidung der wichtigen Frage, wer zu beweisen habe, gewiß nicht abhängig machen wollen.

auftragung eignen, sind; also nach der richtigen Auslegung dieser §§. unserer G. D. streitige Geschichtsumstände schlechtweg, sie mögen nun von Deferenten oder von seinem Gegner angeführt worden seyn.

β) Wenn der Beisatz, „welche dieser (der Gegner) widerprochen hat,“ wirklich dahin auszulegen wäre, daß man den Haupteid nur über selbst angebrachte Geschichtsumstände aufzutragen berechtigt sey, so wäre hiermit der Beweis durch den Haupteid in allen jenen Fällen ausgeschlossen, wo es sich um die Entkräftung einer Vermuthung handelt.

In der eben angeführten strengen Bedeutung der Worte: ein Factum anführen (allegare, asserere), und: ein Factum widersprechen (negare, inficiari) liegt auch der Schlüssel zu dem Verständniß der uralten und ewig wahren, wenn gleich oft mißverstandenen Rechtsregel: factum alleganti incumbit probatio, oder wie sie von der Rehrseite aufgefaßt lautet: factum negantis probatio nulla est ¹⁾. Denn einer philosophischen Beweis-Theorie ist einzig und allein der Grundsatz angemessen, daß zunächst nur derjenige zu beweisen habe, welcher behauptet, daß sich etwas Positives ereignet habe, daß eine Veränderung des als bestehend Anerkannten eingetreten sey, und da dieser Grundsatz auch durch unsere Gerichtsordnungen an die Spitze der Lehre vom Beweise gestellt ist ²⁾, so ist auch bei uns in der Regel nur derjenige, welcher ein Factum (im strengen Sinne, ein positives Ereigniß) für sich angeführt hat, in der Lage, dasselbe erweisen, mithin auch erforderlichen Falles darüber den Haupteid auftragen zu müssen.

Allein der erwähnte Grundsatz ist bei weitem kein ausnahmsloser. Auch derjenige, welcher behauptet, daß jenes von seinem Gegner angeführte Ereigniß, jene Veränderung des herkömmlichen Zustandes nicht eingetreten sey, ist häufig gezwungen, einen Beweis über diese seine Behauptung (oder wenn man will, seinen Widerspruch) zu führen. Dieß ist namentlich dann der Fall, wenn der Andere bereits einen vollständigen Beweis über das selbst vor-

¹⁾ Fr. 2. Dig. De prob. et praes. (22. 3.) — Const. 23. Cod. De probationibus (4. 19.) — §. 104 der allg. und §. 170 der gal. G. D.

²⁾ §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. D.

gebrachte Ereigniß angeboten hat, oder wenn für dasselbe eine gesetzliche Vermuthung streitet; denn hier wird dem Widersprechenden im ersten Falle ein eigentlicher Gegenbeweis, im zweiten Falle ein Analogon des Gegenbeweises juridisch abgenöthiget. Wer sich nun auf diese Weise gegen die Folgerungen aus einem gesetzlich vermutheten, oder von seinem Gegner erwiesenen Factum schützen will, behauptet, indem er widerspricht, das gerade Widerspiel dieses Factums, und seine sogartete Behauptung erscheint schon von vorneherein durch die entgegengesetzte Behauptung des Gegners widerprochen. Er hat wirklich einen vom Gegner widerprochenen Geschichtsumstand zu beweisen, und ist daher selbst nach dem Wortlaute des §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. befugt, seinem Gegner den Haupteid aufzutragen.

Im Falle eines Gegenbeweises ist nun zwar der Haupteid aus besonderen Gründen, wie sich später (§. 36) zeigen wird, ausgeschlossen; allein die Bedenken, welche sich gegen den Gebrauch des Haupteides als Gegenbeweismittels erheben, stehen keineswegs auch dann entgegen, wenn es sich um den Beweis zur Entkräftung einer Vermuthung handelt, und wenn man die stattliche Reihe der in dem a. b. G. B. enthaltenen Vermuthungen überblickt, so muß man es höchst unwahrscheinlich finden, daß es in der Absicht des Gesetzgebers sollte gelegen haben, die Entkräftung derselben durch Ausschließung der Eidesdelation mit grundloser Strenge zu erschweren. Die Härte dieser Maxime erscheint dann am auffallendsten, wenn der Beweis zur Entkräftung der Vermuthung über eine (eigentliche) Negative geführt werden muß (wie z. B. in den so practischen Fällen der §§. 1416 und 1427 — 1430 des a. b. G. B.), da bekanntlich der Beweis einer Negative, wenn dieselbe in Beziehung auf Zeit und Raum nicht genau bestimmt ist, kaum anders als durch den Haupteid hergestellt werden kann. Hierzu kommt, daß in dem gemeinen Rechte auch nicht eine entfernte Spur von dieser angeblichen objectiven Beschränkung der Eidesauftragung zu finden ist. Wäre der österreichische Gesetzgeber gesonnen gewesen, dieselbe dessenungeachtet auf originelle Weise in sein Proceßsystem aufzunehmen, so hätte er dieß gewiß auf eine bestimmtere und unzweideutigere Art ausgesprochen, als es

nach der Ansicht der Gegner durch die Textirung des §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. geschehen seyn soll.

S. 33.

Fortsetzung.

7) Wollte man aus der Textirung dieser Paragraphe und insbesondere aus dem Beisage: welche dieser (der Gegner) widersprochen hat, eine gesetzliche Beschränkung der Eidesauftragung auf selbst angeführte Geschichtsumstände herauskünsteln, so wäre man, um consequent zu seyn, genöthiget, auch aus dem §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. D., welcher denselben Beisatz enthält, eine gleichartige (objective) Beschränkung bei jeder Beweisführung überhaupt abzuleiten. Diese Gesetzesstelle fordert nämlich den Beweis eines Factums im Allgemeinen nur, in so weit es von dem Gegentheile widersprochen worden ist; denn nur durch den Widerspruch des Gegners wird ein Factum streitig; nur in so ferne es streitig ist, bedarf es eines Beweises; und wäre wirklich über eine nicht widersprochene Thatsache vorsichtswise ein Beweis (z. B. durch gemeine Zeugen, durch Kunstverständige) angeboten worden, so würde er in der Proceßverhandlung als überflüssig erscheinen, und dürfte daher auf die Ausführung desselben im Urtheile gar nicht erkannt werden¹⁾. Daher ist in der Regel jedem der proceßführenden Theile nur über die von ihm selbst angeführten, und von seinem Gegner widersprochenen Ereignungen der Beweis auferlegt und gestattet; (Factum alleganti incumbit probatio) wie dieß der §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. D. ausspricht, welcher zunächst nur den gewöhnlichsten Fall des eigentlichen Beweises im Auge hat. Aber noch Niemanden ist beigegeben, aus dieser Fassung des Gesetzes die abenteuerliche Folgerung ziehen zu wollen, als ob in allen übrigen Fällen, außer dem des eigentlichen Beweises, wo es sich nämlich um die Entkräftung einer gesetzlichen Vermuthung oder eines bereits hergestellten Beweises handelt, der Beweis des Widerspruches gegen ein vom Gegner angeführtes Factum

¹⁾ S. des Herrn Appellations-Vizepräsidenten von Prato *vera* Erörterungen über das XI. Capitel der G. D. in den Mater. 2. Band, S. 88.

nicht gestattet wäre. Diese Folgerung aber, welche geradezu jeden Gegenbeweis aufheben, und jede gesetzliche Vermuthung zu einer praesumptio juris et de jure erheben würde, könnte nichts destoweniger aus den Worten des §. 104 der allg. (§. 170 der gal.) G. D. mit demselben Rechte abgeleitet werden, mit welchem man die Unzulässigkeit der Eidesauftragung über vom Gegentheile angeführte Umstände aus den mißverstandenen Worten des §. 203 der a. (§. 275 der gal.) G. D. herauszudeuteln versucht hat. Qui minimum probat, nihil probat.

8) Die Unrichtigkeit dieser künstlichen Auslegung ergibt sich endlich auf eine ganz unwidersprechliche Weise aus dem Sinne und Wortlaute des §. 206 der a. (§. 279 der gal.) G. D. Diese beiden Paragraphe lauten einstimmig: »Derjenige (Tener), welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von seinem Gegentheile (von Gegenseits) beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerens eidlich zu widersprechen; — hätte er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören (wenn er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hätte), so müßte er den Eid ohne allen Beisatz ablegen.»

Das gemeinschaftliche Subject beider in dieser Gesetzesstelle enthaltenen Sätze ist: Derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat; mithin sowohl der Delat, als der Defereant, denn auch dieser muß den zurückgeschobenen Eid bei sonstiger Sachfälligkeit annehmen (§. 205 der a. G. D.). — Nach dem Inhalte des ersten Satzes soll demnach derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat (er sey nun Delat oder Defereant), nur seines Wissens und Erinnerens schwören, wenn er die von dem Gegentheile beigebrachten Umstände wirklich zu widersprechen hat. — Nach dem zweiten Satze muß derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat (mithin ebenfalls sowohl der Defereant als der Delate), den Eid über die von ihm selbst vorgegebenen Umstände ohne allen Beisatz ablegen. Der Gesetzgeber setzt also offenbar den Fall voraus, daß der Defereant auch die vom Gegentheile, der Delate aber auch die von ihm selbst angebrachten Umstände zu beschwören habe. Damit aber dieser Fall eintrete, muß

der Defequent über die von seinem Gegner vorgebrachten Umstände den Haupteid aufgetragen haben.

Es ist somit unwiderleglich dargethan, daß das Gesetz selbst die rechtliche Möglichkeit der Eidesauftragung über die vom Gegner angebrachten Umstände, und folglich auch die einer positiven Eidesdelation anerkenne.

S. 34.

III. Der Haupteid darf nur über erhebliche Geschicksumstände aufgetragen werden.

III. Wenn in Geschäften überhaupt, und insbesondere in Verhandlung von Streitfachen, alles Unnütze wegbleiben soll¹⁾; wenn in Folge dessen unerhebliche Facta, d. i. solche, welche zur Entscheidung des Rechtsstreites nichts beitragen, gar nicht angeführt, um so weniger Beweise darüber angebracht und zugelassen werden sollen; — so gebiethet die Heiligkeit des Eides mit doppelter Dringlichkeit, daß nur entscheidende, erhebliche Geschicksumstände zum Gegenstand der Eidesauftragung gemacht werden²⁾. Deshalb ist der Richter angewiesen (S. 208 der allg. und S. 281 der gal. G. D.), bei Bestimmung der Eidesformel, wenn jene Umstände, worüber ein Theil dem andern den Haupteid auftragen will, offenbar zur Sache nicht gehörig sind, darauf keine Rücksicht zu tragen, sondern sie auszu-

¹⁾ G. Instr. v. 9. Sept. 1785, I. Abth. S. 1, §. 12 der a. und §. 13 der gal. G. D.

²⁾ Mater. a. a. D. S. II, 6 und S. XI 6. Daß auch das gem. Recht diesen Grundsatz anerkenne, versteht sich von selbst. Vergl. Danz, S. 370 und Ehbaut, S. 1159. Nur bemerkt der Letztere, daß ausnahmsweise die Parteien bei dem juramentum mere voluntarium (oder conventionale) die Entscheidung der Sache auch von einem an sich irrelevanten Eide abhängig machen können. — Da auch nach österreichischem Rechte über einen durch Vergleich beliebigen Eid kein Urtheil zu schöpfen ist (Post. vom 4. Febr. 1800, n. 493) und keine Ueberzeugung des Richters bezieht wird, so scheint dießfalls auch bei uns nur das zu gelten, was die Parteien unter sich ausgemacht haben, und es läßt sich recht gut denken, daß Jemand sich mit seinem Gegner z. B. dahin vergleicht, ein von diesem eingeklagtes Darlehen anerkennen zu wollen, wenn er schwört, den Vater des Beklagten unterstützt zu haben; u. dgl.

lassen, wenn auch der Gegentheil den Eid ohne Widerrede angenommen hätte.

So wie nun die Heiligkeit des Eides fordert, daß derselbe nicht zur Bewahrung gleichgültiger Gegenstände gemißbraucht werde, so ist es ihr auch angemessen, daß die Eidesauftragung nicht über solche Thatsachen geschehe, rücksichtlich deren schon ein anderweitiger, vollständiger Beweis vorliegt. Hat nämlich der Defequent außer dem Haupteide noch anderen vollständigen Beweis geliefert (den Haupteid cumulativ aufgetragen), so könnte letzterer bald als überflüssig, bald als gefährlich erscheinen; hat hingegen der Delate über die streitige Thatsache bereits vollen Beweis durch andere Mittel als den Haupteid (durch Urkunden oder Zeugen) angebothen, so stellt sich der hierüber aufgetragene Haupteid als Gegenbeweis dar, in welcher Eigenschaft demselben ebenfalls sehr gegründete Bedenken entgegenstehen.

S. 35.

IV. Gebrauch des Haupteides zur Bestätigung solcher Umstände, über welche schon ein anderer Beweis angebothen worden ist. (Gleichzeitige und subsidiarische Cumulation.)

IV. Der Grundsatz, daß der Haupteid über solche Thatsachen, rücksichtlich welcher der Producent schon einen anderen vollständigen Beweis angebothen hat, nicht aufgetragen werden dürfe, oder wie sich die Schule ausdrückt, daß die cumulative Eidesdelation verbotnen sey, findet gegenwärtig (insbesondere seit Erscheinung des Hoffkanzleidecretes vom 7. Juli 1835) auch in Oesterreich nur mehr eine sehr beschränkte Anwendung. — Wir haben oben (S. 9) bemerkt, daß der Haupteid vom Standpunkte der Parteien als kein subsidiarisches Beweismittel zu betrachten sey. Den Parteien ist nicht nur gestattet, mit Uebergehung der ihnen sonst zu Gebote stehenden Behelfe sich der Eidesdelation allein zu bedienen, sondern es steht ihnen auch frei, zugleich mit dem angebothenen Eide alles andere an Urkunden, Zeugnenschaften und dgl., was zum Erweise ihres Rechtes dienlich seyn möchte, zu dem Ende anzubringen, daß der Richter unter den vorgelegten Behelfen nach seiner Einsicht wähle, ohne daß hierdurch eine verwerfliche Cumulation des Haupteides mit andern Beweismitteln

entstünde¹⁾. Eine solche Häufung oder Cumulation über ein und dasselbe ungetrennte Factum findet nach der Meinung der Rechtslehrer erst dann Statt, wenn im Proceſſe nebst andern Beweismitteln, welche einer besondern Ausführung bedürfen, der Haupteid mit dem Antrage angeboten wird, daß von dem Richter entweder 1. auf die gleichzeitige Ausführung des Haupteides mit der übrigen Behelfe erkannt (gleichzeitige Cumulation), oder 2. der Haupteid für den Fall vorbehalten werde, als der Deferent mit seinen übrigen Beweismitteln den Beweis nicht herstellen sollte (subsidiarische, eventuelle Cumulation).

1. Der Antrag nun, daß von dem Richter zugleich auf die Ausführung des Beweises durch den Haupteid und durch andere Beweismittel (durch Zeugen) erkannt werde, die sogenannte gleichzeitige oder unbedingte Häufung der Eidesdelation, ist immer verwerflich, weil dieser Vorgang entweder auf ärgerliche Collisionen widersprechender, oder doch auf Verschwendung überflüssiger Eide führen würde²⁾. Denn der gleichzeitig mit dem Haupteide auszuführende Zeugenbeweis fällt entweder a) zu Gunsten des Producenten aus, oder b) die Zeugen bestätigen das gerade Widerspiel dessen, was der Zeugenführer beweisen wollte, oder c) sie geben an, über den Gegenstand der beabsichtigten Beweisführung nichts Erhebliches zu wissen. — Im ersten Falle wäre die gleichzeitige Ablegung des zurückgeschobenen Haupteides durch den Deferenten rein überflüssig und folglich verwerflich; der vom Delaten abgelegte Eid hingegen würde das gerade Gegentheil von dem enthalten, was die Zeugen eidlich bestätigen; der eine Beweis würde durch den anderen neutralisirt, für die Ueberzeugung des Richters gar nichts gewonnen, und nur der auf dem

¹⁾ Auch wenn das Beweissthema aus mehreren trennbaren Thatumständen besteht, mag über einen derselben ein Zeugenbeweis geführt, über den andern aber der Eid angetragen werden, ohne daß deshalb eine Cumulation Statt findet. Fr. 14, Dig. De actione rer. am. (25. 2.) — Genßler. Practische Bemerkungen über den Gebrauch der Eidesdelation neben andern Beweismitteln im Archiv f. d. Civ. Praxis. I. Band, I. Heft, n. XII.

²⁾ Mater. a. a. D. §. XII. 1. — Thibaut, §. 1159. — Danz, §. 367. — Malblanc, §. 52. — Genßler, a. a. D.

Delaten sowohl als auf den Zeugen haftende Verdacht des Meineides, welcher auf der einen wie auf der andern Seite in den meisten Fällen eben so schwer entfernt, als zur Gewißheit erhoben werden könnte, wäre die traurige Folge eines solchen Verfahrens.

Dieselbe höchst mißliche Collision zweier widersprechender Eide müßte in dem zweiten Falle erfolgen, wenn die Zeugen geradezu wider den Zeugenführer aussagten, dieser aber zugleich den zurückgeschobenen Haupteid abgelegt hätte, da hingegen der unter derselben Voraussetzung vom Delaten angenommene und abgelegte Eid rein überflüssig wäre.

Die Ausführung des Beweises durch den Haupteid erscheint daher nur in dem dritten möglichen Falle gegen die rechtlichen Grundsätze nicht zu verstößen, wenn nämlich die Zeugen gar nichts Erhebliches angebracht haben. Aber eben weil sich nicht vorhersehen läßt, ob dieser Fall oder einer der früher angeführten eintreten werde, soll die gleichzeitige Ausführung des Haupteides und eines Zeugenbeweises nicht zugelassen werden¹⁾.

2. Dagegen wollen viele Lehrer des gemeinen Rechtes die subsidiarische oder eventuelle Cumulation gestattet wissen, indem die Vorbehaltung des Eides für den Fall, als Deferent mit seinen übrigen Behelfen nicht aufkäme, mit jenen Unzukömmlichkeiten der gleichzeitigen Häufung nicht verbunden sey; wobei sie jedoch zugeben, daß dem Haupteide auch dann nicht Platz gegeben werden dürfe, wenn der vorläufig ausgeführte Beweis geradezu gegen den Producenten ausgefallen wäre²⁾.

Eine zur a. G. D. erlassene Novelle zwar³⁾ verbietet auch

¹⁾ Ausnahmsweise, meint Genßler a. a. D., §. 2, lit. D., wäre diese gleichzeitige Häufung erlaubt, wenn der Beweisführer zum directen Beweis eines Factums sich der Zeugen bedient, und nebenbei den nämlichen Satz auch indirect durch die Eideszuschreibung darthun will. — Allein bei geläuterten Begriffen von directen und indirecten Beweisen dürfte die Erheblichkeit dieser Unterscheidung einem gegründeten Bedenken unterliegen.

²⁾ Genßler, a. a. D., §. 3, lit. E. — Malblanc, §. 52 und die daselbst angeführten Autoren.

³⁾ Das Hofb. vom 30. Oct. 1788, n. 909, lautet: „Die Partei ist nicht befugt, unter dem Bedingnisse, wenn sie mit ihren übrigen Beweisen

diese Art der cumulativen Eidesauftragung unbedingt; allein schon die gal. G. D. vom Jahre 1796 hat den Inhalt dieses Hofdecretes in ihren Context nicht aufgenommen. Und allerdings scheint vorzugsweise in einem Proceßsysteme, nach welchem auf den Beweis durch Zeugen und durch den Augenschein mittelst Beirurtheil erkannt wird, nichts im Wege zu stehen, daß der Richter in dem Falle, wo der Producent mit seinem versuchten Beweise zwar nicht aufgefunden ist, aber dennoch die Zeugen oder Kunstverständigen nicht geradezu gegen denselben ausgesagt haben, den eventuell angebotenen Haupteid noch nachträglich durch Endurtheil zulasse; weil hier jene bedenklichen Collisionen, derenwillen die Cumulation der Eidesdelation unter anderen Verhältnissen aus den so eben (bei 1.) entwickelten Gründen unstatthaft befunden wird, durchaus nicht eintreten können. Die Gestattung der subsidiarischen Cumulation ist überdies dem Grundsatz, daß der Haupteid für den Richter nur als ein subsidiarisches Beweismittel zu betrachten sey (oben S. 9), vollkommen angemessen; und die Billigkeit gebiethet, wo möglich zu gestatten, daß der Defereut seine übrigen Beweismittel versuche, bevor er genöthigt wird, zum Haupteide zu greifen, und so sich gänzlich der Gewissenhaftigkeit seines Gegners Preis zu geben ¹⁾.

Wenn daher nach dem zur gal. G. D. erlassenen Hofd. vom 9. Aug. 1833 ²⁾ die Gerichte erster und höherer Instanz bei endlicher Entscheidung des Processes an das vorhin ergangene, obgleich rechtskräftige Beirurtheil oder an die Entscheidungsgründe desselben nicht gebunden sind, und nur insoferne beschränkt werden, als nun auf eine neue Beweisführung durch Zeugen oder Kunstverständige nicht mehr erkannt werden darf, so wird der Richter nach den Grundsätzen der gal. G. D., des bereits gefällten Beirurtheils

„nicht aufkommen sollte, den Haupteid aufzutragen, und der Richter kann über einen solchen bedingnißweise aufgetragenen Haupteid das Urtheil nicht schöpfen.“

¹⁾ Warum der Delate nach einer verunglückten Gewissensvertretung strenger zu behandeln sey, wird sich später zeigen. (S. 46 und 47.)

²⁾ Hofkanzleidecret vom 7. Sept. 1833, in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, 3. 1833, 3. B., S. 325.

ungeachtet, in allen jenen Fällen, wo nicht etwa der ausgeführte Beweis durch Zeugen oder durch Augenschein geradezu gegen den Producenten ausgefallen ist, auf den früher angebotenen Haupteid zurückzugreifen, und die Hauptsache auf Grundlage dieses Eides endlich zu entscheiden berechtigt seyn.

Diese Grundsätze über die Zulassung und Ausführung des Beweises durch Zeugen und Kunstverständige, und über die daran geknüpften rechtlichen Folgen, sind in der letzten Zeit mittelst Hofkanzleidecret vom 7. Juli 1835 (Circularre der R. De. Regierung vom 30. Juli d. J.) auch auf jene Provinzen, in welchen noch die a. G. D. vom Jahre 1781 gilt, angewendet worden. Insbesondere weist der §. 2 dieser Allerh. Verordnung die Gerichte erster und höherer Instanz an: „wenn sie den angetragenen oder geführten „Beweis (durch Zeugen oder Kunstverständige) überflüssig, oder „nicht vollständig, oder, wenn er auch vollständig wäre, die dadurch zu erweisenden oder erwiesenen Umstände nicht entscheidend „finden; ihre endliche Entscheidung, ohne Rücksicht auf diesen Beweis, und auf das vorhergegangene Beirurtheil zu „fällen. Nur auf eine neue Beweisführung durch Zeugen oder „durch Kunstverständige dürfe nicht erkannt werden.“

Die Zulässigkeit der subsidiarischen Cumulation des Haupteides mit anderen Beweismitteln ist daher gegenwärtig auch in den der a. G. D. unterworfenen Ländern außer Zweifel gesetzt.

§. 36.

V. Der Beweis durch den Haupteid findet ferner nicht Statt: ueber Thatsachen, rücksichtlich deren der Delate bereits vollständigen Gegenbeweis angebothen hat.

V. Auch solche Thatsachen können kein Gegenstand der Eidesdelation seyn, über welche der Gegner desjenigen, welcher den Haupteid aufzutragen gedenkt, bereits anderweitigen vollständigen Beweis (durch Zeugen oder Urkunden) geliefert hat, oder was dasselbe sagen will: der Haupteid ist zum Behufe des Gegenbeweises unzulässig ¹⁾.

¹⁾ Vergl. den Aufsatz des Hrn. Dr. Kräzer: Ueber die Unzulässigkeit des Haupteides zum Behufe des directen Gegenbeweises in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit 2c. Jahrg. 1828, St. XXIV.

Schon das ältere römische Recht bestimmte, daß wider eine, vollkommenen Glauben verdienende Urkunde kein anderer Beweis als wieder durch völlig unbedenkliche Urkunden (*evidentissimis probationibus in scriptis habitis*) Statt finde ¹⁾; und die Const. 13., *cod. de non num. pecun.* (4. 30) enthält dieselbe Bestimmung; nur ließ Justinian auch unbedenkliche Zeugen in dem Falle zu, wenn sie das alibi der in der Urkunde als gegenwärtig erscheinenden Parteien bestätigen konnten ²⁾.

Der Beweis durch Eidesdelation gegen den klaren Inhalt einer Urkunde wurde auch von ihm in keiner Art gestattet. Insbesondere wird der Haupteid zum Behufe der *exceptio non numeratae pecuniae* wider glaubwürdige Schulurkunden in jenen Fällen als unzulässig erklärt, wo diese Einwendung entweder von Anbeginn, oder wegen Verlauf der gesetzlichen Zeit nicht privilegiert erscheint ³⁾.

Nach canonischem Rechte darf dem Beweisführer, welcher entweder glaubwürdige Urkunden oder Zeugenschaften angebracht hat, über die Wahrheit des Inhaltes der ersteren, oder der Aussage der letzteren, der Haupteid durchaus nicht aufgetragen werden ⁴⁾.

¹⁾ Fr. 25. §. 4 *Dig. de probat.* (22. 3.)

²⁾ Const. 14. *Cod. de contrah. vel committ. Stip.* (8. 33.) — *si per scripturam vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptioni majores ostenderit, sese, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse.*

³⁾ Const. 14. §. 3 *Cod. de non num. pec.* (4. 30.) *Illo videlicet (semper) observando: ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum: in his nec jusjurandum offerre liceat, und die Novella 136, cap. VI., fügt den Grund bei: nam eum, qui propria manu vel scripsit vel tradidit ratiocinia, quomodo justum fuerit putare, ita dissolutum existisse, ut quae data non essent, pro datis scriberet.* — Vergl. *Malblanca a. D.* §. 43. 4.

⁴⁾ Cap. 2. X. *de probationibus.* (19.) — Diesem Grundsätze pflichten auch die ausgezeichnetsten Lehrer des gemeinen Rechtes bei. So: *Malblanc*, §. 44. III. — *Danz*, §. 253. — *Gönnner*, *Handbuch des deutschen, gem. Processes*, II. Bb., S. 375. — *Schneider*, *vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise*. Gießen, 1803, §. 383 und 384.

Diesen Grundsatz des gemeinen Rechtes nun, daß der Haupteid als Gegenbeweis wider den Inhalt glaubwürdiger Urkunden und Zeugenaussagen nicht zulässig sey, haben unsere Gerichtsordnungen zwar nicht ausdrücklich bestätigt; — allein er ist dennoch in dem Systeme derselben unzweifelhaft ausgesprochen ¹⁾. — Das Gesetz gibt nämlich in jenen Fällen, wo es von einer Collision des Haupteides mit anderen ordentlichen Beweismitteln spricht, immer den letzteren den Vorzug, und betrachtet den Haupteid wenigstens in so ferne nur als einen subsidiarischen Nothbehelf, als derselbe überall den von gegenseits angebrachten Urkunden und Zeugenschaften an Glaubwürdigkeit weichen muß. Bei dieser Ansicht, welche den Anordnungen über die *probatio pro exoneranda conscientia*, und über die *probatio pro vitando perjurio*

¹⁾ Hr. Dr. *Raazer a. a. D.* geht so weit zu behaupten, daß nicht nur die eben angeführten, den Schiedsleid betreffenden Normen des gemeinen Rechtes, sondern sogar die *exceptio non numeratae pecuniae privilegiata* in Oesterreich noch nach eingetretener Wirksamkeit der a. G. D. fortbestanden haben, und daß insbesondere diese privilegierte Einwendung erst durch das Patent vom 1. März 1787, n. 636, aufgehoben worden sey. — Dieses Patent hat nun allerdings den Anschein, als ob es nicht sowohl erläuternd als vielmehr dispositiv seyn wollte, indem es geradegu anordnet, daß jene Rechteinwendung künftig nicht mehr Statt habe. Allein daraus möchte ich nicht folgern, daß sie auch nach eingetretener Wirksamkeit der a. G. D. und bis zur Erscheinung des erwähnten Patentens Statt gefunden habe. Denn nach §. 113 und 114 der a. G. D. ist ja förmlichen Schuldscheinen wider ihren Aussteller ohne alle Ausnahme voller Glaube beizumessen, wodurch es von allen, diesen Gegenstand betreffenden Anordnungen des gem. Rechtes sein Abkommen erhielt. Das Kundmachungspatent der a. G. D. vom 1. Mai 1781 erklärt nämlich ausdrücklich alle vorigen Gesetze, insoferne sie einen Gegenstand dieser a. G. D. betreffen, als aufgehoben. — Dasselbe sagen die Hofdecree vom 20. Juni 1782, n. 55, — vom 10. März 1783, n. 124, — vom 17. Mai 1783, n. 136, — und vom 19. Mai 1783, n. 137 aus; und das spätere Hofdecree vom 10. Febr. 1789, n. 967, erklärt mit unabweislicher Bestimmtheit, daß Alles, was den Beweis betrifft, und zwar über alle Beweisgattungen durch die a. G. D. vom 11. bis 22. Cap. vermaßen erschöpft sey, daß es dadurch von allen früheren Gesetzen, und von dem in *subsidium* angenommenen römischen Rechte ganz abgekommen ist.

zu Grunde liegt, dürfte hinwieder ohne Inconsequenz nicht zugegeben werden, daß auch der Haupteid seinerseits als Gegenbeweis wider den Inhalt glaubwürdiger Urkunden und Zeugenschaften angewendet werden könne.

Dies zeigt sich zunächst, wenn man das Rechtsmittel der Gewissensvertretung, so wie es bei uns besteht, näher ins Auge faßt.

S. 37.

Fortsetzung.

Wenn nämlich der Beweisführer sich der Eidesauftragung bedient hat, so gestattet der §. 204 der a. (§. 276 der gal.) G. D. demjenigen, welchem der Haupteid ist aufgetragen worden, sein Gewissen mit einem (sogenannten) Gegenbeweise zu vertreten, wenn er sich erbiethet, das Widerspiel desjenigen Beweissages, welchen der Defertent durch die Eidesdelation zu erhärten gedachte, durch anderweitige Beweismittel (durch Zeugen oder Urkunden) zu erweisen, und sich auf diese Art dem angeordneten Gewissenszwange zu entziehen. Hierbei ist der Richter angewiesen, bei seiner Entscheidung lediglich diese vom Delaten angebrachten Beweismittel (falls sie überhaupt als zulässig befunden würden), mit gänzlicher Beseitigung des Haupteides zu berücksichtigen. Der Haupteid muß den ordentlichen Beweismitteln an Glaubwürdigkeit nachstehen, und wird durch sie geradezu seiner sonstigen gesetzlichen Wirkung beraubt.

Sehen wir nun umgekehrt: der Beweisführer habe einen Beweis durch Urkunden und Zeugen angebothen; der Product hingegen über den Beweissatz des Producenten (also über den Inhalt der Urkunde oder der Beweisartikel) den Haupteid aufzutragen versucht; wird sich nicht hier der Richter, wenn es zur Entscheidung kommt, ganz in derselben Lage befinden, in welcher er sich früher durch eine angebothene Gewissensvertretung verfehlt fand? — Allerdings! denn auch hier wie bei der Gewissensvertretung liegt dem Richter auf der einen Seite ein regelmäßiger Beweis (durch Zeugen, Urkunden etc.), auf der andern Seite der nimmer bedenkliche Beweis durch den Schiedseid vor; er wird also auch hier, wie es bei der Gewissensvertretung ausdrücklich vorgeschrieben ist, zunächst den Ersteren zu berücksichtigen haben.

Was sollte wohl auch den Gesetzgeber bewegen können, in zwei so ganz und gar analogen Fällen die Anwendung ganz entgegengelegter Grundsätze zu belieben? Wenn der Beweisführer gleich anfänglich Urkunden oder Zeugenschaften aufführt, so hat er ja, wenn nun sein Gegner ihm über den Beweissatz den Haupteid auftragen will, sein Gewissen zur Beseitigung dieses Eides schon in vorhinein vertreten, und es ist nicht abzusehen, warum diese anticipirte Gewissensvertretung weniger Rechtswirkung äußern sollte, als wenn sie nach bereits aufgetragenem Eide wäre angebothen worden ¹⁾.

Schon hieraus erhellt zur Genüge, daß der Grundsatz der Doctrin: als könne der Haupteid wider den Inhalt glaubwürdiger Urkunden (oder Zeugenschaften) den Gegenbeweis liefern, mit dem vom Gesetze anerkannten Rechtsmittel der Gewissensvertretung und den demselben zum Grunde liegenden Maximen sich nimmermehr vereinigen lasse. Wollte man jenen Grundsatz neben der probatio pro exoneranda conscientia gelten lassen, so würde hierdurch in das System des Beweises ein Widerspruch gebracht, dessen practische Folgen ich bei der Wichtigkeit des Gegenstandes an einem Beispiele ausführlich darzustellen mir erlaube.

¹⁾ Diesen Grund der Unzulässigkeit des Haupteides als Gegenbeweismittel hat Schneider (a. a. O.) vorzüglich herausgehoben. »Die Annahme des zugeschobenen Eides (so heißt es daselbst, S. 530, Anm. LXX) kann der Product dadurch ablehnen, daß er sein Gewissen durch Beweis vertritt, das heißt, durch andere Mittel, z. B. Zeugen, Urkunden etc., den Beweis der Unwahrheit des von dem Producenten aufgestellten Thatsages führt. Hieraus folgt, daß, wenn der Producent seinen Hauptbeweis durch andere Mittel führen will, der Product dieß durch die Eideszuschreibung als Gegenbeweismittel nicht verhindern kann: denn jener anderen Mittel dürfte sich alsdann der Producent, als Reproduct und Delat, nur zum Behuf der Gewissensvertretung bedienen, um die Annahme des zugeschobenen Eides abzulehnen. Die Gesetze erkennen, indem sie die Gewissensvertretung zulassen, den ganz vernünftigen Grundsatz an, daß ein vollkommen bewiesener Thatsatz nicht auch noch einer eidlichen Bestätigung von Seite dessen, der ihn bewiesen hat, nöthig habe; und dieser Grundsatz muß dem Producenten eben so gut, als dem Producten zu Statten kommen.«

Der Gläubiger A belange den Schulbuer B auf Zurückzahlung eines Darlehens von 1000 fl., dessen ursprünglicher rechtlicher Bestand von Letzterem nicht in Abrede gestellt wird, und worüber zwar ein Schuldschein ausgestellt worden, aber in die Hände des Schuldners zurückgelangt ist, so daß für diesen in Folge §. 1428 des a. b. G. B. die Vermuthung der geleisteten Zahlung streitet. Sehen wir nun:

1.) A führe in seiner Klage an, er habe dem B jene 1000 fl. darlehensweise gegeben, den darüber errichteten Schuldschein aber verloren; daher trage er dem Beklagten über die Zuzählung des Darlehens den Haupteid auf, und bitte, denselben zur Zurückzahlung zu verhalten.

In der Einrede gesteht B, das eingeklagte Darlehen empfangen, behauptet aber, dasselbe bereits zurückbezahlt zu haben, weshalb er sich nicht nur auf den in seinen Händen befindlichen Schuldschein, und die in Folge dessen nach §. 1428 der a. b. G. B. ihm zu Statten kommende Vermuthung beruft, sondern zugleich eine förmliche Quittung über die bereits geschene Zahlung bringet. — Will nun der Kläger in der Replik diese Quittung, gegen deren Echtheit der Voraussetzung nach nichts eingewendet werden kann, dennoch dem Inhalte nach widersprechen, und dem geklagten Schuldner über den Inhalt derselben den Haupteid auftragen, und somit einen Gegenbeweis herstellen, so wäre nach der von uns bestrittenen Ansicht ohne Berücksichtigung der Quittung auf den Haupteid zu erkennen, und der Delate zu nöthigen, trotz der für ihn streitenden Vermuthung und des in seinen Händen befindlichen schriftlichen Geständnisses seines Gegners, die geschene Zahlung nochmals durch seinen Eid zu bestätigen, oder falls er nicht schwören wollte, sich der Gewissenhaftigkeit eines verdächtigen Gegners zu überlassen. — Diese harte Behandlung des Delaten würde an und für sich mit den rechtlichen Principien streiten, allein sie erscheint, näher betrachtet, als ein leeres Schreckbild, wenn man bemerkt, daß sie leicht durch eine ganz unscheinbare Abweichung in dem Benehmen des Deferenten und auf alle Fälle durch eine kluge Ausbeugung des Delaten ganz beseitigt werden könne. Denn machen wir in der Stellung des obigen Beispiels eine kleine Veränderung, und nehmen wir an:

2.) der Beklagte habe sich in der Einrede damit begnügt, das Fortbestehen der Schuld zu widersprechen, und sich auf die in seinen Händen befindliche Schuldburkunde zu berufen, so muß der Kläger, wenn er nicht aus Mangel an Beweisen sachfällig werden will, in seiner Replik den Haupteid über die geschene Zahlung auftragen. Kommt nun der Delat in der Duplik mit seiner Quittung (oder Weisung) hervor, so ist dieselbe nun plötzlich als eine Gewissensvertretung anzusehen, und der Richter hat nun keineswegs auf den Haupteid zu erkennen, sondern sich bei seiner Entscheidung in Folge §. 204 der a. (S. 276 der gal.) G. D. lediglich an die neuangebrachten Beweismittel zu halten. — Eben so müßte entschieden werden, wenn wir in unserm Beispiele

3.) annehmen, der Kläger habe schon in seiner Klage den Umstand, daß B im Besitze der Schuldburkunde sich befinde, angeführt; er habe zugleich zur Entkräftung der seinem Gegner zu Statten kommenden Vermuthung der bereits geleisteten Zahlung, demselben gleich in der Klage den Haupteid über die Zahlung aufgetragen, und der Beklagte habe sohin in der Einrede seine Quittung oder Zeugenschaft angebracht. Denn auch hier ist eine Gewissensvertretung vorhanden, welche nach §. 204 der a. und §. 276 der westgal. G. D. mit Beseitigung des Haupteides berücksichtigt werden muß.

Während also im ersten Falle unseres Beispiels der Haupteid die Urkunde entkräften soll, tritt in dem zweiten und dritten Falle die gerade entgegengesetzte Wirkung ein, daß nämlich der Haupteid durch die Urkunde beseitigt wird, ohne daß in der Natur dieser Fälle ein hinreichender Grund für so entgegengesetzte Entscheidungen anzutreffen wäre. Denn der einzige bemerkbare Unterschied ist der höchst zufällige, daß in dem ersten Falle die ordentlichen Beweismitteln vor dem Haupteide, im zweiten und dritten Falle aber der Haupteid vor den andern Beweismitteln im Proceße angebothen wurde. Mit der Zulässigkeit des Haupteides als Gegenbeweis wider den Inhalt von Urkunden (und Zeugenschaften) würde man sonach die wunderliche Maxime vertheidigen, daß dieselbe Partei unter ganz gleichen Umständen, mit demselben Beweismittel und gegen dasselbe Beweismittel, bald Sieger, bald Sachfälliger werden

müßte, je nachdem sie dieses ihr Beweismittel in ihrer frühern oder spätern Rede anzubringen sich veranlaßt fände, und daß mit gleichen Kräften doch immer nur der zuletzt angreifende Theil die Oberhand behalte.

Sa noch mehr! Die Gewissensvertretung läßt, wie wir zeigen werden, einen Gegenbeweis zu. Dieser Gegenbeweis könnte, wenn der Haupteid überhaupt als Gegenbeweis zulässig wäre, auch in dem Haupteide bestehen, und zwar in demselben Haupteide, zu dessen Vermeidung die Gewissensvertretung angeboten worden war. Sehen wir nun bei dem dritten Falle unseres Beispiels:

4.) der Kläger berufe sich zur Widerlegung der in der Einrede angebrachten Gewissensvertretung durch Quittung oder Weisartikel, welche die Zahlung ausweisen, auf seinen schon in der Klage aufgetragenen Haupteid, dessen Gegenstand ebenfalls die Zahlung ist, so müßte offenbar nach dem bestrittenen Grundsatz nun wieder dem Haupteide Statt gegeben werden, und jede Gewissensvertretung trüge den Keim der Zerstörung in sich.

Kurz, der Grundsatz, daß der Haupteid als Gegenbeweis wider anerkannte Urkunden und Zeugenschaften angewendet werden könne, läßt sich mit dem gesetzlichen Rechtsmittel der Gewissensvertretung nicht vereinigen, ohne den Gesetzgeber einer auffallenden Inconsequenz zu beschuldigen ¹⁾.

§. 38.

Fortsetzung.

Auf ähnliche Resultate stößt man, wenn man es versucht, jenen Grundsatz mit den gesetzlichen Anordnungen über die proba-

¹⁾ Die hier entwickelten Gründe dürften denjenigen wenigstens theilweise unzulänglich erscheinen, welche der Ansicht zugethan sind, daß in jenen Ländern, in welchen die a. G. D. Gesetzeskraft hat, Urkunden zum Behufe der Gewissensvertretung nicht angewendet werden können. Denn wäre diese Ansicht richtig, so würde der Zulassung des Haupteides zur Entkräftung des Inhaltes glaubwürdiger Documente die im Contexte gerügte Inconsequenz nicht entgegenstehen. Allein wir werden bei der Lehre von der Gewissensvertretung zeigen, daß jene Ansicht auf einer unrichtigen Auslegung des §. 204 der a. G. D. beruhe. (S. §. 45.)

tio pro exoneranda conscientia zu vergleichen. — Das Gesetz gestattet in dem Falle, daß ein Urtheil auf einen Eid (also auch auf den Haupteid) geschöpft worden, dem Gegentheile desjenigen, welchem die Ablegung des Eides aufgetragen worden, unter gewissen Bedingungen einen Beweis durch neugefundene Beweismittel (Zeugenschaften, — Urkunden) zur Vermeidung eines Meineides anzubiethen, und selben mit Beseitigung des Haupteides auszuführen ¹⁾. — Auch hierdurch ist der Grundsatz, daß den Zeugenschaften und Urkunden im Conflict mit dem Haupteide der Vorzug gebühre, deutlich bestätigt, und zugleich unzweifelhaft ausgesprochen, daß nicht hinwieder auch der Haupteid gegen jene regelmäßigen Beweismittel als Gegenbeweis angewendet werden könne.

Um unwidersprechlichsten aber zeigt sich die Wahrheit dieser Folgerung, wenn man das bei der probatio pro exoneranda conscientia vorgezeichnete Verfahren näher ins Auge faßt. Derjenige, welcher sich dieses Rechtsmittels bedienen will, hat nämlich nach Anleitung des Hofdecretes vom 30. Oct. 1788, n. 911, nach einverständlich oder mittelst Urtheil erfolgter Zulassung des neugebotenen Beweises eine ordentliche mit diesem Beweise instruirte Klage zu überreichen, und es muß hierüber, wie über jedes andere Klage recht ordentlich verfahren werden. Hat nun der nunmehrige Kläger und Beweisführer in seiner neuen Klage solche Urkunden und Zeugenschaften angebracht, welche das gerade Widerspiel desjenigen bestätigen, was in Folge des über die frühere Verhandlung gefällten Urtheiles hätte beschworen werden sollen (und dieß ist der natürlichste Gang einer probatio pro vitando perjurio), so stünde es ganz bei dem Belieben des nunmehrigen Beklagten, die Absicht seines Gegners zu vereiteln, wenn der Haupteid als Gegenbeweis angewendet werden dürfte. Denn nun brauchte er nur denselben Haupteid, um dessen Beseitigung willen die neu aufgefundenen Beweismittel waren angebracht worden, neuerdings anzubiethen, und die ganze Sache stünde auf demselben Punkte, auf welchem sie in der ersten Verhandlung ge-

¹⁾ §. 231 der a. (S. 305 der gal.) G. D. Hofdecret vom 30. October 1788, n. 911

standen war. Setzen wir, um bei dem einmal (S. 37) gewählten Beispiele zu bleiben:

5.) der klagende Gläubiger habe seinem den Schein in Händen habenden Schuldner, über die Zahlung der eingeklagten Darlehenssumme den Haupteid affirmativ aufgetragen, und selben im Zurückziehungsfalle negativ abzulegen sich erbothen. Es sey von dem Beklagten keine Gewissensvertretung angebothen, somit auf diesen Haupteid erkannt, und derselbe über erfolgte Zurückziehung vom Deferenten bereits angetreten, aber noch nicht abgelegt worden.

Hat nun der Delat inzwischen die Quittung über bereits geleistete Zahlung gefunden, oder Zeugen, welche dieselbe bestätigen können, aufgetrieben, so muß ihm auf sein Begehren gestattet werden, zur Vermeidung des von seinem Gegner abzulegenden Eides, diese neuen Beweismittel mittelst einer besonderen Klage vorzulegen, über welche wie über jedes andere Klagerecht zu verfahren ist. Wäre nach der hier bestrittenen Ansicht der Haupteid überhaupt als Gegenbeweis zulässig, so müßte dem Beklagten auch in dieser Rechtsache freistehen, den Haupteid zur Entkräftung der neuerlich angebrachten Beweismittel anzuwenden. Dann aber hätte er gewiß nichts Eiligeres zu thun, als seinem Gegner den bereits in der ersten Klage aufgetragenen Haupteid neuerlich und um so zuversichtlicher aufzutragen, als der Delate diesen Eid nicht annehmen zu wollen bereits in der ersten Klage durch die Zurückziehung erklärte.

Die ausgezeichnetsten österreichischen Rechtslehrer haben sich auch in Berücksichtigung dieser Gründe dahin vereinigt, daß die Eidesdelation als Gegenbeweis wenigstens wider die Aussagen glaubwürdiger Zeugen nicht Platz finde ¹⁾.

Dagegen glauben Viele den Haupteid zur Herstellung eines Gegenbeweises gegen den Inhalt und zur Entkräftung anerkannter Urkunden noch immer zulassen zu müssen, und zwar aus Grün-

¹⁾ Mater. §. XI. b. S. 189. »Denn hier (heißt es daselbst) hat der Producent der Zeugen schon einen Beweis, und gewissermaßen die Gewissensvertretung auf sich genommen, und dem Producten steht bloß zu seinem Widerspruch und Gegenbeweis durch Fragestücke oder Gegenbeweisartikel auf die Zeugen zu begründen.«

den, welchen man, abgesehen von den positiven Anordnungen des vaterländischen Rechtes, seinen Beifall nicht versagen kann. Denn es ist nicht zu läugnen, daß ohne jenes Rechtsmittel der Beweis einer Scheinhandlung, der Einwendung des nicht zugezählten Geldes u. dgl. sehr häufig gar nicht hergestellt werden könne ¹⁾, und daß auf diese Weise ein betrügerlicher oder wucherischer Complicé in gar manchen Fällen zur handgreiflichen Verletzung des materiellen Rechtes die Früchte seiner strafwürdigen Handlungen sogar mit Hilfe des Richters einernnten werde.

Allein den Uebelstand, daß Parteien bloß aus dem Grunde sachfällig werden, weil sie den factischen Grund ihrer Klage oder Einrede nicht beweisen können, oder weil sie unbesonnen eine Verpflichtung eingegangen haben, wird schwerlich irgend eine Proceßordnung ganz zu beseitigen vermögen. Das beste Schutzmittel wird hier immer die Klugheit und Vorsicht der Parteien bleiben, und der Gesetzgeber darf allenfalls von Personen, welche sich in der freien Verwaltung ihres Vermögens befinden, ohne Unbilligkeit voraussetzen, daß sie förmliche Urkunden nicht anders als der Wahrheit gemäß ausstellen werden. Haben sie hierin etwas versehen, so scheint es in mancher Beziehung angemessener, daß die Folgen ihrer Unvorsichtigkeit ihnen selbst aufgebürdet werden, als wenn diejenige Partei, welche das schriftliche, mit allen Förmlichkeiten versehene Geständniß ihres Gegners in Händen hat, von diesem gezwungen werden könnte, den durch die Urkunde bereits bestätigten Umstand noch überdies zu beschwören — oder gar sich dem Gewissen des Gegners Preis zu geben, und zu gestatten, daß dieser sein eignes schriftliches Geständniß eidlich Lügen strafe ²⁾. Auf beiden Seiten kann das materielle Recht der Parteien gefährdet werden, und es dürfte schwer zu entscheiden seyn, auf welcher Seite die Gefahr am dringendsten sey. Die österreichische Gesetzgebung hat sich über die Unzulässigkeit des

¹⁾ Eben daselbst.

²⁾ Sein eigenes Geständniß Lügen strafen nennt Justinian eine nicht zu dulden Unwürdigkeit. *Nimis enim indignum iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* Const. 13. Cod. de n. n. p. (4. 30.)

Haupteides zum Behufe des Gegenbeweises wider Urkunden — wie wir glauben, deutlich ausgesprochen, und der Umstand, daß das römische und das canonische Recht, daß die französischen ¹⁾ und preußischen Gesetze demselben Grundsatz folgen, dürfte ein-
weilen zur Beruhigung dienen.

§. 39.

VI. Ueber Thatsachen, von welchen der zu Beauftragende sich gar keine Kenntniß aus eigener Wahrnehmung zu verschaffen im Stande war.

VI. Der Haupteid kann ferner auch nicht über solche Thatsachen aufgetragen werden, von welchen der zu Beauftragende offenbar keine Kenntniß hat. Schon nach fr. 4. arg. Dig. de in litem jurando (12. 3.). — fr. 11. §. 2. Dig. de act. rerum amotarum (25. 2.) scheint wenigstens so viel ausgemacht, daß Niemand gezwungen werden könne, dergleichen, ihm völlig unbekannt Facta zu beschwören, daß folglich die Einlassung auf einen solchen Eid in seiner Willkür stehe, indem überdies das fr. 42. Dig. de regulis juris (50. 17.) ausdrücklich erklärt, daß Personen, welche in den Platz eines Andern eintreten, wie Erben, Bürgen u. sich mit ihrer Unwissenheit (ignorantia facti) auf rechtsgültige Weise entschuldigen können ²⁾.

In der österr. Praxis findet man nicht selten die Meinung im Gange, daß bei uns der Eid auch über solche Umstände aufgetragen werden könne, welche dem Delaten offenbar völlig unbekannt sind; und es fehlt nicht an Schriftstellern, welche sich zu dieser

¹⁾ Code Napoléon Art. 1319 und 1322.

²⁾ Fr. 42 Dig. de reg. jur. (50. 17.) Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. A. Malblanc. l. c. §. 43, Danz, §. 369 und 370. — Thibaut, §. 1163. — Dagegen vergl. Gensler, welcher in seinem Commentar zu Martins Lehrbuch, Heibelberg 1825, zu §. 212 und 213, dann in der Abhandlung: Von dem Antrage des Schiedseides über die Handlungen eines Andern, — facta aliena — namentlich über die Gesellen, in dem Archiv für Civ. Prax. II. Bd. n. I., §. 2, die entgegengesetzte Ansicht hauptsächlich aus der Const. 12, Cod. de rebus cred. et jurej. (4. 1.) dann aus dem fr. 3., §. 3, Dig. de jurej. (12. 2.) und fr. 10, Dig. de Carbon. Edicto (37. 10.) zu entwickeln zu th.

Ansicht bekennen ¹⁾. Dagegen schließen sich viele Practiker mit uns der entgegengesetzten Ansicht an, welche von ausgezeichneten Schriftstellern, wenn auch nicht umständlich begründet, so doch ausdrücklich oder stillschweigend als richtig anerkannt wird ²⁾.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Entscheidung dieser wichtigen Frage, welche in unsern Gerichtsordnungen nicht unmittelbar berührt ist, ganz und gar von der Auslegung des gesetzlichen Befehles: seines Wissens und Erinnerns, abhängt. Nach Anordnung des §. 206 der a. (§. 279 der gal.) G. D. ist nämlich »Jener, welcher den Haupteid angenommen hat (er sei Delat oder Defe-
rent), nur schuldig, die von gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen.»

Will nun dieser gesetzliche Befehl, wie von Vielen behauptet wird, so viel sagen, als: der Schwörende wisse nicht, ob der von gegenseits angebrachte Umstand Statt gefunden habe oder nicht, dann unterliegt es keinem Anstande, daß der Haupteid auch über solche Ereignungen aufgetragen werden könne, von deren Eintreten oder Nichteintreten wenigstens Derjenige, welcher sich auf die Abläugnung beschränkt, und daher mit jenem Befehle schwören darf, gar keine Kenntniß hat. Denn von ihm kann ein Eid des Nichtwissens auch über solche Thatsachen, von denen er wirklich nichts weiß, ohne Anstand abgelegt werden.

¹⁾ Neuhold: Practische Einleitung zum Verfahren in Rechtsfachen, Graz 1787, S. 357. — Föbransperg, practische Beobachtungen über die allg. G. D. Wien 1794, 3. Th. S. 8. — Föger, Verfahren in Streit-
fachen. 2. Aufl., Wien 1828, S. 23 u. f.

²⁾ Dahin gehören: Scheiblein; Erläuterungen über die allg. bürgerl. G. D. Wien 1825. S. 307. — Gustermann; österr. Privat-Rechtsp-
ris. Wien 1822. 1. Bd. S. 224. — Nowack; der gerichtl. Beweis.
Prag 1805. S. 358. — Vergl. Mater. §. XI. h. S. 188. »Unsere
»Gerichtsordnung,« heißt es daselbst, »gestattet zwar über eigene und
»fremde Handlungen die Eidesdelation, allein sie setzt voraus, daß man
»diese Facta möglicherweise wissen könne.« — Dann Hof. Fr. Wegschei-
der: Erläuterungen des §. 279 der westgal. oder §. 106 der Hof. Gerichts-
ordnung über den Haupteid. Innsbruck 1835, wozu die Recensionen des
Hrn. Prof. Wesseln in dessen Themis, 1. Heft 1836 und des Hrn. Dr.
Ludw. Schwarz in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, Jahrg.
1836, V. Heft.

Mein wir werden dort, wo uns der Gang dieser Abhandlung auf die Untersuchung über die wahre Bedeutung des Beisages: seines Wissens und Erinnerns führen wird (§. 60), ausführlich darthun, daß auch die Formel, unter welcher der §. 206 der a. (§. 279 der gal.) G. D. die eidliche Abläugnung eines von gegenseits angeführten Umstandes gestattet, keineswegs einen Eid de ignorantia begründe. Dort wird sich zeigen, daß nach dem Geiste des Gesetzes auch Derjenige, welcher ein Factum mit dem Beisage seines Wissens und Erinnerns eidlich widerspricht, zu erkennen gibt, daß er in der Lage gewesen sey, sich von dem Eintritt dieses Factums, falls es Statt gefunden hätte, zu überzeugen, und daß er aus dem Grunde, weil er sich dessenungeachtet an dessen Eintritt nicht erinnert, eine von dem Gesetze gebilligte Ursache habe, das Nichteintreten desselben für wahr zu halten.

Da nun diejenige Partei, welche den Eintritt der Ereignung behauptet, ohnehin ohne allen Beisatz schwören, mithin einen reinen Wissenseid ablegen muß¹⁾; so ist es klar, daß solche Thatsachen kein Gegenstand der Eidesleistung werden können, von deren Eintreten oder Nichteintreten das zur Eidesleistung berufene Individuum sich aus eigener Wahrnehmung zu überzeugen offenbar außer Stande war.

Ist also ein Eid über solche Thatsachen aufgetragen worden, welche dem Beauftragten in dem eben angegebenen Sinne fremd sind, und über welche also dieser nicht einmal einen Eid seines Wissens und Erinnerns ablegen könnte, so erscheint die ganze Eidesdelation als ungeseklich, weil der Delate genöthiget wäre, den Eid, welchen er als angenommen neuerdings verweigern müßte, an den Deferenten zurückzuschieben; und es ist Sache des Richters, eine solche Eidesauftragung, wenn ihre Gesekwidrigkeit schon aus den Acten hervorgeht, von Amtswegen, sonst aber wenigstens auf Einwendung des Beauftragten zu verwerfen.

Würde hingegen der Eid über solche Umstände aufgetragen, welche dem Deferenten völlig fremd sind, und über welche daher von diesem der Eid im Zurückschiefungsfall selbst dann

nicht abgelegt werden könnte, wenn der Deferent in Folge des §. 206 der a. (§. 279 der gal.) G. D. nur mit dem Beisage seines Wissens und Erinnerns zu schwören hätte; dann treten jene Folgen ein, welche überhaupt aus der Auftragung eines irreferiblen Haupteides entspringen (§. 5). — In den Ländern, für welche die allgemeine G. D. gilt, ist nämlich nach Anleitung der Hofdecrete vom 8. April 1788 n. 805, und vom 6. Mai 1788 n. 820, wenn der über ein solches Factum aufgetragene Eid von dem Delaten nicht freiwillig angenommen würde, die ganze Rechtsache so anzusehen, als wenn der Haupteid nie wäre aufgetragen worden. — In den Ländern aber, in welchen die gal. G. D. Gesekskraft hat, ist es dem Richter vorbehalten, nach Ermessen der Umstände zu entscheiden, in wie ferne der Delate einen solchen irreferiblen Eid dennoch anzunehmen verbunden sey¹⁾.

Hierbei kommt natürlich die Frage in Anregung, ob wohl der Beauftragte, welcher auf die Verwerfung des Eides aus dem Grunde anträgt, weil ihm selbst der Gegenstand des Eides völlig fremd sey, die Wahrheit dieser seiner Behauptung, wenn sie nicht schon aus den Acten hervorgeht, auch beweisen müsse? — Die Antwort wird offenbar verneinend ausfallen. Denn von dem Umstande, daß der Delate in der Lage war, sich von dem Eintreten oder Nichteintreten des in Frage stehenden Factums aus eigener Wahrnehmung zu überzeugen, hängt (wie eben dargethan worden) die Zulässigkeit des Eides als Beweismittel ab. Die Darthung dieses vom Delaten widersprochenen Umstandes macht also einen integrirenden Theil der Beweisführung aus, und liegt daher nicht dem Delaten, sondern dem Deferenten, als Beweisführer, ob²⁾; dieser aber kann sich allerdings auch einer neuerlichen Eideszuschiefung über den Umstand bedienen, daß Delate in der Lage gewesen sey, sich von dem Eintreten oder Nichteintreten der in Frage stehenden Ereignung zu überzeugen,

¹⁾ §. 278 der gal. G. D.

²⁾ Siehe den Aufsatz des Herrn Prof. Haim erl: Ueber den Urkundenbeweis. In der Zeitschrift für österr. Rechtsgelahrtheit, Jahrg. 1835, St. XXVI, Seite 170 und f.

¹⁾ §. 206 der a. (§. 279. der gal.) G. D.

ohne daß es hierüber der Abführung eines besondern Incidenzstreites bedürfte ¹⁾.

Trägt hingegen der Delate auf die Verwerfung des Haupteides aus dem Grunde an, weil dem Deferenten das fragliche Factum völlig fremd sey, und dieser also im Zurückschiebungsfalle den Eid im Sinne des Gesetzes nicht ablegen könne, so scheint es in dem Falle, wo dieser Umstand nicht ohnehin aus den Acten hervorgeht, nicht nothwendig, daß der Deferent das Widerspiel desselben vorläufig beweise, damit auf diesen Haupteid erkannt werde, durch dessen Zulassung dem Delaten niemals ein Nachtheil zugehen kann; selbst wenn er denselben zurückzuschieben vorzieht. Denn der Deferent hat dann ohnehin entweder sein reines Wissen zu beschwören, oder doch den Eid mit dem Beisatze seines Wissens und Erinnerns abzulegen, in welchem letzterem Falle es die Pflicht des Richters ist, den Deferenten über den wahren Sinn dieses Beisatzes zu belehren, und ihn darauf aufmerksam zu machen, daß er den Eid nur dann mit gutem Gewissen ablegen könne, wenn er in der Lage war, sich von dem Eintreten oder Nichtintreten des streitigen Factums aus eigener Wahrnehmung zu überzeugen (S. 60).

S. 40.

VII. Zum Beweise eines Ehehindernisses oder Trennungsggrundes, wenn es sich um Ungültigerklärung oder Trennung einer Christenehe handelt.

VII. Aus besonderen Gründen findet der Haupteid nicht Statt zum Beweise eines Ehehindernisses oder Trennungsggrundes, in Angelegenheiten, wo es sich um Ungültigkeitserklärung einer Christenehe oder um die Trennung zwischen akatholischen christlichen Parteien handelt ²⁾. Denn die Aufrechthaltung der ehelichen Gemeinschaft ist ein für das öffentliche Interesse zu hochwichtiger Gegenstand, um der willkürlichen Verfügung der Parteien

¹⁾ Vergl. die oben angeführte Recension des Hrn. Dr. Ludw. Schwarz über das 1. Heft der Themis.

²⁾ S. 99 und S. 115 bes a. b. G. B.

überlassen zu werden, welcher sie doch durch die Gestattung des Parteieneides (selbst der Erfüllungseid ist nach dem allgemeinen Ausdrücke des Gesetzes ausgeschlossen) anheim fallen würde; daher denn auch dem übereinstimmenden Geständnisse beider Ehegatten in solchen Fällen die Kraft eines Beweises nicht zukommt; und für die Aufrechthaltung der ehelichen Gemeinschaft christlicher Ehegenossen durch die Aufstellung eines Vertheidigers des Ehebandes besonders gesorgt wird ¹⁾.

Indessen ist doch auch in diesen Angelegenheiten der Haupteid nicht gänzlich ausgeschlossen. Wenn nämlich auf Nichtigterklärung der Ehe wegen eines solchen Hindernisses, worüber das Landrecht die Untersuchung nicht von Amtswegen einzuleiten, sondern die Klage abzuwarten hat ²⁾; — oder wenn auf Trennung der Ehe geklagt, und das Ehehinderniß oder die Trennungsurache auf andere Art vollständig erwiesen wird; so kann allerdings dem Kläger ein Eid über den Umstand aufgetragen werden, daß jenes Ehehinderniß oder diese Trennungsurache durch Verzichtleistung, durch Fortsetzung der Ehe oder auf andere Weise bereits wieder erloschen sei. Denn aus diesem Eidesauftrag kann für das Eheband

¹⁾ Ebenbaselbst und Hofd. vom 2. Juli 1802. n. 564. — Sogar die meisten protestantischen Rechtslehrer des Auslandes geben dem Eide, sobald es sich um Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft handelt, zum Beweise des Ehehindernisses oder des Trennungsggrundes nicht Raum. S. Malblanc I. c. S. 46 und die in den Anmerkungen 131, 132 und 133 angezogenen Autoren. — Auch Leue in seiner Abhandlung von der Natur des Eides.achen und Leipzig 1836, S. 198 u. f. will dem Parteieneide in ähnlichen Fällen keinen Platz einräumen, macht aber zugleich den wunderlichen Vorschlag, den Eid dem Staatsanwalde, als Vertheidiger des Ehebandes zu deferiren, welcher als eine dem Klagegrunde fremde Person nicht anders als de ignorantia zu schwören hätte. — Da dieser Schriftsteller selbst die Bemerkung beifügt, daß es bei der von ihm vorgeschlagenen Methode auf das Nämliche hinauskomme, als wenn der Eidesantrag ganz unterfragt wäre, und daß dieß sehr gut wäre, so ist nicht wohl abzusehen, wie durch diesen Vorschlag die versprochene Bervollständigung des Civilproceß-Systems erlangt werden soll.

²⁾ S. 94 b. a. b. G. B.

um so weniger ein Nachtheil entstehen, da vielmehr gerade ohne denselben ohneweiters auf Ungültigkeit oder Trennung der Ehe erkannt werden müßte ¹⁾; und die entgegengesetzte Auslegung des §. 99 des a. b. G. B., welcher ausdrücklich nur vom Beweise des Ehehindernisses spricht, würde nicht nur den Worten, sondern auch der deutlich ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers entgegen seyn ²⁾.

Bei den die Judenthehen betreffenden Streitigkeiten hat weder die fisciämliche Vertretung einzutreten, noch ist die Beziehung eines politischen Repräsentanten nothwendig ³⁾; — und da die Auflösung der Ehe unter den Juden sogar von dem Ueberkommen der Parteien abhängig gemacht ist, so ist auch die auf die Trennung einer solchen Ehe gegen die Frau gestellte Klage gleich andern Streitsachen zu behandeln ⁴⁾, daher denn bei dieser Verhandlung alle Beweisarten der Gerichtsordnung ohne Unterschied, mithin auch der Haupt- und Erfüllungseid Statt haben.

Was endlich die Scheidungen von Tisch und Bett betrifft, so ist hierbei die Zulässigkeit und rechtliche Kraft des Beweises überhaupt, und insbesondere des Beweises durch das Geständniß oder den Eid der Ehegatten nach der allgemeinen Vorschrift der G. D. zu beurtheilen ⁵⁾.

§. 41.

VIII. Ueber die unehliche Geburt des von einer Ehegattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes gebornen Kindes.

VIII. Auch über die unehliche Geburt des von einer Ehegattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes geborenen Kin-

¹⁾ Fischer a. a. D., §. 76, N. 4.

²⁾ G. des Herrn Landrath's (gegenw. Appellationsrathes) Kyppe l Erläuterungen des a. b. G. B. zum §. 99.

³⁾ Hofb. vom 13. Nov. 1816, n. 1296.

⁴⁾ §. 135 a. b. G. B.

⁵⁾ Siehe die mittelst Hofb. vom 23. August 1819 n. 1595 bekannt gemachte Allerh. Vorschrift über das Verfahren in Ehestreitsachen, §. 9.

des scheint der Mutter der Haupteid nicht aufgetragen werden zu können, indem zu Folge §. 158 des a. b. G. B. weder ein von der Mutter begangener Ehebruch, noch ihre Behauptung, daß ihr Kind unehlich sey, für sich allein demselben die Rechte der ehlichen Geburt entziehen kann. — Der Mann muß in einem solchen Falle binnen 3 Monaten nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes als Kläger auftreten, und gegen den zur Vertheidigung der ehlichen Geburt aufzustellenden Curator die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung beweisen. Der Beweis eines von der Mutter begangenen Ehebruchs kann hier keineswegs genügen, da, sobald der Ehegatte, wie zu vermuthen ist, seinem Weibe ebenfalls beigewohnt hat, es eben so leicht möglich ist, daß das Kind aus dem ehlichen Beischlaf entsprungen sey, — eine Möglichkeit, welche zu Gunsten des Kindes hier als wirklich angenommen werden muß, daher denn auch die von der Mutter allenfalls vorgegebene Behauptung, das Kind nicht von dem Manne, sondern aus den ehebrecherischen Umarmungen empfangen zu haben, um so weniger eine Beachtung verdient, als derlei Angaben, der Erfahrung zu Folge, auch bei dem aufrichtigen Willen der Mutter keinen verlässlichen Unhaltspunkt gewähren ¹⁾. — Eben so wenig geht es an, der Mutter den Haupteid im Allgemeinen über den Umstand aufzutragen, daß das Kind ehlich sey, weil die Eidesdelation immer nur über bestimmte factische Angaben, keineswegs aber über Rechtsverhältnisse, dergleichen die Ehlichkeit der Geburt ist, geschehen darf. (Siehe oben §. 31.)

Der Mann hat also darzuthun, daß er binnen dem 7. und 10. Monate von der Geburt zurückgerechnet seiner Gattin nicht beigewohnt habe. War ihm wegen fortwährender Abwesenheit, oder wegen fortdauernden Unvermögens, seiner Ehegattin beizu-

Hierzu das Just. Hofb. vom 26. Juny 1829 in Wagners Zeitschrift, 1829, 3. Band, S. 231.

¹⁾ Herr Regierungsrath Dr. Winwartter das österr. bgl. Recht — 1. Theil, S. 375.

wohnen, unmöglich gewesen, so genügt es, diese Unmöglichkeit, welche die Unmöglichkeit der Zeugung in sich schließt, darzuthun; allein der Beweis hierüber wird im letzteren Falle nur durch Kunstverständige, im ersteren Falle nur durch öffentliche Urkunden und durch Zeugenchaften herzustellen seyn. — Ein zu diesem Ende der Ehegattin aufzutragender Eid könnte sich vernünftigerweise nur auf die in dem gesetzlichen Zeitraume geschehene Beibehaltung des Mannes beziehen. Daß in derlei Processen die Ehegattin als consors litis zugezogen werden dürfe, und daß daher in dieser Beziehung der Eidesdelation an dieselbe unter den oben (§. 16) angedeuteten Bedingungen nichts im Wege stehe, ist vorlängst zur Evidenz dargethan worden ¹⁾. Allein ein wichtigeres Bedenken tritt hier ein: daß nämlich in Folge einer solchen Eidesdelation das Bestehen der gesetzlichen Vermuthung der ehelichen Geburt des Kindes lediglich von der Willkür der Mutter abhänge; indem sie bloß den Haupteid anzutreten, und dann von der Tagelohnung auszubleiben brauchte, um durch dieses Nichterscheinen dem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt zu entziehen, ein Vorgang, welcher dem Wortlaute und dem Geiste des §. 158 des a. b. G. B. geradezu widersprechen würde ²⁾.

§. 42.

IX. Dagegen kann der Haupteid im Civilproceß auch über verbrecherische Handlungen aufgetragen werden.

IX. Gewöhnlich pflegt man auch verbrecherische Handlungen unter diejenigen Gegenstände zu rechnen, über welche eine Eidesauftragung nicht Statt finde. — In so ferne es sich hierbei um Zufügung oder Abwendung einer Strafe handelt, so bringt sich eben so sehr das Unpassende der Eidesauftragung von

¹⁾ Herr Hofrath Dolliner: Ausführliche Erläuterung des 2. Hauptstückes des a. b. G. B. S. 186.

²⁾ Herr Prof. Wessely, Themis, 1. Heft 1835, Rechtsfall und Abhandlung über die Bestreitung der Vermuthung der ehelichen Geburt. S. 32. — Herr Regierungsrath Winwartner a. a. D., 1. Thl. S. 177. — Rippel S. 158.

Seite des Beschädigten oder des Denuncianten, als das Verwerfliche der Ablegung des Eides durch den Verdächtigten zur Reinigung von dem ihm angeschuldigten Verbrechen, von selbst auf. Schon das römische Recht forderte in Criminalsachen Beweise durch tüchtige Zeugen oder zweifellose Urkunden; überhaupt solche Anzeigen, welche über jedes Bedenken erhaben sind ¹⁾, womit der Eid des Inquisiten von selbst ausgeschlossen war. Daß der erleuchtete Gesetzgeber Oesterreichs auch hierin den reinsten Principien gefolgt sey, ist zur Genüge bekannt. — Allein gegenwärtig handelt es sich um die Beantwortung der Frage, ob die Eidesauftragung über verbrecherische Handlungen im Civilproceß Statt finde?

Das Erkenntniß über Verbrechen steht zwar immer zunächst dem Criminalgerichte zu, und das Hofd. v. 6. März 1827, n. 1743, bestimmt im Geiste des österr. Strafgesetzes (1. Th., S. 522 — 525 und 2. Th., S. 398) so wie des a. b. G. B. (§§. 1338, 1339 und 1340), daß Rechtsangelegenheiten, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung eines Verbrechens oder einer schweren Polizeiübertretung abhängt, vor erfolgtem Urtheile des Criminalrichters oder der politischen Behörde bei dem Civilrichter gar nicht angebracht werden können, so wie der Civilrichter angewiesen wird, über die während des Proceßes vorgekommenen Anzeigen eines Verbrechens oder einer schweren Polizeiübertretung die peinliche oder politische Untersuchung zu veranlassen, und so ferne der Erfolg dieser Untersuchung auf die Entscheidung der Streitsache einen wesentlichen Einfluß haben könnte, das civilrechtliche Verfahren einzustellen, und das Erkenntniß des Strafgerichtes abzuwarten.

In dem Criminalurtheile ist auch die Entschädigung, welche der Verurtheilte etwa aus dem Verbrechen zu leisten hat, zu bestimmen, wenn anders der Betrag des Schadens, und die Person, der die Entschädigung gebührt, aus der Verhandlung deutlich und zuverlässig erhellet; und das Erkenntniß, welches Jedem,

¹⁾ Const. ult. Cod. de prob. (4. 19.) — Danz, S. 370. — Malbianc, S. 43. — Dagegen Schibaut, S. 1163.

dem eine Entschädigung zugesprochen worden, von dem Criminalgerichte zuzustellen ist, hat gleich einem andern rechtskräftigen (Civil-) Urtheile die Wirkung, daß der Beschädigte den Civilrichter des Verurtheilten unmittelbar um Execution anrufen kann¹⁾; womit also in der Regel eine auf Entschädigung aus dem Verbrechen abzielende Civilklage überflüssig gemacht wird.

Dessenungeachtet kann auf Grundlage eines von dem Strafgericht bereits constatirten Verbrechens nicht nur aus andern Gründen, als dem der Entschädigung, — z. B. wenn es sich um den Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten²⁾, um die Unwürdigkeit eines Erben nach §. 540 des a. b. G. B. u. dgl. handelt, — sondern selbst um der Entschädigung willen die Anstrengung einer besondern Civilklage erforderlich seyn, und zwar insbesondere a) wenn der Beschädigte einen größeren Schaden, als durch das Erkenntniß des Criminalgerichtes bestimmt ist, zu erweisen vermag, und daher eine größere, als die durch dasselbe zugesprochene Entschädigung fordern will; b) wenn der Beschädigte mittelst des Strafurtheiles mit seiner Entschädigung auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen wurde, weil das Criminalgericht sich außer Stand fand, mit Zuverlässigkeit zu bestimmen, wem eigentlich eine Entschädigung aus dem Verbrechen gebühre, oder worin diese Entschädigung zu bestehen habe; endlich c) wenn der Beschädigte die eigentliche Genugthuung, d. i. den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung begehrt, welche immer nur im gewöhnlichen Rechtswege zu suchen ist³⁾.

In so fern nun diese Klagen lediglich auf jene verbrecherische Handlung gegründet werden sollen, deren der Beschädigte in dem bereits erflommenen Strafurtheile schuldig erkannt worden war, so kann es sich um einen weiteren Beweis des Verbrechens im Civilverfahren nicht mehr handeln, als so ferne er durch die Vorlegung des Straferkenntnisses oder allenfalls durch Auszüge aus den

¹⁾ §§. 522 und 523. 1. Th. St. G. B.

²⁾ §. 948, a. b. G. B.

³⁾ §§. 523, 524 und 525. 1. Th. des St. G. B.

Criminalgerichtsacten, nach Anleitung der §§. 524 und 525 des 1. Thls. des St. G. B., auf eine höchst einfache Weise geliefert werden kann¹⁾. Der Beschädigte wird also in diesen Fällen schwerlich in Versuchung gerathen, dem Verleger über die verbrecherische Handlung den Haupteid aufzutragen, während ihm öffentliche, über allen Widerspruch erhabene Urkunden zu Gebote stehen. Sollte er dennoch die Eidesdelation vorziehen, so würde der Zulässigkeit derselben die Gefahr des Meineides nicht im Mindesten im Wege stehen, indem es dem Verleger doch gewiß nicht beifallen kann, ein Verbrechen, dessen er durch Strafurtheil bereits schuldig erkannt worden ist, eidlich abläugnen zu wollen, und so ohne den mindesten Anschein eines Vortheiles sich die Strafe des Meineides zuzuziehen.

Ganz andere Rücksichten scheinen aber dann einzutreten, wenn im Civilwege eine Klage auf Grund einer verbrecherischen Handlung angestellt wird, rücksichtlich deren ein Strafverfahren wegen eingetretener Verjährung gar nicht mehr Statt findet, oder über welche eine Criminaluntersuchung zwar abgeführt, der Beizichtigte aber für schuldlos erkannt, oder wegen Mangel an Beweisen entlassen worden ist. — Daß auch unter solchen Voraussetzungen die Civilklage gestattet sey, daß weder die Verjährung des Verbrechens, noch das auf unschuldig oder non liquet lautende Strafurtheil entgegenstehe, einen neuerlichen Beweis über die verbrecherische Handlung im ordentlichen Rechtswege zu versuchen, ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, welcher sich aus den wesentlich verschiedenen Zwecken und Grundprincipien des Civil- und Criminalprocesses und aus den abweichenden Vorschriften über die Form und Kraft der Beweise bei diesen beiden Verfahrensarten

¹⁾ Beide oben angeführten §§. sprechen es unzweideutig aus, daß die Criminalgerichtsacten auch im Civilwege Beweis über das verübte Verbrechen herstellen, was um so weniger bezweifelt werden kann, da ein das Entschädigungserkenntniß enthaltendes Strafurtheil nach §. 523 unmittelbar im Civilwege executionsfähig ist. — In so ferne muß man also zugeben, daß das Criminalurtheil wenigstens theilweise eine res judicata für den Civilrichter sey. — Vergl. Mater. §. XI. c.

unwidersprechlich ergibt ¹⁾. Allein die Beantwortung der Frage, ob dieser im Allgemeinen zulässige Beweis über verbrecherische Handlungen im Civilproceſſe unter den vorausgesetzten Umständen insbesondere durch Eidesauftragung an den angeblichen Verbrecher hergestellt werden dürfe, unterliegt ganz ernstlichen Bedenken.

Es ist nämlich leicht einzusehen, wie dringend in derlei Fällen die Gefahr des Meineides werden könne; wie groß die Lockung für den Delaten sey, den ihm zugeschobenen Eid lieber gegen Wahrheit und Gewissen abzulegen, als durch die Zurückschiebung desselben gleichsam ein stillschweigendes Geständniß abzulegen, und so gegen sich den dringenden Verdacht eines Verbrechens zu erregen, wodurch in manchen Fällen sogar eine neuerliche Criminaluntersuchung veranlaßt werden möchte. Diese Verlockung wird um so gewaltiger, je schwerer die dem Delaten zugemutheten Vergehungen sind, und manche erleuchtete Rechtsgelehrte glaubten es daher der Heiligkeit des Eides schuldig zu seyn, die Eidesauftragung wenigstens rücksichtlich der eigentlichen Capitalverbrechen auszuschließen. — Bei minder wichtigen Vergehen, wo die Furcht vor Schande und Strafe jenen hohen Grad der Eindringlichkeit nicht erreicht, meinte man noch allenfalls dem Haupteide mit besonderer Vorsicht Raum geben zu dürfen; — die Bestimmung, in wie ferne von Fall zu Fall die Gefahr des Meineides dringend sey, müsse der Beurtheilung des Richters überlassen werden ²⁾.

Allein wie wünschenswerth auch diese Ausschließung der Eidesauftragung über Capitalverbrechen wegen Gefahr des Meineides in manchen Fällen erscheinen möchte, so läßt sich doch die Bemerkung nicht beseitigen, daß die österr. Gesetzgebung einer solchen Beschränkung im Gebrauche des Eides nirgends erwähnt, daß aber auch der Richter keineswegs zum Wächter des Eides in dem Sinne bestellt ist, daß es ihm frei stünde, einen gesetzmäßig angebotenen Eid aus dem einzigen Grunde zu beseitigen, weil ihm die Ablegung desselben gefährlich dünkt.

¹⁾ Mater. §. XI. c.

²⁾ Siehe Malblanc a. a. D. §. 45, und die daselbst angeführten Autoren; dann Mater. a. a. D.

Im österr. Civilproceſſe scheint demnach der Haupteid auch über Verbrechen jeder Art rechtsgültig aufgetragen und abgelegt werden zu können. Glück genug, daß die Fälle, wo eigentliche Capitalverbrechen der Strafsjustiz entchlüpfen, und erst im Civilproceſſe nachzuweisen wären, gewiß zu den seltensten gehören.

Vierter Abschnitt.

Von der Auftragung, Annahme und Zurückziehung des Haupteides und von der Gewissensvertretung.

§. 43.

I. Anbiethung des Haupteides. — Wann dieselbe zu geschehen habe?

I. Der Beweis durch den Haupteid soll in dem österreichischen Proceffe wie jeder andere Beweis anticipirt d. i. sogleich mit der Geschichtserzählung ¹⁾, ausdrücklich über den beabsichtigten Beweissatz, nach einer bestimmten Eidesformel, angeboten und aufgetragen werden. Es geht nicht an, sich den Haupteid nur im Allgemeinen vorzubehalten, und denselben erst dann, wenn ein vorläufig geführter Zeugenbeweis mißglückt wäre, näher zu bestimmen, oder allererst anzutragen ²⁾. Der Haupteid ist vor andern Beweismitteln nur in so ferne begünstigt, daß man die Aeußerung des Gegners über den entscheidenden Umstand zu erwarten, und dann über den erfolgten Widerspruch in der späteren Rede sich der Eidesdelation zu bedienen berechtigt ist, ohne daß man hiezu einer besonderen Restitutionsbewilligung bedürfte. — Die Resolution vom 31. Oct. 1785, n. 489 nämlich lautet unter III:

„Die Anbiethung des Haupteides müsse zwar in der Regel von dem Kläger in der Klage, von dem Beklagten in der Einrede geschehen; doch sey sie auch dem Kläger in der Replik, (und dem Beklagten in der Duplik) gestattet ³⁾.“

¹⁾ §. 12, 15, 47 und 53 der a. (§. 12, 39 und 44 der gal.) G. D. — Hofb. vom 11. May 1784, n. 287, — vom 11. Sept. 1784, n. 336, lit. h, — und vom 29. Nov. 1784, n. 371.

²⁾ Mater. §. XII. S. 196.

³⁾ Der eingeschaltete Satz wurde in der J. G. S. am Ende des Registers zum Jahre 1792 nachgetragen.

Diese rüchftlich der Eidesauftragung ausgesprochene Begünstigung, da sie ausdrücklich auf die Replik und Duplik beschränkt wurde, darf nicht auf die Schluß- und Gegenschlußschrift ausgedehnt werden. Den Haupteid auch in der Schlußschrift aufzutragen, ginge meines Erachtens schon darum nicht an, weil der Delat nach §. 204 der a. (§. 276 der gal.) G. D. immer zur Gewissens-Vertretung zugelassen werden muß, was aber in dem Falle der Voraussetzung nicht geschehen könnte, da in der Gegenschlußschrift unter keinerlei Vorwände die Anbringung neuer Umstände und Beweise zu gestatten ist ¹⁾. Daß daher von einer Eidesauftragung in der Gegenschlußschrift um so weniger eine Rede sein könne, bedarf keiner weiteren Erwähnung.

Durch die geschehene Eidesauftragung kann der Delate veranlaßt werden, mannigfaltige Proceßhandlungen zu unternehmen, welche nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit auch sehr verschiedene Rechtswirkungen hervorbringen. — Abgesehen nämlich von jenen Einwendungen, welche sich auf die Sache selbst beziehen, und den vom Deferenten zu erweisen beabsichtigten Geschichtsumstand selbst als unerheblich darstellen; (wie wenn z. B. die Zahlung jener Schuld eingewendet würde, deren Entstehung durch den Eid erwiesen werden will), steht es dem Delaten frei, alle jene Gründe in der Verhandlung anzuführen, welche dem Eide nach den in den beiden vorhergehenden Abschnitten über die Objecte und Subjecte der Eidesdelation dargelegten Grundsätzen entgegenstehen dürften. — Wäre aber gegen die Erheblichkeit und sonstige Zulässigkeit des angebotenen Haupteides nichts Haltbares einzuwenden, so eröffnet das Gesetz dem Delaten 1) in der Gewissensvertretung einen Ausweg, wodurch er unter gewissen Bedingungen den vom Gegner in Vorschlag gebrachten Haupteid ganz beseitigen, und eine für sich günstige Entscheidung des Proceffes herbeiführen kann, ohne sich dem immer lästigen Gewissenszwange unterziehen zu müssen. Hat er sich endlich in dem Proceffe nicht angeboten, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, so ist er zu verurtheilen, den Eid 2) anzunehmen, oder 3) zurückschie-

¹⁾ §. 57 der a. (§. 48 der gal.) G. D.

ben. — Auch diese in der Regel im Belieben des Delaten stehenden Proceßhandlungen können schon während der Verhandlung vorgenommen werden ¹⁾, und bringen so wie das Anbieten einer Gewissensvertretung eigenthümliche Rechtswirkungen hervor, deren Darstellung den hauptsächlichlichen Gegenstand des gegenwärtigen Abschnittes ausmacht.

S. 44.

II. Gewissensvertretung. — Begriff und Natur derselben. — Grundsätze des gemeinen Rechtes.

II. Unter der Gewissensvertretung (*probatio pro exoneranda conscientia*) versteht man jene Beweisführung, welche eine Partei über denselben Beweisfact, welchen zu beschwören ihr aufgetragen worden ist, mit Beseitigung des zugeschobenen Haupteides durch andere Beweismittel zu führen unternimmt.

Hiebei ist zur näheren Bezeichnung Folgendes zu merken:

a) Die Gewissensvertretung muß sich ihrem Begriffe nach unmittelbar auf den Beweisfact des aufgetragenen Haupteides beziehen. Eine von dem Delaten über eigentliche Einwendungen (*exceptiones*) angebotener Beweis ist daher keinerlei eine Gewissensvertretung und hat auch nicht dieselben Wirkungen.

b.) Die Gewissensvertretung als Beweis über den Gegensatz desjenigen Satzes, welchen der Gegner durch den Haupteid zur juridischen Gewißheit erheben will, scheint unter den Begriff des Gegenbeweises (*reprobatio*) zu fallen, welcher eben der Beweis des Beweisgegensatzes, oder die unmittelbare Entkräftung des gegnerischen Beweises über einen und denselben Beweisfact ist ²⁾, und sowohl der §. 204 der a. als der §. 267 der galizischen Gerichtsordnung nennt sie ausdrücklich einen Gegenbeweis. — Allein da schon der Etymologie zu Folge von einem Gegenbeweise nur dann die Rede seyn kann, wenn ein Beweis vom Geg-

¹⁾ Hofb. vom 12. März 1789, n. 986, — §. 277 der gal. G. D.

²⁾ Vergl. des Herrn Vicepräf. v. Prato bevera und Wagner's oben angeführte Abhandlungen über den Beweis.

ner hergestellt, also wirklich geführt wurde ¹⁾, die Gewissensvertretung aber eben darauf abzielt, zu verhindern, daß der vom Gegner angebotene Beweis durch den Haupteid ausgeführt werde, so kann sie auch nur höchst uneigentlich ein Gegenbeweis genannt werden. Hieraus folgt denn auch, daß die für den Gegenbeweis geltende Regel: *reprobatio reprobationis non datur* auf die Gewissensvertretung keine Anwendung findet. Der Defereant darf daher dem Beweise zur Gewissensvertretung auch nach österreichischem Rechte einen eigentlichen Gegenbeweis entgegensetzen ²⁾.

c) Ob die Gewissensvertretung schon im römischen Rechte gegründet sey, ist streitig. Ausgezeichnete Rechtslehrer sind der Ansicht, daß sie ihre Entstehung dem Gerichtsgebrauche verdanke, welcher durch die neueren Proceßordnungen vielfach bestätigt, und auch von unserer vaterländischen Gesetzgebung aufgenommen worden ist. — Das fr. 38. Dig. de jurejur. (12. 2.) erklärt es für aufgelegte Schwüre des Delaten, den aufgetragenen Eid weder abzuschwören, noch zurückziehen zu wollen, und will ein solches Benehmen des Delaten für ein offenes Geständniß angesehen wissen ³⁾. Nach geläuterten Grundsätzen aber soll es dem Delaten offen gelassen werden, sich dem lästigen Gewissenszwange des Eides wenigstens unter solchen Bedingungen zu entziehen, welche einen muthwilligen Aufzug des Deferenten hindanzuhalten vermögen, und diese Bedingungen auszufinden, ist eben die wichtige Aufgabe des Gesetzgebers.

¹⁾ Wagner a. a. D. §. 10. S. 363.

²⁾ Vergl. Mater. §. XIV. 3. 6. wo dieses Recht dem Deferenten mit dem Bemerkten zugesprochen wird, daß es die Rechtsgleichheit und Consequenz offenbar forbere. „Denn der Deferent,“ heißt es daselbst, „konnte den Haupteid wählen, obgleich er andere Beweismittel hatte, um geschwinder ans Ziel zu kommen. Wenn nun der Delate den Haupteid durch die Gewissensvertretung, die nicht vorgesehen werden konnte, ganz beseitigen, und die Sache in die Länge ziehen will, so wäre es ja unbillig, dem Deferenten nun auch den Rücktritt zu den ordentlichen Beweismitteln zu versagen, und sich gegen diese Gewissensvertretung zu vertheidigen.“

³⁾ *Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* Vergl. fr. 34. §. 6, 7. Dig. de jurejur. (12. 2.)

Nach gemeinem Rechte nun wird die Gewissensvertretung bis zum Ablauf des Beweisstermines, durch alle Arten von Beweismitteln, die Eideszuschreibung allein ausgenommen, und zwar mit folgender Wirkung zugelassen. — Ist der geführte Beweis vollständig für den Delaten ausgefallen, so fällt die Eidesleistung als überflüssig hinweg. — Wenn hingegen der von dem Gewissensvertreter unternommene Beweis geradezu gegen ihn ausgefallen ist, oder wenn er (der Delate) denselben hat desert werden lassen, so kann er zu der Eidesleistung nicht mehr zurückkehren; er zieht sich den Verlust des Processes (rückfichtlich des fraglichen Punktes) zu, und ein verdammandes Urtheil muß folgen. — Hat er endlich gar nichts, oder doch nicht vollständig erwiesen (in welchem letzterem Falle nach Einigen auf den Erfüllungs- oder Reinigungs Eid erkannt werden muß), oder hat er dem unternommenen Beweise freiwillig entsagt, so kann er noch immer den Haupteid annehmen oder nach Befinden der Umstände zurückziehen ¹⁾.

§. 45.

Oesterreichisches Recht. — In welcher Rede die Gewissensvertretung angebracht, und durch welche Beweismittel dieselbe ausgeführt werden dürfe?

Diese Grundsätze haben in den österreichischen Proceßordnungen einige sehr zweckmäßige Veränderungen erlitten. Der hierauf bezügliche §. 204 der a. G. D. lautet nämlich:

»Wenn jener, dem der Haupteid ist aufgetragen worden, sich erbothen hat, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, ist er hierzu durch Urtheil zuzulassen; falls jedoch dieser Gegenbeweis nicht rechtsbeständig ausfiele, so könnte er den aufgetragenen Eid nicht mehr annehmen.»

Der §. 276 der gal. G. D. aber lautet:

»Derjenige, dem der Haupteid aufgetragen worden, ist befugt, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, und wenn dieser Gegenbe-

¹⁾ Danz a. a. D. §. 280 und 281. — Malblanc §. 58.

weis sich auf Zeugen bezöge, ist er hiezu durch Beurtheil zuzulassen; im Falle aber dieser Beweis nicht rechtsbeständig ausfiele, so könnte er den aufgetragenen Eid weder annehmen, noch zurückziehen.»

Hiebei fallen folgende Bemerkungen auf; und zwar:

1.) in Betreff der Frist zur Anbiethung der Gewissensvertretung.

Da nach dem Proceßsysteme des gemeinen Rechtes durch das erste Urtheil lediglich der status controversiae bestimmt, und das eigentliche Beweissthema festgestellt wird, worüber dann erst die eigentliche Ausführung der Beweise in dem sogenannten Beweisverfahren einzuleiten ist, so liegt es in der Natur dieses Verfahrens, daß der Delat jene Beweismittel, wodurch er sein Gewissen zu vertreten gedenkt, auch nach erfolgtem Interlocut, und bis zum Ablauf des (allenfalls) festgesetzten Beweisstermines anbringen könne.

Die österr. Proceßordnungen kennen diese Absonderung des Beweisverfahrens nicht und gebiethen jeder der Parteien sämtliche Beweismittel sogleich in der ersten Verhandlung anzuführen und beizuschließen, und sowohl Beweis als Gegenbeweis alsogleich anzubiethen, sobald derselbe entweder an sich, oder durch die unmittelbar vorausgegangenen Schritte des Gegners als juridisch nothwendig erscheint ¹⁾. — Da nun bei uns die Anbiethung des Haupteides, wodurch der Beauftragte, wenn er den Eid weder annehmen, noch zurückziehen will, eine Gewissensvertretung anzubringen genöthiget wird, nicht nur in der Klage und Einrede geschehen kann, sondern auch dem Kläger in der Replik, und dem Beklagten in der Duplik gestattet ist, so hat auch der Delate die Gewissensvertretung, je nachdem der Haupteid früher oder später aufgetragen wurde, als Beklagter in der Einrede oder Duplik, als Kläger in der Replik oder Schlußrede anzubiethen.

Wäre also der Haupteid bereits in der Klage aufgetragen worden, so dürfte die Gewissensvertretung nur dann in der Duplik angebothen werden, wenn der Beklagte durch Beibringung

¹⁾ §. 12, 24, 26, 27, 42 und 47 der a. (§. 12, 39 und 44 der gal.) G. D.

standhafter Behelfe, oder durch seinen Eid darzuthun im Stand wäre, daß er die neuangebrachten Beweismittel in seiner Einrede nicht gestiftentlich verschwiegen habe ¹⁾).

Ueber einen in der Einrede aufgetragenen Haupteid hingegen scheint in der Schlussschrift die Gewissensvertretung sogar mittelst einer rest. brevi manu nicht angebothen werden zu dürfen, indem daselbst nur über jenes, was in der Duplik vorgekommen ist, gehandelt werden soll, und von dem Kläger nur solche Beweismittel angebracht werden können, welche unmittelbar zur Entkräftung der in der Duplik angebrachten Neuerungen gehörig sind ²⁾).

In wie ferne der Gewissensvertretung sogar nach bereits geschehener Annahme oder Zurückziehung des Haupteides, oder wohl gar nach bereits auf den Haupteid gefälligem Urtheile Platz gegeben werden dürfte, wird später untersucht werden.

2.) Was die Art der Beweismittel anbelangt, durch welche eine Gewissensvertretung hergestellt werden kann, so ist soviel ausgemacht, daß eine neuerliche Eidesdelation über den Beweisatz des aufgetragenen Eides hiezu nicht tauglich sey. Denn der Delate ist entweder zu schwören bereit oder nicht. Im letztern Falle braucht er ja den Eid nur zurückzuschieben, und die neuerliche Eidesauftragung ist völlig überflüssig. Im ersten Falle ist sie sogar gefährlich, weil der vermeintliche Gewissensvertreter sich des Rechtes vor seinem Gegner zu schwören begibt, dessen Gewissenhaftigkeit er die Entscheidung des Processes unnöthiger Weise überläßt. — Unter den übrigen Beweismitteln, welche zum Behufe der Gewissensvertretung angewendet werden können, hat man in den Ländern, wo die allgemeine G. D. Gültigkeit hat, auch die Urkunden ausschließen zu müssen geglaubt, weil der §. 204 dieser G. D. ganz im Allgemeinen festsetzt, daß der Delat zur angebothenen Gewissensvertretung durch Urtheil zuzulassen sey; eine Anordnung, welche offenbar auf den Urkundenbeweis nicht angewendet werden könne. — Allein schwerlich dürfte ein haltbarer Grund vorgebracht werden, um dessen Willen dem Delaten verwehrt werden sollte, zur Befreiung vom lästigen Ge-

1) §. 54 der a. (§. 45 der gal.) G. D.

2) §. 56 und 57 der a. (§. 47 und 48 der gal.) G. D.

wissenszwange eine Thatsache mittelst des liquiden Beweises durch glaubwürdige Urkunde zu erweisen, welche er durch den zeitraubenden und oft viel minder verlässlichen Zeugenbeweis bekräftigen darf. Hätte der Gesetzgeber die Absicht gehabt, die Gewissensvertretung durch glaubwürdige Urkunden zu verbieten, so hätte er eine so auffallende Abweichung von den Grundfäden des gemeinen Rechtes auf eine unzweideutigere Art aussprechen müssen, als dieß nach der Meinung mancher Rechtsgelehrten durch die Textirung des §. 204 geschehen seyn soll. Daß dieß seine Absicht nicht gewesen, zeigt der §. 231 der a. G. D. Der Anordnung dieses §. liegt nämlich offenbar die Maxime zu Grunde, daß der vom dem einen Proceßtheile angebothene Urkundenbeweis mehr Glauben, als der von dem andern Proceßtheile abzulegende Eid verdiene, indem dieselbe den Beweis zur Vermeidung eines Meineides unter den gesetzlichen Bedingungen durch alle Beweismittel (versteht sich mit Ausnahme des Haupteides) also auch durch Urkunden zuläßt. Behaupten, daß der Gesetzgeber den Urkundenbeweis in der Kategorie der Glaubwürdigkeit einmal über, ein andermal unter den Beweis durch den Haupteid habe stellen wollen, hieße denselben einer unverzeihlichen Inconsequenz beschuldigen. Der §. 276 der westgal. G. D. ist daher auch so stylisirt worden, daß nach demselben kein Zweifel über die Zulässigkeit der Urkunden zur Gewissensvertretung Statt finden kann, und die minder entsprechende Stylisirung des §. 204 der a. G. D., nach welchem es allerdings den Anschein erhält, als ob der Delat zu jedem Beweise pro exoneranda conscientia durch Urtheil besonders zugelassen werden müßte, mag wohl dadurch veranlaßt worden seyn, daß der Gesetzgeber bei Abfassung desselben hauptsächlich die im Schlusssatz ausgesprochene nachtheilige Wirkung einer verunglückten Gewissensvertretung im Auge hatte, welche freilich nur bei einem durch Urtheil zugelassenen Beweise Statt finden, wie sich sogleich zeigen wird, wenn wir die Wirkung der Gewissensvertretung überhaupt näher betrachten.

§. 46.

Rechtliche Folgen einer verunglückten Gewissensvertretung.

3.) Hat nämlich der Delat zur Vertretung seines Gewissens einen Beweis durch Zeugen angebothen, und denselben in Folge

des darauf erlassenen Beurtheiles auch wirklich auszuführen versucht, so wird der Richter das Endurtheil auf die Grundlage des sententionirten Zeugenbeweises zu fällen haben.

Ist also der Zeugenbeweis genügend ausgefallen, so reicht dieß allein schon hin ein dem Delaten günstiges Endurtheil zu bewirken, ohne daß er genöthiget werden darf, den aufgetragenen Haupteid abzuschwören. Wäre aber der Zeugenbeweis nicht rechtsbeständig ausgefallen, so muß ein für den Gewissensvertreter nachtheiliges Urtheil erfolgen, in welchem demselben die fernere Annahme oder Zurückziehung des aufgetragenen Eides nicht mehr vorbehalten werden darf¹⁾; es ist vielmehr ohneweiters das Gegentheil von dem, was er zu beschwören hatte, für wahr zu halten.

Die Strenge dieser gesetzlichen Anordnungen rechtfertigt sich von selbst, wenn die Zeugen geradezu gegen den Gewissensvertreter ausgesagt haben, indem es absurd wäre, den Delaten zur Beschwörung einer Behauptung noch nachträglich zuzulassen, deren Gegentheil die von ihm selbst aufgeführten Zeugen bereits eidlich bekräftigten, oder den Deferenten zum Eide über eine Thatsache anzuhalten, welche schon durch die versuchte Gewissensvertretung seines Gegners selbst bestätigt wurde.

Minder einleuchtend dürfte die Gerechtigkeit jener gesetzlichen Verfügung für den Fall erscheinen, wo die Zeugenausfagen zwar keinen richtsordnungsmäßigen Beweis herzustellen geeignet sind, aber auch nicht geradezu gegen den Delaten lauten. Und wirklich wird diesem unter so bewandten Umständen nach gemeinem Rechte noch immer die Annahme oder Zurückziehung des bloß suspendirten Haupteides gestattet²⁾. Die originelle Verfügung der österr. G. D., durch welche der Delate auch in diesem Falle das Befugniß auf den Eid zurückzugreifen verliert, hat, wie bereits anderwärts sehr scharfsinnig bemerkt wurde, den Zweck, den Mißbrauch und die Umtriebe solcher vorgeschützter Gewissensvertretungen zu beschränken³⁾; und siegreiche Gründe streiten für die Billigkeit dieser Beschränkung.

¹⁾ §. 204 ber a. und §. 276 bergal. G. D.

²⁾ Danz, l. c. §. 381.

³⁾ Mater. §. XIV. d.

Denn indem die Partei, bei der es gestanden hatte, durch die Annahme und Ablegung des aufgetragenen Haupteides auf dem kürzesten und sichersten Wege eine erwünschte Entscheidung des Rechtsstreites zu begründen, es dennoch vorzieht, eine weitläufige und häufig kostspielige Gewissensvertretung durch Zeugen zu versuchen, welche dann nicht rechtsbeständig ausfällt: erregt sie in den gewöhnlichsten Fällen den dringenden Verdacht, als ob sie sich den aufgetragenen Haupteid abzulegen scheute, und nur des Aufschubes willen nach Weitläufigkeiten haschte. Dem also Verdächtigten dessen ungeachtet die nachträgliche Annahme und Abschwörung des Eides zu gestatten, dürfte also nicht selten sehr bedenklich erscheinen. — Aber auch die nachträgliche Zurückziehung des Haupteides wäre eine Unbilligkeit gegen den Deferenten. Denn da der Delate einmal die Beweislast freiwillig auf sich genommen, den Gegner seines einfachen Beweismittels zu berauben, und ihn in Umwege zu ziehen versucht hat, so soll er auch die ganze Beweislast tragen. Er wird sohin von dem Gesetze so angesehen, als ob ihm die freiwillig übernommene Beweisführung wirklich obgelegen hätte, daher denn auch das Mißglücken derselben seine Sachfälligkeit zur Folge haben muß. — Die anscheinende Strenge, welche in dieser Normirung der Gewissensvertretung gefunden werden dürfte, behebt sich sofort, wenn man bemerkt, daß es ja lediglich an der Partei und ihrem rechtskundigen Vertreter liege, den Ausschlag der angebotenen Beweisführung im Voraus wohl zu erwägen, und sich von dem Wissen und der Bereitwilligkeit der Zeugen, wie es überall geschehen sollte, wohl zu versichern, bevor sie durch Gewissensvertretung auf einen Eid verzichten, welchen der Delat mit gutem Gewissen abschwören zu können weiß¹⁾.

§. 47.

Fortsetzung.

4.) Ganz anders gestalten sich die Dinge, wenn zwar ein Zeugenbeweis zur Befreiung des aufgetragenen Haupteides angeboten, aber nicht durch Urtheil aufgetragen, mit-

¹⁾ Mater. §. XIV. d.

hin auch nicht auszuführen versucht wurde, weil der Richter denselben als überhaupt unzulässig beseitigte, oder weil die Zeugen allenfalls inzwischen verstorben sind. — Hier muß dem Delaten der Rücktritt zum Haupteide, auf den er nicht unbedingt verzichtet hat, nach allen Grundsätzen offen bleiben, was offenbar auch dann der Fall ist, wenn eine Gewissensvertretung durch Urkunden angeboten wurde. Denn unsere G. D. unterlagen dem Gewissensvertreter das Zurückgreifen auf den Haupteid ausdrücklich nur dann, wenn auf die Gewissensvertretung vom Richter wirklich durch Urtheil erkannt wurde, und der Beweis sohin nicht rechtsbeständig ausgefallen ist ¹⁾. Das bloße Anbieten der Gewissensvertretung schon ohneweiters mit dem Verluste des Haupteides zu bestrafen, wäre wahrlich eine unnöthige Härte. Dadurch allein, daß der Delate dem Richter die Beweismittel vorlegt, durch welche er sich von einem lästigen Gewissenszwange zu befreien hofft, hat er weder einen verdächtigen Aufschub verursacht, noch hat er es (vor wirklicher Antretung eines allfälligen Zeugenbeweises) ausdrücklich auf sich genommen, die Beweislast selbst zu tragen, und die unter 3. geltend gemachten Gründe finden also unter solchen Umständen keine Anwendung.

5.) Zweifelhaft dürfte es scheinen, ob die nachtheiligen Folgen einer verunglückten Gewissensvertretung durch Zeugen auch dann einzutreten haben, wenn dieselbe durch Urtheil zugelassen, aber sohin von dem Delaten gar nicht angetreten wurde. Der §. 204 der allgemeinen, so wie §. 276 der gal. G. D. machen die in ihren Schlusssätzen ausgedrückten nachtheiligen Folgen von dem Daseyn zweier Bedingungen abhängig: daß nämlich die Gewissensvertretung erstens durch Urtheil zugelassen, und zweitens daß sie sohin dennoch nicht rechtsbeständig ausgefallen sey. In dem Falle der Voraussetzung nun, wo der sententionirte Zeugenbeweis gar nicht angetreten wurde, wäre es, wie mich dünkt, ganz sprachwidrig zu sagen, daß derselbe nicht rechtsbeständig ausgefallen sey, da man offenbar nur von einer bereits unternommenen Handlung sagen kann, sie habe diesen oder jenen Ausschlag genommen, sie sey so oder so ausge-

¹⁾ §. 204 der a. und §. 276 der gal. G. D.

fallen. — Ein Zeugenbeweis also, welcher zur Beseitigung des Haupteides durch Urtheil aufgetragen, aber gar nicht angetreten worden, scheint nach dem Wortlaute des Gesetzes den Verlust des Rechtes auf den Haupteid zurückzugreifen, nicht nach sich zu ziehen. Und wenn man bedenkt, daß der Delat vor Antretung des vorbehaltenen Beweises die Beweislast mit Bestimmtheit noch nicht übernommen hat, daß auch durch die bloße Schöpfung des Interlocutes, sogar dann, wenn dießfalls eine Appelation gelaufen wäre, niemals eine so namhafte Verzögerung, als durch die wirkliche Ausführung eines Zeugenbeweises, und das Wechseln der Beweischriften herbeigeführt wird, so dürfte man allerdings geneigt seyn, der obigen Auslegung des Gesetzes beizutreten, obgleich sich nicht in Abrede stellen läßt, daß mit derselben der Chikane des Delaten vielleicht noch immer nicht wirksam genug begegnet werde.

§. 48.

III. Annahme des zugeschobenen Eides. — A. Sie hindert den Delaten nicht sich der Zurückziehung, oder einer Gewissensvertretung durch neugefundene Beweismittel zu bedienen.

III. Die Annahme ist die Erklärung des Delaten, daß er den ihm zugeschobenen Haupteid abzulegen bereit sey. Nach der Vorstellungsweise der älteren römischen Rechtsgelehrten wurde die Eideszuschreibung als eine Vergleichsproposition betrachtet. Durch die Annahme derselben mußte der nach ihrer Ansicht dem Haupteide zu Grunde liegende Vertrag als abgeschlossen angesehen werden, woraus sich die unmittelbare Folge ergab, daß von dem einmal zu Stande gekommenen Vergleiche keiner der beiden Parteien zurückzutreten gestattet war ¹⁾.

A. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, halten die Lehrer des gemeinen Rechtes den Delaten, welcher den zugeschobenen Eid während der Verhandlung angenommen hat, hieran für dermaßen gebunden, daß er denselben unter keiner Bedingung zurückziehen, aber auch zur Beseitigung desselben keine Gewissensvertretung mehr anbieten dürfe, außer in so ferne er neue, ihm

¹⁾ Const. 16 et 39. Cod. De transaction. (2. 4.)

zur Zeit der Annahme nicht bekannt gewesene Beweismittel aufgefunden hätte ¹⁾.

1.) Was nun zuerst die Zurückziehung des angenommenen Eides betrifft, so ist diese durch unsere Gesetzgebung sehr begünstigt. Das Hofd. vom 12. März 1789 n. 986 erklärt ausdrücklich: daß die während der Verhandlung geschehene Annahme des — (referiblen) — Haupteides nicht dahin aufgenommen werden könne, als ob sich dadurch derjenigen Rechte begeben worden, welche die §§. 209, 211, 212 nach geschöpftem Urtheile demjenigen zulassen, dem der Haupteid aufgetragen worden ist. In Folge dieser Anordnung muß dem Delaten, der bereits vorliegenden Annahme ungeachtet, im Urtheile selbst die Zurückziehung des Eides vorbehalten werden ²⁾, so wie es ihm um so mehr gestattet ist, den angenommenen Eid noch während der Verhandlung zurückzuziehen. Nur dann, wenn ein irreferibler Eid aufgetragen, und vom Delaten freiwillig angenommen worden ist ³⁾, könnte ausnahmsweise der Zurückziehung nicht mehr Platz gegeben werden.

2.) Die Beantwortung der Frage, ob dem Delaten, welcher den zugeschobenen Eid in einer früheren Rede bereits angenommen hat, dennoch in einer späteren die Gewissensvertretung gestattet werden dürfe, kann nach österreichischem Rechte für den Fall der Regel unbedenklich bejahend geschehen. Denn auch der während der Verhandlung angenommene Eid kann, wie eben bemerkt worden, in der Regel noch immer sowohl vor als nach erfolgtem Urtheile zurückgeschoben werden. Es steht also ganz im Belieben des Delaten, durch die nachträgliche Zurückziehung des bereits angenommenen Eides der Gegner desjenigen zu werden, welcher den Eid abzulegen hat, und sich somit in die Stellung zu bringen, welche der §. 231 der a. (S. 305 der gal.) G. D. voraussetzt, wo sodann über die vorgebrachten neuen Behelfe der Deferent nicht zum Eide, sondern er zur Führung seines Beweises oder

¹⁾ Danz, S. 377. — Malblanc, S. 56 und die daselbst citirten Autoren.

²⁾ §. 277 der gal. G. D.

³⁾ Hofd. vom 8. April 1788 n. 805 — und vom 6. Mai 1788 n. 820.

Gegenbeweises zugelassen werden muß. Eine Beweisführung aber, welche dem Delaten sogar nach erfolgtem Urtheile zur Vermeidung eines Meineides gestattet wird, kann ihm um so weniger während des Processes als Gewissensvertretung verweigert werden.

Dieser Grund, den Delaten zu einer nachträglich angebrachten Gewissensvertretung zuzulassen, fällt nun freilich weg, wenn er einen irreferiblen Eid während der Verhandlung angenommen hat. Denn in einem solchen Falle kann die Zurückziehung der Natur der Sache nach nicht mehr Platz greifen, der Delate muß zur Abiegung des freiwillig angenommenen Eides verurtheilt werden, und es wird ihm nach gefälligem Urtheile die Begünstigung des §. 231 der a. (S. 305 der gal.) G. D. die Restitution wegen neuer Behelfe zu begehren, niemals zu Statten kommen. — Dennoch glaube ich, daß die strengere Anordnung dieses Paragraphes, welcher voraussetzt, daß auf den Eid bereits erkannt sey, auf den Fall nicht ausgedehnt werden dürfe, wo es sich um das Recht des Delaten während des Processes handelt, und daß daher dieser vor gefälligem Urtheile, wenn die übrigen gesetzlichen Bedingungen eintreten, zur Gewissensvertretung mittelst der restitutio brevi manu selbst dann zugelassen werden müsse, wenn er einen irreferiblen Eid freiwillig angenommen hätte.

§. 49.

B. Der Deferent ist berechtigt, den von gegenseits angenommenen Eid zu widerrufen, und die Restitution wegen neu aufgefundener Beweismittel zu begehren.

B. Auch für den Deferenten hat man aus der während der Verhandlung erfolgten Annahme des Eides sehr wichtige Rechtswirkungen ableiten wollen, welche sich insbesondere bei der Beantwortung der Frage äußern sollten, in wie ferne ein im Prozesse angenommener Eid noch widerrufen werden könne?

1.) Hierbei nun läßt sich vorläufig so viel mit Sicherheit bestimmen, daß dem Deferenten nicht wohl verweigert werden könne, den von seinem Gegner bereits angenommenen Eid zu widerrufen, wenn er sich auf diesen Widerruf beschränken, und nicht zugleich auf andere bisher nicht gebrauchte Beweismittel

greifen will. Allein um die Zurücknahme des Eides an sich, wird es dem Eideszuschieber in der Regel nicht zu thun seyn. Sie kann, wenn man von individuellen, gewiß sehr selten eintreffenden Gründen absieht, nur in so ferne Werth für ihn haben, als er dadurch zugleich in die Lage kommt, zum Gebrauche anderer, bisher noch nicht angebrachter Beweismittel zu gelangen; und wird ihm dieses nicht gestattet, so dürfte er nicht leicht in Versuchung gerathen, seinem Gegner einen (von diesem bereits angenommenen) Eid zu erlassen, welchen er ihm früher angetragen hat ¹⁾. — Die Frage über die Widerruflichkeit eines bereits angenommenen Eides löst sich daher in die practische Frage auf, ob und in wie ferne der Defereut nach erfolgter Annahme des Eides zu andern bisher nicht gebrauchten Beweismitteln noch während der Verhandlung zurückzugreifen befugt sey?

2.) Diese Befugniß nun, welche dem Eideszuschieber nicht nur von den meisten Lehrern des gemeinen Rechtes ²⁾, sondern auch in vielen deutschen Proceßordnungen ³⁾ eingeräumt wird, ist auch in dem Geiste unserer vaterländischen Gesetze gegründet, nur daß auch hier die über Beweisanticipation und das Anbringen von Neuerungen im Allgemeinen geltenden Grundsätzen wohl zu beachten sind ⁴⁾. — Nach §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. kann nämlich der Defereut selbst nach geschöpftem Urtheile den seinem Gegner aufgetragenen, aber von diesem noch nicht abgelegten Eid durch Beibringung neuer Beweismittel befeitigen. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß er hierzu auch während der Proceßverhandlung nach erwirkter rest. brevi manu wenigstens in dem Falle berechtigt sey, wo der Delate einen ihm zugeschobenen irreferiblen Haupteid angenommen hat. Denn unter dieser Voraussetzung muß, wie sich später (§. 56) zeigen wird, der Delate den Eid ohneweiters abzulegen verurtheilt werden, und folglich der Defereut,

¹⁾ Eoß. Ueber die Zurücknahme eines zu- oder zurückgeschobenen Eides, insbesondere wegen Gefahr des Meineides. Im Archiv f. G. Praxis. I. Band n. XXII.

²⁾ Eoß a. a. D. — Danz, §. 377. — Malblanc, §. 54.

³⁾ Eoß a. a. D.

⁴⁾ Vergl. oben, §. 45.

wenn er das Urtheil abwartet, nothwendig in die Lage kommen, sich nach dem Grundsätze des §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. einer Beweisführung pro vitando perjurio durch neu aufgefundenene Beweismittel bedienen zu dürfen. Offenbar aber wäre es ein ganz zweckloser Umtrieb, dem Deferenten während der ersten Verhandlung eine Restitution zu verweigern, welche ihm nach gefälligem Urtheile im Wege eines Restitutionsprocesses dennoch zu Theil werden müßte. — Ein referibler Eid, welcher während des Processes angenommen worden ist, kann zwar noch immer zurückgeschoben werden; die bloße Annahme an sich macht es noch keineswegs gewiß, daß der Delate den Eid nach erfolgtem Urtheile wirklich abzulegen haben, und der Defereut sich in der Lage des §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. befinden werde. Allein dessenungeachtet schwebt der Eideszuschieber wenigstens in der Gefahr, daß sein Gegner den angenommenen Eid sohin auch antreten und ablegen werde; es kann ihm folglich eine probatio pro vitando perjurio mittelst neuer Beweismittel anzubieten, nicht füglich verweigert werden. Dieses Rechtes, neue Beweismittel vorzubringen, wird er billigerweise nur dann verlustigt, wenn es gewiß ist, daß er selbst den angebrachten Haupteid zu schwören habe, weil dann durch das Restitutionsgesuch nicht sowohl ein Beweis zur Vermeidung eines Meineides, sondern vielmehr eine Gewissensvertretung beabsichtigt würde, welche, wie sich später zeigen wird, dem Deferenten niemals zu gestatten ist; cum non deberet displicere conditio jurisjurandi, qui detulit ¹⁾.

§. 50.

Wenn der vom Deferenten angebothene neue Beweis nicht rechtsbeständig ausgefallen ist, so darf auf den Haupteid nicht mehr zurückgegriffen werden.

3.) Wenn nun der Defereut in Gemäßheit der eben entwickelten Grundsätze die rest. brevi manu wegen neu vorgefundener

¹⁾ Fr. 34, §. 7. D. de jurej. (12. 2.) — Const. 12., §. 1. Cod. de rebus credit. et jurej. (4. 1) — Mater. §. XIV. 2.

Beweismittel zur Beseitigung des deferirten Eides erwirkt, und sohin einen Beweis durch Zeugen oder Kunstverständige wirklich angetreten hat, mit einem hinlänglichen Beweise aber nicht aufkäme; so wäre es in keinem Falle zulässig, auf den einmal beseitigten Eid wieder zurückzukommen ¹⁾.

Das gemeine Recht ²⁾ gibt diesem Grundsatz eine noch größere Ausdehnung, und verbiethet in einem solchen Falle das Zurückgreifen auf den Eid unbedingt, weil es voraussetzt, daß hierbei allezeit der Eidesauftrag widerrufen werde (*Ad renunciata non datur regressus*). — Allein der Natur der Sache nach ist das Anbiethen eines Beweises zur Vermeidung eines möglichen Meineides keineswegs an sich für einen Widerruf des Eidesanzuhalten; — sondern der Restitutionswerber wird nur dann, wenn er sich den Verdacht zugezogen hat, durch die versuchte *probatio pro vitando perjurio* einen muthwilligen Aufschub veranlaßt zu haben, mit dem Verluste der aus der Eidesdelation zustehenden Rechte bestraft, um durch Androhung dieses Rechtsnachtheiles übelwollende Deferenten von sträflichen Umtrieben abzuhalten ³⁾. Ein Umtrieb ist aber nur dann möglich, wenn der neuerlich angebotene Beweis einerseits nicht zu den *ex continentis liquidis* gehört, und andererseits wirklich angetreten worden, in der Ausführung aber verunglückt ist; es ist daher auch nur in diesem Falle ein Grund vorhanden, dem Deferenten den Gebrauch des angebotenen Eides zu verwehren.

Hieraus folgt, daß das Anbringen eines Restitutionsgesuches an sich diesen Rechtsnachtheil noch nicht nach sich

¹⁾ Mater. §. XIII.

²⁾ *Si quis iurejurandum intulerit, et, necdum ei praestito, postea (ut pote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit, nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere (satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum desperaverit aliam probationem, denuo ad religionem convolare) et iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Const. 11. Cod. de rebus credit. (4. 1.) — Malblanc, §. 55. — Danz, §. 377. — Loß, a. a. D. — Mater. §. XIII.*

³⁾ Malblanc, §. 55 in fine.

ziehe. Denn, wurde das Restitutionsgesuch abgewiesen, so bleibt die Lage der Sache ganz die alte. Dieß scheint sogar dann noch der Fall zu seyn, wenn über die *brevi manu* bewilligte Begung vom Deferenten eine neue Urkunde wirklich vorgebracht wurde, welche aber der Richter sogleich als unentscheidend erkennt und verwirft. Denn hier legte der Deferent die Urkunde dem Richter nur zur Prüfung vor, ob sie den Haupteid nicht etwa entbehrlich mache, und da der Richter hierüber der Voraussetzung zu Folge *ex continentis* verneinend entscheiden konnte, ohne daß es einer weitwendigen Beweisführung bedurfte, so ist kein Grund vorhanden, warum der Haupteid verworfen werden sollte ¹⁾.

Die während des Processes von dem Deferenten erwirkte Wiedereinsetzung zur Anbringung neuer Behelfe und zur Beseitigung des deferirten Eides hat also den Verlust dieses Eides für den Deferenten nur dann zur Folge, wenn der neuerliche Beweis (durch Zeugen oder Kunstverständige) wirklich angetreten, aber nicht genügend hergestellt worden ist.

¹⁾ In diesem Sinne will auch der §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. den Deferenten behandelt wissen, wenn er zur Beseitigung eines von dem Gegner abzulegenden Eides, nach bereits gefälltem Urtheile die Restitution angesucht und erwirkt hat; denn auch hier verliert er das Recht, den Eid von dem Gegentheile zu fordern, nur damals, wenn er mit einem hinlänglichen Beweise oder Gegenbeweise nicht aufgekomen ist — §. 232 der a. (§. 306 der gal.) G. D.; — wobei also ebenfalls eine versuchte, angetretene, aber misslungene Beweisführung vorausgesetzt wird (Mater. §. 199 in der Note). Nur daß in diesem Falle nach dem Wortlaute des angeführten Paragraphes der erwähnte Rechtsnachtheil, und zwar mit vollem Fuge, auch dann einzutreten haben würde, wenn der Deferent die Restitution wegen einer neu aufgefundenen Urkunde erwirkt, in der neu instruirten Klage aber den versuchten Beweis durch diese Urkunde nicht hergestellt hätte. Denn wer nach bereits entschiedener Streitfache einen Restitutions- und sohin einen neuerlichen Hauptproceß zu veranlassen sich getraut, muß seiner Sache sehr gewiß seyn — und erscheint daher im Falle der Sachfälligkeit als muthwillig Streitender, welchem der Rücktritt zu dem Haupteide, den er zu beseitigen vergebens sich annahm, ohne Verletzung des Delaten nicht gestattet werden kann. — Daß diese Rücksichten bei einer dem Deferenten wegen neu aufgefundenen Urkunden *brevi manu* ertheilten Restitution nicht eintreten, ist im Contexte bemerklich gemacht worden.

In wie fern der Defeferent nach von gegenseits erfolgter Annahme auch auf früher bekannte Beweismittel zurückzugreifen berechtigt sey? a) wenn die Besorgniß entsteht, daß der Delate einen Meineid begehen werde.

4.) Mehrere Lehrer des gemeinen Rechtes wollen den Defeferenten zum Gebrauch schon früher bekannter, aber in der Verhandlung nicht vorgebrachter Beweismittel ausnahmsweise damals zugelassen wissen, wenn während des Processes Thatsachen zum Vorscheine kommen, welche die Besorgniß erregen, daß der Delate einen Meineid ablegen werde ¹⁾.

Als Thatsachen, welche diese Besorgniß rechtfertigen sollen, werden angeführt: die ausdrückliche Erklärung des Eidesannehmers, einen falschen Eid schwören zu wollen, — ausgesprochener Atheismus, — ein früher geschwornener Meineid u. dgl. — »Um des Eides willen, wegen des Vertrauens auf die Gewissenhaftigkeit seines Gegners, habe der Defeferent seine übrigen Beweismittel aufgegeben, und die ihm jezo klar gewordene Täuschung gebe ihm die unverkennbarste Berechtigung zu der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die er in dem Widerruf des Eides, und in dem Recurs auf andere Beweismittel anspricht ²⁾.« — Wenn man gleich gestehen muß, daß diese Ansicht nicht minder dem Billigkeitsgefühl zusage, als sie der altrömischen Ansicht von der Natur des Haupteides als eines Vergleiches entspricht ³⁾, so dürfte sich doch der österreichische Jurist bei dem jetzigen Stande der vaterländischen Gesetzgebung um so weniger zu derselben bekennen, da bei uns der Haupteid nicht als Vergleich, sondern als Beweismittel zu betrachten ist (§. 7), die Wiedereinsetzung überhaupt aber nur in den von dem Gesetze namentlich ausgezeichneten Fällen Platz greift, unter welche der Fall eines wegen nachträglich hervorgekommener Thatsachen vom Gegner zu besorgenden Meineides

¹⁾ Log. a. a. D. — Danz, §. 378.

²⁾ Log. a. a. D.

³⁾ Fr. 3 §. 1, fr. 12. Dig. De transact. (2. 15) — fr. 36. Dig. Fam. ercisc. (10. 2)

in keiner Beziehung eingereicht werden kann ¹⁾. Der österreichische Richter darf dem Delaten wegen bloßer Besorgniß eines Meineides die Eidesleistung nicht wehren (s. oben §. 14), und dem Defeferenten bleibt nur vorbehalten, die jene Bedenken erregenden Thatsachen in der Proceßverhandlung, oder seiner Zeit bei der Eidesstagsakung anzubringen, worüber der Richter, Falls selbe glaubwürdig erscheinen sollten, die Meineidserinnerung dem besondern Falle anzupassen haben wird ²⁾.

b) Wenn die absolute Eidesunfähigkeit des Delaten erst nach der Hand hervorgekommen ist.

5.) Die Befugniß, auf die schon bei der Eidesdelation bekannten Beweismittel zurückzugreifen, scheint der Defeferent aus noch dringenderen Gründen in Anspruch nehmen zu können, wenn er eine absolute Unfähigkeit seines Gegners zum Eide später entdeckte, welche ihn von der Eidesauftragung und dem Nichtgebrauche der ordentlichen Beweismittel abgehalten haben würde ³⁾. In einem solchen Falle scheint auch nach österreichischem Rechte die Wiedereinsetzung des Defeferenten zugelassen werden zu sollen ⁴⁾; denn da nach hervorgekommener Unfähigkeit des Delaten auf den Eid gar nicht erkannt werden dürfte (s. oben §. 18), so würde sich hier der Defeferent aus einer unverschuldeten Unwissenheit über die persönliche Fähigkeit seines Gegners aller Beweismittel beraubt sehen, wenn ihm nicht die Wiedereinsetzung gestattet würde. Diese Wiedereinsetzung wegen unverschuldeten Verlustes der im Proceße angebrachten Beweismittel ist auch unserer Gesetzgebung keineswegs fremd, sondern in dem Patente vom

¹⁾ Vergl. §. 372 der a. (§. 489 der gal.) G. D. — Hofb. v. 6. Oct. 1785, n. 477. — v. 1. Juli 1790, n. 31 — v. 19. Dec. 1801, n. 545, — dann das Pat. v. 13. Sept. 1787, n. 719 und das Hofb. v. 5. Juni 1795, n. 234.

²⁾ §§. 161, 162 und 221 der a. (§. 233, 234 u. 295 der gal.) G. D. — Hofb. vom 14. Mai 1781, n. 16. — Allg. Ger. Instr. v. 9. Sept. 1785, §. 15 ff.

³⁾ Log. a. a. D. — Die allg. Gerichtsordnung für die k. preuß. Staaten. Th. 1., Tit. X, §. 298, gibt ihm ausdrücklich dieses Recht.

⁴⁾ Mater. a. a. D.

13. September 1787 n. 719 anerkannt, und durch Hofdecret vom 5. Juni 1795 n. 234 der Wiedereinsetzung über vorgesehene Neuerungen ausdrücklich gleichgesetzt.

Sollte der Defereut erst nach geschehener Eidesauftragung in Erfahrung bringen, daß der Delate zu einer jener Religionsparteien gehöre, welchen nach dem Hofd. v. 10. Jänner 1815 n. 1201 eine Eidesablegung nicht aufgedrungen werden darf, und daß derselbe dieses sein Privilegium geltend mache, so berechtigt dieser Umstand den Deferenten noch keineswegs, die Wiedereinsetzung zur Anbringung solcher Beweismittel zu begehren, welche ihm schon zur Zeit der Eidesdelation bekannt waren, weil, wie das erwähnte Hofdecret sich ausdrückt, jene Religionsparteien ihre feierliche Versicherung so heilig als andere Religionsgenossen den Eid erkennen, und sich daher mit ihrer vor Gericht, nach vorläufiger Ermahnung, die Wahrheit zu sagen, zu erstattenden und mit einem Handschlage zu bestätigenden Versicherung zu begnügen ist.

§. 53.

IV. Zurückziehung des Eides: — A. Dem Deferenten ist zur Beseitigung des zurückgeschobenen Eides nach geschöpftem Urtheile eine Gewissensvertretung nicht mehr zu gestatten.

VI. Auch die Zurückziehung des Haupteides, d. i. die Erklärung des Beauftragten, daß er den zugeschobenen Eid nicht schwören wolle, sondern die Beschwörung des Gegentheils dem Auftragenden überlasse, kann noch vor erfolgtem Urtheile unternommen werden, und bringt besondere Wirkungen für beide proceßführenden Theile hervor.

A. Der Defereut nämlich wird durch die Zurückziehung offenbar zum Herrn des Rechtsstreites gemacht, indem es nun einzig von ihm abhängt, durch die Abschwörung des von ihm selbst in Vorschlag gebrachten Eides zum Siege Rechts zu gelangen.

1.) Deshalb gestatten ihm auch die römischen Gesetze unter keiner Bedingung eine Gewissensvertretung; cum non debeat displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit ¹⁾. Dem Defe-

¹⁾ Fr. 34, §. 7. Dig. de jurejur. (12. 2.)

renten soll am besten bekannt seyn, was er selbst in der Eidesdelation behauptete, und er kann nicht durch dritte Personen erweisen wollen, was er durch seinen eigenen Eid zu bestätigten Anstand nimmt ¹⁾. Diese Befugniß, sein Gewissen zu vertreten, wird ihm von den Lehrern des gemeinen Rechtes selbst dann abgesprochen, wenn er neue, zur Zeit der Eideszuschreibung noch nicht bekannte Beweismittel aufgefunden hätte ²⁾; und man muß gestehen, daß die Gründe, aus welchen dem Delaten die Gewissensvertretung und beiden Parteien unter gewissen Umständen eine probatio pro vitando perjurio gestattet wird, keineswegs geeignet seyen, um eine Gewissensvertretung des Deferenten zu rechtfertigen, vorausgesetzt selbst, daß er solche durch neu aufgefundene Beweismittel zu liefern sich erbiethen möchte.

2. Auch aus dem Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung, welche von der starren Ansicht der altrömischen Gesetze über die Unwiderruflichkeit des Eides noch weiter abweicht, als es Justinian in der Const. 11. Cod. de rebus creditis (4. 1.) zu thun für nöthig fand, fällt vorerst die Bemerkung auf, daß in unseren Proceßordnungen von einer solchen, dem Deferenten zustehenden Gewissensvertretung nicht die entfernteste Spur zu finden ist, während sie doch das Recht des Delaten, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten ³⁾, so wie das Befugniß beider Parteien, unter gewissen Bedingungen einen Beweis zur Verhinderung eines vom Gegner zu besorgenden Meineides mittelst neuer Beweismittel anzubringen ⁴⁾, ausdrücklich aussprechen. — Das durch dieses Stillschweigen des Gesetzes angeregte Bedenken wird zur Gewißheit erhoben, wenn man den §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. und das Hofdecret vom 30. October 1788, n. 911 berücksichtigt. In Folge dieser Gesetze ist nämlich dem Deferenten nach auf den Eid geschöpftem Urtheile die Restitution wegen neu gefundener Behelfe nur dann zu ertheilen, wenn seinem Gegentheile (dem Delaten), nicht aber, wenn ihm

¹⁾ Mater. §. 203.

²⁾ Glück, §. 803. — Malblanc, S. 58. — Danz, §. 379.

³⁾ §. 204 der a. (§. 276 der gal.) G. D.

⁴⁾ §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. — Hofd. v. 30 Oct. 1788, n. 911.

selbst die Ablegung des Eides aufgetragen worden ist. Der Grund dieser gesetzlichen Unterscheidung ist einleuchtend. In dem ersteren Falle, wo der Delate einen irreferiblen Eid unbedingt abzuschwören verurtheilt, oder ihm auch nur die Annahme oder Zurückschreibung alternativ vorbehalten würde, schwebt der Defereent in der mehr oder minder dringenden Gefahr, daß sein Gegner den Eid wirklich ablegen werde; einer Gefahr, welcher er sich wahrscheinlich nicht ausgesetzt haben würde, wenn ihm zur Zeit der Eidesauftragung andere Beweismittel zu Gebote gestanden wären. Die Billigkeit sowohl als jene höheren Rücksichten, nach welchen der Eid nur als ein Aushülfsmittel zu betrachten ist, gebiethen es hier, dem Defereenten die Restitution wegen neuer Beweismittel zu gestatten, und rechtfertigen so die Anordnung des §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. — In einer ganz andern Lage befindet sich aber der Defereent, wenn er es ist, welcher den vor oder nach geschöpftem Urtheile bereits zurückgeschobenen Eid abzulegen hat. Er hat erreicht, was er durch die Eideszuschreibung bezweckte, nämlich die günstige Entscheidung des Rechtsstreites auf die einfachste und schnellste Weise durch die eigene eidliche Bestätigung seiner Behauptungen herbeiführen zu können. Will er von dieser seiner günstigen Stellung keinen Gebrauch machen, und seinen Gegner in neue Verwicklungen ziehen, so wird dieses Benehmen von dem Gesetzgeber mit Recht als Muthwille angesehen, und durch die Verweigerung der Restitution unwirksam gemacht ¹⁾.

¹⁾ Man könnte zwar einwenden, daß diese Verweigerung der Restitution vom legislativen Standpuncte aus deshalb verwerflich sey, weil sie den Defereenten leicht zum Meineide verleiten könnte. Allein mir scheint in dieser Maßregel der österreichischen Gesetzgebung ein schöner Beweis ihres Vertrauens in den sittlichen und religiösen Zustand der Bürger ausgesprochen zu seyn. Denn sie gründet sich auf die Voraussetzung, daß selbst derjenige, welcher unredlich genug ist, seinen Gegner durch eine muthwillige Eideszuschreibung zu hinarbeiten, und ihn dann noch durch eine eben so muthwillige Gewissensvertretung in Umtriebe ziehen zu wollen, — daß selbst ein solches Individuum sich nicht so weit vergessen werde, zeitlichen Vortheiles willen einen Meineid abzulegen.

§. 54.

Dasselbe gilt auch während des Processes; — ausgenommen, wenn die Ablegung des Eides geradezu unmöglich geworden ist.

3. Daß die eben entwickelten Gründe, vermöge welcher dem Defereenten nach erfolgtem Urtheile die Gewissensvertretung verweigert wird, auch dann ihre volle Anwendung finden, wenn zur Beseitigung eines bereits im Laufe der Verhandlung zurückgeschobenen Eides die restitutio brevi manu angesucht wurde, unterliegt keinem Zweifel. — Denn da die einmal geschene Zurückschreibung, wie sich später (§. 55) zeigen wird, vom Delaten nicht mehr widerrufen werden kann, und da demgemäß in dem hierüber erflossenen Urtheile die Ablegung des während des Processes zurückgeschobenen Eides lediglich dem Defereenten aufzutragen ist; so ist es in einem solchen Falle gleich nach erfolgter Zurückschreibung gewiß, daß nicht der Delate, sondern der Defereent den Eid abzulegen haben werde. Dieser kann daher, da der Ausschlag des Processes schon jetzt ganz, und auf die von ihm selbst vorgeschlagene Weise, in seine Hand gelegt ist, sich hierüber ohne Muthwillen nicht beklagen; er würde durch eine unter solchen Umständen vorgeschlagene Gewissensvertretung nicht undeutlich zu erkennen geben, daß er den selbst beantragten Eid mit gutem Gewissen abzuschwören sich nicht getraue, und daß er folglich auch die Zugestehung einer Gewissensvertretung keineswegs verdiene.

Zudem verordnet der §. 205 der allg. (§. 277 der gal.) G. D. ausdrücklich, daß der zurückgeschobene Eid ohne alle Ausnahme angenommen werden müsse ¹⁾, ohne zu unterschei-

¹⁾ Diese gesetzliche Anordnung bildet offenbar den Gegensatz zu dem, was in dem §. 204 und 205 der a. (§. 276 und 277 der gal.) G. D. über das Rechtsverhältniß des Delaten ausgesagt wird. Dieser ist nämlich nicht verpflichtet, den zugeschobenen Eid ohne alle Ausnahme anzunehmen; denn es steht ihm zur Vermeidung der Annahme frei, den Eid seinem Gegner zurückzuschreiben, oder sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten. Von diesen beiden Auswegen, sich von der Annahme und Ablegung des Eides zu befreien, steht dem Defereenten der Erstere schon der Natur der Sache nach nicht zu; der zweite scheint ihm durch den Schlußsatz des §. 205 der a. (§. 277 der gal.) G. D. benommen zu seyn.

den, ob die Zurückziehung vor oder nach erfolgtem Urtheile geschehen sey. Muß nun der zurückgeschobene Eid ohne alle Ausnahme angenommen werden, so kann der Deferent über die während der Verhandlung geschehene Zurückziehung die *resstitutio brevi manu* wegen neu aufgefundenen Beweismittel Behufs einer Gewissensvertretung zu begehren nicht berechtigt seyn, weil es unter Voraussetzung dieser Befugniß dennoch einen sehr umfangreichen Ausnahmefall gäbe, in welchem der zurückgeschobene Eid vom Deferenten nicht angenommen werden müßte, was dem Wortlaute, wie dem Sinne des §. 205 der a. (S. 277 der gal.) G. D. widerspricht.

4. Der zurückgeschobene Eid muß also ohne alle Ausnahme, und ungeachtet der vom Deferenten allenfalls noch vor gefällttem Urtheile aufgefundenen neuen Beweismittel angenommen werden, wenn anders die Ablegung desselben noch möglich ist. Wäre aber die Ablegung unmöglich geworden, weil derjenige, welcher den Eid im Zurückziehungsfalle abzuschwören sich erboten hätte (das active Subject der Eidesdelation im materiellen Sinne), er sey nun Hauptpartei, Litisdenunciant oder Vertretungsleister inzwischen gestorben, oder eidesunfähig (rasend, wahnsinnig, blödsinnig) geworden ist; — in diesem einzigen Falle wäre die Eidesannahme nicht mehr zu fordern, und die deferirende Hauptpartei, oder (falls diese gestorben oder eidesunfähig geworden) die Erben oder gesetzlichen Vertreter derselben könnten ohne weiters die Wiedereinsetzung zur Anbringung aller andern Beweismittel begehren, wozu sie der unverschuldete Verlust ihres einzigen Beweismittels nach Anleitung des Patentes vom 13. September 1787 n. 719 und des Hofdecretes vom 5. Juni 1795 n. 234 berechtigt.

§. 55.

B. Der Delate darf die geschehene Zurückziehung nicht mehr widerrufen, sondern nur die Restitution wegen neuer Beweismittel begehren.

B. Von keinem geringeren Einflusse ist die während der Verhandlung erfolgte Zurückziehung des Eides auf die rechtliche Stellung des Delaten.

1.) Schon die Lehrer des gemeinen Rechtes sprechen dem Delaten die Befugniß, die Zurückziehung zu widerrufen, ab, und gestatten ihm weder den Eid nach der Hand selbst wieder anzunehmen, noch einen andern Beweis zu führen¹⁾. Denn durch die Zurückziehung sey der dem Gebrauche des Haupteides zu Grunde liegende Vergleich vollendet worden, und der Delate habe überdies durch diesen Act das größte Vertrauen auf die Redlichkeit des Deferenten an den Tag gelegt, so daß ein unter unveränderten Umständen erfolglicher Widerruf lediglich als Chikane ausgelegt werden könnte. Nur die Auffindung neuer, zur Zeit der Zurückziehung unbekannter Beweismittel, oder das nachträgliche Hervorkommen solcher Thatumstände, welche von dem Deferenten einen Meineid befürchten lassen, könne den Widerruf der Zurückziehung rechtfertigen²⁾.

2.) Die österreichischen Gerichtsordnungen haben an diesen Grundsätzen des gemeinen Rechtes der Hauptsache nach nur wenig geändert. Der Delate kann auch bei uns

a) die Zurückziehung nicht mit der Wirkung und zu dem Ende widerrufen, daß ihm sohin gestattet werde, den Eid nochmals anzunehmen und abzulegen³⁾. Das Hofdecret vom 12. März 1789, n. 986 gestattet zwar dem Delaten, ungeachtet der während der Verhandlung des Processes geschehenen Annahme des Haupteides die nachträgliche Zurückziehung. Allein diese Begünstigung des Delaten darf als eine besondere Ausnahme von der Strenge des gemeinen Rechtes nicht dahin ausgedehnt werden, daß auch die nochmalige Annahme des einmal zurückgeschobenen Eides zu gestatten sey; und der §. 277 der gal. G. D. bestätigt diese Ansicht, indem er für den Fall, wo der aufgetragene Haupteid während der Verhandlung zu-

¹⁾ Lanterbach. Diss. de relat. juram. (in collect. disput. jurid. Tubing. vol. III n. 17.) §. 101. — Danz §. 379. — Malblanc §. 58. 5. — „facta relatio jurisjurandi revocari haud potest, neque ad eum effectum, ut deinde referens illud adhuc praestet, neque ut aliae illius probationes pro exoneranda conscientia²⁾ admittantur“ — (sollte wohl heißen: pro vitando perjurio?)

²⁾ Malblanc a. a. D. — Lanterbach a. a. D. §. 102 — Log a. a. D.

³⁾ Mater. Seite 202.

rückgeschoben worden ist, ausdrücklich verordnet, daß der Gegner (Deferent) zur Ablegung des zurückgeschobenen Eides zu verurtheilen sey, und dieser zurückgeschobene Eid ohne alle Ausnahme abgelegt werden müsse.

b) Daß der Delate zur Beseitigung des zurückgeschobenen Eides auf die ihm bereits früher bekannt gewesenen Beweismittel zurückzugreifen in der Regel nicht berechtigt sey, geht schon aus den allgemeinen Grundsätzen des österreichischen Processus über die Beweisanticipation hervor. Dagegen kann ihm dieses Recht nicht abgesprochen werden, wenn er nach erfolgter Zurückschreibung neue Beweismittel aufgefunden hat, welche ihn, wenn er sie früher gekannt hätte, von der Zurückschreibung abgehalten haben würden. Denn da der Deferent den während der Verhandlung zurückgeschobenen Eid ohneweiters abzulegen verurtheilt werden muß (§. 277 der gal. G. D.), so ist es gleich nach gescheneher Zurückschreibung schon während des Processus gewiß, daß, Falls auf den Haupteid erkannt wird, denselben nicht der Delate, sondern der Deferent seiner Zeit abzulegen haben, und daß sich also der Delate nach auf den Haupteid gefälligem Urtheile ohne Zweifel in der Lage befinden werde, eine probatio pro vitando perjurio durch neue Beweismittel nach Anleitung des §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. und Hofdecret vom 30. October 1788 n. 911 anbieten zu dürfen. Das Recht der Wiedereinsetzung nun, welches dem Delaten sogar nach gefälligem Urtheile gebührt, muß ihm um so mehr als restitutio brevi manu während der Verhandlung eingeräumt werden.

c) Hat der Delate von der Wiedereinsetzung Behufs einer probatio pro vitando perjurio durch Zeugen oder Kunstverständige wirklich Gebrauch gemacht, ohne mit dieser Beweise aufzukommen, so darf er von seinem Gegner die nachträgliche Ablegung des einmal beseitigten Eides nicht mehr fordern. Die Ueberreichung des Restitutionsanbringens an sich aber, ja sogar die wirkliche Legung einer Urkunde, welche von dem Richter ohneweiters keiner Berücksichtigung werth gefunden wurde, zieht dem Delaten diesen Rechtsnachtheil nicht zu, wie dieß alles aus den früher bei einer andern Gelegenheit entwickelten Gründen zu entnehmen ist (s. oben §. 50).

d) Das Hervorkommen solcher, vor der Zurückschreibung nicht bekannt gewesener Umstände, welche die Besorgniß erregen, daß der Deferent einen Meineid ablegen werde, berechtigt keineswegs den Delaten, die Zurückschreibung zu widerrufen, und auf seine übrigen Beweismittel zurückzugreifen (siehe oben §. 14 und §. 51). Um so weniger kann ihm dieses Recht dann zugestanden werden, wenn sich nach der Hand eine gänzliche Eidesunfähigkeit in der Person desjenigen zeigte, welcher den zurückgeschobenen Eid hätte ablegen sollen; weil hierdurch nur der Deferent seines Beweismittels beraubt, der Delate aber in keiner Art beeinträchtigt wird, und also auch keines Schutzes bedarf.

Fünfter Abschnitt.

Von dem auf den Haupteid lautenden Urtheile und der Ausführung des Beweises durch den Haupteid.

§. 56.

I. Allgemeines. — II. Das auf den Haupteid lautende Urtheil muß deutlich aussprechen: A. Wer den Eid abzulegen habe.

I. In so ferne der Haupteid im Proceſſe von dem einen oder anderen Streittheile als Beweismittel angeboten worden ist, hat der Richter über die Zulässigkeit desselben zu erkennen. Er wird bei dieser Entscheidung alle jene gesetzlichen Beschränkungen, welchen der Haupteid sowohl in objectiven als subjectiven Beziehungen unterworfen ist, theils von Amtswegen, theils auf Einwendung der Parteien berücksichtigen, und insbesondere den von dem Gesetze in der Lehre von der Gewissensvertretung, und von dem Beweise zur Verhütung eines Meineides ausgesprochenen Grundsatz, daß der Haupteid für den Richter nur ein subsidiarisches Beweismittel sey, im Auge behalten müssen.

Das auf den Haupteid geschöpfte Urtheil ist kein Interlocut, sondern ein bedingtes Endurtheil, worin nach den möglichen Wechselfällen der von der einen oder anderen Seite zu gewartenden Ableistung oder Verweigerung des Eides die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien zugleich eventuell entschieden werden ¹⁾. Da nun das Hofdecret vom 10. Febr. 1785, n. 387 verordnet, daß über ein nur bedingnißweise ergangenes Urtheil die unmittelbare also gleiche Execution nicht erfolgen könne, sondern ein zweites Urtheil erfordert werde, welches erkenne, ob das in dem ersten Urtheile bestimmte Bedingniß erfüllt sey, so wurde hie und da die

Ansicht geltend gemacht, als ob auch über das auf den Haupteid lautende Urtheil ein zweites Urtheil erfolgen müßte, welches über die wirkliche Ableistung oder Verweigerung des Eides und die Rechte und Pflichten der Parteien endlich zu entscheiden hätte ¹⁾. Dieses Mißverständniß ist aber durch das Hofdecret vom 15. December 1794 n. 702 behoben worden, vermöge dessen es über den durch Urtheil vorbehaltenen oder aufgetragenen Haupteid (oder Erfüllungseid) keines weiteren Urtheiles bedarf, sondern nur der Fall, ob der Eid abgelegt oder nicht abgelegt worden, mittelst Bescheid es von Gerichtswegen zu bezeugen ist.

II. Das Urtheil nun muß den ferneren Gebrauch des Haupteides, die Ausführung dieses Beweises durch die Parteien reguliren, und zu diesem Ende näher bestimmen: 1.) wer den Eid abzulegen; 2.) in wie ferne die eine oder andere der Parteien mit oder ohne den Beisatz: »ihres Wissens und Erinnerns,« zu schwören habe, und 3.) welche Umstände der Eid umfassen soll.

A. Was nun den ersten der eben angeführten Punkte betrifft, so drückt sich der §. 205 der a. O. D. hierüber folgendermaßen aus:

»Hätte er (der Delate) sich in dem Proceſſe nicht angeboten, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, so wäre er zu verurtheilen, den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben. Der zurückgeschobene Eid aber muß ohne alle Ausnahme angenommen werden.«

Vollständiger zeichnet die hierbei in Anregung kommenden Fälle die gal. O. D. aus. Der §. 277 derselben lautet nämlich:

»Hätte er sich in dem Proceſſe nicht angeboten, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, so kommt es darauf an, ob er den angetragenen Haupteid angenommen oder zurückgeschoben, oder keine bestimmte Erklärung abgegeben hat. Im ersten Falle ist er zur Ableistung dieses Eides, widrigenfalls der Eid für zu-

¹⁾ Mater. §. XV. c.

¹⁾ v. Förberansperg: Practische Beobachtungen über die allg. O. D. Wien 1794, zum §. 211.

»rückgeschoben zu halten sey; im zweiten der Geg-
ner zur Ablegung des zurückgeschobenen Eides zu
»verurtheilen, und dieser zurückgeschobene Eid
»muß ohne alle Ausnahme abgelegt werden. Hätte
»er sich aber nicht bestimmt erklärt, so wäre er zu
»verurtheilen, den Eid anzunehmen oder zurückzu-
»schieben.«

Nach dem Ausspruche des §. 205 der a. O. D. also ist der
Delate, welcher während der Verhandlung keine annehmbare
Gewissensvertretung angeboten hat, zu verurtheilen, den Eid
anzunehmen oder zurückzuschieben. Diese Regel findet auch dann
Anwendung, wenn der Delate einen ihm angetragenen zurück-
schiebbaren Eid während des Processus bereits angenommen hat.
Das Hofdecret vom 12. März 1789 n. 986 nämlich verordnet im
Allgemeinen, daß auch in den Fällen, wo der von dem
einen Theile aufgetragene Haupteid von dem Ge-
gentheile angenommen worden, Statt findet, was
der §. 205 und 208 der allg. O. D. vermag. Der Delate
ist also (der bereits erfolgten Annahme des referibeln Eides un-
geachtet) nur alternativ zu verurtheilen, den Eid entweder abzu-
legen oder zurückzuschieben ¹⁾; und der Richter ist auch in diesem
Falle angewiesen, in dem Urtheile die Eidesformel genau zu be-
stimmen, und wenn jene Umstände, worüber der Haupteid auf-
getragen werden will, offenbar zur Sache nicht gehörig sind, dar-
auf keine Rücksicht zu tragen, sondern sie auszulassen, wenn auch
der Gegentheil (der Delate) den Eid ohne Widerrede angenom-
men hätte ²⁾. — Es kann (wie das eben erwähnte Hofdecret
fortfährt) die während der Verhandlung des Processus geschehene Annahme des Haupteides nicht da-
hin aufgenommen werden, als ob sich dadurch der-
jenigen Rechte begeben worden, welche der §. 209, 211,
212 nach geschöpftem Urtheile demjenigen zuläßt,
dem der Haupteid aufgetragen worden ist. Der De-
late hat also auch in dem vorausgesetzten Falle das Recht, sich

¹⁾ §. 205 der a. O. D.

²⁾ §. 208 der a. O. D.

über die Annahme des Haupteides in der gesetzlichen Frist noch-
malß ganz frei zu erklären ¹⁾, so zwar, daß sogar sein Stillschwei-
gen nicht für ein Beharren auf der während des Processus ausge-
sprochenen Annahme, sondern vielmehr für eine stillschweigende
Zurückschiebung des Eides angesehen werden muß, in Folge deren
der Defereent den Eid bei sonstiger Strafe des verweigerten Eides
angesehen werden muß, in Folge deren der Defereent den Eid bei
sonstiger Strafe des verweigerten Eides anzutreten und abzulegen
hat ²⁾. — Diesen Grundsatz bestätigt der §. 277 der gal. O. D. indem
er verordnet, daß der Delate, welcher den angetragenen (referiblen)
Haupteid (während des Processus) angenommen hat, zur
Ablegung dieses Eides zu verurtheilen ist, widrigenfalls der
Eid für zurückgeschoben zu halten sey.

Indessen gibt es doch Fälle, in welchen das auf den Haupt-
eid lautende Urtheil jenen alternativ gestellten Antrag an den De-
lalen nicht enthalten, sondern entweder dem Delaten oder dem
Deferenten geradezu die Ablegung des Eides auftragen muß.

a.) Ersteres tritt dann ein, wenn ein irreferibler Eid aufge-
tragen und während der Verhandlung angenommen worden ist ³⁾.
Wenn nämlich eine Partei den Haupteid aufträgt, die selbst ge-
steht, daß sie denselben, wenn er ihr zurückgeschoben würde, an-
zunehmen nicht vermöge, und ein solcher aufgetragener Eid (vom
Gegentheile) nicht freiwillig angenommen wird, so ist die Rechts-
sache so anzusehen, als wenn der Haupteid nie wäre aufgetragen
worden ⁴⁾. Hätte ihn aber der Delate dennoch aus freiem Willen
angenommen, so hat er hiedurch die ganze Rechtsache von der
Abschwörung oder Verweigerung des angenommenen Eides ver-
tragsmäßig abhängig gemacht, und auf das Recht der Zurückschie-

¹⁾ §. 209 d. a. O. D.

²⁾ §. 211 d. a. O. D.

³⁾ Mater. §. XIV. S. 201. §. XV. S. 211.

⁴⁾ Hofd. v. 8. April 1788, n. 805 und v. 6. Mai 1788, n. 820. — Ganz
dasselbe Verhältniß findet, wie bereits früher bemerkt worden, dann Statt,
wenn der Defereent zwar nicht selbst gesteht, den Eid im Zurückschiebungs-
falle nicht ablegen zu können, dieß aber sonst aus den Acten offenbar
wird.

bung stillschweigend verzichtet. In einem solchen Falle bestehen nach Inhalt des Hofd. v. 6. Mai 1788, n. 820. die andern weitern Rechtswirkungen in jener Art, wie die G. D. in dem Capitel vom Haupteide vorschreibt; allein die Rechtswirkung des S. 205 der a. G. D., vermöge dessen der Delate in Ermanglung einer Gewissensvertretung den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben verurtheilt werden muß, kann hier offenbar nicht Platz greifen, weil der Delate auf die ohnehin unthunliche Zurückschreibung rechtskräftig verzichtet hat, und das richterliche Erkenntniß wird sich daher darauf beschränken, dem Delaten die wirkliche Ableistung des freiwillig angenommenen Eides bei sonstigen Verlust der Rechtsache aufzutragen.

Die gal. G. D. stellt die Annahme eines irreferiblen Eides nicht dem Belieben des Delaten anheim, sondern überläßt die Entscheidung über die Anwendbarkeit eines solchen Eides dem Ermessen des Richters. Der S. 278 der gal. G. D. nämlich lautet:

»Wie weit in dem Falle, als der aufgetragene Eid nicht zurückgeschoben werden könnte, der Gegentheil den Eid dennoch anzunehmen verbunden sey, hat der Richter nach dem Ermessen der Umstände zu beurtheilen; und hätte dieser auf Ablegung des Eides geurtheilt, so ist der Eid ohne alle Ausnahme abzulegen.»

b.) Wenn hingegen der Eid schon während der Verhandlung zurückgeschoben worden ist, so ist lediglich der Defereent zur Ablegung des zurückgeschobenen Eides zu verurtheilen ¹⁾. Der S. 277 der gal. G. D. verordnet dieß ausdrücklich. Aber auch nach den Grundsätzen der a. G. D. findet diese Regel ihre volle Anwendung.

S. 57.

B. In wie ferne die eine oder die andere Partei mit oder ohne Beisatz zu schwören habe?

B. Der zweite wesentliche Punct, welchen das auf den Haupteid lautende Urtheil enthalten muß, ist die Bestimmung, in wie ferne die eine oder die andere der Parteien mit oder ohne dem Beisatz: ihres Wissens und Erinnerens zu schwören habe. Der S.

¹⁾ Mater. J. XV. S. 211.

206 der allgemeinen. G. D. drückt sich hierüber folgenmaßen aus:

»Jener, welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von Gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerens eidlich zu widersprechen; wenn er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hätte, müßte er den Eid ohne allen Beisatz ablegen.»

Dem Sinne nach vollkommen übereinstimmend lautet der S. 279 der gal. G. D.

»Derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von dem Gegentheil beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerens eidlich zu widersprechen; hätte er aber die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören, so müßte er den Eid ohne allen Beisatz ablegen.»

Den Haupteid mit dem Beisatz: »seines Wissens und Erinnerens« ablegen zu dürfen, wird von dem Gesetze als eine Begünstigung angesehen; die Frage aber, welcher Partei diese Begünstigung zustehet, so wie die weitere Frage über die eigentliche Bedeutung und den wahren Umfang dieser Begünstigung, ist von jeher in der Theorie und Praxis auf verschiedene Weise beantwortet worden. Was nämlich

a.) die Erste jener beiden Fragen anbelangt, so mußten diejenigen, welche von der Ansicht ausgingen, als ob der Haupteid nur über die vom Defereenten selbst angebrachten Umständen aufgetragen werden könne, folgerichtig auf den Schluß gerathen, daß jene Begünstigung des S. 206 der a. (S. 279 der gal.) G. D. ein ausschließliches Vorrecht des Beauftragten sey, weil, wie sie meinten, nur dieser in den Fall komme, von Gegenseits beigebrachten Umständen eidlich zu widersprechen. Allein das Irrige dieser Ansicht ist oben (S. 32. und S. 33.) hinlänglich dargethan worden, wo es sich zeigte, daß der Haupteid auch über die von Gegenseits vorgebrachten Umstände aufgetragen werden dürfe, sobald es sich um Entkräftung einer gesetzlichen Vermuthung durch den Haupteid handelt. Hieraus aber ergibt sich die unmittelbare Folge,

daß nicht nur dem Delaten, sondern auch dem Defe-
renten die Begünstigung, mit dem Beisage seines
Wissens und Erinnerns zu schwören, zu Theil
werden könne, sobald nur der Eine oder der Andere von ihnen
solche Umstände eidlich abzuläugnen hat, welche durch den Gegner
angebracht worden sind.

b.) Wenn es sich aber nun um die eigentliche Bedeutung des
Beisages „seines Wissens und Erinnerns“ handelt, so ist man
zwar allgemein so weit einverstanden, daß derselbe eine Begün-
stigung desjenigen bezwecke, welcher nur nach dieser Formel schwö-
ren soll, und daß also der mit diesem Beisage abzulegende Eid kein
reines juramentum scientiae, sondern eine andere Form des Eides
sey, welche das Gemüth des Schwörenden erleichtern soll. Welche
Form aber hier vom Gesetze gemeint sey, und worin eigentlich
die gerühmte Erleichterung bestehe, darüber findet man in der
Theorie und Praxis sehr weit von einander abweichende Meinun-
gen, indem der Eid mit dem Beisage seines Wissens und Erinnerns
bald als ein Eid des Nichtwissens (juramentum ignorantiae), bald
als ein Eid des Glaubens (juramentum credulitatis), bald als
ein eigenthümlicher Eid des Erinnerns bezeichnet und angesehen.

Die Verwirrung wird dadurch nicht wenig vermehrt, daß eben
über die eigenthümliche Natur aller dieser genannten Eidesformen
schwankende Vorstellungen im Umlaufe sind, und daß daher bei
dieser Gelegenheit nicht selten mit Worten um sich geworfen wird,
welchen keine sicher ungränzten Begriffe zu Grunde liegen.

Der Gedanke, daß eine ganze Bevölkerung in tausend und
tausend Gelegenheiten sich einer Eidesformel bediene, über deren
wahren Sinn sogar Männer vom Fache nicht einig sind, kann nicht
gleichgiltig sey. Wie groß für Menschen von minder festem Cha-
rakter (der bei weiten größeren Mehrzahl) die Versuchung sey,
einen mehrdeutigen Eid in jenem Sinne abzulegen, welcher ihrem
Interesse am meisten entspricht, wie gefährlich diese gewiß nur sel-
ten bekämpfte Versuchung der Moralität der Staatsbürger im
Allgemeinen werden müsse, kann dem ernststen Beobachter nicht ent-
gehen. — Einen gleich verderblichen Einfluß aber übt jene Un-
bestimmtheit auf den Rechtszustand aus. Denn wo die Rechte
der Parteien auf die Grundlage eines Eides nach einer solchen
Formel entschieden werden, welche verschiedenen Auslegungen un-

terliegt, so daß dieser entscheidende Eid unter ganz gleichen Ver-
hältnissen geleistet oder nicht geleistet werden kann, je nachdem die
einzelne Partei sich für diese oder jene Auslegung entscheidet: da
dürfte es um die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit nicht am
Besten stehen. — Hiezu kommt noch, daß nach unseren vaterlän-
dischen Gerichtsordnungen von dem Sinne, welcher der gesetzlichen
Formel „seines Wissens und Erinnerns“ beigelegt wird, die Ent-
scheidung der so wichtigen Frage abhängt, in wie ferne der Haupteid
auch über solche Umstände aufgetragen werden könne, von deren
Existenz oder Nichtexistenz der eine oder andere Theil aus eigener
Wahrnehmung gar nichts anzugeben vermag (S. oben S. 39); ein
neuer Beweggrund, die eigenthümliche Bedeutung jenes Beisages
einer besonders aufmerksamen Beurtheilung zu unterziehen. Wir
sind also genöthiget etwas weiter auszuholen.

§. 58.

Die Partei, welche die von ihr selbst vorgebrachten Um-
stände beschwört, muß einen reinen Eid des Wissens ablegen.

Der Eintritt eines Ereignisses in der sinnlichen Welt
kann zu unserer Erkenntniß zu oberst nur in einem doppelten Verhält-
nisse stehen. Denn entweder wirkt es auf unser Gemüth, so daß
wir zu dem mehr oder minder klaren Bewußtseyn seiner Existenz
gelangen, dasselbe für wahr halten; oder es steht außer aller Ver-
bindung mit uns, und läßt das erkennende Gemüth in einem Zu-
stande der Gleichgiltigkeit, welcher eben nichts Anderes als die
Negation, der Abgang des Fürwahrhaltens ist.

Das Fürwahrhalten einer Thatsache der Erfahrung ist als
subjective Bestimmung des Gemüthes sehr verschiedener Grade fä-
hig, welche den verschiedenen Arten der Einwirkung entsprechen,
durch welche sie erzeugt wurden. Der höchste Grad des Fürwahr-
haltens einer sinnlichen Ereignißung ist derjenige, welcher sich auf
die unmittelbare Wahrnehmung dieser Ereignißung gründet, und
mit einer vollkommen beruhigenden Empfindung der Ueberzeugung
oder der Gewißheit verbunden ist, daher er denn vorzugsweise als
ein Wissen bezeichnet wird. Alle übrigen Grade des Fürwahr-
haltens haben das Gemeinschaftliche, daß sie mit jener Empfindung
der Ueberzeugung nicht verbunden sind, welche dem Wissen eigen

ist. Sie werden im Unterschiede von diesem insgesamt als bloßes Glauben bezeichnet. Die Bestimmungsgründe aber, auf denen sie beruhen, sind zwar ebenfalls sinnliche Wahrnehmungen, von welchen jedoch auf den Eintritt der fraglichen Ereignung nur nach dem auf Induction beruhenden Gesetze der Wahrscheinlichkeit geschlossen wird. — Wissen und Glauben also sind die beiden unterscheidbaren Grade des Fürwahrhaltens, deren Ersterer auf rein objectiven, der Letztere auf mehr subjectiven Gründen beruht ¹⁾.

Wo es an solchen Gründen gänzlich fehlt, um zu dem Fürwahrhalten einer Ereignung zu bestimmen, da bleibt das Gemüth rücksichtlich derselben gleichgiltig, und der Zustand des erkennenden Subjectes ist der des Nichtwissens und Nichtglaubens. Der Abgang subjectiver Gründe schließt auch den Mangel objectiver Gründe nothwendig in sich, indem man eine Ereignung, deren Eintritt man unmittelbar wahrgenommen hat, unmöglich nicht glauben kann. Daher wird der Zustand desjenigen, welchem es an allen Gründen des Fürwahrhaltens fehlt, ganz richtig als ein Nichtglauben bezeichnet, wobei sich dann das Nichtwissen von selbst versteht. — Hingegen läßt sich allerdings ein solches Verhältniß des Menschen zu einer Ereignung denken, vermöge dessen es ihm zwar an objectiven Gründen dieselbe für wahr zu halten fehlt, ohne daß es deßhalb schon ausgemacht ist, daß er auch aller subjectiven Gründe des Fürwahrhaltens ermangle. Der Zustand des Nichtwissens schließt den des Nichtglaubens weder nothwendig aus noch in sich. — Nichtglauben und Nichtwissen sind also die einzig unterscheidbaren Grade des Nichtfürwahrhaltens.

So wie das Eintreten, so kann auch das Nichteintreten einer Ereignung der Gegenstand einer sinnlichen Erkenntniß werden ²⁾, und das erkennende Subject kann auch zu einem solchen

¹⁾ Aus dem Vorhandenseyn widerstreitender subjectiver Gründe kann allerdings ein Mittelzustand des Zweifels entstehen, welcher aber nichts Anderes als ein von einer zur andern Seite schwankender Glaube ist.

²⁾ Wagner. Vorbegriffe aus der Theorie des Beweises im Civilproceß, in dessen Zeitschrift Jahrgang 1829. XXXIX.

negativen Geschichtsumstände in jenen verschiedenen Verhältnissen stehen, aus welchen die eben bezeichneten Zustände des Wissens und Glaubens, des Nichtwissens und Nichtglaubens von dem Nichteintreten der Ereignung hervorgehen ¹⁾.

Diesem vierfachen auf das Fürwahrhalten oder Nichtfürwahrhalten eines (positiven oder negativen) Geschichtsumstandes sich beziehenden Zustände des erkennenden Subjectes nun entsprechen ebenso viele Formen des Eides. Durch den Eid des Wissens (juramentum scientiae) bestätigt der Schwörende aus objectiven Gründen, aus eigener und unmittelbarer Wahrnehmung — durch den Eid des Glaubens (juramentum credulitatis) aber aus subjectiven Gründen der Wahrscheinlichkeit das Eintreten oder Nichteintreten einer Ereignung für wahr zu halten. — Mittelst des Eides des Nichtwissens (juramentum ignorantiae) behauptet der Schwörende, daß es ihm an objectiven; endlich mittelst des Eides des Nichtglaubens, daß es ihm selbst an subjectiven Gründen fehle, um das Eintreten oder Nichteintreten einer Ereignung für wahr zu halten ²⁾.

¹⁾ Nach dem Vorausgegangenen dürfte es überflüssig seyn, zu bemerken, daß es ganz etwas Anderes bedeutet, wenn man sagt: man wisse nicht, daß (oder ob) eine Ereignung eingetreten sey, und man wisse, daß eine Ereignung nicht eingetreten sey; oder man glaube nicht, daß selbe Statt gefunden habe u. s. w. Sätze, welche nur allzuhäufig verwechselt werden.

²⁾ Der Eid des Nichtglaubens hat von jeher das Schicksal gehabt, bald mit dem Eid des Nichtwissens, bald mit dem des Glaubens verwechselt oder vermengt zu werden. Auffallend genug ist es, daß die Terminologie des gemeinen Rechtes, welche als Species des Wahrheitsoides (juramentum veritatis) das juramentum scientiae und das juramentum ignorantiae ganz gewissenhaft unterscheidet, mit dem juramentum credulitatis eine ähnliche Scheidung, so dringend sie auch durch die Natur der Sache gefordert wird, gar nicht vornimmt: und es geradezu unbestimmt läßt, ob das juramentum credulitatis bloß den Eid des Glaubens, oder auch den des Nichtglaubens bezeichne. — Daß eine solche Mangelhaftigkeit der Terminologie, so wie sie aus Unklarheit der Begriffe hervorgeht, eine ergiebige Quelle fortwuchernder Unklarheit sey, hat sich auch bei dieser Gelegenheit bewährt. Um sich hievon zu überzeugen vergleiche man z. B. Malblanc. S. 44. — Grollmann. Theorie des ger. Verf. 1810 S. 94. — Günner. Grundsätze des ordentlichen Pro-

Diejenige Partei nun, welche den Eintritt einer Ereignung behauptet, und darüber einen Eid zu leisten hat, muß nach der bestimmten Anordnung des §. 206 der a. (§. 279 der gal.) G. D. das von ihr selbst vorgebrachte Factum ohne allen Beisatz, mithin durch einen reinen Eid des Wissens beschwören.

Daß die eidliche Versicherung dieser Partei, sie habe keine objectiven, oder auch keine subjectiven Gründe, das Nichteintreten der Ereignung für wahr zu halten, als ein Zeugniß für den Eintritt der Ereignung nicht gelten könne, daß also für sie der Eid des Nichtwissens oder Nichtglaubens nicht zulässig sey, springt von selbst in die Augen.

Allein das Gesetz gestattet der Partei, welche ein von ihr selbst vorgebrachtes Factum zu beschwören hat, auch nicht den Eid des Glaubens und zwar mit vollem Rechte. — Der Gesetzgeber hatte auch hier zunächst den gewöhnlichen Fall vor Augen, wo der Haupteid als eigentlicher Beweis über die vom Deferenten selbst angeführten Umstände aufgetragen, und von diesem im Zurückziehungsfalle abzulegen ist. Wollte nun in einem solchen Falle der Deferent einen auf schwankenden Erinnerungen, oder auf andern bloß subjectiven Gründen der Wahrscheinlichkeit beruhenden Glaubenseid schwören, so würde er hierdurch zu erkennen geben, daß er von der Wahrheit seiner Angabe selbst nicht sicher überzeugt sey. Er könnte daher auch nicht verlangen, daß ein von ihm zu erweisender Umstand, über dessen Wahrheit er nicht nur keine ordentlichen Beweismittel anbrachte, sondern sogar selbst kein zuverlässiges Zeugniß aus eigener Wahrnehmung ablegen zu können gesetzt, gerade auf dieses Geständniß hin zum Rechtsnachtheile des Gegners für wahr gehalten werden solle ¹⁾.

cesses. Stuttg. 1821. S. 365. — Thibaut. S. 1154. — Leue. F. G. Von der Natur des Eides. Aachen und Leipzig 1836. S. 181.

¹⁾ Anders zwar gestaltet sich das Verhältniß in jenen Fällen, wo der Haupteid gleichsam als Gegenbeweis zur Entkräftung einer gesetzlichen Vermuthung aufgetragen wurde, und wo also nicht der Deferent, sondern der Delate den Eintritt einer Ereignung durch einen reinen Wissenseid zu bekräftigen hat. — Hier dürfte es nämlich auf den ersten Anblick scheinen, als ob der Delate, welcher doch durch die für ihn streitende gesetzliche Vermuthung von der Last des Beweises befreit werden soll, dieser

Von derjenigen Partei, welche nur die von gegenseits angebrachten Umstände abläugnet, soll nur ein Glaubenseid, jedoch mit genauer Angabe der Ursache des Glaubens abgefordert werden.

Dagegen geht es nicht an, denjenigen, welcher im Prozesse sich darauf beschränkt, ein von seinem Gegner angeführtes Factum abzuläugnen, und welcher in Folge dessen über das Nichteintreten der Ereignung einen Eid zu leisten hat, mit derselben Strenge zu behandeln. Ihm kann

1.) ein Eid des Wissens nicht aufgebürdet werden. Insbesondere wäre es in dem gewöhnlichen Falle, wo der Eid als eigentlicher Beweis über die vom Deferenten vorgebrachten und zu erweisenden Umstände aufgetragen worden ist, unbillig, zu verlangen, daß der Delate auf den Eintritt eines Factums, von welchem er wußte, daß er es im Falle eines Streites nicht werde zu erweisen haben, dieselbe Aufmerksamkeit sollte verwendet haben, welche seinem Gegner das eigene Interesse gebiethet. Ereignisse aber, welchen man keine besondere Aufmerksamkeit zu widmen veranlaßt ist, werden bei gewöhnlichen Menschen nur zu leicht schon durch die Vorfälle der nächsten Gegenwart aus dem Gedäch-

Begünstigung dadurch verlustiget würde, daß nun der beschwerlichere Theil der beim referiblen Haupteide immer getheilten Last des Beweises dennoch auf ihn fällt. — Allein dieses Bedenken verschwindet sofort, wenn man bemerkt, daß ja auch demjenigen, für welchen eine gesetzliche Vermuthung streitet, der Haupteid gar nicht rechtsgültig aufgetragen werden könne, wenn ihm (als Erben, Cessionar u. dgl.) das vermuthete Factum, über welches der Eid aufgetragen werden will, völlig fremd wäre. Ist aber das vermuthete Factum von der Art, daß es ihm, falls es zur Wirklichkeit gelangte, bekannt werden mußte, so kann er sich nicht beschweren, wenn ihm nun zugemuthet wird, den Eintritt einer Ereignung, welche er für sich angeführt hat, mit einem Wissenseid mit Bestimmtheit zu bezeugen. Aus der gesetzlichen Vermuthung aber zieht er auch unter dieser Voraussetzung den großen Vortheil, daß er in Folge derselben als Delate erscheint, und in dieser Eigenschaft die freie Wahl hat, ob er selbst schwören, oder den Eid zurückschieben wolle; während er ohne die gesetzliche Wohlthat jener Vermuthung beim Gebrauche des Haupteides diese Wahl seinem Gegner hätte überlassen müssen.

nisse verwischt. Sollte nun der Gewissenhafte Delate mit Bestimmtheit schwören, daß das vom Deferenten angeführte Ereigniß nicht eingetreten sei, und er könnte sich entweder überhaupt, oder doch in dem gegebenen Falle auf sein Gedächtniß nicht vollkommen verlassen, so wäre er in Ermanglung einer Gewissensvertretung immer genöthigt, den Haupteid zurückzuschieben. Unredlichen Proceßführern würde auf diese Weise ein sehr gefährliches Mittel in die Hand gegeben, von der Gewissenhaftigkeit ihrer Gegner Nutzen zu ziehen, wenn sie sich nur erkühnten, ihnen Haupteide über angeblich längst vorgefallene Umstände zuzuschieben, welche diese nun, weil sie selbe mit völliger Sicherheit und nach reinem Wissen abzuläugnen sich nicht getrauen, an den verdächtigen Deferenten zurückzuschieben bemüßiget wären ¹⁾.

Wenn es aber aus den eben entwickelten Gründen nicht angeht, demjenigen, welcher ein von gegenseits angeführtes Factum eidlich abläugnen soll, einen Wissenseid abzufordern, so unterliegt es anderseits auch wieder auffallendem Bedenken, sich mit einem von ihm abgelegten Eide des Nichtwissens, des Nichtglaubens, oder selbst mit einem Glaubenseide im Allgemeinen zu begnügen.

2.) Der Eid des Nichtwissens, vermöge dessen der Schwörende behauptet, daß er durchaus nicht wisse, ob ein gegebenes Factum eingetreten seyn oder nicht, kann seiner Natur nach auch über solche Umstände, und in der Regel nur über solche Umstände abgelegt werden, rücksichtlich deren der Schwörende gar nicht in der Lage war, sich von ihrem Eintreten oder Nichteintreten aus eigener Wahrnehmung zu überzeugen. Von dem gewöhnlichen Falle ausgehend, in welchem der Haupteid als eigentliches Beweismittel über die vom Deferenten angebrachten Umstände aufgetragen wird, fanden sich viele Rechtslehrer bewogen, die Eidesdelation auch dann zu billigen, wenn der Beauftragte von dem Eintreten oder Nichteintreten der in Frage stehenden Ereignung

¹⁾ Aehnliche Gründe machen es begreiflich, warum auch von dem Deferenten, wenn er sich in der Lage befindet, einen von seinem ohnehin durch eine gesetzliche Vermuthung begünstigten Gegner angeführten Umstand eidlich abzuläugnen, kein Wissenseid gefordert wird.

gar nichts aus eigener Wahrnehmung weiß, und wo es ihm vielleicht auch an allen subjectiven Glaubensgründen fehlt, sich für das Eine oder das Andere auszusprechen. Die Zulässigkeit so gearteter Eidesdelationen und des in Folge derselben vom Delaten abzulegenden juramentum ignorantiae wurde als ein für die Geltendmachung der Rechte höchst wichtiges Auskunftsmittel gepriesen. Nur so könne der Haupteid seinen hochwichtigen Zweck erreichen; nur so gebühre ihm die ehrenvolle Benennung als maximum remedium expediendarum litium; nur so werde der Uebelstand vermieden, daß das materielle Recht in der Form untergehe ¹⁾. Man gibt zwar zu, daß das eidlich erhärtete Nichtwissen einer Partei als Bestimmungsgrund für die richterliche Ueberzeugung von keinem Gewichte sey. Dennoch meint man, kämen die Fälle zu häufig vor, wo Rechte aus fremden Handlungen oder zufälligen Begebenheiten, die dem Berechtigten oder seinem Stellvertreter aus eigener Wahrnehmung nicht bekannt geworden sind, geltend gemacht werden sollten. Diese Rechte aber gingen offenbar verloren, wenn in Ermanglung anderer Beweismittel der Gebrauch des Haupteides nicht zugelassen würde ²⁾.

Allein es hält schwer, sich davon zu überzeugen, daß die Auftragung eines solchen juramenti ignorantiae den redlichen Deferenten in Geltendmachung seiner Rechte merklich fördern, den Sieg des materiellen Rechtes über die Form herbeiführen werde. Ist es denn zu erwarten, daß der von dem Gegenstande des Eides gar nichts wissende Delate wegen der bloßen Möglichkeit eines seinem Gegner zustehenden Rechtes irgend Anstand nehmen werde, dieses sein Nichtwissen eidlich zu bestätigen, und sich so durch einen Eid, welchen er der Voraussetzung nach mit gutem Gewissen ablegen kann, den Zumuthungen seines Gegners zu entziehen? Eine solche übertriebene Gewissensängstlichkeit dürfte gewiß nur höchst selten anzutreffen seyn. Der Delat wird vielmehr in der Regel sein Nichtwissen zu beschwören sich bereit finden, und dann ist der Deferent um nichts besser daran, als wenn er den Eid nicht hätte auftragen dürfen, und sein materielles Recht wird dennoch durch die Form

¹⁾ Gensler im Archiv f. C. P. a. a. D.

²⁾ Feue, J. G. Von der Natur des Eides. Nachen u. Leipzig 1836. S. 181.

verschlungen. — Wäre aber jene Gewissensängstlichkeit der Parteien Thatsache, stünde es wirklich von der Mehrzahl der Proceßführenden zu erwarten, daß sie lieber selbst mögliches Unrecht leiden, als sich der Gefahr aussetzen wollten, durch die Ablegung eines der Wahrheit angemessenen Eides de ignorantia materielles Unrecht zu thun, dann wäre erst die Forderung eines solchen Eides gegen alle rechtlichen Grundsätze. Denn unter dieser Voraussetzung fände sich ja der gewissenhafte Delate moralisch genöthiget, den zugeschobenen Eid zurückzuschieben, wodurch sich dieser de facto immer als verwerflicher Selbstseid darstellen würde.

Dies von dem Falle, wo der Haupteid über die vom Defereuten behaupteten Ereignungen aufgetragen wird. Noch unpassender aber erscheint der Eid des Nichtwissens im Munde des Defereuten; wenn dieser die von seinem Gegner angebrachten Umstände, für welche eine gesetzliche Vermuthung spricht, eidlich abzulängnen, und folglich der Begünstigung des §. 206 der a. (S. 278 der gal.) G. D. sich zu erfreuen hat. Denn wenn der Gesetzgeber es der Billigkeit angemessen gefunden hat, daß ein Factum vermuthet werde, so soll diese Vermuthung nicht durch den offenbar muthwilligen Widerspruch eines Individuums aufgehoben werden können, welches, ohne einen andern Beweis beizubringen, selbst gesteht, von dem Eintreten oder Nichteintreten dieses Factums gar keine Wissenschaft zu haben. Der dem Delaten vom Gesetze zugebachte Schutz wäre durch eine solche Eidesauftragung offenbar zunichte gemacht. Denn da die Zurückschiebung an den Defereuten die Ablegung des Eides de ignorantia und den Rechtsnachtheil des Delaten zur nothwendigen Folge haben würde, so wäre dieser, wollte er nicht sachfällig werden, genöthigt, die ganze Last des Beweises, von der ihn der Gesetzgeber befreien wollte, durch die Gewissensvertretung oder durch Ableistung des Eides auf sich zu nehmen.

3.) Der Eid des Nichtglaubens, durch welchen man versichert, keine subjectiven Gründe zu haben, um sich für die Fürwahrhaltung des von gegenseits angebrachten Factums zu bestimmen, drückt viel mehr aus, als der Eid des Nichtwissens. Denn wenn es sogar an subjectiven Gründen des Fürwahrhaltens

fehlt, der kann um so weniger objective Gründe für sich haben; und das Nichtglauben schließt daher immer das Nichtwissen in sich, nicht aber umgekehrt. Denn man kann allerdings ein Factum nicht positiv wissen, weil man gar nicht in der Lage war, sich von dem Eintreten oder Nichteintreten desselben zu überzeugen; und doch ist zugleich denkbar, daß man dasselbe Factum möglich, glaublich und vielleicht sogar wahrscheinlich finde ¹⁾.

Der Eid des Nichtglaubens hat mit dem des Nichtwissens das Gemeinschaftliche, daß beide über dem Schwörenden völlig fremde Umstände abgelegt werden können, und da sie durchaus keine Gründe des Fürwahrhaltens desjenigen, was zu beschwören ist, enthalten, auch keinen Bestimmungsgrund für die rechtliche Entscheidung des Richters darbieten. Dem Eide des Nichtglaubens aber steht noch insbesondere das sehr wichtige Bedenken entgegen, daß er wegen seiner Unbestimmtheit den zum Eide Berufenen gar leicht in Zweifelhaftigkeit und Gewissensunruhe versetzen kann. Ein ängstliches und redliches Gewissen würde so gezwungen den zugemutheten Eid zu verweigern, und ganz unbewiesene und ungerechte Ansprüche einzuräumen ²⁾; für minder redliche Proceßführer aber wäre die größte Anreizung gebothen, der innern Zweifelhaftigkeit ungeachtet einen Eid zu schwören, wegen dessen subjectiver Unwahrheit sie nicht nur vor dem Richterstuhle der Menschen verantwortlich zu werden nicht befürchten dürfen, sondern auch zur Beschwichtigung des strafenden Gewissens hinreichende Scheingründe der Entschuldigung zu haben vermeinen.

¹⁾ Mater. Seite 171, Note *). — Eue a. a. D., welcher die Sache gar zu leicht nimmt, und die hierher gehörigen Begriffe durchgehends vermischt, indem er den Eid des Nichtglaubens bald mit dem juramentum ignorantiae identificirt, bald von demselben unterscheidet (vergl. S. 179 — 181), und unter dem juramentum credulitatis bald den Eid des Glaubens, bald den des Nichtglaubens versteht, behauptet schließlich (Seite 181), daß, wer de ignorantia schwört, immer auch de credulitate schwören könne, nicht aber umgekehrt. — Die Gründe dieser Behauptung auch nur im Sinne dieses Schriftstellers zu würdigen, wäre bei der durchgängigen Begriffsverwirrung und der völligen Unbestimmtheit seiner Terminologie reine Unmöglichkeit.

²⁾ Mater. a. oben a. D.

4). Wenn von demjenigen, welcher ein von gegenseits angebrachtes Factum eidlich abläugnen soll, ein Eid des Wissens billigerweise nicht gefordert werden kann, da hingegen der Eid des Nichtwissens und der des Nichtglaubens theils der Bestimmung des Haupteides als Beweismittels, die Ueberzeugung des Richters zu begründen, nicht entsprechen, theils anderweitigen gewichtigen Bedenken unterliegen, so bleibt zu dem erwähnten Zwecke von den allein möglichen Formen des Eides nur noch der Glaubenseid übrig (s. S. 58). Durch einen solchen Eid bestätigt der Schwörende bei weitem mehr als bei dem Eid des Nichtwissens oder des Nichtglaubens. Er versichert nämlich, daß er selbst subjective Gründe für sich habe, das Nichteintreten des von gegenseits behaupteten Factums für wahr zu halten, und seine eidliche Aussage kann daher dem Richter wenigstens als ein Zeugniß in eigener Sache gelten, was bei dem Eide des Nichtwissens und Nichtglaubens nicht der Fall ist. Wie viel Glauben aber diesem Zeugnisse zu schenken sey, hängt freilich, wie leicht zu begreifen, ganz von der Natur jener subjectiven Gründe ab, auf welche der Glaube des Schwörenden sich stützt; und diese Gründe können nach Verschiedenheit der Sachverhältnisse und der Individualität des Schwörenden von sehr verschiedenem Gehalte seyn. — Vermuthungen, unverbürgte Gerüchte, beiläufige Angaben und Versicherungen dritter Personen, Meinungen über den Charakter und die Verhältnisse derjenigen Individuen, aus deren Causalität das fragliche Factum hervorgegangen seyn soll, und ähnliche, gleich unzuverlässige Gründe dürften für den Einen zureichen, um sich selbst zu überreden, dasjenige glauben, und auf Grundlage dieses schwankenden Glaubens auch beschwören zu können, was seinem Interesse entspricht, und alle etwa dagegen sich erhebenden Wahrscheinlichkeitsgründe zu überhören; während ein Anderer, von strengerer Gewissenhaftigkeit geleitet, auch durch den geringsten Zweifel von der Ablegung des Eides abgehalten, und veranlaßt würde, lieber die Ansprüche seines Gegners einzuräumen, als einen sein ängstliches Gemüth beschwerenden Eid zu leisten. Die Natur dieser Eidesform bringt es mit sich, daß bei der Anwendung derselben der Mensch von schwankenden Grundfäßen und weitem Gewissen vor dem streng redlichen auf eine gehässige Weise

begünstigt erscheint. Die Vieldeutigkeit derselben aber und das Schwankende ihrer innern Grundlage macht sie um so verwerflicher, da sich von Fall zu Fall gar nicht ausmitteln läßt, wie viel oder wenig Glauben der Richter einem solchen Zeugnisse zu schenken habe ¹⁾).

Diesen Uebelständen nun läßt sich nur auf einem einzigen Wege abhelfen. Das Schwankende des Glaubenseides läßt sich nur dadurch entfernen, daß der zur Eidesleistung Berufene angewiesen wird, nebst der Versicherung über sein eigenes Fürwahrhalten zugleich die subjectiven Gründe anzugeben, auf welchen dieses sein Fürwahrhalten beruht. Denn so werden die Winkel aufgeheilt, in welchen Gemüthshinterhalt und zweideutiger Verstand zu herbergen pflegen; der Richter erhält einen sicheren Anhaltspunct, um über das Gewicht der geoffenbarten Gründe, und hiermit auch über den Werth der darauf sich stützenden eidlichen Versicherung zu urtheilen. — Die hierdurch erzielten Vortheile können noch gesteigert werden, wenn der Gesetzgeber selbst die Gründe namhaft macht, welche als genügend betrachtet werden sollen, dem darauf gestützten Glaubenseide die Kraft eines Beweismittels im Gerichtshofe zu verleihen.

S. 60.

Der Eid mit dem Beisage: des Wissens und Erinnerns ist ein solcher Glaubenseid.

Daß es eben dieser Weg sey, welchen der österreichische Gesetzgeber einschlug, um das Schwankende des bei der eidlichen Abläugnung unentbehrlichen Glaubenseides durch feste Vorzeichnung enger Gränzen nach Möglichkeit zu entfernen; dieß aus dem Worte und Geiste des Gesetzes selbst nachzuweisen, kann nach dem Vorausgeschickten keinen bedeutenden Schwierigkeiten unterliegen. Unsere Gerichtsordnungen drücken sich über die Art und Weise der

¹⁾ Daher haben auch viele Lehrer des gemeinen Rechtes auf die unbedingte Verwerfung des Glaubenseides angetragen. Vergl. *Marblanc*, S. 44. — *Grollmann*, S. 94. — *Levenar*, *Theorie der Beweise im Civilproceße*, S. 88.

eidlichen Abläugnung folgendermaßen aus: „Jener, welcher den Haupteid angenommen hat, ist nur schuldig, die von gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen¹⁾.“ Durch den Beisatz seines Wissens und Erinnerns soll die eidliche Abläugnung im Gegensatz von dem Beschwören selbst angebrachter Umstände erleichtert werden; denn „wenn er (Jener nämlich, welcher den Haupteid angenommen hat) die von ihm selbst vorgegebenen Umstände zu beschwören hätte, müßte er den Eid ohne allen Beisatz ablegen²⁾.“ Der Beisatz: „seines Wissens und Erinnerns“ soll eine der so eben näher bezeichneten von dem Eide des Wissens unterschiedenen Eidesformen bezeichnen. Daß dadurch die verwerflichste dieser Formen, nämlich der Eid des Nichtglaubens gemeint sey, ist, so viel mir bekannt, nirgends behauptet worden; wohl aber haben sich für den Eid des Nichtwissens und für den Eid des Glaubens sehr beachtungswürdige Stimmen erhoben³⁾.

1.) Die in der Praxis sehr gangbare Meinung, daß der Eid mit dem Beisatz: „seines Wissens und Erinnerns“ ein Eid des Nichtwissens sey, und daher auch solchen Parteien zugemuthet werden könne, welchen das in Frage stehende Factum völlig fremd ist, beruht auf einem frommen Irrthum. Denn sie verdankt wohl zunächst ihre Entstehung und Beliebtheit dem löblichen Wunsche, die Durchsetzung der Rechte nach Möglichkeit zu erleichtern. (S. oben S. 59. 2.) Mit der Bemerkung also, daß für die leichtere Formalisirung des Rechtes durch die Zulassung des Eides de ignorantia bei weitem nicht so wohl gesorgt werde, als man davon erwarten mochte (ebenda), verliert die Ansicht seiner Werthheidiger

¹⁾ §. 206 der a. (S. 279 der gal.) G. D.

²⁾ Ebendasselbst.

³⁾ Mater. S. VII. — Wagner a. a. D. Ausführliches findet sich hierüber nur in dem Schriftchen von Hof. Fr. Wegscheider: Erläuterungen des §. 279 der westg. oder §. 206 der Hof. G. D. über den Haupteid, und in den Recensionen des Herrn Prof. Wessely in dessen Themis. I. Heft 1835, und des Herrn Dr. Ludw. Schwarz in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1836, V. Heft.

den größten Theil ihrer Anziehungskraft. — Hierzu kommt aber noch vom Standpuncte der Theorie das weitere dieser Eidesform überhaupt entgegenstehende Bedenken, daß dieselbe dem Zwecke des Eides, als Beweismittel betrachtet, durchaus nicht entspreche, indem die eidliche Versicherung der Partei, nicht zu wissen, ob das in Frage stehende Factum eingetreten sey oder nicht, ihrer Natur nach weder Gewißheit noch Wahrscheinlichkeit des Nichteintretens jenes Factums zu erzeugen, und den Richter zur Fürwahrhaltung desselben und zu einer für den Schwörenden günstigen Entscheidung zu bestimmen nicht vermag.

Würdigt man endlich die gesetzlichen Worte selbst, durch welche der Eid des Nichtwissens nach der Meinung der Gegner in das Civilverfahren eingeführt worden seyn soll, einer aufmerksamen Betrachtung, so verschwindet jener oberflächliche Schein, auf welchen sich die von uns bestrittene Ansicht stützt, und es zeigt sich vielmehr, daß die angebliche Zulässigkeit des Eides de ignorantia mit der Anordnung des Gesetzes geradezu im Widerspruche stehe. — Wer ein Factum seines Wissens und Erinnerns abläugnet, bestätigt allerdings, nicht zu wissen und sich nicht zu erinnern, daß jenes Factum eingetreten sey; allein diese eidliche Aussage ist ihrem Inhalte nach vom Eide de ignorantia wesentlich verschieden. Denn durch einen Eid de ignorantia behauptet der Schwörende nur, daß er keine objectiven, aus eigener Wahrnehmung geschöpften und zureichenden Gründe habe, den Eintritt des vom Gegentheil behaupteten Factums für wahr zu halten (S. 58). Diese Behauptung kann auch über solche, und wird in der Regel nur über solche Umstände vorgebracht werden, rücksichtlich deren der Schwörende gar nicht in der Lage war, sich von ihrem Eintreten oder Nichteintreten zu überzeugen. Nicht so der Eid mit dem Beisatz seines Wissens und Erinnerns. Wer nämlich ein Factum seines Erinnerns abläugnet, zeigt dadurch an, daß es ihm mit Rücksicht auf die Zeit und den Ort, in welchen, und auf die Verhältnisse, unter welchen jenes Factum zu Stande gekommen seyn soll, möglich gewesen sey, sich von demselben zu überzeugen; denn über einen Umstand, welcher geradezu außer dem Kreise meiner Wahrnehmung sich ereignet haben soll, kann ich höchstens versichern, nicht zu wissen, ob er Statt gefunden habe oder nicht,

keineswegs aber, mich nicht zu erinnern, daß er Statt gefunden habe, weil von der Erinnerung, als der Reproduction gehabter Wahrnehmungen, so wie von dem Mangel der Erinnerung überall nur dann die Rede seyn kann, wenn eine Wahrnehmung als wirklich, oder doch als möglich vorausgesetzt wird.

Daß der Eid mit dem Beisage: „seines Wissens und Erinnerns“ kein Eid des Nichtwissens sey, zeigt sich auch daraus, daß nach der Anordnung des §. 206 der a. (S. 279 der gal.) G. D. „derjenige, welcher den Haupteid angenommen hat, schuldig ist, die von gegenseits beigebrachten Umstände seines Wissens und Erinnerns eidlich zu widersprechen,“ d. h. den directen Gegensatz desjenigen Sakes, welchen sein Gegner behauptet, seines Wissens und Erinnerns zu beschwören. Wenn also der Defereut z. B. im Proceße wider einen Erben den Satz behauptete, er habe dem Erblasser ein gewisses Capital dargeliehen, so muß der Eid des Delaten dahin lauten: Seines Wissens und Erinnerns habe der Defereut dem Erblasser das in Frage stehende Capital nicht dargeliehen; was offenbar kein Eid des Nichtwissens allein ist. Durch den Eid de ignorantia aber: Delate wisse nicht, ob Defereut jenes Darlehen gegeben habe oder nicht, wird der von gegenseits angebrachte Umstand gar nicht widersprochen, weil ja dieser Umstand trotz der Wahrheit jenes ausbeugenden Eides dennoch wahr seyn kann ¹⁾.

2.) Durch den Eid mit dem Beisage: „seines Wissens und Erinnerns“ also gibt der Schwörende zu erkennen, daß er im Allgemeinen in der Lage gewesen sey, sich von dem Eintritt der

¹⁾ Daß dem Delaten, welcher von dem in Frage stehenden Factum gar keine Kenntniß zu haben vorgibt, und sich so dem Eide zu entziehen sucht, der Haupteid über sein Nichtwissen aufgetragen werden könne, ist bereits oben (§. 39) bemerkt worden. Der Gegenstand dieses Haupteides ist aber nicht das streitige Factum selbst, sondern der Umstand, daß der Delate in der Lage war, das Factum, im Falle es eintrat, wahrzunehmen, und daß er folglich mit einer Eidesauftragung hierüber beschwert werden dürfe. Ist dieser Umstand durch den vorläufig aufgetragenen Haupteid verifizirt, dann kommt es erst auf die eidliche Abläugnung des Hauptfactums an, welche nun um so weniger durch einen neuerlichen Eid des Nichtwissens geschehen kann.

von gegenseits behaupteten Ereignung zu überzeugen, und versichert zugleich, daß er dessenungeachtet an den Eintritt derselben sich nicht erinnere, und folglich davon nichts wisse ¹⁾. Der Umstand nun, daß der Schwörende an den Eintritt einer Ereignung, welche zu seiner Kenntniß hätte gelangen müssen, sich gar nicht erinnern kann, muß es ihm selbst sehr wahrscheinlich machen, daß dieselbe auch wirklich nicht eingetreten sey; er liefert ihm einen annehmbaren Grund an die Nichtexistenz jenes Factums zu glauben, einen Grund, welcher durch die eidliche Bestätigung auch für den Richter objective Giltigkeit erhält, und unter den vorliegenden Verhältnissen als hinreichend angesehen werden muß, den Richter zu einer für den Schwörenden günstigen Entscheidung zu bestimmen. (Vergl. den vorigen §.)

Hieraus zeigt es sich, daß der Eid mit dem Beisage: „seines Wissens und Erinnerns“ der Wirkung nach ein Glaubenseid sey, bei welchem aber nicht unmittelbar das Vorhandenseyn eines auf was immer für unbestimmten Gründen beruhenden Glaubens im Gemüthe des Schwörenden, sondern ein bestimmter, durch das Gesetz als ausreichend gebilligter Grund des Fürwahrhaltens bestätigt wird, welcher den Schwörenden und den Richter an die Unwahrheit eines im Proceße angeführten Factums zu glauben bestimmt. Mit dieser Erklärung der Formel: „seines Wissens und Erinnerns,“ hängt der oben (§. 39) aufgestellte Grundsatz auf's innigste zusammen, daß der Haupteid nur über solche Umstände aufgetragen werden könne, von deren Eintreten oder Nicht-eintreten beide zur Eidesleistung berufene Individuen Kenntniß erlangen mußten. Denn wenn einerseits derjenige, welcher das Factum für sich angeführt hat, immer sein Wissen beschwören muß, andererseits aber auch die eidliche Abläugnung des vom Gegner angeführten Factums auf der Erinnerung zu beruhen hat,

¹⁾ Da man von vergangenen Ereignungen nichts anders wissen kann, als durch die Erinnerung, und das Nichterinnern das Nichtwissen nothwendig in sich einschließt, so ist es offenbar, daß der gesetzliche Beisage: „seines Wissens und Erinnerns“ eine Tautologie enthalte, und nichts anders sage, als der einfache Beisage: „seines Erinnerns,“ welchen daher auch der neue Entwurf vorschreibt. Mater. S. 171.

so ist es ausgemacht, daß solche Umstände, welche mit der Wahrnehmung der einen oder andern Partei offenbar in keinem Zusammenhange stehen, überhaupt nicht Gegenstand des Eides werden können. Eidesdelationen, welche gegen diesen Grundsatz verstoßen, sind nicht nur auf Einwendung des Beauftragten, sondern wenn das Mangelhafte derselben aus den Acten hervorgeht, sogar von Amtswegen zu verwerfen.

Waren aber beide Theile in der Lage, daß in Frage stehende Factum, falls es zur Existenz kam, wahrzunehmen, dann ist nichts billiger, als daß derjenige, welcher dessen ungeachtet den Eintritt desselben, ohne einen ordentlichen Beweis seiner Abläugnung anzubieten, läugnet, angehalten werde, entweder dem angebotenen Wissensseide seines Gegners Raum zu geben, oder selbst wenigstens so viel zu beschwören, daß er sich an jene Ereignung nicht erinnere, und daher einen ausreichenden gesetzlichen Grund habe, das Nichteintreten derselben zu glauben.

Auf diese Weise war der weise Gesetzgeber Oesterreichs bedacht, dem unentbehrlichen Glaubenseide eine feste Grundlage zu geben, und Alles daraus zu entfernen, was entweder der Natur des Haupteides als Beweismittel widerspricht, oder doch zu schwankenden Auslegungen, und somit bald zu Gewissensängstlichkeit, bald zu leichtsinnigen Eidesleistungen Veranlassung werden muß. Wenn die Ausschließung des Eides de ignorantia aus den eben angeführten Gründen nicht zu bedauern ist, so muß andererseits auch die Verbannung des unbestimmten Glaubenseides aus dem Civilproceß von dem denkenden Menschenfreunde mit freudigem Beifalle aufgenommen werden. Traurig genug, daß die wohlthätige Absicht des Gesetzgebers in einer für die Moralität der Staatsbürger und für die Durchsetzung der Rechte gleich wichtigen Angelegenheit so häufig mißverstanden wird. Gewiß gehört es zu den heiligsten Pflichten des Rechtsfreundes und des Richters, die Parteien über den wahren Sinn des Beisages: »seines Wissens und Erinnerns« zu belehren, und sie insbesondere darauf aufmerksam zu machen, daß der mit diesem Beisage abzulegende Eid kein Eid des Nichtwissens sey, sondern sich auf Erinnerung stützen müsse, auf ein Wissen von dem Orte und der Zeit, wo die fragliche Ereignung vorgefallen seyn soll.

Diese Belehrung über die wahre Bedeutung der Eidesformel kommt selbst dann nicht zu spät, wenn sie von dem Richter erst bei der Eidesstagsatzung ertheilt wird. Denn, haben Rechtsfreunde und Richter ihre Schuldigkeit gethan, so konnte auf einen Eid gar nicht erkannt werden, welchen der zur Eidesleistung Berufene nicht anders als de ignorantia abzulegen vermag. Wäre dieß dessen ungeachtet geschehen, weil das wahre Sachverhältniß in der Proceßverhandlung nicht aufgeheilt wurde, wäre die zur Eidesleistung berufene Partei auch bis zum letzten Augenblicke in der irrigen Meinung geblieben, daß sie durch einen Eid des Nichtwissens die für sie günstige Entscheidung des Rechtsstreites herbeiführen könne, so ist es wohl noch unmittelbar vor der Eidesleistung an der Zeit, sie aus ihrem Rechtsirrhume zu ziehen. Sie wird nun freilich vielleicht den Eid in diesem strengeren Sinne verweigern müssen, und deßhalb sachfällig werden, die allenfalls vorgeschüzte Unbekanntheit mit dem Gesetze wird ihr nicht zur Entschuldigung dienen¹⁾; wohl aber bleibt es ihr unbenommen, sich wegen des hieraus für sie entstandenen Schadens an den Rechtsfreund zu halten, welchem es ihren Irrthum zu berichtigen obgelegen hätte²⁾.

§. 61.

C. Das Urtheil muß endlich den Beweissatz genau enthalten.

C. Das auf den Haupteid lautende Urtheil muß endlich, außer den bisher (§. 56 bis 60) besprochenen Puncten auch den zu beschwörenden Beweissatz, oder die Eidesformel enthalten³⁾. — Das gemeine Recht von der Idee des dem Gebrauche des Haupteides zu Grunde liegenden Vertrages ausgehend, überläßt die Bestimmung der Eidesformel ganz dem Belie-

¹⁾ §. 2 des a. b. G. B.

²⁾ §. 1299 des a. b. G. B. — Dagegen stellt Herr Professor Wessely im 1. Hefte der Themis a. a. D. die Ansicht auf, daß es ganz allein Gewissensangelegenheit der Partei sey, ob und in welchem Sinne sie den Eid mit dem Beisage ihres Wissens und Erinnerns antreten und ablegen wolle, und daß ihr der Richter keine andere Interpretation der Eidesformel aufbringen könne.

³⁾ Mater. §. XV. h.

ben der Parteien, und gestattet hierbei ein Einschreiten des Richters nur dann, wenn die Parteien über die Abfassung des Beweises nicht einig werden können ¹⁾.

Der österreichische Gesetzgeber hat mit weiser Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides dem Richter auch in diesem Punkte einen erweiterten Wirkungskreis eingeräumt. Der §. 208 der a. G. D. lautet einstimmig mit dem §. 281 der gal. G. D.:

»Der Richter soll in dem Urtheile die Eidesformel genau bestimmen, und wenn jene Umstände, worüber ein Theil dem andern den Haupteid auftragen will, offenbar zur Sache nicht gehörig sind, soll er darauf keine Rücksicht tragen, sondern sie auslassen, wenn auch der Gegentheil den Eid ohne Widerrede angenommen hätte.»

Ganz in diesem Sinne verordnet das Hofd. vom 12. März 1789, n. 986 »daß auch in jenen Fällen, wo der von dem einen Theile aufgetragene Haupteid von dem Gegentheile angenommen worden, Statt finde, was der §. 205 und 208 der a. G. D. vermag;» und das Hofdecret vom 29. September 1794 n. 195 wiederholt, »daß in dem Urtheile, mittelst dessen auf einen Eid erkannt wird, die Eidesformel deutlich ausgedrückt, und wenn in der von der Partei entworfenen Eidesformel Schreibfehler unterlaufen, solche nach dem wahren Sinne der Sache verbessert werden sollen.» — Diese gesetzlichen Anordnungen beschränken aber die bei Bestimmung der Eidesformel dem Richter eingeräumte Macht auf die Hinweglassung unerheblicher Umstände, und auf die Verbesserung unterlaufener Schreibfehler, ohne daß ihm auch gestattet wäre, an dem zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eide im Wesentlichen etwas zu ändern, oder denselben auf

1) Si de qualitate juramenti fuerit inter partes dubitatum, concepcio ejus in arbitrio judicis est. Fr. 34. §. 5 Dig. De jurej. (12. 2.) — Malblanc, §. 61. — Dagegen ist Gönner in seinem Handbuche des deutschen gem. Processus. Erl. 1801. 1. Bd., St. XX der Meinung, daß sich diese Stell nur auf den conventionellen Haupteid beziehe.

andere in der von den Parteien vorgeschlagenen Eidesformel nicht enthaltenen Thatsachen auszudehnen ²⁾.

Wäre übrigens die Eidesformel von dem Richter in dem Urtheile auf eine für den einen oder andern Theil beschwerende Weise abgefaßt worden, so kann, wie sich's von selbst versteht, dieser Uebelstand weder von den Parteien noch selbst von dem erkennenden Richter, sondern lediglich im Wege der Appellation oder Revision behoben werden ³⁾.

§. 62.

III. Gegen das auf den Haupteid lautende Urtheil ist beiden Theilen das Rechtsmittel der Appellation und Revision gestattet.

III. Nach unseren Proceßordnungen findet nämlich das Rechtsmittel der Appellation und Revision in der Regel gegen jedes noch nicht rechtskräftige Urtheil, und folglich auch gegen ein solches Anwendung, durch welches auf den Haupteid erkannt wurde. — Anderes bestimmen hierüber die römisch. Gesetze. Justinian gestattet dem Deferenten unter keiner Bedingung die Appellation gegen das auf den Haupteid lautende Urtheil, es mag nun vermöge desselben der Delate zu schwören haben ³⁾, oder der allenfalls zurückgeschobene Eid von dem Deferenten selbst abzulegen seyn ⁴⁾. Dem Delaten hingegen gibt er zwar das Recht der Appellation, aber ohne Suspensivkraft, so daß der durch das appellirte Urtheil dem Delaten aufgetragene Eid, für den Fall als ein bestätigendes Urtheil höherer Instanz erfolgt, nicht mehr abgelegt werden darf, sondern für verweigert anzusehen ist ⁵⁾.

Diese Strenge des römischen Gesetzes ist in keinem Falle durchgängig zu billigen. Insbesondere scheint es offenbar zu hart dem

1) Mater. §. XV. b.

2) Ebendaselbst. — Vergl. fr. 55. Dig. De re judicata. (42. 1.)

3) Const. 12. §. 3. Cod. De rebus cred. (4. 1.) ipsi parti, quae hoc intulit, nullum provocationis remedium in hoc servabitur: cum nimis crudele est, parti, quae hoc detulit, propter hoc ipsum quod judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem.

4) Const. 12. §. 1. ibid. — Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit.

5) Const. 12. §. 2. ibid. — Vergl. Malblanc. §. 63.

Deferenten unter jeder Bedingung das Rechtsmittel der Appellation zu verweigern; denn auch er kann durch das auf den Haupteid lautende Urtheil gar sehr beschwert seyn; wie wenn hiebei die während der Verhandlung hervorgekommene Unfähigkeit des Delaten nicht berücksichtigt, wenn eine vom Deferenten angebotene probatio pro vitando perjurio verworfen, oder ein wesentlicher Punkt aus der Eidesformel hinweggelassen worden ist, u. dgl.

Wenn dagegen die vaterländischen Proceßgesetze über ein auf den Haupteid lautendes Urtheil beiden Parteien die Appellation oder Revision unbedingt gestatten, so kann man nicht umhin zu bemerken, daß hierdurch auf dem entgegengesetzten Abwege zu muthwilligen Appellationen die Gelegenheit gebothen ist. — In wie ferne diesem Uebelstande vielleicht dadurch begegnet werden könnte, daß eine zur Beseitigung des Eides muthwillig ergriffene Appellation eben so, wie eine in der Ausführung verunglückte Gewissensvertretung oder ein nicht rechtsbeständig ausgefallener Beweis zur Vermeidung des Meineides bestraft werde; hierüber zu entscheiden muß der fortschreitenden Weisheit der Gesetzgebung vorbehalten bleiben.

§. 63.

IV. Ausführung des Beweises durch den Haupteid.

IV. Gleich nach rechtskräftig gewordenem Urtheile liegt den Parteien die Ausführung des Beweises durch den Haupteid ob. — Die Art und Weise der Ausführung aber muß sich verschieden gestalten, jenachdem durch das Urtheil entweder 1.) auf einen referiblen aber noch nicht zurückgeschobenen; oder 2.) auf einen irreferiblen; oder endlich 3.) auf einen bereits während der Verhandlung zurückgeschobenen Eid erkannt worden ist.

1.) Ueber den ersten der ebenerwähnten Fälle, und das hiebei den Parteien obliegende Benehmen drücken sich die §§. 209 — 211 der a. G. D. folgendermaßen aus:

§. 209. »Jener, welcher den Haupteid anzunehmen oder zurückzuschieben schuldig erkannt worden ist, soll sich dießfalls binnen drei Tagen, nachdem das Urtheil in die Rechtskräfte erwachsen ist, oder wenn der Spruch in letzter Instanz ergangen ist, binnen vierzehn Tagen, vom Tage des zuge-

»stellene Spruches, bei Gericht schriftlich erklären; widrigens ist der Eid für zurückgeschoben zu halten.»

§. 210. »Erklärt er sich nun den Eid anzunehmen, so ist darüber zur Ablegung desselben eine Tagsatzung anzuordnen, bei welcher er den Eid so gewiß abzulegen hat, als im widrigen er dazu nicht mehr zugelassen, sondern das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten wären.»

§. 211. »Hätte er aber den Eid zurückgeschoben, oder die dießfällige Erklärung in der vorgeschriebenen Zeit nicht eingereicht, so soll der Gegentheile binnen den folgenden drei Tagen zur Ablegung des ausdrücklich oder stillschweigend zurückgeschobenen Eides um eine Tagsatzung anlangen, und bei derselben den Eid ablegen; widrigens wäre das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten.»

Die entsprechenden §§. 282 — 284 der gal. G. D. stimmen mit den ebenangeführten der a. G. D. der Hauptsache nach vollkommen überein.

2.) Wäre ein irreferibler Haupteid von dem Delaten freiwillig angenommen worden, so bestehen nach Anleitung des Hofdecretes vom 6. Mai 1788. n. 820 die anderweiten Rechtswirkungen in jener Art, wie die G. D. in dem Capitel vom Haupteide vorschreibt; jedoch, wie sich von selbst versteht, nur mit besonderer Rücksicht auf die eigenthümliche Natur dieses Falls. Denn da ein solcher freiwillig angenommener Eid nicht zurückgeschoben werden kann, so wird das hierauf sich beziehende Urtheil lediglich dem Delaten die wirkliche Ableistung des Eides bei Strafe des verweigerten Eides aufragen. — Auf gleiche Weise hat das Urtheil auch dann zu lauten, wenn der Richter in Gemäßheit des §. 278 der gal. G. D. befunden hat, daß der Delate den nicht zurückschiebaren Eid dennoch anzunehmen verbunden sey. — In Folge eines solchen Urtheils nun muß der Delate, welcher einen irreferiblen Eid zu leisten schuldig erkannt worden ist, binnen drei Tagen, nachdem

das Urtheil in Rechtskraft erwachsen ist, oder wenn der Spruch in letzter Instanz ergangen wäre, binnen vierzehn Tagen vom Tage des zugestellten Spruches um eine Eidestagsatzung anlangen, und bei derselben den Eid ablegen, widrigens das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten wäre.

3.) Ist endlich der Eid während des Processus zurückgeschoben, und in Folge dessen der Defereent verurtheilt worden den Eid ohne alle Ausnahme abzulegen, so greift der §. 285 der gal. G. D. Platz. Er lautet:

»Derjenige, welcher den zurückgeschobenen Eid zu leisten schuldig erkannt worden ist, soll binnen drei Tagen, nachdem das Urtheil in die Rechtskräfte erwachsen ist, oder wenn der Spruch in letzter Instanz ergangen ist, binnen vierzehn Tagen, vom Tage des zugestellten Spruches, um eine Tagsatzung zur Ablegung dieses Eides anlangen; widrigens wäre das Widerspiel dessen was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten.»

Das hiemit vorgezeichnete Verfahren ist ganz und gar in der Natur der Sache, und in der Analogie der §§. 209—211 der a. G. D. begründet, und wird daher auch in den Ländern wo dieses Gesetz gilt allgemein beobachtet.

§. 64.

V. Restitution zur Beseitigung eines durch Urtheil aufgetragenen, aber noch nicht abgelegten Eides.

V. Die Ausführung des mittelst rechtskräftigen Urtheiles aufgetragenen Haupteides kann noch immer, und zwar selbst dann noch sistirt werden, wenn der Eid bereits angetreten worden wäre. Der §. 231 der a. G. D. verordnet mit Beziehung auf alle Parteieneide ohne Unterschied:

»Wenn ein Theil vor abgelegtem Eide neue Beweis- oder Gegenbeweismittel ausfindig gemacht hätte, und durch Beibringung standhafter Behelfe, oder in Ermanglung derselben durch seinem Eid darzuthun vermögend wäre, daß er dieselben während des Processus nicht geflissentlich verschwiegen habe, in diesem Falle ist der

»Gegentheil nicht zum Eide, sondern er zur Führung seines Beweises oder Gegenbeweises zuzulassen.»

Der §. 305. der gal. G. D. lautet in der Hauptsache übereinstimmend.

»Wenn ein Theil vor abgelegtem Eide neue Beweis- oder Gegenbeweismittel ausfindig gemacht hätte, und standhafte Gründe vorlegte, daß er sie nicht um die Sache dadurch aufzuziehen oder zu verdunkeln zurückgehalten habe, so wäre der Gegentheil nicht zum Eide, sondern er zur Führung seines Beweises oder Gegenbeweises zuzulassen.»

1.) Hiernach soll das Recht einen bereits durch Urtheil aufgetragenen Haupteid durch Vorbringung neuer Behelfe beseitigen zu dürfen, offenbar nicht beiden Theilen, sondern nur dem Gegentheil desjenigen zu Statten kommen, welcher in Folge des Urtheils zu schwören hätte, wie dieß das Hofd. vom 30 Oct. 1788 n. 911 noch unzweideutiger ausspricht. »Wenn« (so heißt es im Eingange dieses Hofdecretes) »sein Urtheil auf einen Eid geschöpft worden, kann nicht derjenige, dem die Ablegung des Eides auferlegt worden, sondern nur sein Gegentheil sich des Rechtes bedienen, welches der §. 231 der a. G. D.« (§. 305 der gal. G. D.) »zur Beibringung neuer Beweismittel offen hält.« — Hiemit will nun offenbar nichts Anderes gesagt seyn, als daß in dem Falle des erwähnten Paragraphes das Anbringen neuer Behelfe im Restitutionswege niemals zum Behufe einer Gewissensvertretung, sondern lediglich in so ferne gestattet werden dürfe, als hierdurch ein Beweis zur Vermeidung eines vom Gegner zu beforgenden Meineides hergestellt werden möchte. — Aus dieser gesetzlichen Maxime nun lassen sich mit besonderer Rücksicht auf die verschiedenen Verhältnisse, in welche die Parteien nach einem auf den Haupteid geschöpften Urtheile gerathen können, folgende practisch wichtige Regeln abziehen.

Der Befugniß des §. 231 der a. (§. 305 der gal.) G. D. kann der Delate — a.) offenbar nicht theilhaftig werden, wenn er

einen irreferiblen Eid abzulegen verurtheilt worden ist; — dagegen b.) geführt ihm dieses Recht ohne Zweifel in dem Falle, da sein Gegner in Folge Urtheils einen während der Verhandlung zurückgeschobenen Eid abzulegen schuldig ist. Wurde endlich c.) der Delate verurtheilt den Eid anzunehmen oder zurückzuschieben, so steht es in seiner Macht durch die wirkliche Zurückziehung in jene Stellung zu gelangen, deren der §. 231 der a. (§. 305. der gal.) G. D. erwähnt; und als Gegner desjenigen, welcher den Eid abzulegen hat, auf eine probatio pro vitando perjurio anzutragen; ein Recht dessen er aber verlustig wird, sobald er das Eidesantretungsgesuch überreicht hat.

Auf gleiche Weise kann der Deferent a.) auf die erwähnte Begünstigung offenbar keinen Anspruch machen, wenn ihm das Urtheil lediglich die Ablegung des zurückgeschobenen Eides befahl; wohl aber b.) wenn sein Gegner ohneweiters zur Leistung, oder c.) alternativ zur Annahme oder Zurückziehung eines referiblen Eides verurtheilt wurde, vor erfolgter Zurückziehung; es mag nun der Delate das Eidesantretungsgesuch bereits überreicht haben oder nicht: denn auch in dem letzteren Falle schwebt der Deferent wenigstens in der Gefahr, daß sein Gegner den vorbehaltenen Eid wirklich ablegen werde, und kann ihm daher der Beweis zur Verhütung eines zu besorgenden Meineides nach dem geistigen Sinne des Gesetzes erst in dem Augenblicke entgehen, da es durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zurückziehung zur Gewißheit geworden, daß nicht sein Gegner, sondern er selbst den Eid werde abzulegen haben ¹⁾).

¹⁾ Wenn durch das Hofd. vom 23. Juli 1789, n. 1038, lit. b. — (im Zusammenhange mit dem Hofd. vom 14. Juni 1784, n. 306, lit. ff.) — der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu vorgefundener Beweismittel auch diejenige Partei begehren könne, welche einen ihr durch Urtheil aufgetragenen Eid in der gesetzlichen Frist abzulegen unterlassen hat, so steht dieß mit den so eben im Contexte entwickelten Grundsätzen in keinem Widerspruche. Denn die durch jenes Hofd. v. 23. Juli 1789 gestattete Wiedereinsetzung hat keinen effectum suspensivum (Hofd. vom 25. Aug. 1788, n. 179. — 15. Jan. 1787, n. 623, — und 1. Dec. 1788, n. 925) und hindert nicht, daß der Gegner des Restitutionswerbers die Execution auf Grundlage des

2.) Ueber die Art und Weise, auf welche die erwähnte Restitution einzuleiten ist, schreibt das Hofd. vom 30. Oct. 1788, n. 911, dem Restitutionswerber folgendes Benehmen vor. — a) Derselbe muß mündlich oder schriftlich, vor oder bei der Tagsatzung, welche zur Abschwörung des Eides angeordnet worden ist, die ausfindig gemachten, in dem vorigen Proceße nicht vorgekommenen, Beweismittel dem Richter vorlegen, und hiernach bitten, daß mit Abschwörung des Eides innegehalten, und er zum Beweise des Widerspiels dessen, was sein Gegner beschwören soll, zugelassen werde. — b) Hierüber sind bei der Tagsatzung beide Theile zu hören, jedoch nicht weiters, als über den Umstand, ob die beigebrachten Beweismittel auch wirklich zu dem abgeführten Proceße gehören, und ob sie nicht geflissentlich bei dem vorigen Proceße verschwiegen worden sind. Hierbei muß, soweit beide Theile nicht einig seyn sollten, durch Urtheil erkannt werden, ob vermöge des Gesetzes die Beweisführung ohneweiters oder allenfalls gegen Ablegung des Eides der nicht geflissentlichen Verschweigung zuzulassen sey. — c) In diese Verhandlung aber kann keineswegs schon die Frage eingezogen werden, ob durch die ausfindig gemachten Beweismittel auch der Beweis hergestellt sey; denn hierüber muß nach erfolgter Zulassung des Beweises eine ordentliche mit dem Beweise instruirte Klage überreicht, und darüber wie über jedes andere Klagerrecht ordentlich verfahren und was Rechtens ist erkannt werden.

Für die Länder, in welchen die gal. G. D. Giltigkeit hat, wurde durch Hofd. vom 14. Sept. 1827, n. 2306 verordnet: „daß

rechtskräftigen Urtheiles und der die Verweigerung des Eides bestätigenden Erledigung des Antretungsgesuches, der Ordnung nach verfolge; dahingegen die Restitution des §. 231 der a. (§. 305, der gal.) G. D. das rechtliche Verfahren hemmt, und deshalb von dem Gesetze aus guten Gründen in engeren Grenzen eingeschlossen wird. — Daß aber durch das Hofd. vom 23. Juli 1789 an dem Grundsätze des §. 231 der a. G. D. nichts habe geändert werden wollen, geht schon daraus hervor, daß auch der §. 305 der später erschienenen gal. G. D. vom 19. Dec. 1796, die Wiedereinsetzung wegen neu vorgefundener Beweise cum effectu suspensivo ebenfalls nur dem Gegner desjenigen gestattet, welcher in Folge des Urtheils hätte schwören sollen.

da die gal. G. D. schon lange nach dem unter dem 30. October 1788, n. 911 der J. G. S. erlassenen Hofdecrete in die Wirksamkeit getreten ist, es hinlänglich sey, wenn über das Gesuch um Zulassung des Zeugenbeweises anstatt des abzulegenden Eides, in so fern daselbe gehörig eingerichtet, insbesondere aber mit den erforderlichen statthaftern Gründen, über die nicht geßfentliche Zurückhaltung des neuen Beweismittels versehen, und mit den Weisartikeln für die nahmhaft gemachten Zeugen belegt ist, der Gegentheil vernommen, und über das vollständig abgeführte Verfahren bezüglich auf alle streitige Fragen in Gemäßheit der §§. 305, 312, 213 der gal. G. D. was Rechtens ist, erkennet werde.“

3) Was endlich die Wirkung anbelangt, welche diese dem einen Theile einzuräumende Restitution rücksichtlich des hierdurch beseitigten Eides des andern Theiles äußert, so spricht sich hierüber der §. 232 der a. G. D. einstimmig mit dem §. 306 der gal. G. D. dahin aus:

„Wenn er aber“ (derjenige nämlich, welcher die Restitution erwirkte) „mit einem hinlänglichen Beweise oder Gegenbeweise nicht aufkläre, (so) wäre der Eid von dem Gegentheile nicht mehr zu fordern, sondern für abgeschworen zu halten.“

Diese nachtheilige Folge tritt jedoch für den Restitutionswerber erst dann ein, wenn derselbe zum Beweise oder Gegenbeweise wirklich zugelassen worden, und sohin mit demselben nicht aufgefunden ist. (Vergl. oben S. 50.)

§. 65.

VI. Endliche Entscheidung der Hauptsache: — A. Wenn der Haupteid abgeleistet worden.

VI. Ist durch das unter IV. vorgezeichnete Verfahren die Partei, welche den Haupteid abzulegen hat, bestimmt, und ist der ordentliche Gang des Rechtszuges durch ein Wiedereinsehungsbegehren nicht unterbrochen worden, dann hängt die endliche Entscheidung der Hauptsache lediglich davon ab, ob derjenige, welcher den Eid entweder angetreten hat, oder, da keine Zurückziehung Statt fand, hätte antreten sollen, denselben leistet oder verweigert. — Die hieraus entspringenden Folgen, welche

bei uns schon in dem Urtheile eventuel bestimmt werden müssen, faßt Ulpian erschöpfend in folgenden Worten zusammen: Cum res in jurejurandum demissa sit, iudex jurantem absolvit: referentem audiet. et si actor juret, condemnet reum. nolentem jurarereum, si solvat, absolvit: non solventem condemnat. ex relatione non jurante actore, absolvit reum ¹⁾. Die Entscheidung wird also für den Delaten günstig ausfallen, wenn er selbst den zugeschobenen Eid schwört, oder sein Gegner den zurückgeschobenen verweigert; — für den Deferenten aber, wenn der Delate den angetretenen Eid verweigert, oder den irreferiblen Eid auch nur anzutreten unterläßt; oder wenn er (Deferent) den zurückgeschobenen Eid ablegt.

A) Die Ablegung oder Ableistung des Eides nun (praestatio jurejurandi) hat in der Regel mündlich vor Gericht, mit den in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Feierlichkeiten ²⁾ und durch die Partei in Person zu geschehen ³⁾. Indessen gibt es mehrere Fälle, in welchen die Eidesleistung nur fingirt wird, wo dann in der Hauptsache dieselben Folgen, wie nach der wirklichen Eidesleistung, mit wenigen Abweichungen eintreten. Hieher gehört

a) der Fall, wenn die Partei, welche einen Eid zu leisten hatte, vor gescheneher Ablegung mit Tod abgegangen ist. — Ueber die Frage, ob, und unter welchen Bedingungen diese Rechtsfiction eintreten solle, ist in Ermanglung ausreichender gesetzlicher Normen unter den Lehrern des gemeinen Rechtes von jeher viel hin und wieder gestritten worden ⁴⁾. Der §. 233 der allgemeinen G. D. verordnet dießfalls mit Beziehung auf die Parteieneide überhaupt:

„Wenn jemand vor Ablegung eines ihm zuerkannten Eides stirbt, wäre solcher Eid, falls er sich hiezu gerichtlich angebothen, und die Able-

¹⁾ Fr. 34. §. 9. Dig. De jurejur. (12. 2.)

²⁾ §. 221, 162, 163, 164 der a. (§. 295, 234, 235, 236, der gal.) G. D.
— Allg. G. J. II. Abth. 4. Absch.

³⁾ §. 223 der a. (§. 297 der gal.) G. D.

⁴⁾ Malblanc. §. 57.

»gung desselben weder durch die ergriffene Appellation noch sonst verzögert hat, für abgeschworen zu halten ¹⁾».

Bestimmter lautet der §. 307 der gal. G. D.

»Wenn eine Partei einen Eid gerichtlich angebothen hat, auf dessen Abschwörung das Urtheil ausfällt, diese Abschwörung jedoch durch den Tod der Partei gehindert wird, so ist der Eid, der Tod möge vor oder nach dem Urtheile erfolgt seyn, für abgeschworen zu halten, wenn anders die Partei die Abschwörung durch ergriffene Appellation, oder sonst nicht verzögert hat.»

Die nähere Bestimmung dieses §. daß die erwähnte Rechtswirkung der Eidesanerbithung auch dann Staat finde, wenn der Tod der Partei, welche zu schwören gehabt hatte, bereits vor dem Urtheile erfolgt ist, wurde schon früher für die Länder, in welchen die a. G. D. Giltigkeit hat, durch das Hofd. vom 15. Juli 1784, n. 317 ausgesprochen. — Nach Anordnung des Hofdecretes vom 5. März 1795, n. 222 aber hat das in einer Sachschrift geschehene Anbiethen eines Eides nur damals die gesetzmäßige Wirkung eines gerichtlich angebothenen Eides, wenn die Partei die Sachschrift eigenhändig unterfertigt hat, oder wenn der Advocat zeigen kann, daß er mit einer von seiner Partei unterfertigten species facti, in welcher er zur Anbiethung des Eides ausdrücklich begewaltet worden, versehen sey ²⁾. — Die Ableistung des Eides wird

¹⁾ Auch Schneider in seiner mehrerwähnten Lehre vom rechtlichen Beweise, will dem Tode dessen, welcher zu schwören bereit war unter ähnlichen Bedingungen die ganze Kraft des wirklich abgelegten Eides beigelegt wissen. »Diese Kraft« — so bemerkt er bei dieser Gelegenheit — »beruht auf der verneinenden Handlung des Verstorbenen, daß er sein gethanes Erbiethen nicht zurückgenommen hat, und auf der Voraussetzung, daß er es in dem Zeitpunkte, wo alle irdischen Dinge für ihn ihren Werth verloren hatten, zurückgenommen haben würde, wenn er sich der Unwahrheit dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, bewußt gewesen wäre. — Vergl. dagegen Mater. S. 216.

²⁾ Daß diese ganze Lehre auf den Fall des bloß conventionellen oder außerprocessualischen Eides sich nicht anwenden lasse, ist bereits anderwärts

b) auch dann als wirklich geschehen fingirt, wenn der Eid rechtsgiltig erlassen worden (remissio jurejurandi). — Es ereignet sich nämlich nicht selten, daß bei der Eidesabfassung der Gegner desjenigen, welcher zu schwören verbunden ist, die wirkliche Ablegung des Eides nicht weiter verlangt, und sich mit der Anbiethung desselben zu begnügen erklärt; es mag dieß nun aus Achtung für die Heiligkeit des Eides, insbesondere wegen Geringfügigkeit des Gegenstandes, oder aus Vertrauen in die Rechtlichkeit des zum Eide sich Anbiethenden, oder endlich aus der inneren Ueberzeugung geschehen, daß ein falscher Eid abgelegt werden wolle ¹⁾. — Eine solche Erlassung hat die Rechtswirkung der geschehenen Ableistung ²⁾, und kann, da sie die unentgeltliche Aufgebung eines Rechtes enthält, nur durch solche Personen geschehen, welche die Streitsache zu verschenken befugt sind ³⁾; daher denn auch ein bevollmächtigter Sachwalter zu diesem Schritte einer besonderen auf diesen speciellen Fall lautenden Vollmacht ⁴⁾, ein Vormund oder Curator aber einer von Fall zu Fall zu ertheilenden obervormundschaftlichen oder obercuratorischen Legitimation bedarf ⁵⁾. — Endlich wird nach unseren Gesetzen

c) Die Eidesleistung unter gewissen Bedingungen auch in den freilich seltenen Fällen fingirt, wo die gerichtliche Aufnehmung des Eides durchaus unthunlich wäre. Die a. G. D. schreibt hier-

sehr scharfsinnig bemerkt worden. (Mater. 217 in der Note.) Der unter der Bedingung der Eidesleistung geschlossene Vergleich scheint nämlich über die durch den Tod verursachte zufällige Unmöglichkeit der Eidesleistung völlig unwirksam zu werden.

¹⁾ Mater. S. 214.

²⁾ Fr. 9. §. 1. Dig. De jurejur. (12. 2.) Jurejurando dato, vel remissus, reus quidem acquirit exceptionem sibi, aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an juraverit, dari sibi oportere; vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit. — Conf. Const. 1 et 8. Cod. De rebus credit. (4. 1.) — Malblanc. §. 62. — Mater. a. a. D.

³⁾ §. 222. der a. (§. 296. gal.) G. D.

⁴⁾ §. 1008. des a. b. G. B.

⁵⁾ §. 233. des a. b. G. B.

über mit Beziehung auf die Parteieneide überhaupt folgendes Behalten vor:

§. 227. »Wenn es unthunlich wäre, den Eid durch ein Ersuchschreiben aufnehmen zu lassen, so wäre es genug, wenn derjenige, welcher den Eid abzulegen hat, die Eidesformel eigenhändig unterschriebe und bestätigte; doch hätte er den Eid abzulegen, so bald das Hinderniß aufhören würde; nur hätte man sich in einem solchen Falle an die oben §. 224 bestimmte Frist nicht so genau zu binden ¹⁾.»

§. 228. »Die Einsendung der also gearteten Eidesformel hat, in so lange das Hinderniß der Eidesablegung fortbauert, die Wirkung des abgelegten Eides, und der betreffende Theil tritt in die ihm aus dem Erkenntnisse zugehenden Rechte ein. Nur steht dem Gegentheile bevor, nach Beschaffenheit der Umstände die Sicherstellung für jene Zeit zu fordern, wenn der Eid nach bereits gehobenen Hindernisse dennoch nicht abgeschworen würde.»

§. 66.

Rechtliche Folgen des körperlich abgelegten Eides.

Der Eid mag wirklich geleistet worden seyn, oder von dem Gesetze als geleistet fingirt werden, so treten die in dem Urtheile für den Fall der Ableistung vorbehaltenen günstigen Rechtsfolgen ein, und es kann nach Maßgabe des Rechtsverhältnisses sogleich mit der Execution vorgegangen werden, ohne daß es einer neuen Klage (actio vel conditio ex iurejurando) bedürfte ²⁾. — Inzwischen

¹⁾ In dem §. 301. der gal. G. D., welcher übrigens so wie der unmittelbar darauffolgende §. die Grundsätze der a. G. D. beibehält, ist der Mittel- und Schlußsatz des §. 227. der a. G. D. auf folgende Weise abgeändert: »doch hätte er binnen vierzehn Tagen nach gehobenen Hindernissen um Bestimmung einer Tagesatzung zur Ablegung des Eides anzulangen.»

²⁾ Nach römischem Rechte entstand aus der Eidesleistung für den Beklagten

ist der Unterschied nicht zu übersehen, welcher sich zwischen den rechtlichen Folgen einer wirklichen und denen einer bloß fingirten Eidesleistung zeigt, wenn es sich um die Beantwortung der Frage handelt, in wie ferne in einem und anderem Falle eine Wiedereinsetzung Statt finden könne? — Das ältere römische Recht, von der Idee des dem Eide zu Grunde liegenden Vertrages ausgehend, ging hierin so weit, daß es die Wirkungen des abgelegten Eides nicht einmal durch den Beweis des offenbaren Meineides aufgehoben wissen wollte ¹⁾; und erst später wurden standhafte Behelfe zur Entkräftung des Eides, und zwar Anfangs nur des nothwendigen ²⁾, nach der Hand aber, durch Justinian, auch des freiwilligen Eides zugelassen ³⁾.

a.) Was nun die Entkräftung eines körperlich abgelegten Eides durch neue Behelfe betrifft, so spricht sich hierüber unsere a. G. D. übereinstimmend mit dem §. 309 und 310 der gal. G. D. folgendermaßen aus:

§. 234. »Glaubt jemand erweisen zu können, daß sein Gegner einen falschen Eid abgelegt habe, soll er dem peinlichen Richter alle seine Beweismittel übergeben, und dieser nach Beschaffenheit der Umstände von Amtswegen die Untersuchung vornehmen.»

§. 235. »Wird nun der Beschuldigte eines falschen

eine exceptio, für den Kläger eine actio in factum. — fr. 9 §. 1. — fr. 11.

§. 1. et fr. 28. §. 10. Dig. De iurejur. (12. 2.) — Const. 9. Cod. De rebus credit. (4. 1.) — Malblanc. §. 64.

¹⁾ Fr. 21. Dig. De dolo malo. (4. 3.) Quodsi, deferente me, iuraveris, et absolutus sis; postea perjurium fuerit adprobatum: Laqueo ait, de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem, per iusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus libr. VIII. Digestorum probat. stari enim religioni debet. — Das Fr. 22 desselben Titels fügt den Grund bey: Nam sufficit perjurii poena. — Conf. Const. 1. Cod. De rebus credit. (4. 1.)

²⁾ Fr. 31. Dig. De iurejur. (12. 2.)

³⁾ Const. ult. Cod. De rebus credit. (4. 1.) Daß übrigens diese Verordnung Justinians nicht auf den speciellen Fall einzuschränken sey, von welchem sie zunächst und ausdrücklich spricht, hat Malblanc (S. 65) sehr scharfsinnig nachgewiesen.

„Eides überwiesen, oder geständig, soll er Alles, was er durch seinen Eid behauptet hat, sammt Schaden und Unkosten wieder gut machen.“

Die Erkenntnisse über Verbrechen sind dem Strafrichter vorbehalten, und Rechtsangelegenheiten, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung eines Verbrechens abhängt, können vor erfolgtem Urtheile des Criminalrichters bei dem Civilrichter nicht angebracht werden ¹⁾. Wenn also eine Partei, welche in Folge eines von ihrem Gegner körperlich abgelegten Eides sachfällig geworden, bei dem Civilrichter eine Restitutionsklage anbringt, aus welcher sich rechtliche Inzichten eines Meineides offenbar ergeben, so wäre eine solche Klage schon nach allgemeinen Grundsätzen ohneweiters ab, und an den Strafrichter zu verweisen. Dieser hat das Verbrechen als eine Gattung des Betruges zu untersuchen, zu bestrafen, und so weit es in dem gesetzlichen Kreise seiner Wirksamkeit liegt, auch über den Civilpunkt der Entschädigung zu sprechen ²⁾.

In so weit nun die eben angeführten §§. unserer Gerichtsordnungen verfügen, daß der Meineid als Verbrechen zunächst von dem Strafrichter zu beurtheilen, und daß der Meineidige zum Ersatze des durch sein Verbrechen angerichteten Schadens verpflichtet sey, enthalten sie nichts, was sich nicht schon nach allgemein anerkannten Grundsätzen von selbst verstünde; und sie dürften daher auf den ersten Anblick als ziemlich überflüssig erscheinen. Allein bei näherer Betrachtung ergeben sich aus jenen §§. mehrere Grundsätze, welche eben so originell als beachtungswürdig sind. — Der §. 235 im Zusammenhalte mit §. 234 der a. (§. 309 und 310 der gal.) G. D. leitet nämlich:

a) aus jedem von dem Criminalgerichte erwiesenen falschen Eide ohne Ausnahme die Verbindlichkeit des Ersatzes ab. Hieraus folgt nun, daß es in dem vorliegenden Falle nach der Absicht des Gesetzgebers zur Begründung des Ersatzrechtes gar nicht darauf ankomme, ob die in dem Criminalverfahren erhobenen Beweise eigentliche *nova* seyen oder nicht ³⁾; ein Grundsatz, welcher

¹⁾ Hofb. vom 6. März 1821. n. 1743.

²⁾ Mater. §. XVIII. d. — §. XXIV. 7.

³⁾ Mater. §. 223. in der Note.

allerdings gegen die sonst bei Restitutionen geltenden Grundsätze verstößt, aber hier eine billige Ausnahme begründet, weil der Meineidige aus seinem Verbrechen durchaus keinen Vortheil ziehen soll, und weil sein Gegner, welcher den Eid auf gesetzlichem Wege vor anderen Beweismitteln wählte, redlicher Weise erwarten konnte, daß dieser nicht fälschlich abgelegt werden würde ¹⁾.

β) Dagegen weist der §. 234 der a. (§. 309 der gal.) G. D. denjenigen, welcher erweisen zu können glaubt, daß sein Gegner einen falschen Eid abgelegt habe, und daher Ersatz anspricht, ohne Ausnahme an den Strafrichter an, und der §. 235 der a. (§. 310 der gal.) G. D. gesteht ihm ein Ersatzrecht ausdrücklich nur für den Fall zu, wenn der Beschuldigte bei der hierüber eingeleiteten Criminal-Untersuchung überwiesen oder geständig wird. So oft also die von dem Sachfälligen neu aufgefundenen Beweismittel von der Art sind, daß sie den vom Gegentheile geleisteten Eid als wesentlichen Meineid darstellen, hängt der Ersatzanspruch von der von dem Criminalrichter ausgesprochenen Schuld des Meineides ab. Hieraus folgt, daß, wo ein solches Strafurtheil nicht erwirkt werden kann, weil die strengeren Erfordernisse des strafrechtlichen Beweises fehlen, oder weil das Verbrechen bereits erloschen ist; auch von einem Ersatze im Civilwege keine Rede seyn könne. Der Sachfällige wäre mit einer bei dem Civilrichter versuchten Restitutionsklage offenbar nicht zu hören ²⁾.

¹⁾ Mater. Ebendaselbst. — Da übrigens List und Betrug jeden Vertrag ungültig machen, so unterliegt es keinem Anstande, daß die Anordnung des §. 234 und 235 der a. (§. 309 und 310 der gal.) G. D. auch auf einen bloß conventiellen Haupteid Anwendung finde; nur daß hier um eine Ersatzpflicht zu begründen neue, bisher noch nicht gekannte Beweismittel erforderlich zu seyn scheinen. — (§. 1380 und §. 871 d. a. b. G. B.)

²⁾ Mater. Ebendaselbst. — Daß aber diese Beschränkung der allgemeinen Befugniß, die Wiedereinsetzung wegen neu aufgefundenener Behelfe zu begehren nicht auf dem angeblichen Grunde beruhen könne, als ob durch die Eidesleistung ein bedingt eingegangener Vergleich erfüllt würde, welcher durch nachträglich vorgefundene Beweismittel nicht mehr entkräftet werden könne (§. 1387 des a. b. G. B.); dieß dürfte hier keines ausführlichen Beweises mehr bedürfen. Wir haben zur Genüge dargethan, daß der angenommene oder zurückgeschobene Haupteid nach unserem Pro-

Hiermit ist jedoch die Civilrestitution zur Entkräftung eines wirklich geleisteten Eides nur auf den Fall ausgeschlossen, wenn Jemand erweisen zu können glaubt, daß sein Gegner einen falschen Eid abgelegt habe. Denn nur in diesem speciellen Falle hat das Gesetz ausnahmsweise den Ersatzanspruch von der vorläufigen Entscheidung des Strafrichters abhängig gemacht. Könnten daher die neu aufgefundenen Behelfe des Sachfälligen geltend gemacht werden, ohne daß sich aus denselben der abgelegte Haupteid als ein wissentlicher Meineid darstellt, so würde ohneweiters die Regel des §. 372 der a. (§. 489 der gal.) G. D. eintreten, nach welcher Jeder, wider welchen ein Spruch ergangen ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Civilwege verlangen kann, so bald er nach der Hand erhebliche Beweismittel gefunden hat, die er vorhin nicht wissen oder nicht finden konnte, ohne Unterschied, ob jener durch die Wiedereinsetzung zu entkräftende Spruch auf Grundlage eines Haupteides oder eines andern Beweismittels geschöpft worden. — Die Civil-Restitution gegen einen wirklich abgeleisteten Haupteid wird demnach insbesondere in allen Fällen Statt finden können, wo nicht nach reinem Wissen, sondern nur mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerns geschworen wurde, weil hier in der Regel aus der Herstellung des nachträglich im Restitutionswege angebotenen Beweises die dadurch entkräftete eidliche Abläugnung zwar als *objectiv* unrichtig, nicht aber zugleich *nothwendig* als *subjectiv* falsch, als wissentlicher Meineid erscheint. — Hier kann nämlich gar wohl ein schuldloser Irrthum des Schwörenden vorhanden seyn, dessen Möglichkeit ihn wenigstens vor der Hand vor der Zumuthung des Meineides sichert. Es fehlen in einem

ceßsysteme in keiner Beziehung als Vergleich, sondern nur als Beweismittel zu betrachten sey. Die Ableistung des Eides ist daher auch nicht die Erfüllung einer Vertragsbedingung, sondern gehört zur richterlichen ordnungsmäßigen Ausführung einer Beweisart; und eine Rechtsache ist eben so wenig nach geleistetem Eide für verglichen zu halten, als sie es nach der Annahme oder Zurückziehung war. Das Princip des §. 1387 ist auf den Haupteid in keinem Stadium des Processus anzuwenden. — Der Grund, aus welchem das Gesetz einen betrüglich abgeleisteten Eid nicht anders als durch ein strafrichterliches Urtheil will entkräften lassen, scheint daher vielmehr in der Unzulänglichkeit der civilrechtlichen Beweise gesucht werden zu müssen.

solchen Falle die Gründe, aus welchen unter andern Verhältnissen die Zuweisung der Untersuchung an den Strafrichter zweckdienlich wird, und die Civilrestitution mag, wie gewöhnlich, Anwendung finden ¹⁾.

§. 67.

Rechtliche Folgen der bloß fingirten Eidesleistung.

a) Wenn sogar die Rechtswirkungen eines körperlich abgeleisteten Haupteides durch die von dem Sachfälligen nachträglich vorgebrachten Beweismittel nach den so eben dargestellten Modalitäten aufgehoben werden können, so wird dieß um so mehr dann Platz finden, wenn der Ausschlag einer Rechtsache sich nur auf eine rechtlich fingirte Eidesleistung gründete.

b) Die Befugniß des Sachfälligen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Behelfe zu begehren, wird insbesondere dann keinem Anstande unterliegen, wenn der zuerkannte und vom Sieger gerichtlich angebotene, aber noch nicht geleistete Eid über den erfolgten Tod desselben nach Anleitung des §. 233 der a. (§. 307 der gal.) G. D. für abgeschworen gehalten wurde. Und zwar wird in diesem Falle die Restitution von dem Sachfälligen immer und ohne alle Ausnahme im Civilwege anzubringen seyn, weil hier die Einleitung einer Criminaluntersuchung überhaupt unthunlich ist. Denn wenn gleich der inzwischen verstorbene Sieger sich zur Ablegung eines wissentlich falschen Eides gerichtlich erboten, und sich dadurch des nächsten Versuches eines Meineides schuldig gemacht hätte ²⁾, so könnte doch nicht von der Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens die Rede seyn, weil der in der Voraussetzung liegende Tod des Meineidigen die Verfolgung des Verbrechers und die Anwendung der Strafe, mithin den ganzen Hauptzweck des Strafverfahrens aufhebt ³⁾.

¹⁾ Mater. §. XVIII. lit. b. C. 220. — Auch die Preussische G. D. gestattet (16. Titel. §. 24.) nur gegen einen Eid *de veritate* die Civilrestitution nicht. — Daß übrigens nach Maßgabe der Umstände auch der Glaubenseid sich als wissentlicher Meineid darstellen könne (z. B. durch das Geständniß des Meineidigen selbst) unterliegt keinem Zweifel.

²⁾ §. 178, lit. a. St. G. B. I. Th. — Mater. C. 265.

³⁾ §. 202 des St. G. B. I. Thl.

c) Die Wiedereinsetzung wird ferner dem Sachfälligen auch dann zu gestatten seyn, wenn dieser seinem Gegner den von diesem abzuleistenden Eid erlassen hatte. Denn durch die Erlassung des Haupteides hat der Sachfällige keineswegs, wie hier und da behauptet werden möchte, die ganze Rechtsache verglichen, und auf jede Restitution in vorhinein verzichtet. Die Erlassung besteht vielmehr nur in der Erklärung, daß man sich mit der Anerbietung des Eides begnügen, und sich sohin jenen Rechtsnachtheilen unterziehen wolle, welche aus der wirklichen Ableistung des nunmehr erlassenen Eides folgen würden. Eine Verzichtleistung auch auf jene Rechtswohlthaten, welche dem Sachfälligen sogar nach von gegenseits wirklich abgeleistetem Eide bevorstehen, ist darin offenbar nicht begriffen. Wollte man aber dem besser gesinnten Manne, welcher aus Achtung für die Heiligkeit des Eides auf der Leistung desselben vielleicht eben aus dem Grunde nicht besteht, weil er innerlich überzeugt ist, daß falsch geschworen würde: wollte man einem Solchen nach der Hand ein Rechtsmittel versagen, welches ihm gebührte, wenn er die Eidesleistung hätte geschehen lassen, so läge hierin gewissermaßen eine Strafe für sein lobenswerthes Benehmen, und mittelbar eine Aufforderung der Parteien zur Vermeidung eigenen Rechtsnachtheiles auf der wirklichen Ableistung des Meineides zu bestehen.

d) In gleicher Weise endlich werden dem Sachfälligen neu aufgefundenen Beweismittel auch dann zu Statten kommen, wenn der dem Gegner zuerkannte Eid aufzunehmen unmöglich war, und daher nur in Folge der besonderen Begünstigung des §. 227 und 228 der a. (§. 301 und 302 der gal.) G. D. einstweilen für abgeleistet zu halten ist.

Was nun die Art und Weise anbelangt, auf welche der Sachfällige in den beiden unter c) und d) angedeuteten Fällen die neu aufgefundenen Behelfe geltend machen kann, so fällt hierbei vorläufig so viel auf, daß in dem letzten derselben der Eid immer angetreten worden seyn muß; was auch bei dem Ersteren wenigstens in der Regel der Fall seyn wird. — Wußte derjenige, welcher den Eid antrat, daß er denselben mit gutem Gewissen nicht ablegen könne, so hat er sich hierdurch des nächsten Versuches eines Meineides schuldig gemacht; und sind nun die von dem

Sachfälligen neu aufgefundenen Behelfe der Art, daß sie rechtliche Inzichten des beabsichtigten Meineides enthalten, so kann auf Grundlage dieser Behelfe nach der Norm des Hofdecretes vom 6. März 1821, n. 1743, eine Restitution im Civilwege nicht eingeleitet werden, weil überhaupt Rechtsangelegenheiten, deren Entscheidung von dem Beweise und der Zurechnung eines Verbrechens abhängt, vor erfolgtem Urtheile des Criminalrichters bei dem Civilrichter nicht angebracht werden können. — Wenn sich aber die Sache zur Criminaluntersuchung nicht eignet, weil entweder der angebotene Eid selbst unter Voraussetzung der Richtigkeit der neuen Behelfe nicht als wissentlicher Meineid erscheint (indem er z. B. mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerns abgelegt wurde); oder weil die neuen Behelfe den strengeren Erfordernissen des Beweises im Criminalprocesse nicht entsprechen; oder endlich, weil das Verbrechen bereits erloschen ist: dann könnte die Wiedereinsetzung ohne weiters im Civilwege begehrt werden, und zwar in dem unter d) angedeuteten Falle ungeachtet der Anordnung des §. 234 und 235 der a. (§. 309 und 310 der gal.) G. D., welche das Ersagrecht des Sachfälligen ausnahmsweise nur damals von der Entscheidung des Criminalrichters abhängig machen, wenn es sich um die wirkliche Ablegung eines falschen Eides handelt, während in dem angedeuteten Falle nur von einem versuchten Meineide die Rede ist.

§. 68.

B. Wenn der Haupteid ausdrücklich oder stillschweigend verweigert wurde.

B. So wie die wirkliche oder gefällig fingirte Ableistung des Eides die auf diesen Fall im Urtheile vorbehaltenen günstigen Folgen nach sich zieht, so wird durch die Verweigerung des Eides (recusatio juramenti) die Sachfälligkeit des Recusanten nothwendig herbeigeführt, er sey nun Kläger oder Beklagter, Defereent oder Delate. — *Nolentem jurare reum, si solvat, absolvit (judex); non solventem condemnat. Ex relatione jurante actore, absolvit reum* ¹⁾.

¹⁾ Fr. 34, §. 9. Dig. De jurejurando. (12. 2.) — Const. 9 et 12. Cod. De rebus creditis. (4. 1.)

Die Verweigerung des Eides kann übrigens ausdrücklich mittelst einer mündlich oder schriftlich abgegebenen Erklärung des Recusanten, daß er den ihm aufgetragenen und allenfalls schon angetretenen Eid nicht ablegen wolle; — oder stillschweigend dadurch geschehen, daß die zur Eidesleistung berufene Partei entweder einen nicht zurückziehbaren Eid anzutreten unterläßt, oder bei der zur Ablegung des bereits angetretenen Eides angeordneten Tagfahrt nicht erscheint.

In jedem der hier bezeichneten Fälle ist das Widerspiel dessen, was zu beschwören gewesen wäre, für wahr zu halten. Die Verweigerung wird als ein stillschweigendes Geständniß angesehen, dessen unmittelbare Folge die für diesen Fall in dem Urtheile eventuell ausgesprochene Sachfälligkeit des Verweigernden ist. Allein diese Folge ist keineswegs so absolut nothwendig, daß sie nicht durch eine nachträglich begehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgehoben werden könnte. Denn das Rechtsmittel der Restitution wider einen richterlichen Spruch ist durch unsere Gesetze dem Sachfälligen unter gewissen Bedingungen überhaupt, und ohne Unterscheidung gestattet, ob dieser Spruch auf Grundlage eines Geständnisses oder ordentlicher Beweismittel geschöpft worden ¹⁾.

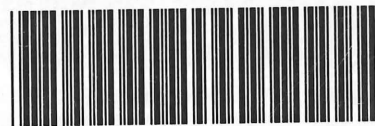
Was insbesondere die stillschweigende Verweigerung des Eides betrifft, so wurde zwar die Frage, ob in jenen Fällen, wo wegen unterlassener Abschwörung des Haupteides, oder des zurückgeschobenen Eides ein Factum nach dem Ausdrücke des Gesetzes für wahr zu halten ist, diese Fürwahrhaltung so unerschütterbar sey, daß auch dawider die Einsetzung in den vorigen Stand nicht Statt finden könne, durch ein älteres erläuterndes Gesetz rücksichtlich der restitutio ob noviter reperta verneinend beantwortet, und der Grundsatz aufgestellt, daß in einem solchen Falle höchstens der Wiedereinsetzung wegen veräumter Fallfrist Raum zu geben sey ²⁾; allein diese Allersch. Entschließung ist mittelst Hofdecret vom 23. Juli 1789, n. 1038, lit. b. vorlängst aufgehoben, und dießfalls auf eine mit dem Geiste der vaterländischen Gesetzgebung vollkommen übereinstimmende Weise bestimmt worden, daß bei der stillschweigenden Verweigerung des Eides die Einsetzung in den vorigen Stand auch wegen neu vorgefundener Beweismittel Statt zu finden habe.

¹⁾ §. 372 der a. (§. 489 der gal.) G. D.

²⁾ Hofdecret vom 14. Juni 1784, n. 306, lit. ff.

REV15

ÚK PrF MU



3129S14798