

Werk

Titel: Ueber die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens in dem heutigen gemei...

Autor: Rau, Julius

Ort: Heidelberg

Jahr: 1855

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1855_0038|log16

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

X.

Ueber die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens in dem heutigen gemeindeutschen, ordentlichen Prozesse von der Stellung desselben, 1) in dem Streitverfahren nach römischem, insbesondere Justinianischen Recht, 2) in dem Verfahren nach canonischem Recht und 3) in dem ältern und neuern Reichsgerichtsprozesse, sowie über die äußern und innern Gründe, welche diese Verschiedenheit bewirkt haben.

(Von der Kgl. Juristenfacultät der Universität zu München im Jahre 1853 gekrönte Preisschrift)

von

Herrn Julius Nau,
am K. Landgerichte München.

Einleitung.

Wenn wir uns den Prozeß als ein Drama, das verschiedene Acte durchspielt, ferner das Beweisverfahren als einen dieser Acte vorstellen, so ist die hier gegebene Aufgabe die: diesem Acte seinen Platz unter den übrigen auszumitteln. Im Laufe der Zeiten waren die einzelnen Scenen, welche jetzt in ihrer Vereinigung diesen Act ausmachen, in anderer Verbindung und Zusammensetzung. Theils waren sie zerstreut, theils in anderem Zusammenhang, theils gar nicht markirt und augenfällig. Diese einzelnen Scenen in den vier größeren rechtsgeschichtlichen Perioden hervorzuheben, bis dahin, wo sich endlich das Beweisverfahren als gesondertes Ganze darstellt, das ist die Aufgabe.

Soll aber eine klare Auffassung ermöglicht, soll das zu gebende Bild nicht trüb und unfaßbar werden, so müssen die Verhältnisse vorgetragen werden, die auf die Stellung des Beweisverfahrens bestimmend einwirken; es müssen die Gründe vorangesezt werden, welche diese Stellung bedingen.

Diese Gründe sind aber dreifacher Art; es sind theils solche,

a) welche sich aus der Natur der Beweise, sowie aus dem Begriffe, welchen sich jedes Zeitalter von diesen machte, ergeben: Innere Gründe,

b) theils solche, welche in positiven Anordnungen über das Beweisverfahren oder damit zusammenhängende prozessualische Institute beruhen: Außere Gründe.

Was aber die Verschiedenheit, welche zu beleuchten ist, betrifft, so darf hier nicht außer Auge gelassen werden, daß der Organismus des Processes zu seiner Endgestaltung sich in naturgemäßer, durch die Geschichte nachzuweisender Entwicklung erhoben habe. Nicht mit der Verschiedenheit eines Individuums vom andern haben wir es zu thun, sondern mit der Verschiedenheit, wie sie ein und dasselbe Individuum in verschiedenen Lebensaltern zeigt.

Es mag schließlich noch der Umstand hier eine Rechtfertigung finden, daß die Darstellung der heutigen Stellung des Beweisverfahrens vorausgeschickt wurde. Hierzu haben folgende Gründe bestimmt:

1) Es war in der Aufgabe selbst dieser Gang vor-
gezeichnet;

2) Der zu erörternde Gegenstand ist nicht der Art umfassend, daß Furcht vor Wiederholungen eintreten könnte;

3) Es erscheint vielmehr durch diese Anordnung die klarere Uebersicht und Vergleichung gefördert. Man schaut das Werden besser, wenn man sich zuerst das Gewordene vergegenwärtigt, dann aber zum Keime zurückkehrend das Aufblühen und Entwickeln beobachtet und dem Wachsthum folgend sich zur letzten Entwicklung erhebt.

Kapitel I.

Stellung des Beweisverfahrens im heutigen gemeinen deutschen Prozesse.

§. 1. Zweck und Umfang des Beweisverfahrens.

Zweck und Umfang des Beweisverfahrens überhaupt beruhen auf allgemeinen Grundsätzen, auf Grundsätzen, die in jeder Periode, in welcher eine geordnete Rechtsverfolgung überhaupt ermöglicht wurde, beachtet werden mußten. Es liegt in der Natur des gerichtlichen Prozesses, daß es Sache der Parteien sein muß, dem Richter die Fakta vorzuführen, auf welche hin sie ihre rechtlichen Ansprüche begründen wollen; es liegt ebenso in der Natur der Sache, daß ein Streit nur dann entstehe, wenigstens regelmäßig, wenn eben diese angeführten Fakta von der einen oder andern Partei mit Widerspruch belegt werden. In den seltenen Fällen, wo es bloß auf Entscheidung einer Rechtsfrage ankommt, wo alle factischen Behauptungen unbestritten sind, wo die Parteien aus dem Gewirre der factischen Verhältnisse dadurch zu bindender Entscheidung zu kommen suchen, daß sie den Richter um Lösung des Knotens angehen, der ihnen selbst unlösbar erscheint, in diesen seltenen Fällen des gerichtlichen Prozesses allein bedarf es keines Beweisverfahrens. Wo aber die eine oder die andern der factischen Behauptungen bestritten ist, da tritt ein eigenes Verfahren ein, um dem Richter zur Begründung einer juristischen Ueberzeugung zu verhelfen. Der Zweck des Beweisverfahrens ist sonach: Herstellung juristischer Ueberzeugung für den Richter über die bestrittenen, relevanten, factischen Behauptungen. Aus diesem Zwecke ergibt sich aber auch sofort dessen Umfang: Da beginnt das Beweisverfahren, wo dem Richter bestrittene, relevante, factische Behauptungen vorliegen und wo nun versucht wird, sie zur juristischen Ueberzeugung zu erheben, da endet es, wo rechtsförmlich der

Richter die Annahme macht, daß er zu dieser Ueberzeugung über dieselben gelangt sei.

§. 2. Sonderung des Beweisverfahrens von dem sogenannten ersten Verfahren oder der Periode der Behauptungen.

Für die Stellung des Beweisverfahrens lassen sich zwei Fälle denken. Es kann nämlich, und so ist es im Römischen und Canonischen Prozesse gewesen, mit jeder einzelnen Behauptung der dazu gehörige Beweis erbracht werden, so daß eine Sonderung in eine Periode der Behauptungen und eine der Beweisführung nicht Statt findet, vielmehr Behauptungen und Beweise Einem und demselben Prozeßstadium angehören. Es läßt sich aber auch die Anordnung denken, welche im heutigen Prozesse die Regel geworden ist, daß nämlich alle Behauptungen und alle Beweise gesondert von einander zu halten sind. Wie diese Einrichtung sich zur regelmäßigen entwickelt hat, das muß in der geschichtlichen Darstellung gezeigt werden und die Frage, ob es gut sei, daß diese Entwicklung Statt gefunden, wird sich an der Hand der Geschichte zu Gunsten des heutigen Processes beantworten lassen. Hier ist aber vorläufig nur hervorzuheben, daß in dem heutigen Prozesse eine Sonderung der Periode der Behauptungen und des Beweisverfahrens bestehe.

§. 3. Vom Beweisurtheile als Anfangspunkt des Beweisverfahrens.

Wenn man nun auch eine solche Sonderung als bestehend annimmt, so bleibt noch immer eine doppelte Einrichtung möglich. Man könnte nämlich 1) zwar die Behauptungen alle in Einem Stadium ungetrennt vorbringen lassen, aber nichts desto weniger es den Parteien überlassen, welche Behauptungen sie beweisen wollen, auch darüber sich hinwegsetzen, wer die Beweisführung übernehmen wolle, endlich auch bezüglich der Zeit der Beweisführung den Parteien keine Beschränkung auflegen. Es ist aber auch 2) möglich, daß eine bestimmte Erklä-

rung des Richters darüber erfolge, worüber Beweis geführt werden soll, wem die Beweisführung obliege und in welcher Frist sie zu geschehen habe. Im heutigen gemeindeutschen Prozesse hat sich die zweite Anordnung des Verfahrens Geltung verschafft, und die Erklärung des Richters, wodurch er sowohl ausspricht, daß ein Beweisverfahren eingeleitet werden soll, als auch Satz, Last und Frist des Beweises regelt, findet nur regelmäßig in einem Beweisurtheile Statt. Es versteht sich von selbst, daß dieses Beweisurtheil dann erst eintreten könne, wenn die faktischen Behauptungen erbracht worden sind, daß Ein Beweisurtheil nur in dem Fall genüge, wenn es eben zugleich über alle Behauptungen sich erstrecken kann, und daß zu diesem Behufe alle Behauptungen in Einem Prozeßstadium vorausgegangen sein müssen und regelmäßig eine Nachschleppung derselben nicht Statt habe. So ergibt sich für das Beweisurtheil ein doppelter Inhalt und man möchte sagen eine doppelte Stellung. Es urtheilt einerseits über Werth und Wichtigkeit der Behauptungen und schließt die Periode des ersten Verfahrens ab; es normirt andererseits das Beweisverfahren und bildet so den Anfangspunkt einer zweiten Prozeßperiode.

§. 4. Vom Endpunkte des Beweisverfahrens.

Der Anfangspunkt des Beweisverfahrens ist bezeichnet worden. Minder scharf begrenzt ist aber dessen Ausgangspunkt. Freilich ließe sich denken, daß auch im Civilprozesse, ähnlich wie im öffentlichen Strafverfahren ein Resumé am Ende des Beweisverfahrens über dessen Ergebnisse gegeben würde, aber unser gemeindeutscher Civilprozeß kennt kein gesetzliches Gebot über das Zusammenfassen der Resultate des Beweisverfahrens. Den Parteien steht es frei, in Deduktionen sich über dieselben reflektirend auszusprechen, aber sie können auch, ohne dieß zu thun, sofort zum Spruche submittiren und der Endpunkt des Beweisverfahrens muß sodann da gesucht werden, wo

entweder auf Submission der Parteien oder ohne diese auf richterliche Verfügung die Verhandlung für geschlossen erklärt und wie man technisch sich ausdrückt, die Akten zum Spruche ausgesetzt werden.

§. 5. Innere Begrenzung der Perioden der Behauptungen und des Beweisverfahrens.

Man kommt jedoch vor weiterem Fortschreiten der Betrachtung zu der Erwägung, wie ferne es der Willkür der Parteien und des Richters anheimgestellt oder entrückt sei, diese beiden Perioden fortbauern zu lassen oder zu schließen. Durch die Statuirung einer nach Parteibestrebungen oder richterlicher Willkür dehnbaren Anordnung der Hauptstadien des Prozesses würde das ganze Verfahren schwankend und ungewiß werden müssen. Es haben sich aber und es ist ein Glück, daß es so ist, feste Normen gebildet, welche jede Willkür und Unsicherheit ausschließen, und deren nähere Entwicklung zum Theile in geschichtlicher Darstellung weiter unten gezeigt werden wird. Diese festen Normen äußern sich in der Periode der Behauptungen der Art, daß Kläger und Beklagter regelmäßig je zweimal gehört werden (*Maxime des Wechsel der vier Schriften*); die Periode der Beweisführung aber hat durch das Eventualprinzip ihre innere Abgrenzung erhalten. Diesem Prinzip entsprechend ist es gekommen, daß im Beweisurtheile den Parteien die Zeit bezeichnet wird, in welcher sie die Beweismittel zu bezeichnen haben; später wird sodann wiederum in Consequenz dieses Prinzips eine Zeit gesetzt, in welcher die Vorführung dieser Beweismittel, sowie allenfalliger Gegenbeweismittel zu geschehen hat und endlich wird ihnen auch für reflektirende Aeußerung über die Ergebnisse des Beweisverfahrens eine weitere bestimmte Frist gegönnt. Mit Ablauf dieser durch Gesetz und Gerichtsgebrauch gesteckten und der richterlichen wie der Parteienwillkür entrückten Fristen endigt aber die Möglichkeit der Vor-

nahme der Handlungen, die in denselben zu geschehen haben.

§. 6. Innere und äußere Gründe der Stellung des Beweisverfahrens.

Wir haben nun die Stellung des Beweisverfahrens gezeichnet. Es scheint nunmehr geboten zu untersuchen, wie sich dieselbe in ihrem Zusammenhange mit den übrigen Prozeßtheilen rechtfertige, obwohl gerade hier erst die geschichtliche Darstellung des Verlaufes der Entwicklung klare Einsicht zu gewähren vermag.

Wenn man den Gründen einer Einrichtung nachforscht, so kann dies entweder in der Weise geschehen, daß man diese Einrichtung als ein organisches Ganze betrachtet, wo von gewissen Grundformen und Principien ausgehend Alles harmonisch sich festgesetzt und gegliedert hat, wo kein Theil wegfallen oder geändert werden dürfte, ohne daß das Ganze Noth litte. Es wird dann durch diese Auffassung der innere Zusammenhang aller Theile nachgewiesen. Oder man kann auch äußere, zwingende Verhältnisse auffuchen, die in politischen, religiösen und sittlichen Anschauungen, in herrschenden Ansichten und philosophischen Meinungen ruhen können, die sich theils in Form eines Befehls oder einer Disposition, theils als Herkommen oder Sitte Geltung verschafft haben, ohne daß ein nothwendiger innerer Zusammenhang mit dem Wesen der Einrichtung bestände. Es sind dies dann die äußeren Gründe der Einrichtung. Daß wir aber die Begründung des Beweisv. zumeist in innerer und nur zum geringen Theile in äußeren Momenten zu suchen haben, wird schon aus der Erwägung einleuchten, daß eben der Prozeß überhaupt ein organisches Ganze und nicht ein Aggregat zusammengewürfelter Bestandtheile ist, daß Grundformen und Grundgedanken in ihm vorherrschen und ihn beherrschen, daß der gemeine deutsche Prozeß sich nicht durch positive Anordnungen gebildet und gegliedert hat, sondern hauptsächlich ein Produkt der von der Theorie geleit-

teten Praxis ist. Hier mögen diese Andeutungen genügen; Nähere gehört der weiteren geschichtlichen Entwicklung an.

§. 7. Ausführung der innern und äußern Bestimmungsgründe im Einzelnen.

a) Der Grundsatz der Schriftlichkeit.

Seiner Wichtigkeit wegen gebührt diesem Grundsatz hier der erste Platz.

Unser Beweisv. zeichnet sich aus durch eine bestimmte, feste und unwandelbare Stellung. Mit großer Schärfe und Bestimmtheit ist es von allen übrigen Prozeßtheilen geschieden, die Thätigkeit, welche die Parteien hier entfalten, ist eine in keinem Stadium des Prozesses gleichartig vorkommende. Allein diese Stetigkeit, diese scharfe Begrenzung, die wir gezeigt haben, wäre nicht möglich, ja undenkbar, wenn das Mittel der Schrift nicht wäre. Die Schrift, die die flüchtige Rede fesselt und festhält, um sie beliebig reproduciren zu können, sie ermöglicht das Festhalten der Behauptungen in der Art, daß man ohne Scheu zuerst eine Summe von Behauptungen aufstellen lassen darf, ohne sich juristische Ueberzeugung zugleich darüber zu verschaffen und erst in einer spätern Zeit, nachdem man diese Behauptungen gesammelt und gesichtet hat, an die Herstellung der juristischen Ueberzeugung über dieselben geht. Das Prinzip der Schriftlichkeit des Prozesses ist es also, das unserem Beweisv. eine feste und gesonderte Stellung angewiesen hat. Andererseits ist es klar und liegt in der Natur der mündlichen Verhandlung, daß präklusive Fristen in derselben für Vorbringung von Behauptungen nicht gegeben werden können. Hier muß es gestattet sein, bis zum Schlusse der Verhandlung wenigstens, daß die Parteien Behauptungen und Beweise derselben untermengt vortragen.

§. 8. Fortsetzung.

b) Das Eventualprinzip.

Während im Römischen und Canonischen Prozesse

auf die Klagebehauptungen der Beweis derselben folgt, sodann erst der Vortrag der Einreden und der Beweis derselben Statt hat, findet im heutigen Prozesse Sondernung von Behauptung und Beweisführung Statt und hiezu hat vorzüglich das Eventualprinzip mitgewirkt. Daß dieses Prinzip den ganzen Prozeß durchbringe, daß es organisch mit ihm verwachsen sei, ist von Albrecht in seiner Schrift über dasselbe überzeugend dargethan. Hier ist nur der Einfluß anzudeuten, den es auf die Stellung des Beweisv. insbesondere äußert. Albrecht bezeichnet das Wesen des Eventualprinzips S. 56 und 57 darin, „daß auf jeder einzelnen Stufe des Fürschreitens die sämtlichen concurrirenden Handlungen beider Theile cumulirt werden müssen.“ Hieraus ergibt sich als Folge für die Periode der Behauptungen, daß die Ausmittlung des Gesamtpunktes cumulirt werde. In der Periode der Beweisführung ist es erst mittels des Eventualprinzips und durch die auf dasselbe gegründete Zerfällung des Beweisv. selbst in drei Unterstadien des Beweisanktritts, der Beweiserhebung und der Deduktionen möglich geworden, daß eine reine und ungemischte Zusammenstellung aller zum Beweisv. gehörigen Handlungen erfolge. So erscheint die Stellung des Beweisv. als gesondeter Prozeßtheil erst durch das Eventualprinzip als ermöglicht.

Wie das Eventualprinzip innerhalb des Beweisv. seine Anwendung auf Beweis und Gegenbeweis, so wie auf die Erhebung der Beweise finde, das gehört nicht hieher und ist in der genannten Schrift vortrefflich im Einzelnen nachgewiesen worden.

§. 9. Fortsetzung.

c). Gliederung des Prozesses.

Von Plank — Beweisurtheil S. 228—30 — wird gelehrt, daß es Eigenthümlichkeit des altdeutschen Prozesses sei, sich in abgeschlossenen Stufen zu bewegen und daß der Grund hiefür darin liege, daß es dem altdeut-

sehen Volksgerichte bei dem Mangel aller Schriftlichkeit daran liegen mußte, in Einer Tagesfahrt einen bestimmten Abschluß zu erzielen; daß ferner dem Richter, welcher eine mehr passive Rolle spielte es darum zu thun sein mußte, eine gesetzliche Reihenfolge der Parteihandlungen zu haben. Er sagt ferner eben da, daß das Eventualprinzip nur eine Folge dieser stufenweisen Abgliederung des Prozesses sei.

So richtig diese Behauptungen sein mögen, so muß doch hier bemerkt werden, daß wenn man den Bildungs- und Entwicklungsgang des gemeinen deutschen Prozesses verfolgt, man für die Entstehung der Abgliederung des Prozesses in bestimmte Stufen ebensowohl, als des Eventualprinzips im kanonischen Rechte und dem darauf basirenden deutschen Reichsgerichtsprozesse wichtigere Anhaltspunkte finde, als in den Elementen altdeutschen Ursprungs, welche die deutschen Partikulargesetzgebungen, insbesondere das sächsische Recht zu dem Bau des heutigen gemeinen d. Proz. geliefert haben. Die geschichtliche Entwicklung unseres Gegenstandes in jener Periode wird den Beweis hiefür liefern.

Für den heutigen Prozeß ist aber als endliche Entwicklung zu bemerken, daß jene Abgliederung in ihm herrsche, daß alle Handlungen in bestimmten Fristen und Tagesfahrten vorgenommen werden müssen. Nun könnte aber der Einwurf gemacht werden, daß gerade die Beweisfrist nicht durch Gesetze normirt sei, also gerade für die Erbringung der Beweise jene Abgliederung und Abstufung des Prozesses in Termine und Fristen nicht Statt finde. Allein wenn auch hier nicht in eine Erörterung der bestrittenen Frage eingegangen wird, ob eine gesetzliche oder richterliche Beweisfrist im h. g. d. V. bestehe, so ist doch soviel unumstößlich, daß das, was sich in allen deutschen Partikulargesetzgebungen finde, als dem Geiste des h. g. d. V. angemessen erachtet werden müsse. Wie man für das deutsche Privatrecht die Be-

hauptung aufgestellt hat, daß es gleichsam der geistige Extract aller deutschen Partikularrechte sei, so muß auch das, was sich in allen deutschen Partikularprozeßgesetzgebungen findet, als Princip des h. g. d. P. angenommen werden. Nun findet sich aber keine deutsche Partikulargesetzgebung, in der nicht eine gesetzliche Beweisfrist bestände (Gensler Com. I, 309), und deshalb muß angenommen werden, daß trotz des Mangels positiver gesetzlicher Bestimmungen im h. g. d. P. der Theorie gemäß der Richter da, wo g. d. P. gilt, eine Beweisfrist im Beweisurtheile festsetzen müsse.

Daß aber, um zur Sache zurückzukehren, die Gliederung des Prozesses ein wichtiges inneres Moment für die Stellung des Beweisverfahrens sei, bedarf keiner weiteren Erörterung.

§. 10. Fortsetzung.

d) Außere Gründe.

Was die äußeren Gründe betrifft, welche im heutigen g. d. P. die Stellung des Beweisverfahrens bestimmen, so ist für diese letzte Entwicklungsperiode eben nur das völlige Ermangeln derselben zu konstatiren. Der h. g. d. P. erfreut sich nicht der lebendigen Quelle der Gesetzgebung, aus welcher zwingende positive Anordnungen fließen könnten. Seit dem Erlöschen der Reichsgerichte bildet er sich nur durch Praxis und Wissenschaft fort, und da seine Fortbildung eine innere ist, so können auch die wirkenden Momente lediglich innere sein.

§. 11. Ausnahmeweise Stellung des Beweisverfahrens.

a) Das anticipirte Beweisverfahren.

Seitdem im g. d. P. die Stellung des Beweisverfahrens durch ein Beweisurtheil bestimmt wird, kann man im Hinblick auf die regelmäßige Stellung desselben von der Beweisanticipation sprechen, denn anticipiren heißt: etwas früher erledigen, was später am Plage wäre. v. G ö n n e r

Hdb. II, 40 bemerkt: „Vom anticipirten Beweis kann ich nur da reden, wo der auferlegte Beweis die Regel ausmacht.“ Allein dieser anticipirte Beweis ist nur ein erlaubter Versuch; es steht den Parteien zwar frei, ihre Beweise mit den Behauptungen zu verbinden, allein der Richter kann doch die regelmäßige Einleitung des Beweisstadiums durch Beweisurtheil vor sich gehen lassen und die Gegenpartei ist blos bei „Urkunden“ zur Erklärung verpflichtet. Es ist also möglich, daß auf diese Weise die Periode des Beweisverfahrens gleichzeitig mit der des ersten Verfahrens verlaufe. Das Nähere über anticipirte Beweisführung Mittermaier Archiv f. C.Praxis I, und Pland Beweisurtheil S. 38, wo auch ausgeführt ist, wie im Falle Mißlingens des anticipirten Beweises das regelmäßige Erkennen auf Beweiswieder eintritt.

§. 12. Fortsetzung.

b) Beweisführung vor der Streitsenkung.

Wenn der Beklagte *exo. fori declinatoriae* vorschützt, so kann hier vor dem eigentlichen Prozesse eine Beweisführung über diese Einwendungen vorkommen, jedoch findet nicht leicht ein eigenes Beweisverfahren in diesem Falle statt, denn die Parteien werden nichts anzuführen haben, als was der Richter sofort durch seine Einsicht, ohne vorgängige Beweisverhandlung, wobei beide Parteien thätig sind, entscheiden könnte. Sollte jedoch z. B. darüber ein Beweisverfahren nothwendig werden, daß ein Richter *perhorrescirt* wird, sollten hierüber vollständige Beweisverhandlungen unter den Parteien gepflogen werden müssen, in solchen, gewiß seltenen Fällen läßt sich freilich eine gesonderte Beweisführung über *fori deok.* denken, die sich in einem Vorprozeße vor dem Streite über die Hauptsache abwickelt.

Was aber die *exo. litis ingressum impediens peremptorischer* Natur betrifft, so läßt sich nach dem, was in dieser Beziehung eine entschiedene Praxis festgestellt hat

(Goldschmid, Abhandl. S. 18 Note 2), kein gesonder-
tes Beweisverfahren im h. g. d. P. mehr für sie behaupten.
Denn sind dieselben sofort liquid, so ist der Zweck des Be-
weisverfahrens schon erreicht; sind sie nicht liquid, so wer-
den sie eben in das ordentliche Beweisverfahren verwiesen.

In den summarischen Prozessen finden freilich bedeu-
tende Abweichungen bezüglich der Stellung des Beweisver-
fahrens statt. Allein diese Abweichungen sind lediglich durch
die eigenthümlichen Zwecke der möglichen Beschleunigung
hervorgerufen sowie darauf gegründet, daß eben gerade,
wo ein Beweisverfahren umgangen werden will und
kann, diese Prozeßarten statthaben. Das für den be-
dingten Mandatsprozeß gebräuchliche Rechtsprüchwort:
mandatum excipiendo (in weitester Bedeutung: negando
vel excipiendo) resolvitur in vim citationis (v. Bayer
Summ. Proc. S. 51 Note 10) zeigt hier, worauf es
anzukommen pflege. Sobald nämlich die Liquidität der
Behauptungen nicht vorhanden ist, wird eben in das
ordentliche Verfahren eingelenkt.

Das Nähere über die einzelnen Abweichungen des
Beweisverfahrens in den summ. Proz. gehört aus dem
Grunde nicht hieher, weil hier nur der ordentliche Pro-
zeß besprochen werden soll.

Kapitel III:

Die Stellung des Beweisverfahrens im älteren Römischen Recht.

§. 13. Einleitende Bemerkung.

Während die Entwicklung unsers Gegenstandes im
h. g. d. P. die Resultate in Kürze zu bezeichnen ver-
mochte, bedarf es für die abgewichenen Perioden einer
breiteren Grundlage, um klar und verständlich zu sein.
Hieraus möge sich die Ungleichheit der Behandlung recht-
fertigen und deshalb mit Rücksicht die etwas weiter angelegte
Ausführung der Verhältnisse beurtheilt werden, auf wel-

ßen die Beantwortung der gestellten Frage beruht. Bei der Darstellung längst verflossener Zustände bedarf es nicht bloß der Hinwegräumung mancher Hindernisse, um das Dunkel zu erhellen, das hier und da den zu entwickelnden Gegenstand umgibt; es müssen auch die Umrisse anderer Verhältnisse, die eigentlich gar nicht hieher gehören, zu dem Zweck ins Gedächtniß gerufen werden, damit man die Richtigkeit der aufgestellten Folgesätze und Behauptungen an der Richtigkeit der zu ihnen führenden Prämissen prüfen und beurtheilen könne.

Wir wenden uns nun der Aufgabe entsprechend zum älteren Römischen Recht. Es soll hier die Rede sein:

- 1) Von den Verhandlungen vor dem Prätor;
- 2) Von den auf das Beweisverfahren in *judicio* und dessen Stellung wirkenden Momenten;
- 3) Von der Stellung des Beweisverfahrens in *judicio* und wird
- 4) ein übersichtliches Schema der Behauptungen und Beweisführungen in *judicio* gegeben werden.

§. 14. Verhandlungen vor dem Prätor.

Die vollziehende Gewalt bei den Römern war in den ältesten Zeiten den Königen, später den Prätores anvertraut. Unter der Leitung derselben übten das Richteramt bald Richtercollegien *X. C. viri, recuperatores*, bald *arbitri* und *selecti judices*. In diesen Zeiten mag das collegium der *pontifices*, wie das die Entwicklungsgeschichte so vieler Völker darthut, nicht unbedeutenden Einfluß auf die Rechtspflege geübt haben (Bachofen de Rom. jud. p. 6.) Der älteste Prozeß bestand in den *legis actiones* und bewegte sich in symbolischen Handlungen und vorgeschriebenen Wortformeln. Die Einzelheiten des Verfahrens schweben in dem Dunkel, das alle Anfänge der Geschichte umgibt.

Durch Gai IV. 30 wissen wir, daß jene *legis actiones* verhaßt worden waren und abgeschafft wurden, daß dann

der Prozeß per concepta verba oder per formulas geführt wurde (*lex aebutia et duae juliae*). Während die einleitenden Personen dieselben bleiben, ist jetzt die Form der Einleitung eine andere geworden. Es bedarf nunmehr vor dem praetor nicht mehr jener symbolischen Handlungen und Worte, um die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens hervorzurufen. Freilich mögen die Parteien und der magistratus sich möglichst an die alten Formen angeschlossen haben, aber das Wesen der Einleitung lag doch nicht in den Formen, wie bei den *legis actiones*, sondern in freier Darlegung des Klagegrundes und der Vertheidigungsgründe. Fragt man aber nach der Ursache, warum ein magistratus bloß die Einleitung des Prozesses besorgte, die Erledigung desselben aber einer andern richterlichen Person zufiel, so ist die kürzeste Antwort die Bemerkung Cicero's pro Cluentio c. 43: *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*

Was die Verhandlung vor dem Prätor betrifft, so kam es auf den Gegenstand der Klage, sowie auf die Vertheidigung an, ob er sofort erledigt, an den *judex* verwiesen, oder zu weiterer Cognition des Prätor vorbehalten wurde. Ersteres trat ein, wenn die Vertheidigung so klare Gründe lieferte, daß der Prätor den Kläger abweisen konnte — *actionem denegabat* — oder das Recht des Klägers so klar zu Tage lag, daß sofort geurtheilt werden konnte. Es ist das die Befugniß zu dem Verfahren *extra ordinem* durch Cognition und Decret des Prätors, die im *imperium* desselben liegt.

War die von den Parteien vorgetragene Sache durch die schwierige Auffassung oder die verwickelte Lage des Klagegrundes und der Vertheidigungsgründe, welche genaueren Eingehens bedurften, zu sofortiger Entscheidung ungeeignet, so wurde sie durch die Formula behufs der Cognition und des Urtheils an einen hierzu bestellten

judex verwiesen. Die streitigen Punkte wurden schriftlich zusammengestellt und hiezu der Befehl an den judex zur Entscheidung gefügt (conceptio f.)

In einer Reihe von Fällen, die sich durch ihre eigenthümliche Natur besonders für die Beurtheilung eines mit dem imperium versehenen Magistrats eignen, waren dies cognitionum — Gerichtstage angeordnet, in denen der Prätor sich mit genauerer Untersuchung selbst beschäftigte und selbst entschied. Eine Aufzählung der Fälle bei Heffter System des Civilproc. S. 377—382. Ebenso mögen an diesen dies cognitionum jene Fälle behandelt worden sein, deren bloße Instruction schon längern Aufenthalt erforderte. Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilproc. I. S. 17 Note 44.

Hieraus folgt nun:

1) daß vor dem Prätor eine Darlegung von Klage- und Vertheidigungsgründen statthatte, aber in Kürze. Diese Auseinandersetzung sollte demselben klar machen, welche der drei erwähnten Thätigkeiten eintreten könne. Schon der Geschäftsanbrang würde ihn verhindert haben, lange Vorträge zu gestatten. Bethmann-Hollweg l. c.

2) Das Verfahren in judicio wurde durch die Liquidität der Behauptungen in jure überflüssig. Nun aber mußte den Parteien besonders daran gelegen sein, gewisse Behauptungen — es sind außer den gerichtsunzulässigen und den Legitimationspunkt betreffenden die in späterer Entwicklung litis ingressum impediens genannten — schon in jure liquid zu machen. Diesen wandte nun der Prätor mehr Aufmerksamkeit zu, soviel eben mit der Beschleunigung, die der Thätigkeit dieser Magistratur inwohnen mußte, verträglich war.

Cic. orat. part. c. 28 nro. 99. Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit... quaeritur: res finita.

Cic. pro Flacco 21. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re iudicata stare ostendit placere: res iudicata

Ulp. ad edictum l. 2 D. II, 11. Non exigimus reum iudicio sisti, se negotium propter quod iudicio sisti promissit, fuerit transactum: res transacta.

Wie aber, wenn die so eben bezeichneten Behauptungen nicht sofort liquid zu machen waren, hielt sich der Prätor durch Gestattung eines Beweisverfahrens darüber auf? Schwerlich; er mag entweder bei fordeclinatorischen Einwendungen einen andern iudex bestimmt haben, oder bei andern Präjudicialpunkten half er durch die praescriptiones, wovon bei dem Verfahren in iudicio das Nähere. Zu vergleichen Pretus c. XXIV. Sintenis Erläuterungen I, S. 94.

Als Resultat aus den bisherigen Erörterungen läßt sich nun angeben: Ein mit Zeitverlust verknüpftes Verfahren, um Beweis zu gewinnen, kann vor dem Prätor nicht stattfinden.

§. 15. Momente, welche sich einflußreich auf die Stellung des Beweisverfahrens erweisen.

So viel ist nunmehr klar geworden, daß das Beweisverfahren vor den iudex gehöre. Bevor wir aber dessen Stellung in den Verhandlungen in iudicio ermitteln, wollen wir die leitenden Momente zusammenstellen:

a) Dem iudex wird ein Rahmen vorgelegt, in den er die in der formula enthaltenen factischen Behauptungen einpassen soll; nur die Punkte hat er in Erwägung zu ziehen, welche in der formula vorgezeichnet sind. Allein nicht genug, daß er materiell an die Formel gebunden ist; es wird sich zeigen, daß die äußere Anordnung derselben in Beziehung zu dem Gange des Verfahrens stehe.

b) Jedoch enthält die Formel nicht Vorschriften über das Verfahren; es ist vielmehr in das freie Er-

messen des *judex* gestellt, wie er den Prozeß leiten will, oder mit andern Worten: positive Bestimmungen über das Beweisverfahren sind nicht vorhanden.

c) Den Parteien vielmehr ist es gestattet, Alles aufzubieten und herbeizubringen, was des Richters juristische Ueberzeugung begründen kann, Vorträge der Advokaten, interrogaciones der Parteien und Zeugen zu benützen. Diese letztern sind nicht zu verwechseln mit den *interrogaciones in jure*, welche gar nicht dem Beweisverfahren angehören; sie sind vielmehr das jetzt sogenannte Kreuzverhör, von dem *Brissonius de formulis lib. V. S. 531* eine anziehende Schilderung macht. Auch der directe Gegenbeweis findet oft durch das Kreuzverhör seine Erledigung. *Schol. Babiens. in orat. Cic. de aere alieno Milon. p. 342 (Orelli): Proprie namquo interrogatio dicebatur, qua testes redarguebantur.*

d) Die Parteien wissen aber auch genau, was der *judex* gemäß der *formula* in Verhandlung ziehen müsse. Sie können deshalb mit den geeigneten Mitteln ausgerüstet vor ihm erscheinen, um sich den Sieg zu verschaffen. Mit der Herbeibringung dieser Mittel werden sie aber in ihrem eigenen Interesse nicht sparsam sein, da sie nicht wissen können, wie viel derselben zur Herstellung der Ueberzeugung des Richters, die an keine Beweisstheorie gebunden ist, erforderlich sind, und wie viel sie bedürfen, um die Beweise des Gegners zu entkräften.

e) Dennoch finden sich schon im *R. R.* Bestimmungen, welche zu Leitsternen sowohl für die Lehre von der Beweislast, als die Stellung des Beweisverfahrens geworden sind.

Schon dieser Periode gehören die Regeln an: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat Paulus ad edictum, fr. 2 D. XXII, 3; quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit, Martianus in fr. 21 D. XXII, 3* in Verbindung mit: *Reus in exceptione actor est. Ulpianus ad ed. fr. 1 D. de exc.,* vergl. *Bethmann-Hollweg*

Versuche S. 321. Wir werden nämlich finden, daß diesen Regeln entsprechend zunächst vom Kläger der Klagegrund, sodann vom Beklagten der Grund der Einreden und so in zweiter Linie dem entsprechend Replik und Duplik bewiesen werden, obgleich übriges hiedurch keineswegs das Beweisverfahren zu einem gesonderten Prozeßtheile wird.

1) Als weiterer Bestimmungsgrund für die Stellung des Beweisverfahrens ist etwas hervorzuheben, was schon bei den Verhandlungen in jure angedeutet werden mußte — die präjudicielle processualische Natur gewisser Einreden. Zimmer n. N. O. III. S. 97 a. E. hat schon bemerkt, daß die praescriptiones pro reo sich mit unsern prozeßhindernden Einreden vergleichen lassen.

Die Sache verhält sich so:

In der ältern Zeit wird durch den Platz in der formula angedeutet, wo der Richter Behauptungen zur Beweisführung kommen lassen soll, welche im Präjudicialverhältniß zum übrigen Streite stehen, — praescriptiones, so die causa major im Verhältniß zur minor, so ferner die Einreden der Gerichtsablehnung, Verjährung und die später im Canon. R. als prozeßhindernd genannten exc. rei judicatae et transactae. Belege hiefür siehe Puchta Inst. II. S. 171 und Zimmer n. l. c. Diese praescriptiones pro reo hatten insofern auf die Stellung des Beweisverfahrens in judicio Einfluß, als sie vorerst zur Beweisführung kamen. Denn ebenso gut wie für die Behandlung in jure oben klare Stellen dafür anzuführen hatten, daß diese Behauptungen zunächst Berücksichtigung fanden, muß für die Verhandlung in judicio behauptet werden, daß angemessen der Natur dieser praescr. zunächst über dieselben Beweisführung und Entscheidung stattfand. Freilich geht der Name: praescriptiones später in die allgemeine Bezeichnung: exceptiones auf, (v. Savigny System V, 164 Not. i.) allein dieses Verwischen und Aufgehen der praescr. in die exc. kann eben, weil die Behandlung derselben eine im We-

sen und in der Natur der Sache gegründete ist, für die prozessualische Stellung keine Veränderung bewirkt haben.

g) Bei der Verhandlung in *judicio* sind Vertagungen gestattet. Hierzu haben wir bei Cicero eine große Anzahl Belegstellen, wo *ampliationes causae* eintraten und dieselbe Sache in mehreren *actiones* behandelt wurde. Jedoch haben diese *ampliationes* und die *dilationes*, welche den Parteien gestattet wurden, keine Ähnlichkeit mit unserer richterlichen oder gesetzlichen Beweisfrist, sie sind vielmehr nothwendig gewordene Erstreckungen eines Termines, der wegen zufälliger Hindernisse nicht sofort geendet werden konnte, weil z. B. Beweismittel herbeigeschafft werden mußten. Daher erklärt sich auch der Ausdruck: *dilatio*, von *differre*, verschieben. Sie sind nur Verschiebungen des Einen ursprünglichen Termines; vgl. l. 7, 10 D. de feriis II, 12 oratio divi. Marci; l. 36 pr. D. de judiciis V 1, Callistratus libro cognitionum; l. 45 pr. h. t. Papinianus und Koch diss. de initio term. probat. S. 6 und 7.

Zur Ertheilung solcher Dilationen sowohl als zur sonstigen Leitung des Verfahrens kommen *Interlocutiones* vor, von welchen Berufung in der früheren Zeit stattfindet, später aber der Verschleppung wegen nicht stattfindet, vgl. Planck, Beweisurtheil S. 125 126 und die Stellen dort, S. 104 Noten 3—5, S. 106 Note i.

h) Nicht außer Acht darf endlich der Umstand gelassen werden, daß die Verhandlung öffentlich und mündlich ist. Eine öffentliche und mündliche Verhandlung läßt von Seite der Parteien aber eine strenge Sonderung des Beweisverfahrens von dem Anbringen der Behauptungen nicht zu, denn die Parteien vermögen in ihren Vorträgen nicht, Behauptungen und Beweisführung zu sondern. Will der Richter eine solche Sonderung vornehmen lassen, so kann er sie doch nicht so weit erstrecken, daß er die Behauptungen von der Beweisführung ganz abschleife. Dazu war das Mittel der Schrift nothwendig. Durch schriftliches Verfahren kann, wie schon bemerkt, eine

Summe von Behauptungen niedergelegt und erst später in einem besonderen Abschnitte bewiesen werden. Höchstens vermag er, — und das muß er der leichteren Auffassung und des Behaltens im Gedächtnisse wegen thun — die einzelnen Behauptungen zu trennen und jeder einzelnen Behauptung sofort ihren Beweis auf dem Fuße folgen zu lassen. Diese Aufeinanderfolge von Behauptung und Beweis wiederholt sich dann so oft, als eben Behauptungen bestrittenen, relevanten, factischen Inhalts vorhanden sind.

§. 16. Stellung des Beweisverfahrens in judicio.

Für die Stellung des Beweisverfahrens in judicio ergeben sich nun folgende Resultate:

Das Verfahren in judicio begann, wie Gai IV, 15 berichtet, mit der *causae collectio* (bei Gallius XII. tab. *conjectio*), d. h. einer mündlichen Auseinandersetzung der ganzen Streitfache: *Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere, quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in brevis coactio.* Dieser *collectio* folgten entweder Vorträge der Advocaten oder diejenige Thätigkeit der Parteien, welche bei uns das erste Verfahren und das Beweisverfahren umfaßt, als *Eine zusammenhängende*. Wenngleich positive Bestimmungen, sowie directe Nachrichten von voller Bestimmtheit uns abgehen, so können wir doch entsprechend den vorgetragenen Gründen insbesondere dem Gange der *formula*, einzelnen Bemerkungen der Quellen und mit Hinblick auf die wenig geänderte Praxis und Gesetzgebung der II. Periode, die wir besser kennen, folgende Stufenreihe von Beweisführungen annehmen:

Vor Allem trat Beweisführung über die Behauptungen präjudicieller Natur ein, die in älterer Zeit als *praescriptiones pro reo* in der Formel auftreten.

Mit weiterer Berücksichtigung des Ganges der *formula*

gelangt man nun zum Beweis des Klagegrundes, der in der *intentio* liegt und da in der *formula* die *Exceptio* als Bedingung angehängt ist! sodann zu der Anbringung und Beweisführung der *exceptio*.

Obgleich nun eine größere Freiheit in der Einführung der Beweismittel den Parteien dadurch gestattet zu sein scheint, daß das Alles in Einem Termin geschah, daß eine richterliche Vorbestimmung über die Beweisführung nicht stattfand, daß ferner die mündliche Verhandlung weniger solcher Ordnung der Beweisführung bedarf als die schriftliche: so liegt doch schon in der rechtlichen Abhängigkeit der Behauptungen von einander, — man denke an das eben erwähnte Präjudicialverhältniß mancher Behauptungen und an das Verhältniß der Abhängigkeit der Einrede vom Klagegrund — eine natürlich sich aufdrängende Ordnung, die das unabweißbare Rechtsgefühl stets beachtet haben wird und wodurch auch ohne eine gesetzliche Bestimmung der Beweis des Klagegrundes vor dem der Einrede erbracht wird. Dieses Verhältniß der Abhängigkeit erstreckt sich auch auf die Beweisführungen unter sich. Denn es versteht sich von selbst, daß der Versuch, die Erhebung gegnerischer Behauptungen zur juristischen Gewißheit durch directen Gegenbeweis zu hindern, abhängt von vorgängiger Thätigkeit des Hauptbeweisführers. Dieser natürlichen Folge der Beweisführungen konnte man trauen, so daß man positiver Bestimmungen entbehren konnte, um so mehr, als die beschriebenen Verhältnisse dieselben theils unmöglich machten, theils sie entbehrlich machen wollten. Berücksichtigt muß hier werden die bekannte Stelle aus *Macrobius*, *Sat. II 12.* welche unbestritten sich auf *judicia privata* bezieht. Der Richter verlangt hier nach Beendigung der zusammenhängenden Vorträge die mit gebrauchten Beweismittel, — *C. Titius, vir aetatis Lucilianae, in oratione, qua legem Fanniam suasit, . . describens homines prodigos in forum ad judicandum ebrios commeantes . . sic ait: Veniunt in comitium tristes, jubent dicere. Quorum*

negotium est dicunt. Judex testes poscit. . . Ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit etc.

Sind die Beweismittel nicht zur Stelle, so werden sie durch Interlocut herbeizuschaffen befohlen; ein Beispiel im Prozesse der *tullones* und *magistri fontani*, *Vet h m a n n* Hollweg I. 265 Note 2.

Das bisher Betrachtete könnte nach seiner Zusammengehörigkeit und Abhängigkeit von einander die Beweisführung in erster Linie genannt werden. Wie verhält es sich aber, wenn Beweis über Repliken, Dupliken etc. erbracht werden soll; wie steht es mit dem Beweise mehrerer gleichartigen Behauptungen, z. B. mehrerer Einreden? wie dann, wenn solche Behauptungen bewiesen werden wollten, die in der formula gar nicht vorkommen?

Auch hier kann man bezüglich der Beantwortung der ersten Frage auf die formula sowohl, welche die replicatio der exceptio folgen läßt, Gai IV. 126 si non postea convenerit, als auch auf die Abhängigkeit der Replik von der Exceptio hinweisen, um die Stellung des Beweises derselben zu begründen.

Was die zweite Frage betrifft, so versteht es sich bei einer Mehrheit gleichartiger Behauptungen von selbst, wenn man nur die angegebenen Grundsätze und das Nichtvorhandensein des Eventualprinzips berücksichtigt, daß analog den übrigen Behauptungen eben eine solche Behauptung um die andere zum Vortrage und hiernächst zur Beweisung kam.

Hinsichtlich der dritten Frage ist zu bemerken, daß der judex in der formula unberücksichtigt gebliebene Behauptungen — ausgenommen etwa bei *bonae fidei actionibus* das der *bona fides* Widersprechende — nicht zulassen konnte. Bald milderte aber das *edictum perpetuum* diese Strenge. *Peremptorias exceptiones omissas in initio* (hier hat *Diocletian* wohl schon die neuere Prozesseinleitung im Auge) *antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat* l. 20. Cod. VII, 50

Während hier von einer Beschränkung durch das Gebot einer vorgängigen *restitutio in integrum* nicht die Rede ist, spricht hievon Gai IV, 125 und Diocletian l. 19. C. IV. 19, von demselben Jahre wie l. 2. cit. Gaius bemerkt nämlich, daß für nicht in die Formel aufgenommene *exc. per.* Restitution gegeben werde, für *exc. dil.* sei dies streitig oder bedenklich (*quaeritur*), was wohl so viel sagen will, als es unterliege der *causae cognitio* im einzelnen Fall. Der Beweis solcher nachgeschleppten Behauptungen folgt natürlich ihnen ebenso auf dem Fuße, wie das bei den in der formula gegebenen der Fall ist.

§. 17. Schema der Behauptungen und Beweisführungen in *judicio*.

Zum Schlusse diene ein übersichtliches Schema über die in Eine verbundene Periode der Behauptungen und Beweisführungen in *judicio*:

I. *Causae collectio*. Zusammenhängende Vorträge.

II. Vortrag und Beweisung der gerichtssablehnenden, den Legitimationspunkt betreffenden und der übrigen präjudiciellen, in älterer Zeit als *praescriptiones pro reo* bezeichneten Einwendungen. Wenn mehrere gleichartige, eine nach der andern.

III. Vortrag und Beweisführung des Klagegrundes.

IV. Anführung und Beweisung der *peremptorischen* und *dilatorischen*, auf die Sache gehenden Einreden. Hierauf ebensoviele der *Replik* etc.

V. Bei I. II. III. IV. folgt der dazu gehörige (*directe*) Gegenbeweis entweder dem treffenden Hauptbeweis nach, oder erlebigt sich das Kreuzverhör zugleich mit demselben.

§. 18. Uebergang zum neuern Römischen Recht.

Es ist eine Eigenthümlichkeit im Rechtsleben wie im Völkerleben überhaupt, daß das, was die Praxis der vorhergehenden Periode als zweckmäßig dargestellt hat, in der folgenden zur bindenden Norm erhoben wird. Die Fälle, in welchen der Prätor die ganze *Cognitio*

vornahm, vermehrten sich nach und nach, und so überwog denn die Anwendung des Verfahrens *extra ordinem* (in *extraordinariis judiciis, ubi conceptio formulae non observatur* §. 47 D. III, 5. §. 9. J. IV, 15) in der Praxis des 3. Jahrhunderts post. Chr. die Fälle des *judicium ordinarium*. So harmonisch mit dem ganzen Staatsleben Roms einst die Scheidung in *jus* und *judicium* gewesen sein, so sehr sie allen Schutz gewährt haben mochte, den man zu erwarten berechtigt war, so hatten sich doch die Zeiten so verändert, daß die alten Formen lästig, ja unerträglich erschienen. Nur kräftige Einherrschaft konnte dieses Zeitalter lenken, und es erschien als Wohlthat, daß immer mehr und mehr die Leitung der Prozesse ganz und gar in die Hände von Staatsbeamten gelegt wurde. Es war ja dahin gekommen, daß das Richteramt geflohen und gefürchtet wurde von Seiten derer, die es üben sollten, daß andrerseits aber das Vertrauen der Parteien gewachsen war und sie sich wohler befanden, wenn ihre Angelegenheiten von dem Kaiser und dessen Delegaten entschieden wurden. Daß die Parteien selbst dieses wünschten, bewiesen die häufigen *Sollicitationen* um Einleitung der Prozesse durch *Rescripte*. Es war nicht zu verwundern, daß die *principes*, dieses häufigen Angehens müde, endlich die alte Form der Prozesseinleitung, die ohnedieß zur Ruine geworden war, ganz abschafften. Auch war durch das *edictum D. Hadriani perpetuum*, durch die folgenden *Edicte*, sowie durch die große Thätigkeit der Jurisprudenz das Geben von *Rechtsfägen* durch die *formula* in der That entbehrlich geworden. Man hatte bekannter *Rechtsfägen* genug, auf die der *judex* verweisen konnte. So erscheinen denn die Bestimmungen der Kaiser *Dio-cletian* und *Maximinian* im *tit. Cod. de ped. jud.*, worin die bisherigen *judicia extraordinaria* zur Regel erhoben werden, so wie der *Söhne Constantins* im *tit. Cod. de form. et imp. act. subl.* als zeitgemäß. Die *judices pedanei* haben als *Substituten* der *praesides* ebenfalls das unge-

theilte Verfahren zu leiten. Eine vortreffliche Schilderung des Untergangs des *ordo judiciorum priv.* gibt Bethmann-Hollweg I. S. 30 ff.; über die Einleitung durch Rescripte ebenda S. 399.

Wir gehen nun unverweilt zur Betrachtung des neuern, insbesondere Justinianischen Rechtes über.

Kapitel III.

Neueres Römisches Recht.

§. 19. Einleitung.

Diese Periode hat besondere Wichtigkeit dadurch, daß sie der Ausgangspunkt für die spätere Ausbildung geworden ist. Sie gewährt in den vollständigen Gesetzbüchern sicherere Quellen als die frühere und als die nächstfolgende Zeit der Rechtsentwicklung, wo viele klare Punkte wieder trübe und verwischt erscheinen. Wenn auch gerade für den Prozeß am wenigsten sich in den justinianischen Büchern findet, und verhältnißmäßig wieder am wenigsten für das Beweisverfahren, so wird es doch möglich sein, zu bestimmten Vorstellungen zu gelangen, wenn man:

1) Die Vergleichung mit dem Material der früheren Perioden nicht außer Acht läßt, wozu besonders die Erwägung drängt, daß nirgends historische Entwicklung mehr Platz gehabt habe, als in den Rechtsinstituten des Römischen Volkes, und daß die Römische Rechtsbildung keine jähen Sprünge kennt, sondern ruhig und stetig das Gegebene fortbildet.

2) Gerade aus der Sparsamkeit der Quellen dürfte sich der Schluß rechtfertigen lassen, daß die älteren Grundsätze in der Hauptsache ihre Geltung behalten haben.

Dennoch ergibt sich, wenn man nur das Einzelne und Zerstreute zusammensucht, ein Gesamtbild, das nicht undeutlich genannt zu werden verdient.

Ein Mangel, der in der vorigen Periode schmerzlich empfunden wurde, nämlich die Schilderung eines concre-

ten Falles, in welchem das Verfahren in seiner Anwendung erschiene, und wodurch besseres Licht auf dasselbe fällt als durch die sorgfältigste theoretische Zusammenstellung, ist für diese Periode gedeckt durch die Briefe des Symmachus, abgedruckt und commentirt von Bethmann-Hollweg in seinem Handbuche. Statt einzelner Hinweisungen auf das letztgenannte Werk möge hier bemerkt werden, daß die außerordentlich gründlichen und geistvollen Forschungen, die hier niedergelegt sind, um so unbedenklicher der nachfolgenden Erörterung unterbreitet werden konnten, als die selbstständige Untersuchung der hier behandelten Frage in der vorausgegangenen, wie in der gegenwärtigen und den folgenden geschichtlichen Perioden keinerlei Abweichungen ergaben.

§. 20. Einfluß habende Momente auf die Stellung des Beweisverfahrens.

1) Hier ist vor Allem als leitender Gedanke zu bemerken, daß das Verfahren des neuern Römischen Rechts von dem des ältern in wesentlichen Punkten nicht abweiche.

2) Es knüpft sich vielmehr das neuere Verfahren an das in der *extraordinaria cognitio* der Magistrate übliche an, und hat die größte Ähnlichkeit mit diesem.

3) Wohl bestand früher eine Theilung des Prozesses unter zwei richterliche Gewalten, und der Punkt dieser Theilung in örtlicher Beziehung möchte man sagen, (*ius = Ort, wo der Prätor zu Gericht saß*), war die mehr oder minder feierliche *litis contestatio*. Nunmehr ist die *l. c.* der Zeit nach wichtig; sie ist das Verhandlungsmoment, wo entweder durch Ableugnung des Klagegrundes oder Vorschüzung von Einreden der Prozeß herbeigeführt wird. Es wird anderen Orts gestattet sein, die in dieser Lehre schwankenden Ansichten zu besprechen. Allein diese Aenderung hat auf das Wesen des Verfahrens und die Stellung des Beweisverfahrens keinen Einfluß geübt, wie sich im Verfolge zeigen wird.

4) Auch ist durch die Aenderung der Vertheilung der richterlichen Gewalt keine Aenderung in den Grundsätzen über Proceßleitung eingetreten. Aus den Berichten des Stadtpräfekten Symmachus (384—386 n. Chr.) an die Kaiser erhellt deutlich, wie nach wie vor der alte Gang eingehalten wurde und wird des Näheren im folgenden Paragraphen darauf zurückgekommen werden.

5) Wenn sich auch Anordnungen über Beweisfristen finden, so wollen diese keineswegs etwa ein gesondertes Beweisverfahren anordnen; es sind vielmehr die Fristen, die entweder auf Andringen einer Partei, oder nach Gutdünken des Richters den Streitstheilen bewilligt werden *ad instrumenta colligenda*, und die eben der Natur der Sache nach unumgänglich nöthig sind. Dies ist deutlich in den hieher gehörigen Stellen angegeben, z. B. l. 1. l. 2. C. Th. II. 7. *de dil.*; l. unic. C. Th. *de dil. ex consensu* XI, 33; l. 1, 2, 4 C. Just. *de dil.* III, 11. Im Justinianischen Recht findet sich eine Bestimmung Nov. 90. c. 4. (Anth. *At qui semel c.* 19. C. IV. 19), wonach, wer *testificata* erfahren habe, weitere Erlaubniß zur Zeugenproduction nicht habe. Man hat hierin, wie sich versteht, nicht eine peremptorische Beweisfrist zu suchen, sondern die Rücksicht auf Machinationen der Gegenpartei, die im Canon. Recht offen ausgesprochen wurde.

6) Es wurde schon angedeutet, daß es so sehr in der Natur der Dinge begründet ist, daß man sich in gewissen Fällen zur Erklärung über Dasein und Inhalt eines Rechtsstreits, d. h. zur *litis contest.* nicht herbeizulassen braucht, daß zu keiner Zeit, und folglich ebenso wenig in dieser Periode als in der vorigen prozeßhindernde Einreden gefehlt haben werden. Wir wollen nur erinnern, daß oben der Analogie des Ganges der *formula* gemäß behauptet wurde, daß die *praescr. pro reo* zunächst angebracht und bewiesen wurden.

So sehr es in der Natur der Sache liegt, daß *fori-*
declinatorische und andere Einreden *dilatorischer* Art, die

Prozeßführung oder Prozeßform betreffen, vor allen andern angebracht und bewiesen werden (wenigstens dann, wenn wie im Römischen Prozeß das Eventualprinzip nicht da ist), ebensosehr ist es auch angemessen, daß wenn z. B. Einer aus dem *judicium* gerade gekommen war und mit dem *Judicat* in der Hand noch einmal über dasselbe Streitverhältniß *litem contestiren* sollte, daß dann diese Einrede der abgeurtheilten Sache prozeßhindernd wirkte.

Es fehlt übrigens auch nicht an einer positiven Bestimmung, welches dieses Verhältniß der prozessualischen Stellung anerkennt. Es ist die *lex 23, §. 3. Dig. XII, 6. de cond. ind. poluit autem si quis ante l. c. transegerit volenti litem contestari opponere doli exceptionem.* Es braucht also derjenige, der auf ein *Transakt* sich beruft, sich nicht auf die *l. c.* einzulassen. Da aber *Transakt*, *Judikat* und überhaupt *res finita* gleiche Natur haben, so zu sagen nur verschiedene Formen desselben Gedankens sind, so muß behauptet werden, daß der Ursprung der im *Canon. Recht* sogen. *litis ingressum impediens peremptorischer* Natur im *R. R.* zu suchen sei, daß nur Name und bestimmte Hinweisung fehlen, in der That aber und ihrer Natur gemäß diese Einreden mit derselben prozessualischen Stellung versehen waren, wie später.

Wenn *Goldschmid*: *Litiscontestation und Einreden*, S. 24 behauptet, daß 1) diese Stelle historisch sei, 2) daß sie beweise, daß diese *perempt. Einrede* des *Transakts* ante *l. c.* vorgeschützt werden müsse, insofern eine Ausnahme über die Zeit der Vorschütung der *Peremptorien* bilde, so müssen beide Behauptungen zurückgewiesen werden; denn es ist kein Grund vorhanden, diese Stelle für historisch zu halten; es konnte auch von *Goldschmid* kein solcher beigebracht werden. Auch ist in dieser *lex* nicht gesagt, daß diese *exc. ante l. c.* vorgeschützt werden müßte, es heißt vielmehr ausdrücklich *poluit*, und es ist nicht zu bezweifeln, daß wenn diese Einrede in der Ordnung der übrigen *Peremptorien* vorgebracht wird, sie als solche ihren

Platz behaupten kann. Hiemit ist aber bloß über das *Allegiren*, noch nicht über die sofortige Verhandlung dieser Einreden gesprochen. Allein, daß diese Verhandlung, wenn anders die *exc. ante l. c.* geltend gemacht wurde, sofort eintrat, beweist die Stelle dadurch, daß sie erklärt, daß *l. c.* überflüssig gemacht werden sollte: *volenti litem contestari*. Es soll dem *litem contestaturus* entgegengetreten und *l. c.* durch Verhandlung und Erledigung dieser Einrede unmöglich gemacht werden, eine Wirkung, die das Vorschüzen ohne sofortige Verhandlung nicht haben kann.

7) Die Parteien werden in Anbringung von Behauptungen und in der dazu gehörigen Beweisführung nicht beschränkt. Sie schaffen wie früher ihre Beweismittel ohne vorgängige Aufforderung des Richters zur Stelle; allein trotz dem ist doch die Zeitrichtung der größeren Einwirkung des Richters geneigter, der Selbstthätigkeit der Parteien mehr abhold geworden. Der Richter läßt die Zeugen nunmehr selbst vorführen; er befragt sie selbst, anders als im ältern Verfahren, wo das von den Parteien geschah. So in dem Zeugenverhör bei *Symmachus X, 48. S. 5*: *ab unoquoque posco responsa*. Auch das Kreuzverhör besteht noch; aber minder ausgedehnt. Während früher es vorzüglich den direkten Gegenbeweis mit dem respektiven Hauptbeweis in Verschlingung und Verkettung brachte, werden jetzt die Zeugenaussagen protocollirt, sodann aber dem Produzenten zur Abgabe von Erinnerungen und zum Gegenbeweis mitgetheilt. *Nov. 90 c. 4*. Man sieht eben, daß man dem selbstthätigen Fragerecht der Parteien nicht geneigt war. Ein interessantes Beispiel und zugleich Beleg für die Abneigung ist durch die Vergleichung der *l. 1. Cod. Th. II 18. de judiciis* mit der daraus entnommenen *l. 9. Cod. Justiniani III, 1. de judiciis* geboten. In *l. 9.* ist gerade die Stelle ausgefallen, wo von dem Fragerecht der Parteien die Rede ist; *interrogandi ac proponendi adjiciendique po-*

lencia praebita; in der Stelle des Theodosianischen Codex ist nämlich zuerst von dem Fragerecht der Parteien, sodann von dem des Richters die Rede, während in der Stelle des Justinianischen Codex das erstere ganz übergangen und nur das letzte berücksichtigt wird.

8) Die Verhandlung des ganzen Prozesses ist nach wie vor mündlich. Wenn auch der Kläger einen libellus conventionis übergab, so war dieser doch ganz allgemein abgefaßt, und Sintonis bemerkt richtig Erl. I. 104, daß diesen heutzutage die *exc. nimis generalis* treffen würde. Die weiteren Vorträge des Klägers und des Beklagten, sowie das Beweisverfahren sind mündlich.

§. 21. Stellung des Beweisverfahrens im Justinianischen Recht.

Durch das bisher Angegebene, können wir nun die Stellung des Beweisverfahrens im Justinianischen Rechte ermitteln.

Es hat sich bereits ergeben, daß Beweisführung ante et post litem contestationem eintreten könne. Dem gemäß soll zuerst betrachtet werden, wann ein Beweisverfahren ante l. c. eintrete.

I. Setzt man die Vergleichung mit der vorigen Periode fort, so zeigt sich, daß für die Zeit ante l. c. eine Verschmelzung eingetreten sei. Die Fälle, worin eine beschleunigte Beweisführung vor dem magistratus die *dnegatio actionis* zur Folge hatte, und die Beweishandlungen über die *praescr. pro reo* vor dem *judex* fallen nun zusammen. Für diese aus dem ganzen Entwicklungsgange und aus der Natur der Sache sich ergebende Annahme haben wir auch Belege aus der Praxis jener Zeit.

Symmachus lib. X. ep. 39 *in ipso limine quaestionis cum procuratio invalida diceretur... objecta cassae praescriptionis amovimus. Dieser folgt eine zweite procuratoria praescr: Tunc defensio partis adversae negavit stare personam, cujus procuracionem superioris gesta iudicii non tenerent huic longius quam oportuit immorata conten-*

tio est. Sed quia haec quoque praescriptio conquievit. Dieser folgt eine dritte exc. procuratoria: die Vollmacht sei erloschen. Successit aliud, ut obitu Martiana, clarissimae feminae, mandatum diceretur extinctum. Auch über diese wird nach der Verhandlung derselben ein Urtheil gefällt pronunciamus non perisse mandatum. Jetzt erst folgt die Verhandlung der Hauptsache.

Gerade so, wie es sich hier bei den angegebenen, den Legitimationspunkt betreffenden Einreden zeigte, wurde es natürlich bei allen vor der Litiscontestation vorzubringenden Behauptungen gehalten, d. h. es wurde eine nach der andern, wenn auch ohne Absicht der Prozeßverschleppung, angeführt und sofort bewiesen und erledigt.

Erwähnung verdienen hier schließlich: l. 57. §. 1. D. III, 3. de procuratoribus et defensoribus: Si quis remiserit exceptionem procuratoriam non poterit ex poenitentia (Glosse post l. c.) eam opponere; ferner l. 40. §. 3. eodem, welche sagt, daß nach der l. c. eine Cautio von dem Procurator nicht mehr gefordert werden könne. Wenn aus ersterer Stelle hervorgeht, daß das Anbringen solcher Einreden ante l. c. geschehen müsse, so zeigt die zweite, daß auch die Verhandlung hierüber ante l. c. beendet sein müsse, denn sobald eine Cautio nicht mehr gefordert werden kann, muß die procuratio bereits als unanfechtbar dastehen.

II. Konnte nun die Herbeiführung eines Prozesses nicht gehindert werden und mußte der Beklagte sich über die Hauptsache erklären, so war im zweiten Stadium des Prozesses die Ordnung der vielfach wiederholten Beweisführungen, die eintreten konnten, bedingt von der Art der Verttheidigung, dann aber von der rechtlichen Abhängigkeit der Behauptungen von einander, so wie endlich von der naturgemäßen Abhängigkeit des Gegenbeweises vom bezüglichen Hauptbeweise. Wählte der Beklagte den Weg der absoluten Verneinung, so hatte vorerst der Kläger den Klagegrund zu beweisen. l. 19. Cod. de exc. VIII, 36:

Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras; de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas; habita exceptionis contestatione tunc demum cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrare convenit; l. 19. Cod. de probat. l. 9. Cod. de praescr. longi temp.; l. ult. Cod. ad. leg. Cornel de fals; l. 4 Cod de edendo. Die erste Stelle sagt zugleich, daß eine Beweisführung über die exc. allein dann möglich sei, wenn der Klagegrund zugestanden, der Einredegrund geläugnet werde. Auch aus dem Grunde muß übrigens der Klagegrund zuerst bewiesen werden, weil actore non probante reus absolvitur l. 2. Cod. de prob. und überflüssige Beweisführung hiedurch abgeschnitten wird.

Ist der Klagegrund bewiesen, so können weitere Beweisführungen vorkommen über dilatorische Exceptionen, die die Hauptsache betreffen, es werden diese hauptsächlich exceptiones plus petitionis sein, wie die Glosse ad. l. 19 Cod. de prob. hervor hebt, und über peremptorische Einreden.

Es ist der Natur der Dinge entsprechend, daß die peremptorischen Einreden schon bei der l. c. vorgeschützt werden und auch in dieser Periode wird es so gewesen sein; nur Arglist oder von Advocaten angeregte Vorsicht mag Zurückhaltung derselben bewirkt haben. Indessen steht es im Justinianischen Rechte vollkommen frei, ohne Restitutionsgesuch, wie das früher nöthig war, Peremptorien von der l. c. bis zum Beschlusse der Sache anzubringen. Es folgt dann die Beweisführung der Behauptung nach. c. 8. Cod. de exc. VIII, 36: praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. Aus dieser Stelle, wie aus l. 9. Cod. VII, 33, wo es ebenfalls heißt in cujus initio contestationem haberi sufficit, könnte man zwar schließen, daß sie zu Anfange, d. h. in litis cont. hätten vorgeschützt werden müssen, allein es sprechen beide Stellen, die von

Dioel. und Max. sind, von dem die Regel bildenden contestari dieser Einreden zu Eingange, schließen aber keineswegs das Nachtragen aus. c. 2. C. VII, 50: peremptorias exceptiones omissas in initio (da contestari die Regel ist) antequam sententia feratur opponi posse perpetuum ed. manifeste declarat. quod si aliter factum fuerit i. i. r. permittitur. Dieser Schlußsatz bezieht sich wohl nur auf Nachhören nach der Sentenz.

III. Es folgen nun möglicher Weise die Bertheidigungen und Angriffe, welche oben als die in zweiter Linie stehenden bezeichnet wurden — Repliken und Dupliken wobei indessen nur die alten Grundsätze sich wiederholen und die ebenso behandelt werden, wie Klage- und Einredegrund.

IV. Nach den erörterten Grundsätzen richtet sich die Ordnung der Beweisführung bei allen möglichen zusammentreffenden zu beweisenden Behauptungen, wenn z. B. die Nothwendigkeit einer Beweisführung über den Exceptionsgrund mit dem der Replik oder mehrerer einzelner Exceptionsgründe zusammentrifft.

V. In Bezug auf den directen Gegenbeweis ist zu bemerken, daß zwar die Erledigung desselben zugleich mit dem Hauptbeweise beim Zeugenbeweise durch interrogationes erschwert, vielleicht auch gar beseitigt wurde, daß aber sofort nach der Vernehmung der Zeugen des Beweisführers durch die den Parteien gestattete Gegenwart bei den Vernehmungen der Richter auf alle möglichen Erinnerungen und Einwendungen aufmerksam gemacht und der Beweis hierüber veranlaßt und sogleich geführt wurde. Irrre geleitet durch die lateinische Uebersetzung haben die Glossatoren und diesen folgend neuere Rechtslehrer dem directen Gegenbeweis einen Platz in tempore disputationum nach beendigtem Beweisverfahren vindiciren wollen, bis Bethmann-Hollweg Handb. S. 272 überzeugend nachwies, daß die Nov. 90. c. 9. von einem solchen tempus disputationum nichts wisse. Es schließt sich

also die directe Gegenbeweisführung dem Beweise, zu dem sie gehört, an.

Hier mag es verstatet sein, zu bemerken, daß dem Verfasser die Ansicht Linde's Abh. I, 72, daß nämlich dem R. R. ein Verfahren, wobei über die Zulässigkeit der Beweismittel gestritten werde, ganz unbekannt sei, unhaltbar erscheine. Diese Behauptung stimmt nicht mit der freien und Alles umfassenden Beweglichkeit im Römischen Beweisverfahren zusammen; zudem kommt in Betracht l. ult Cod. Ad leg. Corn. de fals. IX, 22: Praebemus licentiam ut sive civiliter, sive criminaliter (ut actor elegerit) super prolatis codicillis vel aliis instrumentis requiratur: incumbit probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam protulerit deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit.

§. 22. Schlußbetrachtung.

Im Ganzen muß anerkannt werden, daß die Stellung des Beweisverfahrens, sowie der Grundcharakter des ganzen Verfahrens wenig verändert worden sind. Als vorzüglichste Aenderung stellt sich die Veränderung der Gerichtsverfassung heraus, daß nunmehr Ein Richter alle Funktionen übt. Diese Erscheinung gerade hat deutlich gemacht, daß die Scheidung zwischen jus und iudicium keineswegs einer Scheidung zwischen unserem ersten und dem Beweisverfahren gleich kam. Das Beweisverfahren ist jetzt im Vergleich mit der früheren Periode noch mehr zerfallen und zerklüftet und zwar durch die Abnahme der Defensivität, die den Chikanen der Parteien und Advocaten, sowie der richterlichen Willkür mehr Spielraum gewährte, durch die geringe Autorität und Kraft der Behörden, von der Symmachus, Berichte an den Kaiser ein trauriges Bild geben, durch die 3-, 6-, 9-monatlichen Dilationen instrumentorum colligendorum causa — bei jeder einzelnen Behauptung Ein Beklagter konnte unablässig neue, simulirte Einreden hervorholen, sie beweisen und nach deren Verwer-