

PPN = 121789527

90812

# ZUR LEHRE

VOM

# URKUNDENBEWEISE.

VON

Dr. A. S. SCHULTZE,

PROFESSOR IN STRASSBURG.

(Separat-Abdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das  
Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XXII. Band.)

Document



0000005547821

WIEN 1894.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

ROTHENTHURMSTRASSE 15.



Alle Rechte vorbehalten.

Die nachfolgende Behandlung einiger wichtigerer Fragen aus der Urkundenbeweislehre bewegt sich in dem Rahmen an anderem Ort veröffentlichter Untersuchungen über das heutige civilprocessualische Beweissystem überhaupt<sup>1)</sup>; allein sie bildet ein in sich abgeschlossenes Ganzes und es erschien namentlich auch, um jene Erörterungen nicht allzusehr mit Einzelheiten zu belasten, zweckmässig, dieselbe gesondert zu publiciren.

Jede Untersuchung über ein einzelnes Beweismittel führt auf den allgemeinen Gesichtspunkt, dass der geschichtliche Wechsel verschiedener Beweissysteme, wie er sich in Deutschland mit und seit der Reception der fremden Rechte vollzogen hat, und in welchem sich in rascher, zum Theil unvermittelter Folge das altdeutsche formalistische Beweisrecht, das freie Beweissystem der römisch-canonicalen Quellen, als vermittelndes Product beider die sogenannte Legaltheorie und endlich seit der neuen Gesetzgebung wieder das sogenannte Princip der freien Beweiswürdigung abgelöst haben, naturgemäss seine Spuren auch noch in der heutigen wissenschaftlichen Auffassung des Beweises und seiner einzelnen Erscheinungsformen zurückgelassen hat. Es dürfte nicht zuviel behauptet sein, dass die zahlreichen Meinungsverschiedenheiten, welche in der heutigen Lehre vom Beweise noch herrschen, zum grossen Theil einen geschichtlichen Grund haben und in der mehr oder minderen

---

<sup>1)</sup> Dieselben erscheinen im LXXXIV. Bande des Archives für civilistische Praxis.

Zähigkeit beruhen, mit welcher Anschauungen und Grundsätze früherer Beweissysteme auch für das heutige Recht noch festgehalten werden. Und da die Ausbildung einer eigentlichen Processrechtswissenschaft überhaupt in Deutschland gerade in die Periode der Herrschaft der Legaltheorie fällt, so ist es wahrlich nicht zu verwundern, wenn wir trotz der hervorragenden Leistungen der neueren Wissenschaft auch auf dem Gebiete des Beweises gerade den durch die Arbeit von Jahrhunderten gezeitigten Grundauffassungen und Sätzen jener zum Theil auch da noch begegnen, wo dieselben mit dem heute geltenden System nicht in Einklang zu bringen sind. In jenen erwähnten Untersuchungen ist der neuerdings als ein principieller mehrfach in Abrede gestellte Gegensatz zwischen der Legaltheorie und dem heutigen System an der Hand von Einzelercheinungen erörtert; und da sowohl dieser Gegensatz, wie auch die dort als dem heutigen Recht entsprechend angenommenen allgemeinen Begriffe der Beweislehre, z. B. des Beweises, des Beweismittels, Beweisgrundes etc. auch für den Urkundenbeweis ihre Bedeutung haben, andererseits aber Wiederholungen zu vermeiden waren, so wird es gestattet sein, hier auf jene Erörterungen im Allgemeinen Bezug zu nehmen. Ueber den Urkundenbeweis im Besonderen habe ich mich früher bereits ausgesprochen<sup>2)</sup>, und da die nachfolgenden Ausführungen keineswegs eine vollständige Darstellung desselben beabsichtigen, andererseits ich auch heute noch auf dem damals dargelegten Standpunkt stehe, so können beide Abhandlungen als sich gegenseitig ergänzend angesehen werden.

### I. Begriff der Urkunde und des Urkundenbeweises.<sup>3)</sup>

Der Grund dafür, dass die Meinungen über den processualischen Begriff der Urkunde und des Urkundenbeweises, namentlich die Abgrenzung desselben gegenüber dem Beweise

<sup>2)</sup> Meine Abhandlung in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XVIII (1876), S. 240 ff. „Zur Kritik des Entwurfes etc., insbesondere über Urkundenbeweis“.

<sup>3)</sup> Ueber den Urkundenbegriff der Diplomatie Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre, I. (1889), S. 1. — Ueber den Urkundenbegriff des altgermanischen Rechts Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I, S. 392 ff. — Der Begriff der



durch richterlichen Augenschein, noch weit auseinandergehen, dürfte darin zu finden sein, dass man einestheils von einer ganz allgemeinen Bedeutung des Wortes „Urkunde“ ausgeht, nach welcher darunter verstanden werden soll jeder körperliche Gegenstand, welcher Spuren menschlicher, auf Ueberlieferung einer Kunde an den Beschauer beruhenden Thätigkeit darbietet, also z. B. auch Kerbhölzer, Denkmäler, Grenzsteine, Münzen, Wappen, Siegel u. s. w., wobei man dann allerdings sofort genöthigt ist, rücksichtlich der Anwendbarkeit der Rechtsätze über Urkundenbeweis auf diese „Urkunden“ erhebliche Einschränkungen zu machen; oder dass man andererseits einen gemeinsamen Urkundenbegriff zu finden sucht, der für alle Rechtsmaterien, also insbesondere auch für den Thatbestand der Urkundendelichte (St.-G.-B. §§. 267, 92, 133, 348) massgebend zu sein habe. Der heutige civilprocessualische Begriff der Urkunde aber kann nur aus der Processgesetzgebung bestimmt werden; d. h. Urkunden in diesem Sinne sind nur diejenigen Beweismittel, auf welche die Bestimmungen der Processgesetze, also der C.-P.-O. sich beziehen, ohne Rücksicht darauf, ob dem Wort in anderen Beziehungen und für andere Zeiten etwa eine andere Bedeutung beigegeben werden kann und muss.

Die mit besonderer Beziehung auf den Civilprocess gegebenen Begriffsbestimmungen weichen von einander ab in Rücksicht sowohl der Art, als des Inhaltes, als auch des Zweckes der Anfertigung der hierher zu rechnenden Gegenstände. Rücksichtlich der Art nehmen Manche den oben angegebenen ganz all-

---

Urkunde als Thatbestandsmoment der Urkundendelichte ist neuerdings mehrfach der Gegenstand ausführlicher Erörterungen gewesen. Vergl. ausser den Lehrbüchern u. A.: John in der Z. f. d. g. Str.-R.-W. Bd. IV, S. 1 ff.; Bd. VI, S. 1 ff. v. Buri, Gerichtssaal, Bd. XXXVI, S. 173 ff. Mommsen, das., S. 34 ff. v. Kries, Z. f. d. g. Str.-R.-W. Bd. VI, S. 143 ff. Weismann, das., Bd. XI, S. 1 ff. — Ueber den civilprocessualischen Urkundenbegriff und Urkundenbeweis aus der neueren Literatur ausser den Lehrbüchern von Fitting, Hellmann, Planck, II, S. 213—261, noch hervorzuheben: Bähr, in Ihering's Jahrb. f. Dogm., Bd. XIV, S. 27 ff.; Heusler, Arch. f. civil. Pr., Bd. LXII, S. 224 ff., bes. S. 280 ff. Wendt, das., Bd. LXIII, S. 309 ff. v. Canstein, Zeitschr. f. deutsch. Civ.-Pr., Bd. II, S. 320, 333 ff.

Mit Recht sagt Heusler, a. a. O. S. 296: „Keiner versteht unter Urkunde das Gleiche wie der Andere.“ Aber freilich trägt daran nicht die deutsche CPO. eine Mitschuld.

gemeinen Begriff der Urkunde auch als den des heutigen Processrechtes an, wonach also auch Bilder, Kerbhölzer u. s. w. Urkunden seien.<sup>4)</sup> Unter den Vertretern dieser Ansicht herrscht aber insofern Meinungsverschiedenheit, als Manche aus dem Inhalt der Ueberlieferung ein näher begrenzendes Begriffsmoment entnehmen. So erachtet Heusler — wie für den Begriff des Beweismittels überhaupt, so auch für den der Urkunde — den Umstand für entscheidend, dass durch dieselbe eine für die Entscheidung dieses individuellen Processes erhebliche Thatsache bewiesen werde. Wie Zeuge ihm nur Derjenige ist, der über eine erhebliche Thatsache Auskunft geben kann, „welcher eine Thatsache beweist“<sup>5)</sup>, so ist ihm auch Urkunde nur dasjenige eine Thatsache überliefernde körperliche Zeichen (Schrift, Bild etc.), welches eine für diesen individuellen Process erhebliche Thatsache beweist. Consequent macht er daher sogar das persönliche Vertrauen, welches der Richter in den Aussteller setzt, zum Kriterium des Urkundenbegriffs, welchen er in gleicher Weise für das Strafrecht aufstellt.<sup>6)</sup> Wendt<sup>7)</sup>, der sich mit Recht gegen diesen relativen Begriff der Urkunde erklärt, sucht dagegen in Uebereinstimmung mit H. Mayer<sup>8)</sup> und anderen Strafrechtslehrern ein wesentliches Kriterium in der Zweckbestimmung des Gegenstandes; ihm ist Urkunde jeder Gegenstand, welcher durch irgend einen massgebenden Willen in erkennbarer Weise die Bestimmung erlangt hat, „zum Beweise einer Thatsache zu dienen“. Planck dagegen entnimmt

<sup>4)</sup> S. z. B. Linde, §. 272. Bayer, Vorträge, §. 250, S. 833. Heusler, a. a. O. S. 278, nach ihm ist z. B. ein Haus mit einem Wappen über der Thür eine Urkunde. Wendt, a. a. O. S. 307 ff. und 315. Hellmann, Lehrbuch, §. 85, S. 528. Planck, Lehrbuch des deutsch. Civilprocessrechts, II, §. 113, S. 215, erkennt jenen allgemeinen Begriff zwar als denjenigen des heutigen Processrechtes an, aber mit dem Hinzufügen, dass die Reichscivilprocessordnung einen engeren Begriff vor Augen habe, der das Moment des schriftlichen Ausdruckes in sich begreife.

<sup>5)</sup> A. a. O. S. 278 ff., 280 ff.

<sup>6)</sup> Erläuternde Beispiele a. a. O. S. 280 ff., 282, 284. Ein Schein, in welchem X. und Y. den Inhalt eines von ihnen mitangehörten Kaufvertrages bezeugen, ist keine Urkunde, weil derselbe keine Beweiskraft hat; aber er wird Urkunde, wenn X. und Y. dem Richter als so zuverlässige Leute bekannt sind, dass er „auf ihren Schein Alles zu bauen wagt“.

<sup>7)</sup> A. a. O. S. 307 ff.

<sup>8)</sup> Lehrbuch des Strafrechtes. (2. Aufl.), §. 170, S. 593. 3. Aufl., S. 619.



weder dem Inhalt, noch der Zweckbestimmung der Urkunde — abgesehen von der bei der Herstellung obwaltenden Willensrichtung auf „Ueberlieferung einer Kunde an den Beschauer“ — ein begriffbestimmendes Moment.<sup>9)</sup>

Aus den Bestimmungen der CPO., aus welchen der Begriff der Urkunde zu finden ist, ergibt sich: 1. dass nur die schriftliche Fixirung von Gedanken — Schriftstücke im weiten Sinne — darunter begriffen sind, und 2. dass weder der Inhalt, noch die bei der Anfertigung derselben im Auge gehabte Zweckbestimmung von Bedeutung für den Begriff sind.

Ad 1. Die Beschränkung des Urkundenbegriffes auf den schriftlichen Gedankenausdruck ergibt sich aus dem neunten Titel der CPO., dessen Bestimmungen ein einheitliches Ganzes darstellen, und welche von etwas Anderem als Schriftstücken aufzufassen unmöglich ist.<sup>10)</sup> Wie will man z. B. die Bestimmungen über Unterschrift, Handzeichen, Beglaubigung, über Anerkennung der Unterschrift und ihre Folgen, über Original und Abschriften, über Urkundspersonen u. s. w. auf andere Gegenstände als Schriftstücke anwenden? Wo in der CPO. von Urkunden die Rede ist, liegt dieser Begriff zu Grunde.<sup>11)</sup> Mir ist keine Bestimmung in der CPO. oder in einem anderen in Deutschland geltenden Processgesetz bekannt, wo unter Urkunde auch etwas anderes mitbegriffen würde. Alle übrigen Gegenstände, mögen sie dem Beweise dienen und selbst zum Zweck künftigen Beweises geschaffen sein, wie z. B. Kerbhölzer, Grenzsteine, Denkmäler, sind Urkunden nur sofern der etwa in darauf befindlichen Schriftzeichen ausgedrückte Gedanke (Sinn)

<sup>9)</sup> Ebenso Hellmann, Lehrbuch a. a. O. — Renaud, Lehrbuch, §. 114, will als Urkunden zwar nur Schriftstücke gelten lassen, aber nur sofern ihr Inhalt ein Zeugniß, ein Geständniß oder eine Disposition sei.

<sup>10)</sup> Uebrigens ist dies in der Begründung S. 261 f. unter Hervorhebung des Gesetzes zu anderen Processgesetzgebungen auch ausdrücklich betont.

<sup>11)</sup> So insbesondere: §§. 122, 126 (Mittheilung an den Gegner); 125, 399, 376, 761, 815, 672, 133, 408 (Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei); 319, 493 (Erklärung über Urkunden); 543, Nr. 2 und 7 (Restitutionsklage); 329 (Beweisaufnahme); 551 (Beifügung); 555 ff. (Urkundenprocess); 702, 705, E.-G. z. CPO. §. 22 (vollstreckbare Urk.). — Dass im §. 835 pleonastisch von einer „schriftlichen Urkunde“ über einen Schiedsvertrag die Rede ist, und dass im §. 133 neben Urkunden auch noch Stammbäume aufgeführt werden, ändert an dem feststehenden Begriff selbstredend nichts. — Auf Schriftstücke beschränkt auch Wetzell, §. 24, den „juristischen Begriff der Urkunde“.

das Beweisende sein soll. Sollen sie dagegen in irgend welcher anderen Beziehung als Beweismittel dienen, z. B. durch ihre örtliche Lage oder sonstige mit den Sinnen wahrnehmbare Beschaffenheit, so sind sie Augenscheinsobjecte und nicht nach den Rechtssätzen vom Urkundenbeweis, sondern nach §. 259 zu behandeln. Dem steht auch nicht entgegen, dass bei dem Mangel an Bestimmungen über andere sachliche Beweismittel in der CPO. einzelne Bestimmungen über Urkundenbeweis, z. B. die Grundgedanken derselben über Editionsspflicht, zur Stützung etwaiger Analogien herangezogen werden können. Denn durch die Möglichkeit solcher analoger Anwendung gewisser Grundgedanken auf andere Thatbestände kann der Gesetzesbegriff der Urkunde nicht erweitert werden.<sup>12)</sup>

Ad 2. Die Erheblichkeit des Schriftstückes für diesen Process, überhaupt sein individueller Inhalt ist für seine Eigenschaft als Urkunde ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein, dass es überhaupt einen Inhalt, einen Sinn durch Schriftzeichen ausdrückt. Denn ob durch diesen Inhalt irgend etwas die Entscheidung des Processes Beeinflussendes bewiesen wird, kann sich erst bei dieser Entscheidung selbst herausstellen, alle processualen Rechtssätze über Urkundenbeweis aber müssen vor derselben auf das Schriftstück angewendet werden, und setzen daher einen Begriff der Urkunde voraus, welcher nicht relativ von der ihr in der Endentscheidung beizumessenden Bedeutung abhängt, sondern von dem Beginne des Beweisverfahrens, also von der Beweisantretung an, objectiv gegeben ist. Wie will man die Rechtssätze über Urkundenbeweis, über Verbal- und Realproduction, Hinterlegung, Edition etc. auf ein Ding anwenden, von dem erst die Endentscheidung ergeben wird, ob

<sup>12)</sup> Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht gewisse bildliche Darstellungen, wie Baurisse, Pläne, Situationsaufnahmen zu den Urkunden zu rechnen seien. Allein auch auf sie können die Rechtssätze über Urkunden nicht angewendet werden; §. 133 CPO. zählt sie richtig neben den Urkunden auf. Sie sind Augenscheinsobjecte, weil sie keine Gedanken durch Worte ausdrücken. Das gilt von ihnen auch, wenn sie etwa einer Urkunde beigelegt und in ihr in Bezug genommen sind. So ist z. B. auch der vom Richter und Gerichtsschreiber bei einer Augenscheineinnahme aufgenommene Situationsplan keine Urkunde im Rechtssinn, sondern Augenscheinsobject. Was ihm als solchem Beweisbedeutung verleiht, ist die urkundliche Bezeugung im Protokoll, dass das Ding annähernd ein Bild der Wirklichkeit gebe.



es eine Urkunde werden wird oder nicht. Die Bestimmungen über Urkundenbeweis (§§. 380 ff.) beziehen sich auf alle Schriftstücke, welche im Prozesse in vorgeschriebener Form zwecks des Beweises in Bezug genommen werden. Das kommt in den Bestimmungen der CPO. auch oft zum Ausdruck. Ueberall wo von der Beweisanretung, überhaupt vom Verfahren mit Urkunden die Rede ist, wird „Urkunde“ das bezogene Schriftstück ohne Rücksicht auf seinen etwaigen Inhalt genannt; in den §§. 390, 396: „Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich“ etc. wird ausdrücklich ein Schriftstück, dessen angeblicher Inhalt sich bereits *a priori* als unerheblich darstellt, als Urkunde bezeichnet. Ein Eisenbahnbillet, ein Liebesbrief, auf den eine Partei sich in noch so unschlüssiger Weise zum Beweise eines Kaufvertrages beruft, ist eine Urkunde im Sinne des Processrechtes. Indem der Richter eine Beweisanretung, z. B. einen Editionsantrag wegen Unerheblichkeit zurückweist, spricht er nicht dem bezogenen Schriftstück die Qualität einer Urkunde ab, sondern er wendet die Vorschriften über Urkundenbeweis (z. B. §§. 390, 396) auf dasselbe an. Gewiss kennt auch das Processrecht die Begriffe der erheblichen und der unerheblichen, der beweiskräftigen und beweisunkräftigen Urkunde, aber es kennt keinen durch ihren Inhalt bedingten Begriff der Urkunde.

Ebenso verhält es sich mit den Zeugen. Zeuge ist jede Person, auf deren Zeugniß eine Processpartei in rechtserheblicher Form sich beruft, gleichviel ob das, was der Zeuge angeblich bekunden soll und demnächst wirklich bekundet, für die Endentscheidung irgend welche Bedeutung hat oder nicht; denn die Rechtssätze über den Zeugenbeweis, z. B. über Ladung, über Ablehnung des Zeugen, über Erzwingung seines Erscheinens und seiner Aussage durch Strafen, über beeidigte oder unbeeidigte Vernehmung u. s. w. müssen angewendet werden, bevor feststeht, was etwa er aussagen wird. Kurz — und das ist das allgemeinere Resultat vorstehender Ausführungen — der Begriff eines Beweismittels im processrechtlichen Sinne ist nicht bedingt durch den von demselben hergegebenen Beweisinhalt, sondern lediglich dadurch, dass ein an und für sich zum Beweismittel dienliches Object als solches in gesetzlicher Form von einer Partei in Bezug genommen wird.



Wenn im Vorigen allgemein der Ausdruck „Schriftstück“ gebraucht ist, so ist darunter zu verstehen jeder an sich mögliche Ausdruck irgend welchen Gedankens (im weitesten Sinne) durch Schriftzeichen, welche die Möglichkeit eines Verständnisses in sich tragen, sei es auch in Hieroglyphen oder in Chiffren, gleichviel ob durch Handschrift, Druck u. s. w. hergestellt und gleichviel auf welchem Material, sofern nur gerade der durch diese Schriftzeichen ausgedrückte gedankliche Inhalt den Beweisgrund für eine Thatsache abgeben soll.

Der processualische Begriff der Urkunde lässt sich demnach dahin definiren: Es ist jede Schrift, auf welche im Process Bezug genommen wird, um mittelst des durch dieselbe ausgedrückten gedanklichen Inhaltes eine Thatsache zu beweisen<sup>13)</sup>

Beiläufig mag bemerkt werden, dass die CPO. auch Urkunden erwähnt, die nicht als Beweismittel, sondern als Gegenstand des Processes in Frage kommen. So z. B. §. 231; der Begriff der Urkunde, deren Echtheits- oder Unechtheitsfeststellung einen zulässigen Gegenstand von Klage und Urtheil bilden kann, ergibt sich hier aus der Gesetzesbestimmung selbst: es sind alle Schriftstücke, an deren Echtheits- oder Unechtheitsfeststellung der Antragsteller ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat. Ferner werden Urkunden erwähnt, deren Amortisation Gegenstand des Aufgebotsverfahrens sein kann (§§. 387 ff.); ob alle diese durch einzelne Gesetze bezeichneten Schriftstücke sich etwa unter einen gemeinsamen Begriff zusammenfassen lassen, ist nicht von systematischer Bedeutung, steht jedenfalls hier nicht in Frage, da hier nur von der Urkunde als processualischem Beweismittel zu handeln ist.

<sup>13)</sup> Aehnlich Fitting, Civilprocess, S. 411 und auch v. Kries, a. a. O., S. 151 ff., nur dass der letztere den Begriff nicht auf Schriftstücke beschränken, sondern alle Gegenstände darunter rechnen will, durch welche ein gedanklicher Inhalt ausgedrückt werden kann, wie Kerbhölzer, Wappen u. dgl. Beachtenswerth scheinen mir seine Ausführungen, dass auch das wesentliche Begriffsmoment der Urkunde als Thatbestandsmoment der Urkundenfälschung (StGB. §. 267) in der Benutzung der gefälschten Urkunde zum Zweck des (natürlich auch ausser-processualischen) Beweises von Rechten oder Rechtsverhältnissen liege, und auch hier die Beweiserheblichkeit keine der Urkunde objectiv beiwohnende Eigenschaft sei. S. 164 ff.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich der Begriff des Urkundenbeweises und namentlich seine Abgrenzung gegenüber dem Beweis durch Augenschein. Häufig wird der Urkundenbeweis als eine Art Augenscheinsbeweis aufgefasst in der Weise, dass der Richter die stattgehabte Abgabe der in der Urkunde zu lesenden Erklärung in der Urkunde selbst durch Augenschein unmittelbar wahrnehme.<sup>14)</sup> Es wird unten noch näher davon zu handeln sein, dass die stattgehabte Abgabe einer Erklärung, weil und sofern sie eine der Vergangenheit angehörige Thatsache ist, niemals durch richterlichen Augenschein, ja überhaupt nicht durch unmittelbar sinnliche Wahrnehmung des Richters festgestellt werden kann; an dieser Stelle ist der allgemeine und grundsätzliche Unterschied zwischen Augenscheins- und Urkundenbeweis festzustellen, ohne Rücksicht darauf, was etwa der nächste Gegenstand des letzteren ist, ob etwa die stattgehabte Abgabe einer Erklärung oder irgend etwas Anderes, z. B. die heimliche Niederschrift eines Gedankens oder Gefühls. Zweifellos ist ja, dass wie jeder Beweis, so auch der Urkundenbeweis dem Richter nur durch seine fünf Sinne übermittelbar werden kann; allein der Unterschied zwischen dem Augenscheins- und dem Urkundenbeweis liegt in der Verschiedenheit der zur Hebung kommenden Beweisgründe und der dadurch in Thätigkeit gesetzten richterlichen Function. Das Ziel des Augenscheinbeweises ist lediglich die Constatirung eines äusserlich wahrnehmbaren Zustandes allein durch die äusseren Sinne des Richters, durch seinen Gefühls-, Gesichts- und Geruchssinn u. s. w., aus welchem äusseren Zustand dann, sofern nicht etwa dieser selbst das letzte Ziel des Beweises ist, möglicher Weise ein Indicium für irgend eine andere Thatsache entnommen werden kann. Im Urkundenbeweise dagegen liegt der Gegenstand des Beweises, der dann wieder Beweisgrund für etwas Anderes sein soll, nicht in dem sinnlich wahrnehm-

<sup>14)</sup> Wetzell, System, §. 24, S. 222. Wendt, a. a. O. S. 309 ff. Wach, Vorträge, S. 149. v. Canstein, a. a. O. S. 326. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, §. 34 und Ders.: der Urkundenbeweis in dem Jahrb. f. Dogmatik, Bd. XIV, S. 27 ff. Planck, Lehrb., II, §. 115. — Heusler, a. a. O. S. 238 ff., hat mit Recht gegen diese Auffassung Widerspruch erhoben, aber aus dem nicht zutreffenden Grunde, weil Augenscheineinnahme überhaupt kein Beweisverfahren sei, und immer nur am Streitobject nicht an anderen Sachen platzgreifen könne.



baren, äusseren Zustand, nicht in dem, was der Richter allein mit seinen äusseren Sinnen wahrnimmt, sondern in dem durch Schriftzeichen ausgedrückten gedanklichen Inhalt, gerade so wie beim Zeugenbeweise der Beweisgrund nicht in der Wahrnehmung mit dem Gehörssinn liegt, dass der Zeuge überhaupt spricht, sondern in dem, was der Zeuge inhaltlich bekundet. Auch das Augenscheinsobject ist Beweismittel, aber der Beweisgrund, den es abgibt, liegt lediglich darin, dass es ist und dass es so ist, wie es sich in den Sinnen äusserlich darstellt, nicht in einem von ihm ablösbaren Gedankeninhalt; das Augenscheinsobject kann nichts hergeben als das, was und wie es den äusseren Sinnen erscheint. Die Urkunde und die Zeugen dagegen geben etwas her, was nicht lediglich durch die fünf Sinne, sondern als sprachlich ausgedrückter Gedankeninhalt nur durch den Gedanken erfasst werden kann.

Urkundenbeweis ist der Beweis mittelst eines schriftlich ausgedrückten Gedankeninhaltes.<sup>15)</sup>

Aus dieser inneren Verschiedenheit, welche den Urkundenbeweis einerseits vom Augenscheinsbeweise in Bezug auf den Inhalt und andererseits vom Zeugenbeweise rücksichtlich der Form der Uebermittlung des sprachlichen Gedankenausdruckes — durch das tote Wort (*vox mortua*) im Gegensatz zur *vox viva* — scheidet, ergibt sich die Nothwendigkeit der besonderen Bestimmungen und Grundsätze über den Urkundenbeweis, welche eben deshalb nicht ohne Weiteres auf andere Beweismittel übertragbar sind.

## II. Die der Urkunde zu entnehmenden Beweisgründe.<sup>16\*)</sup>

Die Urkunde ist immer nur Beweismittel, welches durch den von ihm gebotenen Gedankeninhalt einen Beweisgrund für

<sup>15)</sup> Im Resultat wesentlich übereinstimmend v. Kries, Lehrbuch des Strafprocesses, S. 143.

<sup>16\*)</sup> Bei der unendlichen Verschiedenheit der Terminologie erscheint es zweckmässig, hier meinen a. a. O. ausführlich dargelegten Standpunkt kurz zu bezeichnen. Unter Beweismittel verstehe ich die sinnlich wahrnehmbaren Objecte, an welchen der Richter zwecks Bildung einer Ueberzeugung von Thatsachenwahrheit Wahrnehmungen machen kann, also z. B. Zeugen, unter Umständen die Parteien, Urkunden, Augenscheinsobjecte; unter Beweisgründen die Gründe, aus deren Kette der Richter auf die Wahrheit einer Thatsache schliessen kann. — Der Parteieid in seiner heutigen Gestalt ist weder Beweismittel, noch Beweisgrund, sondern Mittel formeller Feststellung, wie auch das gerichtliche Geständniss.

irgend welche ausser ihr selbst liegende Thatsachen liefern soll, und insofern nicht selbst Beweisgrund. Das, was mit Zuhilfenahme einer Urkunde bewiesen werden soll, der nächste Gegenstand des Urkundenbeweises, ist meistens die stattgehabte Abgabe einer Erklärung — aber keineswegs immer — und das wird glaube ich öfters übersehen. Vielmehr kann auch die blossе Thatsache der Niederschrift, ja sogar der absichtlich verheimlichten Niederschrift eines Gedankens, einer Meinung, eines Gefühls beweisheblich sein, wie das häufig im Strafprocess der Fall ist, in welchem die Constatirung rein innerer Seelenvorgänge und Gemüthszustände zu bestimmter Zeit eine grosse Beweisbedeutung haben, und wo diese Beweisbedeutung gerade durch die Verheimlichung des zu Papier Gebrachten noch erhöht werden kann. Für die Begründung und Aufhebung von Privatrechten sind nun zwar rein innere Seelenvorgänge an sich bedeutungslos, aber undenkbar sind auch hier die Fälle nicht, dass zur Charakterisirung einer rechtserheblichen, d. h. in die Aussenwelt getretenen Thatsache und ihrer Motive, z. B. des *dolus*, der *bona fides* auf einen derart feinen und künstlichen Indicienbeweis zurückgegriffen werde. In solchen Fällen ist das Beweisthema eben dieses, dass der Verfasser das zu Papier gebracht hat, und dieser Beweis wird durch die blossе Existenz der echten Urkunde an und für sich voll und ganz erbracht, vorbehaltlich natürlich der daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen. Ob dagegen, sofern es sich um den Beweis der stattgehabten Abgabe einer Erklärung handelt, auch dieser durch die Urkunde selbst erbracht werden kann, ist unten (unter III.) näher zu prüfen. Hier sollen zunächst diese möglicher Weise abgegebenen Erklärungen selbst ihrem Inhalte nach kurz betrachtet werden. Sie können, namentlich soweit sie privatrechtlich in Betracht kommen, sein eine Willenserklärung oder ein Zeugniß im weitesten Sinne, worunter, sofern es zum Nachtheil des Ausstellers selbst in's Gewicht fällt, auch das aussergerichtliche Geständniß gehört. In der Regel pflegt man sich auf diese drei Kategorien zu beschränken.<sup>16)</sup>

Allein mit Recht hat namentlich Heusler hervorgehoben, dass mit Zuhilfenahme von Urkunden auch Erklärungen

<sup>16)</sup> Auch ich selbst habe es früher an dem angegebenen Orte gethan.



bewiesen werden können, welche unter keine jener drei Kategorien fallen, und doch als Indiz für eine rechtserhebliche Thatsache in Betracht kommen. Wenn z. B. etwa von zwei Mitgliedern jener ländlichen Viehabschwindlungsconsortien der Eine an den Anderen einen Brief schreibt: „Sage dem Bauer X, dass die Kuh, die ich ihm für die seinige umtauschen will, wie du aus eigener Erfahrung wissest, täglich 8 Quart Milch gibt, und dass ich ihm nur im Fall des Tausches weiteren Credit gewähren werde“, so kann diese Urkunde ein wesentliches Indiz für einen verübten Betrug liefern, oder ein Liebesbrief mit Einladung zu einem Stelldichein und allerhand begeisterten Anspielungen auf frühere schöne Stunden ein Indicium für ein Verhältniss, um dessen rechtserhebliche Folgen es sich nunmehr handelt, obschon alle diese Erklärungen unter eine jener drei Kategorien nicht zu subsumiren sind. Die Tragweite der einzelnen durch die Urkunde möglicherweise gelieferten Beweisgründe untersteht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Das gilt insbesondere selbstredend von den Indicien der letzterwähnten Art, aber ebenso von anderen Erklärungen, insbesondere auch aussergerichtlichen Geständnissen. Urkundliche Geständnisse unterliegen heute keinen anderen Rechtssätzen als das aussergerichtliche Geständniss überhaupt. Das spätere römische Recht kannte hiervon zwei Ausnahmen. Es legte einmal dem in einer *cautio* enthaltenen schriftlichen Bekenntniss der speciellen *causa* eine erhöhte Beweiskraft bei, indem es gegen dasselbe nur Urkundenbeweis zuließ und jedes andere Beweismittel, namentlich also Zeugen, ausschloss<sup>17)</sup>, und andererseits sprach es gewissen urkundlichen Bekenntnissen während bestimmter Zeit jede Beweiskraft ab (*except. non. num. pec.*). Beide Besonderheiten sind, soweit sie nicht bereits particularrechtlich beseitigt waren, durch das E.-G. z. C.-P., und zwar die erstere durch §. 14, Nr. 2, die letztere durch §. 17 aufgehoben.

Dasselbe gilt ferner von urkundlichen Willenserklärungen, von welchen jedoch in anderer Richtung sogleich noch besonders zu handeln ist. In Bezug auf den Inhalt der Urkunde und seine Beweisbedeutung ist auch die Eigenschaft derselben als einer

<sup>17)</sup> *l. 25, §. 4 D. de prob. 22, 3; l. 13, Cod. 4, 30.* Darin liegt meines Erachtens die spezifische Beweisbedeutung der beiden vielumstrittenen Stellen, auf deren materiell-rechtliche Bedeutung hier nicht eingegangen werden kann.



öffentlichen oder Privaturkunde ohne Einfluss. Die materielle Beweiskraft der echten Privaturkunde und der öffentlichen Urkunde steht sich mit einer gleich zu erwähnenden Ausnahme völlig gleich. Der Unterschied zwischen denselben bezieht sich nur auf die Feststellung ihrer Echtheit und nicht auf ihre materielle Beweiskraft.<sup>18)</sup>

Nur in Beziehung auf urkundliche Zeugnisse hat der Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden eine Bedeutung auch rücksichtlich der materiellen Beweiskraft. Zeugnisse von Privatpersonen, und zwar gleichviel, ob sie in einer Privaturkunde oder in einer öffentlichen Urkunde (z. B. einem Notariatsinstrument, einem Gerichtsprotokoll etc.) niedergelegt sind, unterstehen durchaus dem Grundsatz freier Beweiswürdigung. Zeugnisse öffentlicher Behörden und Urkundspersonen dagegen über Wahrnehmungen, welche dieselben innerhalb ihres verfassungsmässigen Geschäftskreises und überdies in der gesetzlich vorgeschriebenen Form als ihre eigene Wahrnehmung bekundet haben, machen kraft gesetzlicher Regel vollen *prima facie*-Beweis der bezeugten Thatsache. CPO. §§. 380, 382, 383. Durch besondere Gesetze ist die Beweiskraft öffentlicher Zeugnisse sogar ausnahmsweise ausgedehnt auf gewisse Thatsachen, welche nicht Gegenstand der Wahrnehmung der bezeugenden Behörde oder Urkundsperson gewesen sind, wie z. B. bei den Civilstandsurkunden über Geburten und Todesfälle, welche *prima facie* die Geburt und den Tod beweisen, obschon die Urkundsperson nur eine dahingehende Behauptung dritter Personen wahrnimmt und bezeugt.<sup>19)</sup> Auf der anderen Seite kann die Möglichkeit des Beweises einer bestimmten Thatsache auf eine ganz bestimmte Art einer öffentlichen Urkunde beschränkt sein; so kann die Beobachtung der Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung nur durch das Sitzungsprotokoll bewiesen werden. CPO. §. 150. Die Beweiskraft des öffentlichen Zeugnisses ist immer nur eine *prima facie*-Beweiskraft; der Gegenbeweis gegen seine Richtigkeit ist immer zulässig, und zwar ohne Einschränkung etwa auf bestimmte Beweismittel. Nur ausnahmsweise aus besonderen Interessen der Rechtssicherheit ist die Möglich-

<sup>18)</sup> Krit. Vierteljahrsschrift, a. a. O., S. 230 ff.

<sup>19)</sup> Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, §. 15.

keit eines Gegenbeweises eingeschränkt, so namentlich gegen das Sitzungsprotokoll und gegen den Thatbestand des Urtheils, dieses wichtigste und umfassendste Zeugniß über den verhandelten Processstoff im heutigen Recht. CPO. §§. 150, 285.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass dieser Unterschied der materiellen Beweiskraft der Zeugnisse seinen Grund hat nicht sowohl in dem Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden, als vielmehr in der Verschiedenheit der zeugenden Personen. Denn das Zeugniß einer Privatperson beweist deshalb, dass es etwa in einer öffentlichen Urkunde (z. B. einem Notariatsinstrument) niedergelegt ist, um kein Haar mehr, als wenn es in einer Privaturkunde abgegeben ist. Das, was dem öffentlichen Zeugniß die erhöhte Beweiskraft gibt, ist nicht sowohl die Form der Urkunde als die Amtseigenschaft und Autorität der zeugenden Person oder Behörde, welche der Staat im Interesse des Publicums mit *publica fides* ausgestattet hat, für deren treue Ausübung er seinerseits sich wieder eine Garantie im Amtseide und in anderen Einrichtungen, wie Controle der betreffenden Beamten u. dgl., zu verschaffen sucht. Dass ein solches Zeugniß nur in der gesetzlichen Form der öffentlichen Urkunde seine amtliche Wirkung übt, hat seinen Grund darin, dass nur in dieser Form die Echtheit des Zeugnisses und seine amtliche Eigenschaft Jedermann ersichtlich gemacht werden kann. Wenn nun aber hieraus etwa Jemand schliessen möchte, dass dann dieselbe gesetzlich fixirte Beweiskraft ja auch den mündlichen — und zwar unbeeidigten — Zeugnissen der Beamten über Amtswahrnehmungen beigelegt sein müsste, da ja hier über die Echtheit (d. h. Identität) kein Zweifel obwalten könne, so würde er fehlgehen. Die Gründe, weshalb nur die Beweiskraft gewisser urkundlicher und nicht auch mündlicher Beamtenzeugnisse gesetzlich festgelegt ist, sind mannigfacher Art. In Betracht kommt unter Anderem: das Bedürfniss der Sicherheit des Verkehrs gerade mit gewissen Urkunden; ferner, dass dem lebendigen Zeugen gegenüber die freie Beweiswürdigung vollständig ausreicht auch da, wo sie der todten Urkunde gegenüber versagt; und vor Allem steht ja keineswegs allen Beamten, die etwa als Zeugen über Amtswahrnehmungen vernommen werden können, auch die Befugniss zu, diese Wahrnehmungen mit *publica fides* zu beurkunden. Das Beurkundungsrecht mit *publica fides* der



§§. 380, 383 ist nicht nur persönlich sehr eingeschränkt, indem es nur einzelnen Kategorien von Beamten (z. B. Notaren, Gerichtsvollziehern, Gerichtsschreibern, Civilstandsbeamten) gesetzlich beigelegt ist, sondern es ist auch rücksichtlich der öffentlichen Behörden ein sachlich beschränktes. Keineswegs wohnt jedem Zeugnisse einer öffentlichen Behörde oder eines Organes derselben über kraft Amtes gemachte Wahrnehmungen, auch wenn es in gesetzlicher Form abgegeben ist, die *publica fides* der §§. 380, 383 bei. So wird z. B. dem Protokoll einer Polizeibehörde, oder eines Organes derselben über vor demselben angeblich abgegebene Erklärungen, oder von ihr selbst angeblich kraft Amtes gemachte Wahrnehmungen (z. B. Uebertretungen u. dgl.) keineswegs die *prima facie*-Beweiskraft der angeführten Gesetzesbestimmungen beizulegen sein.<sup>20)</sup>

### III. Beweist die Urkunde die stattgehabte Abgabe einer Erklärung?

#### a) Die herrschende Ansicht.

Nach dieser kurzen Uebersicht über die einer Urkunde zu entnehmenden Beweisgründe ist hier auf eine Frage näher einzugehen, welche meines Erachtens für die Auffassung des Urkundenbeweises überhaupt von besonderer Bedeutung ist.

Die herrschende Ansicht geht dahin, jede Urkunde, sofern ihre Echtheit feststeht, beweise, dass die in ihr enthaltene Erklärung abgegeben sei, so dass der Richter in der Urkunde selbst die Abgabe der Erklärung mit seinen eigenen Sinnen wahrnehme. Stelle daher die in derselben enthaltene Aeussereung inhaltlich eine Willenserklärung dar, so bringe die Urkunde die Willenserklärung sichtbar zur Erscheinung; der Richter nehme dieselbe in der Urkunde selbst mit eigenen Sinnen wahr, so gut als ob der Disponent dieselbe mündlich in Gegenwart des Richters und des Gegners getroffen hätte.<sup>21)</sup> Man

<sup>20)</sup> Eine Untersuchung über die sachlichen Grenzen des hier in Rede stehenden Beurkundungsrechtes der öffentlichen Behörden, die meines Wissens bisher nicht angestellt ist, dürfte nicht ohne Interesse sein, verbietet sich aber hier von selbst.

<sup>21)</sup> Bayer, Votr., S. 844: Die dispositive Urkunde „liefert vollen Beweis sowohl der Existenz, als des Inhaltes der getroffenen Disposition“. —

erklärt daher den Urkundenbeweis für eine besondere Art des Augenscheinbeweises, durch welchen die Abgabe der Erklärung durch eigene Wahrnehmung des Richters festgestellt werde.

Besonders ausführlich protestirt Bähr dagegen, dass Manche geneigt seien, die Willensdisposition, den Vertrag als etwas „Ideelles, gleichsam in der Luft Schwebendes“, als „etwas ausser ihr (der Urkunde) Liegendes“ anzusehen, und „deshalb das geschriebene Wort, welches den Vertrag schafft, nur als „Beweismittel“ gelten zu lassen.“<sup>22)</sup> Vielmehr sei die Urkunde „der Rechtsact selbst“, seine „äussere Erscheinungsform“, gleichsam sein „Körper“; der Inhalt der Urkunde sei „juristische Thatsache, welcher Rechte begründet“, und soweit dieses der Fall, „höre sie auf, Beweismittel zu sein; sie sei es ebensowenig, als z. B. die zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes gesprochenen Worte Beweismittel dieses Rechtsgeschäftes seien.“<sup>23)</sup> Weil durch Augenscheineinnahme der Urkunde die Willensdisposition, „der Rechtsact selbst“ durch Augenschein festgestellt werde, sei der Gegenbeweis dahin: „dass dieser Rechtsact nicht existire“ ausgeschlossen.<sup>24)</sup>

Planck a. a. O. bezeichnet die Urkunden, sofern mit ihrer Hilfe gerade bewiesen werden soll, dass die in ihnen zu

---

„So wenig an der Existenz und dem Inhalte einer solchen Disposition zu zweifeln sein würde, wenn der Disponent dieselbe mündlich in Gegenwart des Richters und des Gegners oder beider Personen getroffen hätte, so wenig kann daran gezweifelt werden, wenn die darüber errichtete Urkunde vorgelegt wird.“ Die Urkunde „ist unmittelbar die Handlung selbst.“ — Wetzell, System, §. 24, S. 222. Renaud, Lehrbuch, §§. 118, 121. Wendt, a. a. O. S. 311 f. Hellmann, Lehrbuch, S. 532, 537 f. Heusler, a. a. O. S. 226 ff., 280 f. v. Canstein, a. a. O. S. 326 ff. v. Kries, Zeitschr. f. d. g. St.-R.-W., Bd. VI, S. 171. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, §. 34. Ders.: Der Urkundenbeweis in den Jahrb. f. Dogm., Bd. XIV, S. 27 ff. Planck, Lehrbuch, II, §. 115.

<sup>22)</sup> Bähr, Anerkennung a. a. O. und Urkundenbeweis, S. 27 ff., 37, 39.

<sup>23)</sup> Urkundenbeweis, S. 37; Anerkennung, S. 123.

<sup>24)</sup> Urkundenbeweis, S. 28, 55. — Freilich legt Bähr auch der Einhandigung der Urkunde eine gewisse Bedeutung bei, indem theils gelegentlich beigefügt wird, die eingehändigte Urkunde beweise den Rechtsact, theils ausdrücklich die Einhandigung der Urkunde bei einseitigen Verfügungen als wesentlich bezeichnet wird (vgl. a. a. O. S. 41, 43, 47, 54 f.). Insofern stehen seine Ausführungen nicht im Einklang miteinander; denn dass, soweit die Einhandigung der Urkunde wesentlich ist, die Urkunde selbst nicht der Rechtsact ist, wird sich unten zeigen.



lesende Erklärung abgegeben sei, als „Augenscheinsurkunden“ und sagt von ihnen: „Der Richter sieht den Aussteller in der Vergangenheit zur Zeit der Ausstellung dasjenige sprechen (äussern, mittheilen, erklären), was in der Urkunde zu lesen ist: eine Wahrnehmung, welche der Wahrnehmung vergleichbar ist, falls der Richter damals den vor ihm gegenwärtigen Aussteller dasselbe sprechen gehört hätte.“ Falls es sich daher um eine schriftlich abgegebene Willenserklärung handelt, so „sieht der Richter die Willenserklärung, die bewiesen werden sollte“. „Die Augenscheinsurkunde beweist demnach dem Richter, ohne dass er sich das, was er sieht, abstreiten lassen wird, somit vollständig, ohne Zulassung des Gegenbeweises, die Thatsache, dass der Aussteller in der Vergangenheit irgend einmal und irgendwo dasjenige schriftlich geäussert, mitgetheilt, erklärt hat, was in der Urschrift zu lesen ist.“<sup>25)</sup>

Wie sehr mit der gemeinrechtlichen Theorie auch die Redactoren der neueren Processordnungen von der Auffassung durchdrungen waren, dass die blosse Existenz einer echten Privaturkunde die stattgehabte Abgabe der in derselben niedergeschriebenen Erklärung ebenso beweise, als ob die stattgehabte Abgabe der Erklärung von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson in öffentlicher Urkunde bezeugt sei, ergeben die in mehrere dieser Entwürfe und beziehungsweise Processordnungen aufgenommenen dementsprechenden ausdrücklichen Bestimmungen, sowie die Begründungen fast aller dieser Entwürfe. So enthält die Württembergische Processordnung in §. 529 (Entwurf §. 533) die Bestimmung:

„Privaturkunden beweisen, sofern ihre Echtheit feststeht, die Existenz der darin enthaltenen Erklärungen und die aus diesen Erklärungen sich ergebenden Rechtsgeschäfte in gleichem Masse wie öffentliche Urkunden.“

In den Motiven (zu §. 533, S. 138 der amtlichen Handausgaben von 1869) heisst es dazu unter Berufung auf die oben angeführte Stelle bei Bayer, Vorträge: „Die echte Privaturkunde beweist so gut wie eine öffentliche Urkunde, dass die

<sup>25)</sup> Für das heutige Recht sieht Planck in dem unten näher zu besprechenden §. 381 CPO. eine dementsprechende gesetzliche Beweisregel; a. a. O. S. 229.



darin enthaltene Erklärung des Ausstellers erfolgt ist.“ — „Die Urkunde ist nicht bloß Beweismittel für die Disposition, sondern die Disposition existirt in der Urkunde“; dieselbe sei geeignet, „durch Wahrnehmung (oder, wie es an anderer Stelle heisst, durch „Augenschein“) den Willensact zur Erkenntniss zu bringen.“

Eine ähnliche Bestimmung enthielt der §. 431 des preussischen Entwurfes, zu welchem es in den Motiven (S. 97) heisst: „Jede Urkunde, sei sie eine öffentliche oder Privaturkunde, sofern ihre Echtheit feststeht, beweist, dass der Aussteller die rechtliche Disposition getroffen oder das Zeugniß oder das Geständniß abgegeben hat.“ — „Dass die Willenserklärung abgegeben sei — kann nicht mehr geleugnet werden, sobald die Urkunde, welche dieselbe vollständig enthält, als echt anerkannt ist.“ Der Beweis der Simulation sei jedoch zulässig. Eine ähnliche Bestimmung enthielt der Hannov. Entwurf im §. 371 und der Norddeutsche Entwurf, §. 562: „Privaturkunden, welche über Willenserklärungen ausgestellt sind, begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben sind, vollen Beweis der nach ihrem Inhalt von den Ausstellern abgegebenen Erklärungen und der aus diesen Erklärungen sich ergebenden Rechtsgeschäfte.“

Die deutsche CPO. hat einen entsprechenden Satz nicht aufgenommen. Zwar wird in der Begründung (S. 262) der Satz der herrschenden Lehre als unumstößlich hingestellt: „Jede Urkunde, welche eine Erklärung enthält, beweist, dass die letztere abgegeben ist.“ Enthalte die Urkunde mithin inhaltlich eine Willenserklärung, „so ist die Urkunde Träger einer rechtlichen Disposition“.

„Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, kann das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geleugnet werden.“

Diese „rationellen Sätze“ seien durch die neuere gemeinrechtliche Doctrin mit solcher Schärfe entwickelt, dass von ihrer Aufnahme in das Gesetz Abstand genommen werden könne. Ueberdies lägen aber auch begründete Bedenken gegen ihre Aufnahme vor, da der Entwurf dann gleichzeitig die Frage nach der Anfechtung der rechtlichen Disposition selbst und nach der Wirkung der letzteren auf die Rechte Dritter habe regeln müssen, was nicht Sache der CPO. sei. Ohne dieses

aber sei zu besorgen, dass die Bedeutung und Tragweite jenes Satzes den grössten Missverständnissen ausgesetzt sein würde.“

In dieser merkwürdigen Begründung, dass ein als zweifellos anerkannter Satz über den Urkundenbeweis in das Gesetz nicht aufgenommen werden dürfe, weil er die grössten Missverständnisse hervorzurufen geeignet sei, kommt meines Erachtens das richtige Vorgefühl seiner Unrichtigkeit zur Erscheinung.

Bereits früher habe ich die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht dargelegt und ausgeführt, dass die Feststellung der Echtheit einer Privaturkunde allein niemals die Abgabe einer Erklärung beweist, dass diese vielmehr stets nur durch ausserhalb der urkundlichen Aeusserung selbst liegende Umstände bewiesen werden kann; dass insbesondere die stattgehabte Abgabe einer Willenserklärung, weil Schreiben und mithin auch Unterschreiben ein lediglich interner und mithin rechtlich bedeutungsloser Act ist, nicht durch die Schrift und Unterschrift, d. h. nicht durch die Urkunde selbst, sondern nur durch die Uebergabe, beziehungsweise das Geschehenlassen der Uebergabe derselben an den an ihrem Inhalte Interessirten zu Stande kommen kann; und dass daher auch dieses Zustandekommen einer Willensdisposition nicht durch die blosse Existenz einer, wenn auch unterschriebenen echten Urkunde, sondern nur durch den Beweis der stattgehabten Begebung derselben, mithin durch ausserhalb der Urkunde selbst liegende Umstände bewiesen werden kann.<sup>26)</sup>

Da diese Ansicht in der specifisch processualischen Literatur, wie die herrschende Lehre zeigt, wenig Beachtung gefunden hat<sup>27)</sup>, so dürfte es nicht überflüssig erscheinen, wenn dieselbe hier nochmals näher ausgeführt und begründet wird, zumal dem jetzt zu statten kommt, dass inzwischen namentlich durch Bruns'<sup>28)</sup> und Brunner's<sup>29)</sup> grundlegende

<sup>26)</sup> Meine oben angeführte Abhandlung in der Münchener Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XVIII (1876), bes. S. 244—254.

<sup>27)</sup> Voll zugestimmt hat ihnen Brunner in seiner Lehre von den Werthpapieren in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes, II, S. 164 ff.

<sup>28)</sup> Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden; in den Abh. der Berliner Akad. d. Wissensch., 1876, S. 41—138, abgedruckt auch in Bruns, Kleine Schriften, Bd. II, S. 37 ff. (wonach hier citirt wird).

<sup>29)</sup> Brunner, Carta und Notitia (Festgabe für Mommsen, 1877, S. 570 ff.). Ders: Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. XXII, S. 529 ff. und: Zur



Forschungen über das römische und die des Letzteren über das altgermanische Urkundenwesen die Richtigkeit jener Sätze auch für das römische Recht und die alddeutschen Stammesrechte eine Bestätigung gefunden hat. Die Verwerthung der von Diesen für die Geschichte der Urkunde zu Tage geförderten Resultate wird dazu beitragen können, auch die Auffassung des Urkundenbeweises für das heutige Recht zu klären.

Auszugehen ist dabei meines Erachtens nicht von der üblichen Gleichstellung der Schrift mit dem gesprochenen Worte, sondern von der wesentlichen Verschiedenheit beider.

Ein Gedanke (im weitesten Sinne des Wortes) kann eine privatrechtliche Bedeutung immer nur dadurch gewinnen, dass er sinnlich wahrnehmbar zum Ausdruck gebracht, und dass er überdies in irgend einer Form entäussert, mitgetheilt, erklärt wird. Bei der mündlichen Rede fällt beides naturgemäss in einen Act zusammen, denn dieselbe, soweit sie überhaupt von rechtlicher Erheblichkeit sein kann, richtet sich stets an einen Anderen, oder wird von Anderen gehört; ein Selbstgespräch ist rechtlich bedeutungslos. Die Rede, soweit sie überhaupt rechts-erheblich werden kann, ist dies immer kraft ihrer selbst. Anders verhält es sich mit der Schrift. Sie ist zwar sinnlich — und zwar dauernd — wahrnehmbare Fixirung eines Gedankens, aber sie ist an und für sich niemals Mittheilung eines solchen an Andere; beide Acte fallen hier — sofern der zweite überhaupt erfolgt — immer auseinander. Die Schrift als solche richtet sich nur an das todte und geduldige Papier und ist, solange sie nur dieses thut, selbst todt. Die Niederschrift an sich — mag sie einen Inhalt haben, der unter Umständen von der grössten rechtlichen Erheblichkeit werden kann — ist für sich selbst ein rechtlich bedeutungsloser Act; denn sie ist für sich selbst niemals Entäussderung einer Erklärung; wie sie wirkungslos entsteht, kann sie wirkungslos wieder vernichtet werden. Schreiben an sich ist wie Denken ein rein interner Act, es hat so wenig rechtliche Bedeutung wie etwa eine Unter-

---

Geschichte der römisch-germanischen Urkunde, 1880. — Vgl. auch Bresslau, Urkundenbeweis und Urkundenschreiber etc. in Forschungen zur deutsch. Gesch., Bd. XXVI, S. 1 ff. und Ders., Handbuch der Urkundenlehre, I, bes. Cap. I und 14. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, §§. 107 und 109. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte (2. Aufl. 1894), §§. 33 und 37.

haltung mit einem Jagdhunde oder ein auf einsamem Berge in die Luft gerufenes Versprechen. Die Schrift kann rechtliche Bedeutung immer nur gewinnen durch andere, ausser ihr selbst liegende Umstände, welche eine Entäusserung des Geschriebenen in sich schliessen.<sup>30)</sup>

Wirkt das Schreiben aber zunächst nur sichtbare Fixirung eines Gedankens, nicht Abgabe einer Erklärung, so kann auch die Schrift, d. h. die Urkunde kraft ihrer selbst niemals etwas Anderes beweisen, als dass der Aussteller dieses zu Papier gebracht hat. Beweisbedeutung für irgend etwas Anderes kann sie nur durch andere, ausser ihr liegende Umstände erlangen, welche theils begleitende, theils — und das ist die Regel — nachfolgende sein können.

So verhält es sich zunächst mit allen schriftlichen Willenserklärungen im Rechtssinne. Die Beweisbedeutung der sogenannten dispositiven Urkunden kann nur bestimmt werden von der materiellen Bedeutung aus, welche der Urkunde bei dem Zustandekommen des mit ihrer Hilfe geschlossenen Rechtsgeschäftes zukommt. Denn sie kann nicht mehr beweisen, als sie gewirkt hat. Eine Willensdisposition kann nur zu Stande kommen durch die Abgabe der betreffenden Willenserklärung an den Destinatär derselben, also z. B. bei Verträgen an den Mitcontrahenten. Das blosse Schreiben aber ist niemals eine Erklärung des Willens im angegebenen Sinne. Soll daher eine Willenserklärung schriftlich abgegeben werden, so ist die Mittheilung des Geschriebenen, d. h. die Begebung der Urkunde, die Erklärung des Willens, der „Rechtsact“, der „Vertrag“.<sup>30a)</sup> Gewiss ist dieser Rechtsact nichts „Ideelles“, nichts „in der Luft Schwebendes“, sondern ein realer Vorgang, aber gerade deshalb „etwas ausser der Urkunde Liegendes“. Nicht das Schreiben und daher auch nicht die Urkunde „ist der Rechtsact“, der „Vertrag“ u. s. w., sondern der „Rechtsact“ u. s. w. ist eine mit der

<sup>30)</sup> Wenn man aus dem von den italienischen Juristen (z. B. Tancred, *ordo jud.* III, 13 pr. u. § 6) für die Schrift gelegentlich gebrauchten Bilde einer *vox mortua* einen zutreffenden juristischen Gedanken herauschälen will, so kann es meines Erachtens nur der der wesentlichen Verschiedenheit von Rede und Schrift sein, der Ton wäre auf das *mortua* im Gegensatz zur *vox viva* zu legen.

<sup>30a)</sup> In diesem Sinne hat der Ausspruch Coke's über das englische Recht (vgl. Best-Marquardsen, Grundzüge des englischen Beweisrechtes, 1851, S. 211): *Traditio facit loqui chartam* auch heute noch seine volle Bedeutung.



Urkunde vorgenommene, einmalige und mit ihrem Geschehen für immer der Vergangenheit anheimgefallene Handlung.

Im Vorstehenden ist, wie wohl kaum bemerkt zu werden braucht, nur von Verfügungen unter Lebenden die Rede. Bei letztwilligen Verfügungen kann der Natur derselben gemäss von einer unmittelbaren Begebung der Urkunde an die Interessenten nicht die Rede sein. Die Abgabe der Erklärung wird hier durch andere Formen dargestellt; soweit das Privat-testament gilt, durch Zuziehung von Zeugen, oder, soweit die bloß eigenhändige, letztwillige Verfügung gültig ist, durch andere Formen und in allen Fällen durch Aufbewahrung bis zum Tode. Im Folgenden ist nur von Verfügungen unter Lebenden die Rede.

#### b) Das römische Recht.

Die bezeichnete Auffassung war auch die der Römer, seit dieselben überhaupt die dispositiven Urkunden im eigentlichen Sinne, d. h. eine schriftliche Uebermittlung von Willenserklärungen kennen, — eine Entwicklung, die erst im dritten Jahrhundert nach Chr. begonnen hat.

Das ältere römische Recht kannte nur die reine Beweisurkunde, wie sie uns namentlich in den seit 1786 in Siebenbürgen aufgefundenen Urkunden über Verträge (Kaufverträge, Dienstverträge mit Bergarbeitern, ein Societätsvertrag u. a.) aus den Jahren 131 bis 167 nach Chr., sowie in den pompejanischen Quittungsurkunden aus den Jahren 65 bis etwa 79 nach Chr. erhalten sind.<sup>31)</sup> Behufs des Verständnisses der Bedeutung dieser Urkunden kann eine kurze Bemerkung über ihre bekannte Form (Diptychen und Triptychen) hier nicht umgangen werden. Die Innenseite der mit Wachs überzogenen, mittelst Faden verschlossenen und von aussen zugesiegelten Holztafeln enthält den Text der Urkunde, welcher regelmässig den Inhalt des abgeschlossenen Geschäftes objectiv in der dritten Person referirt und weder die Unterschrift eines Ausstellers noch eines Zeugen trägt.<sup>32)</sup> Auf der Aussenseite ist der

<sup>31)</sup> Publicirt von Mommsen im *Corp. inscr. latin. III*; auch zum Theil abgedruckt in Bruns' *fontes jur. rom. ant.*

<sup>32)</sup> Ueber den Unterschied dieser Form von dem *chirographum*, Brunner, *Zur Geschichte der Urkunde*, S. 44 ff. — Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.* I, 778 ff., 799 ff.



Verschluss durch meist sieben den Faden zusammenhaltende Siegel hergestellt, unter denen sich häufig auch das Siegel des Ausstellers und seines etwaigen Bürgen befindet. Auch bei zweiseitigen Verträgen, wie Kauf- und Dienstverträgen, findet sich nur das Siegel des einen Contrahenten, des Ausstellers.<sup>33)</sup> Den Siegeln sind *pro notitia*, und zwar regelmässig vom Urkundenschreiber die Namen der Siegelinhaber beigefügt. Von einer eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers und der Zeugen ist also nicht die Rede. Die Siegel haben nur den Zweck des Verschlusses der Urkunde, damit der andere Contrahent, dem die Urkunde übergeben wurde, dieselbe nicht ohne Zuziehung der Zeugen und des Ausstellers öffnen und etwa eine — bei Wachstafeln ja so leichte — Fälschung vornehmen könne. Der meist von dritter Hand beigesetzte Name des Siegelinhabers hat nur den Zweck, die Recognition der Siegel zu erleichtern. War die Urkunde etwa vom Aussteller selbst geschrieben, so mochte derselbe ja auch in seiner eigenhändigen Schrift noch eine weitere Garantie gegen Fälschung des Inhaltes erblicken. Der Zweck der Urkunde war hiernach nicht wie heute (bei den dispositiven Urkunden) die schriftliche Uebermittlung einer Willenserklärung, sondern lediglich der, den Beweis des Inhaltes eines mündlich geschlossenen Geschäftes durch die Zuziehung von Zeugen und die Zusiegelung der Urkunde zu sichern und eine Fälschung seines Inhaltes zu verhüten. Lediglich in diesem Sinne wird auch das Gesetz Nero's über die Form der Versiegelung von Sueton und von Paulus aufgefasst.<sup>34)</sup> Mit Recht hat daher Bruns, wie schon hier bemerkt werden mag, auf die Unrichtigkeit der nicht seltenen Annahme hingewiesen, die Namensunterschrift sei den Römern ein wesentliches Erforderniss der Urkunde gewesen, oder dass überhaupt die Römer jener Zeit die Namensunterschrift im heutigen Sinne als das Zeichen der Genehmigung von etwas Geschriebenen gekannt hätten. Diesem

<sup>33)</sup> In dem Societätsvertrage (bei Bruns' *fontes*, 6. Aufl. 1893, S. 334) deutet am Schlusse die Bemerkung: *De qua re dua paria tabularum signatae sunt* darauf, dass ein vom anderen Contrahenten zugesiegeltes Exemplar dem Gegner behündigt worden ist.

<sup>34)</sup> *Suet. Nero, 17, Paulus rec. sent. 5, 25, 6*, abgedruckt bei Bruns, *Unterschriften*, S. 43.

Zwecke der reinen Inhaltsangabe einer mündlich getroffenen Verfügung entspricht auch die Form der Vertragsurkunden, in welchen nicht etwa ein Aussteller in der ersten Person redet, sondern lediglich über den Inhalt einer mündlich abgegebenen Erklärung referirt wird: *accepisse, habere, locasse „dixit“*.<sup>36)</sup> Die Urkunden sind nichts als ein von Zeugen durch den Verschluss mit ihrem Siegel beglaubigtes Protokoll über eine mündlich abgegebene Erklärung der Partei.

Allerdings kann auch schon bei dem Zustandekommen der Willenserklärung die Urkunde eine Rolle spielen, sofern der Disponirende behufs näherer Bezeichnung des Inhaltes seiner mündlich abzugebenden Willenserklärung sich auf eine Schrift bezieht, und damit den Inhalt der Urkunde seiner mündlichen Erklärung einverleibt: *Haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri spondes?*<sup>36)</sup> oder: *ut in his tabulis scripta sunt, ita do ita lego*.<sup>37)</sup> Dass die Willenserklärung abgegeben ist, kann nicht durch die Urkunde, die nur Trägerin eines Inhaltes ist, sondern immer nur durch andere Beweismittel, nämlich durch Zeugen bewiesen werden. Wenn dann die Zeugen jene Worte in Beziehung auf diese Schrift bezeugten, so war der Beweis durch diese Verbindung nunmehr hergestellt, durch die Urkunde für den Inhalt, durch die Zeugen für die stattgehabte Abgabe der Erklärung.

Alles dieses verhielt sich auch bis in die spätere Kaiserzeit mit dem Testament nicht anders. Auch zu Gajus' Zeit war der Testiract eine mündliche Willenserklärung, bei welcher der Testator zur näheren Bezeichnung des Inhaltes derselben auf eine Schrift Bezug zu nehmen pflegt, und Gajus fügt der Beschreibung dieses Actes der *nuncupatio* hinzu:

*et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

<sup>36)</sup> Bei den pompejanischen Quittungstafeln ist das auf der Aussenseite befindliche offene Exemplar in der Form des *chirographum*, in der ersten Person abgefasst. Ueber die Schenkung *Statae Irenes* (bei Bruns' fontes, S. 295), in welcher am Schlusse die Stipulationsclausel in der ersten Person formulirt ist (ohne Namensunterschrift), vgl. Bruns, Unterschriften, S. 44 und 95 und Brunner, Zur Gesch., S. 47 f.

<sup>36)</sup> *L. 71 pr. D. 17, 2*, vgl. dazu z. B. die Stipulationsclausel in der *donatio Statae Irenes* (bei Bruns' fontes, a. a. O.).

<sup>37)</sup> Gajus, 2, 104.



Also auch hier ist die Rede, nicht die Schrift die Willenserklärung; die letztere gibt nur den Inhalt der Erklärung an und wird zur Verhütung der Fälschung zugesiegelt. Auch hier kann daher die stattgehabte Abgabe der Erklärung nicht durch die Urkunde, sondern nur durch ausser ihr liegende Beweismittel, nämlich durch die Zeugen bewiesen werden, in deren Gegenwart die entsprechende Erklärung abgegeben ist.

Lediglich in diesem Sinne, dass der Inhalt der Schrift nur, soweit er als Theil der mündlichen *oratio* erscheint, von Bedeutung ist, vermag ich auch den Ausspruch des Paulus zu verstehen in

*L. 38, D. de O. et A. 44, 7: non figura litterarum sed oratione, quam expriment litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

Denn wollte man die Stelle wie üblich auf dispositive Urkunden im heutigen Sinne beziehen und in ihr lediglich die Unterscheidung einerseits der sichtbaren Wortzeichen und andererseits des durch diese gegebenen Sinnes finden<sup>37a)</sup>, so wäre nicht nur diese Unterscheidung eine völlig müssige und bedeutungslose, weil ja mit den Worten ohne Weiteres auch ihr Sinn gegeben ist, sondern auch die aus ihr gezogene Schlussfolgerung eine logisch ganz verkehrte.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich endlich, dass auch beim Testament die Unterschrift kein Erforderniss ist; vielmehr ist dieselbe als solche erst mit Entwicklung der dispositiven Urkunde durch spätere Kaiserconstitutionen eingeführt<sup>38)</sup>, und zwar, wie Bruns<sup>39)</sup> nachgewiesen hat, als allgemeine Regel durch das Gesetz Theodosius II. vom Jahre 439 nach Chr.<sup>39a)</sup>

Erst im dritten Jahrhundert nach Chr. beginnt eine allmälige Umgestaltung des Urkundenwesens. In Anknüpfung an die gewöhnliche (ebenfalls unterschriftslose) *epistula* entwickelt sich allmählig die dispositive Urkunde.<sup>40)</sup> Mit dem

<sup>37a)</sup> So z. B. Bähr, Anerkennung, §. 34, Anm. 2.

<sup>38)</sup> §. 3 Inst., 2, 10.

<sup>39)</sup> A. a. O. S. 77 ff.

<sup>39a)</sup> *Nov. Theod. tit. 16 (ed. Haenel).*

<sup>40)</sup> Ueber diese Entwicklung Bruns, a. a. O. S. 105 ff. — Brunner, a. a. O. S. 49 ff. Auf dispositive Urkunden deuten schon die in den Quellen nicht seltenen Ausdrücke: *Convenire per epistulam, per litteras; vendere, donare per epistulam, in libertatem producere per epistulam* u. dgl.

Ersatz der gewachsenen Holztafeln durch den Papyrus vermindert sich wesentlich die Leichtigkeit und die Gefahr der Fälschung; das Zusiegeln der Urkunden kommt ab, und an Stelle des äusseren Verschlusses tritt allmählig die Sitte, dass der Contrahent und die Zeugen unter die offene Urkunde ihre Namensunterschrift setzen, um deren Echtheit zu beglaubigen. Rechtsregel war aber auch dieses nicht, wenn auch im fünften Jahrhundert bereits die allgemeine Sitte bestand, wie aus den Constitutionen der Kaiser Zeno vom Jahre 478 (*l. 31 Cod. 8, 53*) und Leo vom Jahre 469 (*l. 11 Cod. 8, 17*) erhellt. Justinian hat dann die Namensunterschrift sowohl des Ausstellers, als der Zeugen für gewisse Geschäfte vorgeschrieben, namentlich für die Bürgschaft der Frauen, für die *manumissio per epistulam*, für das behufs Erlangung des *benef. inventarii* anzufertigende Inventar und für schriftlich geschlossene Verträge unter den gleich zu erörternden Voraussetzungen.<sup>41)</sup> Im Anschlusse hieran bildet sich der Beweis der Echtheit der Urkunde durch Schriftvergleichung und Eid aus, welcher dem älteren Recht fremd war. Die römischen Urkunden aus der Zeit vom fünften bis siebenten Jahrhundert<sup>42)</sup> tragen sämtlich die Namensunterschrift oder das nach bezeugter gerichtlicher Vorlesung darunter gesetzte Kreuz des Ausstellers und der Zeugen.

Wird nun in dieser Weise die Urkunde als Trägerin des Inhaltes einer Willenserklärung benutzt, so ist nicht das Schreiben der Urkunde, auch nicht des Namens, sondern die Begebung derselben aus der Hand des Ausstellers in die des Destinatars der Act des Vertragsschlusses. Das wird ausdrücklich ausgesprochen namentlich in einem Rescript Diocletian's v. 285<sup>43)</sup>:

*Cum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisse nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit, liberalitatem, quoniam adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse. Igitur ut quaestio quae inter vos orta est cognita causa comprimatur, a viva matre tua neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende.*

<sup>41)</sup> Die sämtlichen auf die Unterschrift bezüglichen Kaiserconstitutionen bei Bruns, a. a. O. S. 106 ff.

<sup>42)</sup> Publicirt von Marini, *papiri diplomatici no 83—131*.

<sup>43)</sup> *Fragm. Vat. 297*.



Hier wird geradezu ausgesprochen, dass durch die untersiegelte Schenkungsurkunde die behauptete Schenkung keineswegs zu Stande gekommen ist und deshalb auch nicht bewiesen wird. Vielmehr wird das Beweisthema darauf gestellt, dass jene Urkunde aus der Hand der Schenkerin in die der Beschenkten begeben worden sei.<sup>44)</sup>

Eine Constitution von 394 (*C. Th. II, 29, 2*) schreibt vor, dass, wenn bei dem *contractus suffragii* das Eigenthum an Grundstücken übergehen soll, *scriptura, quae ea (praedia) in alium transferat, emittatur.*

Als endlich im späteren römischen Rechte die Stipulation in der schriftlichen Vertragsform aufgeht, ist das, was an Stelle der feierlichen Frage und Antwort tritt, nicht etwa die Schrift, sondern der Austausch der Urkunden *inter praesentes*.<sup>45)</sup> Und auch Justinian, indem er von dem Erforderniss der *praesentia* insofern absah, als er derjenigen Urkunde gegenüber, welche die Anwesenheit der Parteien bezeugt, den Einwand der Abwesenheit abschnitt<sup>46)</sup>, hat nicht etwa das Schreiben der Urkunde an Stelle ihrer Begebung gesetzt.

Endlich ist auch der vor dem *tabellio* gefertigte Urkundungsact erst verbindlich, wenn die Urkunde aus der Hand des Disponirenden in die des Destinätärs übergeben worden ist; *l. 17. Cod. 4. 21:*

— *si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo partibus absoluta sint.*<sup>47)</sup>

Dieses *absolvere* (*ἀπολύειν*) ist, wie Brunner nachgewiesen hat<sup>48)</sup>, nach den Constitutionen Justinian's und den Quellen des griechisch-römischen Rechtes die den ganzen Beurkundungsact beendende Aushändigung der vom *tabellio* bereits vollzogenen Urkunde (*completa*) aus der Hand des Ausstellers

<sup>44)</sup> Dass dabei der Beweis der Negative dem Bittsteller auferlegt wird, hat seinen Grund offenbar darin, dass die Enkelin im Besitz der Urkunde war, und hierin nach der in Rom geltenden freien Beweiswürdigung *prima facie* ein Indiz für die stattgehabte Begebung gefunden werden konnte.

<sup>45)</sup> Gneist, Die formellen Verträge, S. 260.

<sup>46)</sup> *l. 14. Cod. 8. 37.*

<sup>47)</sup> Vgl. *pr. Just. 3, 23: si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere.*

<sup>48)</sup> A. a. O., S. 74 ff.

in die Hand des Destinatärs. In Italien dagegen erfolgt diese den Vertragsschluss ausmachende Tradition der Urkunde seitens des Ausstellers an den Destinatär vor der notariellen *completio*, damit die Zeugen und der Notar die stattgehabte Begebung noch in ihren Unterschriften bezeugen können. Erst von dem Momente dieser Begebung der Urkunde sind die Contrahenten an den Vertrag gebunden; fehlt dieselbe, *et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione.*<sup>49)</sup>

Von Bedeutung für diese Auffassung des schriftlichen Vertragsschlusses sind endlich auch die oben bereits erwähnten, seit dem fünften Jahrhundert durch einzelne Kaiserconstitutionen gegebenen Formvorschriften für die dispositiven Vertragsurkunden. Entscheidend und in Uebereinstimmung mit den darauf bezüglichen Constitutionen wird die Form in *pr. J. 3, 23* dahin angegeben:

— *in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem . . . rel.* (folgt der oben mitgetheilte Passus).

Demnach soll die Vertragsurkunde entweder von einem Contrahenten eigenhändig geschrieben oder, wenn von anderer Hand geschrieben, von einem Contrahenten unterschrieben sein.<sup>60)</sup> Der schriftliche Vertrag setzt mithin nicht voraus, dass beide Contrahenten schreiben, auch nicht ihren Namen. „Er wird nicht durch die beiderseitige Schrift, sondern durch Geben und Nehmen einer Urkunde abgeschlossen. Die Urkunde braucht

<sup>49)</sup> Vgl. *pr. J. cit.*

<sup>60)</sup> Vgl. auch *l. 1, §. 1, Cod. 7, 6*, und besonders Brunner, a. a. O. gegen die frühere Annahme, dass beide Contrahenten zu unterschreiben hätten, sowie daselbst den Nachweis, dass auch *l. 11, Cod. 7, 17* und *l. 17, Cod. 4, 21* mit *pr. Inst. cit.* vereinbar, und dass die sämtlichen von Marini a. a. O. mitgetheilten Vertragsurkunden nur von einem Contrahenten, dem *donator* oder *venditor* unterschrieben sind. Die Unterschrift beider Contrahenten kommt nur in Frage, wenn der Vertrag durch Begebung einer Urkunde von beiden Seiten geschlossen wird, wie etwa bei Tauschverträgen u. dgl., wobei je ein Exemplar von je einem Contrahenten zu unterschreiben ist. Darauf deutet auch der Societätsvertrag vom Jahre 167 (bei Bruns *fontes*, S. 269) am Schlusse: *De qua re dua parva tabularum signatae sunt.*



nur ein Theil, nämlich der Aussteller, zu unterschreiben. Der andere Contrahent schreibt nicht, sondern nimmt Geschriebenes.“

Fragen wir nun nach dem Grunde der auffallenden Erscheinung, dass die schriftliche Willenserklärung sich bei den Römern erst so spät, im dritten Jahrhundert nach Chr. entwickelt hat, so ist es derselbe, den Bruns für das späte Aufkommen der Unterschrift angegeben hat. Er lag nicht etwa in der Schreibkunde der Römer, sondern in der eigenthümlichen Bedeutung, welche die gesprochene Wortformel im älteren römischen Recht hat. Die Willenserklärung ist eine Mittheilung des Willens, und die einzige Form für diese ist den Römern das gesprochene Wort. *Uti lingua nuncupasset ita jus esto* ist das Grundprincip der XII Tafeln für Testamente und Verträge, und auch später beherrscht die gesprochene Wortformel alle rechtlichen Geschäfte, Testamente, Stipulationen, Mancipation, Process u. s. w.<sup>51)</sup> Die Urkunde kann daher nur als Angabe und Beweismittel für den Inhalt des gesprochenen Wortes dienen. Als Rest dieser Anschauung darf es wohl aufgefasst werden, wenn noch zu Justinian's Zeit, als die Stipulation im schriftlichen Verträge aufgeht, wenigstens die Begebung der Urkunde *inter praesentes* erfolgen muss, bis Justinian sich mit der Begebung auch *inter absentes* begnügt, falls nur die *praesentia* — wenn auch unrichtig — in der Urkunde bezeugt ist.<sup>52)</sup>

Natürlich kann man sich diesem Rechtszustand gegenüber nicht etwa dafür, dass die Urkunde selbst der „Rechtsact“, der „Vertrag sei“, auf Stellen berufen, in welchen von der verpflichtenden Kraft der Urkunde gesprochen wird, wie etwa *l. 26, § 3, D. 16, 3*:

*Paul. Quaero an ex hujusmodi scriptura obligatio quaedam nata sit? Respondit, ex scriptura de qua quaeritur obligationem quidem nullam natam videri . . . rel.*

Solche und ähnliche Fragen nach der verpflichtenden Bedeutung einer Urkunde sind eben nur Fragen nach dem Inhalte einer abgegebenen Erklärung und setzen die stattgehabte

<sup>51)</sup> Noch Ulpian in *l. 1, pr. 45, 1*, sagt: *stipulatio non potest confici nisi utroque loquente.*

<sup>52)</sup> Vgl. oben S. 27.

Begebung als selbstverständlich voraus<sup>53)</sup>; und ebensowenig darf man sich darauf berufen, dass in den Quellen gelegentlich die Kaufbriefe über Grundstücke *emptions agrorum*<sup>54)</sup>, die Vertragsurkunden *pacta*<sup>55)</sup> oder *contractus*<sup>56)</sup>, Schenkungsurkunden *donationes* genannt werden. Auch heute bezeichnet die vulgäre Sprache die Urkunden, welche zur Uebermittlung einer Willenserklärung gedient haben und daher zum Beweise des Inhaltes einer solchen dienen können, als „Kaufverträge“, „Schenkungen“ u. s. w. Juristisch scharf und vollständig ausgedrückt ist das ja nicht; aber eben deshalb kann aus solchen Abkürzungen des Sprachgebrauches nicht auf die rechtliche Natur der Willenserklärungen und ihres Zustandekommens zurückgeschlossen werden.

### c) Die germanischen Stammesrechte.

In den deutschen Stammesrechten, deren Urkundenwesen bekanntlich auf römischen Ursprung zurückzuführen ist, tritt der Satz, dass nicht das Schreiben, sondern die Begebung der Urkunde der Vertragsabschluss ist, und dass die Privaturkunde nicht ihre eigene Begebung und mithin auch nicht den stattgehabten Abschluss des Geschäftes beweisen kann, vermöge des das altgermanische Recht beherrschenden formalen Beweissystemes äusserlich noch schärfer hervor als in dem vom Princip freier Beweiswürdigung beherrschten römischen Rechte.

Die rechtsförmliche Uebergabe der Urkunde aus der Hand des Ausstellers in die Hand des Urkundendestinatärs, *traditio chartae*, ist ein aus Rede und Handlungen zusammengesetztes formelhaftes Verfahren, welches, wenn auch mit Abweichungen in Einzelheiten, doch in den verschiedenen Stammesrechten denselben Grundcharakter aufweist.<sup>57)</sup> Das Wesentliche des Vor-

<sup>53)</sup> In anderen Wendungen tritt ja die Nothwendigkeit der Begebung oft genug hervor, wie: *Titius epistulam emisit, ad creditorem epistulam ejusmodi fecit l. 24, 26, D. 13, 5; l. 31 eod. u. a. a. O.*

<sup>54)</sup> *l. 2 Cod. 8, 16.*

<sup>55)</sup> *Ulp. l. 7, §. 12, D. 2, 14.*

<sup>56)</sup> *l. 14, pr. Cod. 4, 30, l. 14. Cod. 8, 37.*

<sup>57)</sup> Am ausführlichsten geregelt im *cartularium Langobardicum*; darüber Brunner, Zur Geschichte der röm.-germ. Urkunde, S. 97 ff.; über die *traditio* der langob.-fränkischen Urkunde, daselbst S. 104 ff.; über das fränkische Recht, daselbst S. 260 ff., 104 ff.



ganges besteht, sofern es sich um urkundliche Uebertragung von Grundbesitz handelt, darin, dass die Urkunde, und zwar das unbeschriebene Pergament oder jedenfalls die noch nicht vollzogene Urkunde, auf den Grund und Boden niedergelegt und mit den Investitursymbolen (in Italien auch noch mit einem Tintenfass) belegt und sodann von dem Aussteller aufgenommen (*levatio chartae*) und dem Urkundendestinatär übergeben wird.<sup>58)</sup> Demnächst wird dieselbe dem Notar oder sonstigen Schreiber zum Schreiben, beziehungsweise zum Vollzuge übergeben und endlich von diesem dem Destinatär ausgehändigt. Diese *traditio chartae*, unter welcher in allen Fällen, wie Brunner nachgewiesen hat, nicht die Ausantwortung des vollzogenen Instruments seitens des Notars, sondern die Uebergabe seitens des Ausstellers an den Destinatär verstanden ist, ist der Act des Vertragsschlusses. „Die Vertragsurkunde, so lange sie nicht in dieser Weise tradirt worden, ist nicht *charta* im rechtlichen Sinne. Sie hat für den Vertrag, von dem sie spricht, keine privatrechtliche Wirkung.“<sup>59)</sup>

Der ganze Beurkundungsvorgang, welcher dieser *traditio chartae* folgt, hat nur den Zweck, den Beweis derselben und damit des geschlossenen Vertrages zu sichern, „aus dem Perfectionsmittel des Vertrages auch ein Beweismittel zu schaffen.“<sup>60)</sup> Auch dieser Vorgang ist mit mannigfachen, in Einzelheiten bei den verschiedenen Stämmen von einander abweichenden Formen verknüpft. Den Zeugen wird die Urkunde zum Berühren hingehalten, demnächst erfolgt das Unterschreiben, beziehungsweise Signiren der Zeugen und endlich die Vollziehung durch den Notar.<sup>61)</sup> In der Vollziehungsformel wird die stattgehabte Tradition der Urkunde noch besonders bezeugt durch das „*post traditam*“.<sup>62)</sup>

<sup>58)</sup> Inwieweit die Ausdrücke: eine Urkunde aufnehmen, Protest leviren n. s. w., etwa mit jenem alten Brauch zusammenhängen, mag auf sich beruhen bleiben.

<sup>59)</sup> Brunner, a. a. O. S. 87 ff.

<sup>60)</sup> A. a. O. S. 97 ff.

<sup>61)</sup> Vgl. Brunner, *Carta* und *Notitia*, a. a. O. und Zeitschrift für Handelsrecht, a. a. O. S. 529 ff.

<sup>62)</sup> Z. B. *Ego Protasius, qui supra, scriptor hujus cartulae donationis post traditam complevi et dedi*. Darüber, dass dieses früher verschieden gedeutete „*post traditam*“ weder von der Uebergabe des Vertragsgegenstandes,

Abgesehen von diesem wichtigen Satze, dass auch nach altgermanischem Rechte lediglich die Begebung der Urkunde der Act des Vertragsschlusses ist, gibt dieser feierliche Beurkundungsact noch zu zwei Bemerkungen Veranlassung, welche hier für uns von besonderem Interesse sind.

Einmal nämlich hat die bei der Auflassung eines Grundstückes erfolgte Urkundenbegebung für den Erwerb der durch die Uebergabe des Grundstückes bedingten Rechte dieselbe rechtliche Wirkung wie die reale Investitur. Sie begründet den Uebergang des Eigenthums unter denselben Voraussetzungen, unter denen die reale Investitur ihn begründen würde.<sup>65)</sup> Sie ersetzt die Uebergabe des Gegenstandes des Rechtsgeschäftes, bringt insoferne den eigentlichen Rechtsact unmittelbar zur äusseren Erscheinung. Diese Thatsache ist wohl nicht ohne Einfluss geblieben auf eine unten zu erwähnende Auffassung Heusler's auch des heutigen Urkundenbeweises.

Noch wichtiger aber für uns ist, dass dieser Beurkundungsact des altdeutschen Rechtes trotz aller Feierlichkeit dennoch seinen Zweck nicht erreicht. Trotz alles Aufwandes von Formen, durch welche die *traditio chartae* sinnfällig gemacht wird, und trotz aller Formalitäten, welche den Beweis der stattgehabten *traditio* sicherstellen sollen, vermag die altdeutsche Privaturkunde (das Wort im Sinne des altdeutschen Rechtes, d. h. im Gegensatze zur Königsurkunde und der langobardischen Gerichtsurkunde genommen) die stattgehabte *traditio chartae* und mithin den Abschluss des Vertrages nicht zu beweisen. Denn der Gegner des Urkundenproducenten kann die Urkunde in mehr oder minder feierlicher Form anfechten, schelten. Die Stammesrechte unterscheiden dabei nicht die formelle Echtheit und die materielle Wahrheit der Urkunde, vielmehr stellt die Schelte die Urkunde ihrer ganzen Bedeutung nach in Frage. Der Urkundenproducent muss daher im Falle der Schelte nicht etwa nur die Echtheit der Urkunde, sondern den in derselben

---

noch von der schliesslichen Aushändigung der Urkunde durch den Notar, sondern immer von jener Begebung seitens des Ausstellers an den Destinatar zu verstehen ist, vgl. Brunner, a. a. O. S. 87 ff.

<sup>65)</sup> Brunner, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. XXII, S. 535, 548. — S o h m, Zur Geschichte der Auflassung (Festgabe der Strassburger Facultät für Thöl). — Brunner, Zur Gesch. d. Urk., S. 288 ff.



bezeugten Vorgang selbst mit Zeugen, beziehungsweise Eid, beweisen. Die Urkundszeugen sind nicht Zeugen der Beurkundung, sondern der beurkundeten Handlung; das Beweisthema ist nicht, dass der in der Urkunde als Schreiber genannte Notar dieselbe geschrieben, sondern dass der beurkundete Vorgang selbst sich zugetragen hat.<sup>64)</sup> Der Grund für diese weitgehende Wirkung der Urkundenschelte ist offenbar der, dass dem Urkundenschreiber, Notar etc., nach altgermanischem Rechte keine *publica fides* im heutigen Sinne beiwohnt, d. h. dass dem bloß urkundlichen Zeugniß selbst des Notars keine Beweiskraft zukommt. Der Urkundenbeweis löst sich also im Falle der Schelte immer in einen Zeugen-, beziehungsweise Eidesbeweis auf.<sup>65)</sup> Insofern kann man also sagen, dass es einen selbständigen Urkundenbeweis im älteren germanischen Rechte überhaupt nicht gab. Dieses Ergebniss, so weit es uns hier namentlich interessiert, lässt sich auch so ausdrücken: die altgermanische Privaturkunde kann die ihr selbst widerfahrene Tradition und mithin die stattgehabte Abgabe der darin bekundeten Willenserklärung und damit den Abschluss des Rechtsgeschäftes nicht beweisen.

#### d) Das mittelalterlich deutsche Recht und die Legaltheorie die Quelle der herrschenden Lehre.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die oben dargelegte heute herrschende Auffassung weder im römischen, noch in den an dieses anknüpfenden Stammesrechten einen Anhalt findet.

Die Frage nach dem geschichtlichen Ursprunge dieser so tief gewurzelt und so dauerhaften Lehre hat mich lange und oft beschäftigt, und ich glaube nicht fehl zu gehen, wenn ich denselben in dem Urkundenwesen finde, wie es sich seit etwa

<sup>64)</sup> Brunner, Zeitschr. f. Handelsrecht, a. a. O. S. 515 ff. Derselbe, *Carta und notitia*, a. a. O. S. 583 und Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 420 ff.

<sup>65)</sup> Für den speciellen Fall des inzwischen erfolgten Todes des Urkundenschreibers nimmt Breslau, Forsch. z. deutschen Gesch., 26, S. 15 und Handbuch I, S. 488, wenigstens für das Gebiet der *lex Rib.* (auf Grund 59, 5 das.) die Zulässigkeit der Erhärtung der Urkunde durch bloße Schriftvergleichung, also ein *publica fides* des Urkundenschreibers und damit ein vollbeweiskräftiges, urkundliches Zeugniß an. Vgl. gegen Brunner, Rechtsgeschichte, II, S. 423, Anm. 16.

dem 10. Jahrhundert in Deutschland auf einer abweichenden — vielleicht urgermanischen — Grundlage entwickelt hat.<sup>66)</sup>

Bekanntlich gerieth das Urkundenwesen der Stammesrechte in Bayern seit Ludwig dem Deutschen und bei den Schwaben und Franken seit etwa dem 10. Jahrhundert mit dem Verschwinden des Gerichtsschreiberamtes in Verfall. Urkundliche Aufzeichnungen haben nur noch die Bedeutung einer *notitia testium*; sie sollen dem Gedächtniss der Parteien und Zeugen zur Stütze dienen und die Namen der Zeugen zu etwaigem Gebrauch überliefern, ohne dass die Urkunde selbst geeignet wäre, als Beweismittel zu dienen.<sup>67)</sup>

Dem Bedürfniss nach einem Beweismittel von grösserer Zuverlässigkeit und Dauerhaftigkeit, als der Zeugenbeweis zu gewähren im Stande ist, entsprach, wenn wir von dem sogenannten Theilzettel (*cartae partitae*) absehen, eine wohl an die Bedeutung der alten Hausmarken und altnordischen *jartein*, *jartegn*, welche als Erkennungszeichen der Person, sowie ihres etwaigen Amtscharakters dienten, anknüpfende Entwicklung in der Anwendung und Bedeutung der Besiegelung der von der Person ausgehenden schriftlichen Erklärungen.<sup>68)</sup>

Schon früh bei den Königsurkunden die Unterschrift verdrängend und ersetzend wird dieses Beglaubigungs- und Erkennungszeichen demnächst von den Bischöfen, weltlichen Fürsten und Grossen, Klöstern, Stiftern, Laienbehörden ihren Urkunden aufgedrückt oder angehängt, bis endlich im 13. Jahrhundert die Siegelung auch den Privatleuten, welche sich ein Siegel anschaffen wollen, zum allgemeinen Brauche wird.

<sup>66)</sup> Auf einen Zusammenhang der herrschenden Lehre mit dem mittelalterlich deutschen Recht hingewiesen, aber ohne Begründung, habe ich schon früher. Krit. Vierteljahrsschr., a. a. O. S. 233 ff.

<sup>67)</sup> Ficker, Beitr. I, S. 87 ff. Bresslau, Handbuch, S. 499 ff.

<sup>68)</sup> Ueber die Theilzettel: Baumann, Das Kloster Allerheiligen, in Quellen zur Schweizer Geschichte. III, S. 180 und eingehend Bresslau, S. 503 ff. Ueber den vermuthlichen Zusammenhang der Siegelung mit den Hausmarken und nordischen *jartegn*: Lehmann, im Neuen Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde. Bd. X, S. 504. Bresslau, S. 515. Schröder, Deutsche Rechtsgesch. (2. Aufl.), S. 673. Ueber die geschichtliche Entwicklung der Siegelung: Ficker's grundlegendes Werk, Beiträge zur Urkundenlehre. I, S. 91 ff.; II, S. 188 ff. A. Schulte, Strassburger Urkundenbuch. III, Einleitung S. XIII ff. Posse, Die Lehre von den Privaturkunden, und im Zusammenhange eingehend vorzüglich Bresslau, Handbuch. I, S. 545 ff.



Zu unterscheiden sind dabei zwei Anwendungen des Siegels von juristisch verschiedener Bedeutung: einmal die Siegelung der Urkunde durch den Aussteller, sei es mit seinem eigenen, sei es mit einem geliehenen fremden Siegel; wir können sie mit Schulte die Parteiurkunde nennen; und sodann die Siegelung seitens eines bei dem Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten, namentlich einer öffentlichen Behörde oder einer Person, welcher vom Recht besondere Autorität und Glaubwürdigkeit beigemessen wird, welche in diesem Sinne des Siegels „mächtig“ ist.

Betrachten wir zunächst die erste Art der Siegelanwendung. Es ist allgemein anerkannt, dass die Besiegelung den Act der Vollziehung und der Beglaubigung der Echtheit der Urkunde darstellt, und dass mithin das anhängende Siegel das Kriterium der Echtheit der Urkunde ist. Von diesem für den Historiker und Diplomatiker wichtigsten Gesichtspunkt aus wird die Bedeutung des Siegels gewürdigt. Es ist, nachdem die Unterschrift abgekommen, das alleinige und „sichere Merkmal zugleich der Vollziehung und der Beglaubigung der Königsurkunde“, und da der Act der Siegelung zuletzt an der im Uebrigen fertiggestellten Urkunde vorgenommen wird, liegt die Bedeutung derselben in „der Beglaubigung der Urkunde in dem Bestande, wie sie dem Empfänger übergeben wurde“; sie ist (neben der Unterschrift) „eine zweite beglaubigende Unterzeichnung in anderer Form“. <sup>69)</sup>

In dieser Beglaubigung der Echtheit des Inhaltes der Urkunde erschöpft sich nun, wie ich glaube, die Bedeutung der Siegelung nicht. Mit dieser Beglaubigung ist nicht erwiesen, dass der Urkundeninhalt überhaupt zum Inhalt einer abgegebenen Willenserklärung geworden ist. In dem Act der Siegelung liegt vielmehr noch etwas Weiteres, was namentlich vom juristischen Gesichtspunkt aus von entscheidender Bedeutung ist. Er stellt die Abgabe der Willenserklärung selbst dar, er versinnbildlicht den Act der Urkundenbegebung. Das anhängende Siegel ist daher

<sup>69)</sup> Bresslau, S. 519. Ficker, II, S. 190, 5. Auch in dem, was Letzterer I, 92 ff. und I, S. 270 ff., 282, 292, 223 und II, S. 61, über die Besiegelung sagt, glaube ich nur die Hervorhebung und Betonung der historisch und diplomatisch wichtigsten, die Echtheit der Urkunde beglaubigenden Bedeutung finden zu dürfen.

nicht nur das untrügliche Kriterium der Echtheit der Urkunde, d. h. dafür, dass ihr Inhalt von dem Aussteller herrühre, von ihm oder auf sein Geheiss so niedergeschrieben ist, wie er da zu lesen steht, sondern es ist nach mittelalterlicher Anschauung überdies das Symbol und das Beweismittel dafür, dass eine dem Urkundeninhalte entsprechende Erklärung hinausgegeben, dass die Urkunde begeben worden und dass dadurch ein verbindliches und kräftiges Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist.

Die sinnliche Anschauung des Mittelalters selbst unterscheidet den Inhalt der Urkunde von seiner Verlautbarung nicht, vielmehr verkörpert ihr „Brief und Siegel“ in seiner Totalität die Willenserklärung. Das darf uns, die wir vom juristischen Standpunkt den Inhalt einer Schrift von der Verlautbarung desselben scheiden müssen, natürlich nicht hindern, die einzelnen Momente des Beurkundungsactes, insbesondere die der Besiegelung auf ihre juristische Bedeutung zu untersuchen. Man würde daher vergeblich nach einer Quellenstelle jener Zeit suchen, in welcher der aufgestellte Satz scharf formulirt oder direct ausgesprochen würde, vielmehr kann der Beweis desselben nur ein Indizienbeweis sein. Und dem Zwecke dieser Abhandlung gemäss muss ich mich hier darauf beschränken, die hauptsächlichsten Indizien, welche mir für diese Ansicht zu sprechen scheinen, kurz zusammenzustellen.

Zunächst kommt in Betracht das allmälige Verschwinden der Zeugen aus dem besiegelten Geschäft. Anfänglich werden auch bei diesem noch Zeugen für die stattgehabte Verlautbarung desselben zugezogen, dann werden solche wenigstens in der Urkunde noch aufgeführt, auch wenn sie nicht vollständig zugegen waren, und endlich verschwinden die Zeugenreihen aus der gesiegelten Urkunde ganz (Schulte, Bresslau, a. a. O.). Was früher die Zeugen bekunden sollen und allein bekunden können, die stattgehabte Verlautbarung des Urkundeninhaltes, beweist jetzt das angehängte Siegel des Ausstellers für sich allein.

Sodann wird nur von diesem Gesichtspunkt aus verständlich die das ganze Mittelalter beherrschende Vorstellung, dass das Siegel es sei und das Siegel allein, was der Urkunde „Kraft“ gibt, wie sie ja auch im Schwabenspiegel so energisch zum Ausdruck kommt (c. 139, ed. Gengler). Kraft, d. h.



Rechtsverbindlichkeit erhält eine schriftliche Aeusserung aber nicht dadurch, dass sie so, wie zu lesen ist, vom Aussteller oder auf dessen Geheiss zu Papier gebracht worden ist, sondern erst dadurch, dass ihr Inhalt verlautbart, also die Urkunde hinausgegeben wird. Ist es also das Siegel, welches der Urkunde Kraft gibt, so kann es nur deshalb sein, weil dasselbe als das untrügliche Zeichen der stattgehabten Begebung angesehen wird.

Was sodann zunächst die Königsurkunde anbetrifft, so ist es nicht ohne Bedeutung, dass schon in den *Leges* das *sigillum* oder sonstige Ladungszeichen, unter dessen Vorweisung der Bote ladet, den Befehl seines Herrn körperlich sichtbar macht und beziehungsweise wenigstens sprachlich für den hinausgegebenen Ladungsbrief gesetzt wird.<sup>70)</sup> Und das ganze Mittelalter betrachtet die königlichen Siegel und Siegelstempel nicht nur als ein Mittel der Beglaubigung, sondern verehrt sie als ein Instrument und als ein Symbol der Herrschaft, in welchem die Befehlsgewalt des Königs gleichsam verkörpert, seine Person repräsentirt erscheint. Das Siegel der Königsurkunde verkörpert daher die Hinausgabe des Königswortes so gut, als ob der gegenwärtige König es gesprochen, und die Schelte der echten Königsurkunde wird deshalb als Majestätsbeleidigung mit dem Tode bestraft, so gut als ob der Scheltende das Wort des gegenwärtigen Königs schelte.<sup>71)</sup>

<sup>70)</sup> *Lex Alamann.* (ed. Lehmann) c. 22, 2; c. 27, 1—3 *lex Visig. Recesswind.* II, 1, 17 und 18 (Zeumer 1894): *admonitione epistule vel sigilli*; — *offerat epistulam vel sigillum*; — *si quis iudici pro adversario suo querellam intulerit, et ipse eum audire noluerit aut sigillum negaverit.* Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 115. Homeyer, Richtsteig Landrechts, S. 428. Brunner, Rechtsgesch. II, S. 337 f. W. Sickel, Mittheilungen des Institutes für österr. Geschichtsforschung. Erg.-Bd. III, S. 459. Weinhold, Sitzungsber. d. Berliner Akad. 1891, S. 547 f. Aehnlich *Ladislau Ung. Reg. Stat. lib. I, cap. 32* und *lib. II, cap. 25* und *Colomanni Reg. decr.*, citirt bei *Mabillon, De re diplom. Par. 1681, lib. II, cap. 14, p. 127* und bei *Du Cange, Glossar.* (ed. Favre) s. v. *sigillum*, p. 473: *Si clericus habet causam cum laico, per iudicis sigillum laicus cogatur. Si vero laicus habet causam cum clerico per sigillum Episcopi clericus cogatur.*

<sup>71)</sup> Ueber die ceremonielle Verehrung der kaiserlichen Siegelstempel bei der feierlichen Hofhaltung als Symbol der Herrschergewalt vgl. die Goldene Bulle *Cap. 27*; auch nach Beendigung der Ceremonie darf das grosse Siegel nur auf reich geschmücktem Rosse transportirt werden. Aehnliches wird für

Diese Bedeutung als Beweis des hinausgegebenen Befehls ist es auch, welche in einer jeden Urkunde in der bekannten Corroborationsformel dem Siegel ausdrücklich beigelegt wird. Es ist die Kraft, *robur, firmitas, stabilitas* etc., als deren Zeichen das Siegel der Urkunde angehängt wird, d. h. als Zeichen der Erklärung, der Hinausgabe des Willens, welche allein dem Inhalt der Urkunde Rechtsverbindlichkeit und Kraft verleiht.<sup>72)</sup> Namentlich ältere Urkunden sind unerschöpflich in gehäuften Wendungen, um dies zum Ausdruck zu bringen. So heisst es z. B. in einer Urkunde Otto III. a. 990 (*Mon. Germ. Dipl. II, 466*):

Frankreich unter Heinrich II. und für Spanien unter Karl V. bezeugt: *impnatur equo, tam sumptuose instructo, ac si Rex ipse illum consensurus esset*, überdies mit königlichem Geleite. Heineccius, *De veter. Germanorum aliorumque nationum sigillis* (Frankof 1719), cap. I, p. 11 et 12. Verehrung des kaiserlichen Siegels durch Kuss wird nicht nur für Byzanz, sondern auch für Deutschland ebendasselbst bezeugt. — Ein spanischer Praeses Vallisoletanus, als zufällig ein königliches Siegel aus einer Urkunde zur Erde fällt, hebt es ehrerbietig auf, küsst es und spricht, es über dem Haupte haltend: *Hoc est corpus mysticum et figurativum regis domini nostri*. Heineccius, a. a. O. — Fälschung des kaiserlichen Siegels wird als Majestätsbeleidigung bestraft. — Das Petschaft fränkischer Könige wird als Zeichen der erloschenen Herrschergewalt mit ihnen begraben (Childerich) oder bei ihrem Leichenbegängniß zerschlagen. Bei dem Tode der Päpste geschieht letzteres regelmässig, wie auch bei der Absetzung Johann's XXIII.; und auch 'später, wenn ein weltlicher Fürst ohne Leibeserben verstirbt; so bei dem Begräbniss Moritz' von Sachsen zu Freiberg. Heineccius, l. c. S. 14, 15. — So ist es auch aufzufassen, wenn Otto I. (968) eine Urkunde Berengar's cassirt und nicht nur das Pergament zerschneiden, sondern durch den Erzkanzler auch noch das Siegel zerbrechen lässt (bei Bresslau, S. 519); mit dem Pergament war der Inhalt vernichtet, das Zerbrechen des Siegels symbolisirt noch insbesondere die Cassation des hinausgegebenen Rechtsbefehls.

<sup>72)</sup> Z. B. Strassb. Urk.-B. III, Nr. 70, a. 1275: *in cujus rei testimonium presens scriptum nostrae majestatis sigillo fecimus communiri*; eod. Nr. 90: *presens scriptum sibi damus sigilli nostri munimine roboratum*. Vgl. eod. Nr. 176, 177. Stumpf, Acta Nr. 377 a. 1178: — *ut hec autem rata de cetero et inconcussa eidem ecclesie serventur, presentis privilegii paginam fecimus conscribi et majestatis nostri sigillo roborari*. Vgl. eod. Nr. 377. — Mabillon, a. a. O. lib. II, cap. 14. § 1 unterscheidet sehr scharf diese duplex significatio des Siegels *et ad faciendam fidem et ad praestandam rebus scriptis auctoritatem* — — *non tantum in argumentum fidei sed etiam publicae auctoritatis*. Als Beweis seiner Auffassung des Siegels als Zeichen des Befehls führt er auch an — ob mit Recht ist hier gleichgiltig —, dass der Ring, durch dessen Uebergabe Pharo den Joseph mit der Herrschaft über Egypten investirte (*Genesis 41*), ein Siegelring gewesen sei.



*et ut haec nostrae donationis concessio firme facta, incorrupta, rata, inconvulsa, stabilis, immobilis, integra, per omnia firma permaneat, volumus, precepimus, firmamus, etiam sigilli nostri impressione, manus quoque propriae appositione verissime notamus.*<sup>73)</sup>

Diese Bedeutung des Siegels als Zeichen der abgegebenen Willenserklärung wird auch in der deutschen Fassung der Königsurkunden hervorgehoben: — daz aber dis stete blibe, derumbe ist unser ingesigele unde derselben burgen ingesigele an disen brief gehenket zeime Urkunde.<sup>74)</sup>

Das anhängende königliche Siegel ist daher auch für alle übrigen Behörden das unbedingte Kriterium dafür, dass der königliche Rechtsbefehl hinausgegeben sei, und dass die Urkunde mithin die Rechtsverbindlichkeit des Königsbefehls erlangt habe. Etwa wie heute der Richter sich von der stattgehabten Publication einer königlichen Verordnung durch Einsicht der Gesetzsammlung, des Ordnungsblattes etc. überzeugt, so prüft er in damaliger Zeit das Siegel. Seine Echtheit ist das untrügliche Kriterium der stattgehabten Hinausgabe und mithin der Rechtskraft. So hat das Hofgericht vor Kaiser Lothar erkannt, wie dieser in einer Urkunde von 1134 berichtet. Nachdem er in dem Siegelvermerk dieser Urkunde zunächst selbst diese Bedeutung des Siegels besonders scharf betont hat, heisst es weiter: *quia et hoc iudicatum est ante nos, ut quod in presentia Romani imperatoris legitime factum et ejus fuerit sigillo legitime confirmatum ab omnibus aliis potestatibus semper maneat incommissum.*<sup>75)</sup>

<sup>73)</sup> Vgl. auch Stumpf, Acta Nr. 20, 21; Strassb. Urk.-B. I, Nr. 23 (831), 25 (a. 845). Es sind dies Beispiele aus einer Zeit, in welcher neben dem Siegel noch die Unterschrift figurirt. Sie sind absichtlich gewählt. Denn dass das Siegel die Bedeutung der letzteren in sich aufgenommen, unterliegt ja keinem Zweifel. Es kann aber aus dem Umstande, dass die Siegelung der letzte mit der Urkunde vorgenommene Act ist (Ficker, II, S. 190, und die dort abgedruckte Stelle aus Conrad de Mure), und dass sie auch in der *corroboratio* regelmässig nach der Unterschrift erwähnt wurde, vielleicht ebenfalls ein Argument dafür entnommen werden, dass die Unterschrift mehr der Beglaubigung der Echtheit, die Siegelung aber als Zeichen der Begebung der Urkunde aufgefasst wurde. Von dieser Anordnung in der *corroboratio* kommen allerdings Abweichungen vor, wie in der im Text mitgetheilten Formel. Gerade hier aber wird die Bedeutung der Unterschrift als Beglaubigung der *veritas*, des Siegels als Zeichen der Abgabe der Willenserklärung ausdrücklich betont.

<sup>74)</sup> Strassb. Urk.-B. III, Nr. 62 (a. 1274), Nr. 76 (a. 1275).

<sup>75)</sup> Quix, *Cod. dipl. Aquens.* S. 67. Vgl. dazu Ficker, II, S. 189.

Es gilt dies aber nur für Urkunden im engeren Sinne (Diplome, Privilegien, Verträge, Gerichtsurkunden), nicht für allgemeine Anordnungen und Verfügungen (Gesetze im heutigen Sinne). So entbehren namentlich die Capitularien des Siegels und wenigstens regelmässig auch der Unterschrift, sowie jedes sonstigen Zeichens der Beglaubigung und der Publication.<sup>76)</sup> Es könnte das auffallen. Allein die allgemeinen Rechtssatzungen werden den Beamten, die sie anwenden sollen, mitgetheilt und finden durch den Mund dieser ihren alleinigen Weg zum Volke. Die Autorität der königlichen Beamten, denen das Volk Gehorsam schuldet, steht für sie ein. Dem Volke steht kein Recht zu, behufs Controle der Beamten Brief und Siegel darüber zu begehren.<sup>77)</sup>

Anders verhält es sich mit den Urkunden. Sie betreffen die Rechte bestimmter einzelner Personen und werden nur diesen, nicht den Beamten mitgetheilt; aber dennoch ist die Frage ihrer Rechtskraft für Dritte, sowohl für Private als für die Gerichte und andere Behörden von entscheidender Bedeutung. Hier bedarf es also eines sichtbaren und untrüglichen Zeichens des hinausgegebenen Befehles; und dieses ist das anhängende Siegel des Königs.

Diese Bedeutung des Siegels scheint mir auch zum Ausdruck zu kommen in der nachträglichen Siegelung solcher Urkunden, die früher ein Siegel nicht bekommen oder dasselbe verloren haben, sofern nur die stattgehabte Hinausgabe derselben nicht zu bezweifeln war.

Das wird ausdrücklich hervorgehoben in einem Nachsiegelungsvermerk Kaiser Heinrich IV. (a. 1196): *quod privilegium vidimus, legimus et plenam auctoritatem volumus et decernimus habere, non obstante, quod sigillum impressum cereum vetustate et fractura lesum perit et sigilli sollempnitas defuit consueta.*<sup>78)</sup> Die Bedeutung des Siegels wird hier darin gefunden, dass es das Zeichen des hinausgegebenen Rechtsbefehles, der *plena auctoritas* des *privilegii* war, und die Bedeutung des neuen Siegels darin, dass dasselbe diesen erteilten Rechtsbefehl wieder sicht-

<sup>76)</sup> Seeliger, Die Capitularien der Karolinger. 1893, S. 24 ff.

<sup>77)</sup> Als die Italiener einst ein Capitulare Karls d. Gr. nicht befolgen wollen, weil sie den kaiserlichen Ursprung leugnen, begnügt sich Karl damit, seinen Sohn Pipin aufzufordern: *ca nota facias*. Seeliger, a. a. O. S. 27.

<sup>78)</sup> Ficker, I, S. 284. Bresslau, S. 520.



bar machen soll. Eben deshalb kommt bei solchen Nachsiegelungen auch darauf nichts an, dass der neue Siegelstempel zum alten Datum nicht stimmt; denn es ist nicht sowohl die Echtheit und das Datum, welches durch das neue Siegel beglaubigt werden soll — Echtheit und Datum ist gerade in Folge solcher Nachsiegelungen von den Diplomatikern oft mit gutem Schein in Zweifel gezogen worden —; sondern das, was durch das Siegel zum Ausdruck kommen soll, ist der Wille des Nachsiegelenden, dass die Verfügung Giltigkeit, Rechtskraft haben soll, obschon das übliche Zeichen dafür bisher nicht vorhanden war oder verloren gegangen ist.

Von diesem Gesichtspunkt aus gewinnt auch die Gewohnheit der transsumirenden Notare<sup>79)</sup>, stets des dem Originale anhängenden Siegels, seiner Unverletztheit etc. besonders zu erwähnen, ihre besondere juristische Bedeutung. Es liegt darin nicht nur ein Zeugniß über die Echtheit des transsumirten Originals, sondern zugleich ein Zeugniß darüber, dass dasselbe auch das Merkmal der Verlautbarung seines Inhaltes, mithin seiner Rechtsverbindlichkeit und Rechtskraft an sich trage.

Eine analoge Bedeutung wie bei der Königsurkunde gewinnt die Siegelung der Privaturkunde durch den Aussteller, nachdem dieselbe schon früh den Bischöfen und weltlichen Grossen, vielen Laienbehörden und endlich Jedermann zur Gewohnheit geworden ist.<sup>80)</sup> Wie das königliche Siegel den hinausgegebenen Willen und Befehl des Königs, als ob derselbe gegenwärtig ihn ertheile, so beweist das von jedem Anderen unter seine Urkunde gesetzte Siegel die Verlautbarung seines Willens innerhalb der ihm zustehenden Machtsphäre so gut, als ob derselbe gegenwärtig die Erklärung abgebe.<sup>80a)</sup> Auch hier ist die Siegelung nicht nur ein Act der Beglaubigung

<sup>79)</sup> Bresslau, S. 520.

<sup>80)</sup> Ein Privileg der Siegelmässigkeit in eigenen Angelegenheiten gab es nicht. Schröder, Rechtsgesch., S. 674. Auch in England und Frankreich siegelten nicht nur *dignitate conspicui*, sondern auch *homines infimae conditionis*, Krämer, Handwerker, *porcorum custodes*. Solche liessen dann wohl ihr unbekanntes Siegel — ähnlich unserer Beglaubigung des Handzeichens — durch das Siegel einer Behörde oder ihres Herrn beglaubigen: Du Cange, l. c. S. 474.

<sup>80a)</sup> Durchaus zutreffend ist es daher, wenn A. Demay: *Les sceaux du moyen âge* in der *Gazette des Beaux-Arts*, livr. du 1<sup>er</sup> mars 1874, p. 244. (Citat bei Violet, *Les Établissements de Saint Louis Tom. IV, p. 225*) sagt:

der Echtheit der Urkunde, nicht nur ein Zeichen dafür, dass das, was in der Urkunde zu lesen, vom Aussteller oder auf sein Geheiss niedergeschrieben worden ist, sondern zugleich das untrügliche und dauernd sichtbare Beweismittel dafür, dass die Willenserklärung hinausgegeben, d. h. dass die Urkunde an ihren Destinatär begeben worden ist. Auch hier muss ich mich auf eine kurze Zusammenstellung der Hauptgründe für diese Ansicht beschränken.

Diese Bedeutung hat zunächst auch hier der allgemein anerkannte Satz, dass es das Siegel sei, welches der Urkunde „Kraft“ gebe, und dass eine nichtbesiegelte Urkunde keine Kraft hat. Denn, wie schon oben bemerkt, ist das was dem Inhalte einer Urkunde Rechtsverbindlichkeit, d. h. Kraft geben kann, ihre Begebung.<sup>81)</sup>

Auch hier wird in der Corroborationsformel gerade diese Bedeutung des Siegels stets hervorgehoben. Die lateinischen Corroborationsformeln der Bischöfe, der weltlichen Fürsten und der reinen Privaturkunde schliessen sich in der Wortfassung sehr eng denen der Königsurkunde an; auch hier ist es das *roborari*, *firmari*, was durch das Siegel bewirkt werden soll und was auch hier öfter noch deutlicher erläutert wird, etwa: *ne hec traditio infringi possit vel adnichilari* u. dgl. Ebenso die Corroborationsformel der deutschen Privaturkunde. Sie lautet vollständig:

unde daz alles war unde stete si und blibe, daz haran geschriben stat, darumbe henken wir zeime ewigen urkunde unser ingesigele an disen brief.<sup>82)</sup>

*„La seule présence du sceau au bas d'un acte tenait lieu de l'intervention des témoins, comme le prouvent les formules consacrées — und hinzufügt, das Siegel sei sogar mehr als ein Zeuge, nämlich „le représentant de la personne qui s'en servait“.* Den Hinweis auf dieses Citat verdanke ich der stets bereiten Freundlichkeit meines Collegen W. Sichel.

<sup>81)</sup> Eben weil ihr der Beweis hierfür fehlt, hat die unbesiegelte Urkunde keine Beweiskraft. Seit dem 13. Jahrhundert ist es der oberste Grundsatz des deutschen Urkundenbeweises, dass die Besiegelung unumgängliches Erforderniss für die Beweiskraft einer Urkunde ist. Bresslau, S. 539 ff. Dabei macht das deutsche Recht keinen Unterschied (wie das canonische) zwischen authentischem Siegel und anderem, sondern nur zwischen Siegeln, die auch in fremden Geschäften beweiskräftig sind, und solchen, die es nur in eigenen Geschäften sind; und in diesen beweist das Siegel eines Jeden die stattgehabte Abgabe der Willenserklärung. Schwabenspiegel, c. 139 cit.

<sup>82)</sup> Z. B. Strassb. U.-B. III, Nr. 57 (a. 1274) und unzählige Male.



Diese Formel bringt die ganze Bedeutung des Siegels zum Ausdruck: als Zeichen der inhaltlichen Echtheit (daz dis war si), als Zeichen der Hinausgabe der Willenserklärung (daz dis stete si unde blibe) und endlich, dass das Siegel für beides, auch für die stattgehabte Hinausgabe der Erklärung ein in alle Ewigkeit sichtbares Zeichen sei (zeime ewigen urkunde). Abweichungen in der Wortform sind natürlich häufig, aber gerade das „stete blibe“, also die Bedeutung des Siegels als Zeichen der abgegebenen Willenserklärung, findet sich, so viel ich sehe, regelmässig, wird öfter auch noch durch gehäufte Wendungen besonders betont.<sup>83)</sup> Diese Bedeutung hat es z. B. auch, wenn in einer Urkunde des Bischofs von Naumburg (ohne Datum, etwa um 1150) das Siegel als das „*firmissimum stabilitatis vinculum*“ bezeichnet wird.<sup>84)</sup>

Die Bedeutung der Siegelung als Act der Abgabe einer Willenserklärung tritt auch hervor in der Verbindung derselben mit der Verhängung des Bannes, wie sie in den Bischofsurkunden so häufig vorkommt.<sup>85)</sup> Beides ist Willenserklärung, die Siegelung die sachliche, der Bann ihre Strafclausel. Der Bann als Act blosser Beglaubigung der Echtheit eines Schriftstückes wäre nicht verständlich. Allerdings kommt die Bannformel auch da vor, wo der Bischof die Urkunde über ein

<sup>83)</sup> So z. B. Strassb. U.-B. III, Nr. 30 (Art. 1270) ich brudere Burcart — vergihe und gib urkunde, daz dirre wehssel bischehen ist mit minen willen unde mit mime gehelle unde wil daz er craft unde stetekeit habe von minen wege an der vorgenanten frowen stete, und darumbe han ich min ingesigele an disen Brief gehenket zeime urkunde.

<sup>84)</sup> Bei Lepsius, Geschichte der Bischöfe des Hochstiftes Naumburg (1846), S. 251, Nr. 41. — Bemerkt mag hier noch werden, dass auch die beweiskräftige nordgermanische Urkunde nothwendig der Siegelung bedarf, und dass das Erforderniss auch ihrer Verbindlichkeit und Beweiskraft die Begebung ist. v. Amira, Nordgerm. Obligationsrecht, I, S. 307 ff. Den Beweis der letzteren findet v. Amira in den Worten des Siegelvermerks: *datum — sub sigillis dominorum*; da jedoch der Siegelvermerk ohne Siegel nichts beweist, wird das wohl dahin verstanden werden dürfen, dass eben das Siegel die Begebung beweist, dessen Bedeutung, wie ja auch sonst, im Siegelvermerk nur noch ausdrücklich hervorgehoben wird. Damit scheint in Einklang zu stehen, dass nach Norwegischem Recht die Cassation der Urkunde durch Abreissen des Siegels erfolgt. Daselbst, Band II, S. 343, Anm. 3.

<sup>85)</sup> *Sigillo et banno confirmare, roborare* und ähnliche Wendungen. Vergl. bei Bresslau, S. 535.

fremdes Rechtsgeschäft besiegelt und damit zunächst nur ein Zeugniß ablegt über eine vor ihm von dritten Personen abgegebene Willenserklärung (vgl. unten); hier wird der Bann zur Strafclausel für die Willenserklärungen jener dritten Personen und dient ihnen somit zur Verstärkung.

Dass die Siegelung das Zeichen der Abgabe einer Willenserklärung ist, kommt besonders deutlich auch darin zur Erscheinung, dass man nicht nur mit dem eigenen, sondern auch mit einem geliehenen fremden Siegel gültig siegeln, d. h. der Urkunde „Kraft“ geben kann.<sup>86)</sup> Hier tritt gerade diese Bedeutung der Siegelung vor der der Echtheitsbeglaubigung in den Vordergrund. Denn die Beglaubigungsbedeutung des Siegels liegt vor Allem in dem ausschliesslichen Gewahrsam des Siegelnden über den Stempel; das fremde, zur beliebigen Verfügung eines Dritten stehende Siegel bietet keinen Schutz gegen Fälschung und mithin keine Garantie der Echtheit. Wohl aber kann es, wenn vom Aussteller angehängt, so gut das Zeichen der Abgabe einer Willenserklärung sein wie das eigene. So gibt z. B. selbst die Siegelung der Gemeinde Merseberg mit dem zu diesem Zwecke ja Jedermann leicht zugänglichen Kirchenschlüssel<sup>87)</sup> der Urkunde Kraft und ist ein vollgiltiger Beweis der stattgehabten Abgabe der Willenserklärung.

Endlich wird die Siegelung als Abgabe der Willenserklärung ausdrücklich dem Gelöbniss durch Handschlag gleichgesetzt. Conrad zu Megede und Gemahlin übereignen dem Kloster St. Nicolaus zu Strassburg ein Grundstück behufs Stiftung eines Seelgeräthe. Der Mann siegelt, die Frau, weil sie kein Siegel hat, gelobt statt dessen mit derselben Formel zu Hande.<sup>88)</sup>

Ebendeshalb kann man sich auch für einen Anderen verbürgen dafür, dass derselbe eine gewisse Urkunde siegeln werde.<sup>89)</sup>

<sup>86)</sup> Sehr ausführlich über die Fälle, in denen dies vorkommt, Posse, a. a. O. S. 130 ff. Uebrigens ist die Veranlassung, aus der dieses geschieht, rechtlich unerheblich.

<sup>87)</sup> 21. Juni 1369; bei Posse, S. 135, Anm. 2.

<sup>88)</sup> Strassb. U.-B. III, Nr. 837 (a. 1316): — und ich frowe Helewig wan ich ingesigeles nit inhan, so gelöbe ich stete zu hande allez daz do würgescriben stat, unde fürzihe mich aller der schirme, der ich mich geschirmen mocte ane alle gewërde.

<sup>89)</sup> Strassb. U.-B. III, Nr. 1326 (12. April 1326). Rudolf von Vegirshem verbürgt sich für Junker Philippes landgraf domherr zu Strassburg, dass



Verbürgung für Siegelung ist Verbürgung für Abgabe einer Willenserklärung.

In England und Frankreich gibt es daher, wofür ich ein deutsches Quellenzeugniß nicht gefunden habe, ein gerichtliches Verfahren behufs Kraftloserklärung verlorener oder gefälschter Siegelstempel und alles dessen, was in Zukunft damit gesiegelt werden möchte.<sup>90)</sup>

In Zusammenhang mit dieser Bedeutung des Siegels dürfen wir es auch bringen, daß, sofern die Bischöfe und Behörden Urkunden besiegeln, dieser Vorgang nicht ein blosser Bureauact ist, der sich in der Schreibstube vollzieht, was ja für die blosser Echtheitsbeglaubigung ausreichen würde, sondern daß derselbe eine solenne Handlung und mit allerhand Feierlichkeiten umgeben ist, daß die Bischöfe — was sich bei einfachen Privatpersonen ja von selbst versteht — das Siegel vielfach eigenhändig aufdrücken.<sup>91)</sup>

Endlich mag noch hervorgehoben werden, daß in den sehr häufigen Fällen, wo der Nehmer der Urkunde dieselbe fertig mitbringt und der Aussteller nur sein Siegel darunter drückt, wie dies, namentlich wo Klöster, Stifter etc. die Nehmer sind, der Fall ist<sup>92)</sup>, die Siegelung nicht nur symbolisch, sondern wirklich der Act der Hinausgabe der Willenserklärung ist.<sup>92a)</sup>

---

er bis zum 24. Mai die mit Hanemann und Ludwig herren zu Lichtenberg zu besiegelnden Briefe besiegele.

<sup>90)</sup> Du Cange, l. c. S. 474 — *adibatur iudex*. — Zahlreiche Beispiele von Proclamen daselbst; z. B.: *Memorandum quod publice clamatum est in Banco, quod Sigillum Benedicti de Haghham, cum uno capite in medio, sub nomine suo, in quacunque manu fuerit, de caetero nullum robur obtineat*. In einem anderen Proclama heisst es: — *quod nihil firmum nec stabile per sigillum predictum habeatur nec teneatur nec fides eidem exhibeatur* und ähnlich in anderen.

<sup>91)</sup> Auch bei einzelnen Königsurkunden nachweisbar. Ueber das Verfahren bei Siegelung der Königsurkunden Ficker, II, S. 183 ff. Bezüglich der Bischofsurkunden Ficker, I, S. 92. Bresslau, S. 536 f.; auch Lindner, Das Urkundenwesen Karl's IV., S. 97.

<sup>92)</sup> Sehr ausführlich über diese Fälle Posse, a. a. O.

<sup>92a)</sup> Nachträglich bei der Correctur dieses Abschnittes habe ich in dem interessantesten Werke G. v. Buchwald's, Bischofs- und Fürstenuurkunden des XII. und XIII. Jahrhunderts, 1882, §. 47, S. 171 ff., wenigstens insofern eine erfreuliche Bestätigung meiner Auffassung gefunden, als auch Buchwald in dem Siegel das Symbol für eine Handlung, für ein Geben und Nehmen sieht. Das Siegel ist

Eine rechtlich durchaus verschiedene Bedeutung von der Siegelung durch den Aussteller, sei es mit eigenem, sei es mit einem geliehenen Siegel, hat die Siegelung der Urkunde durch einen bei dem Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten, sei es als Mitbesiegelung, sei es allein.<sup>93)</sup> Schon früh wurden den Bischöfen Urkunden Dritter zur Siegelung vorgelegt<sup>94)</sup>, auch anderen geistlichen Würdenträgern (Domcapitel, Vorsteher bedeutender Klöster); auch bei Königen und weltlichen Fürsten ist es nachweisbar.<sup>95)</sup> Demnächst üben auch Laienbehörden diesen Beglaubigungsact<sup>96)</sup>; namentlich aber sind es die geistlichen Gerichte, welche als Urkundsbehörden eine umfangreiche Bedeutung erlangen.<sup>97)</sup> In dieser Besiegelung durch Dritte liegt, wie Schulte mit Recht hervorgehoben hat, der Keim der heutigen öffentlichen Urkunde. Allein auch diese Siegelung ist nicht etwa nur eine „Beglaubigung und mithin ein Kriterium

auch ihm das Zeichen eines „dispositiven Momentes“, er spricht in diesem Sinne von dem „dispositiv-kräftigen Siegel“ und bezeichnet ganz zutreffend diese Anschauung als eine der durch Gewohnheit und Bequemlichkeit sanctionirten „Rechtsillusionen“ des Mittelalters. Als von besonderem Interesse für unsere Frage sei aus dem reichen Inhalt des Buches noch hingewiesen auf die Erörterung über die vorläufig nur aufgestellte „Möglichkeit“ einer Investitur durch bloße Uebergabe des Siegelabdruckes, zu welchem der Empfänger sich dann die Urkunde macht, S. 177 ff.

<sup>93)</sup> Ueber diese Ficker, I, S. 93 ff.; und bes. Schulte, Strassb. U.-B. III, S. XIV ff.

<sup>94)</sup> Zu den bei Ficker a. a. O. und bei Bresslau S. 536 f. angeführten Beispielen noch die erste derartige Urkunde des Bischofs von Strassburg a. 1061. Strassb. U.-B. I, Nr. 57. Interessant ist die Bischofsurkunde bei Baumann, Das Kloster Allerheiligen. Nr. 72. (Quellen der Schweizer Geschichte. III, S. 123.) Sie bekundet eine 36 Jahre vorher stattgehabte Vergabung mit Angabe der damals zugezogenen Zeugen, würde also, falls nicht etwa anzunehmen wäre, dass der Schenker auch bei dieser Beurkundung zugegen gewesen, trotz ihrer Form rechtlich nur die Bedeutung der oben S. 103 charakterisirten, nicht beweiskräftigen Notizen haben. Baumann stellt sie den eigentlichen Bischofsurkunden gleich, S. 177, was natürlich vollständig zutrifft, falls auch der Schenker als bei der Beurkundung zugegen gedacht wird.

<sup>95)</sup> Bresslau, a. a. O.

<sup>96)</sup> So kommt z. B. Mitbesiegelung durch den Rath von Strassburg schon früh vor. Strassb. U.-B. I, Nr. 139, 156, 195 und vielfach. Derselbe besiegelt zum ersten Male allein eine fremde Urkunde 1233, das. Nr. 233. Ueber das allmähliche Verschwinden der Zeugen Schulte, S. XV f.

<sup>97)</sup> Schulte, a. a. O. S. XVII ff. Im ganzen Bisthum Strassburg ist um 1330 das bischöfliche Hofgericht fast die alleinige Urkundsbehörde.



der Echtheit“ der besiegelten Urkunde, sondern auch sie hat juristisch die noch darüber hinausgehende Bedeutung eines Zeugnisses über die stattgehabte Abgabe einer Willenserklärung. Sie ist ein Zeugnis darüber, dass die Urkundenaussteller vor dem Siegelnden den Inhalt der Urkunde als ihren Willen verlaublich haben, und mithin ein Zeugnis über das Zustandekommen eines dem Inhalt der Urkunde entsprechenden Rechtsgeschäftes. Gerade deshalb liegen in ihr die Anfänge der heutigen öffentlichen Zeugnissurkunde; und wegen dieses Verlautbarungszeugnisses ist es auch hier das Siegel, welches der Urkunde „Kraft“ gibt.<sup>97a)</sup>

Diese Bedeutung des Siegels ergibt sich insbesondere auch aus der allmähigen Entwicklung der Form dieser Urkunden. Zwar findet sich die Form, dass unter die die Vertragsstipulationen referirende Urkunde einfach das Siegel des Bischofs oder der betreffenden Behörde gesetzt wird<sup>98)</sup>; aber schon früh wird der stattgehabte Abschluss des Geschäftes vor dem Bischof auch mit Worten bezeugt.<sup>99)</sup> Für dieses ausdrückliche Zeugnis der Verlautbarung wird beim bischöflichen Hofgericht bald die Form üblich: *NN. iudex curie Arg. notum facit, quod* — folgt die Angabe der Stipulationen und der einfache Vermerk, dass das Siegel angehängt sei.<sup>100)</sup> Diese Einleitungsform hat die Verlautbarungsurkunde des Rathes von Strassburg, die übrigens seit Mitte des 13. Jahrh. allmähig zu Gunsten der Hofgerichtsurkunde abstirbt, bis zuletzt behalten. Hier wird dann aber die ganze Bedeutung des Siegels in dem Siegelvermerk sehr vollständig angegeben; derselbe lautet:

<sup>97a)</sup> Schwabenspiegel, §. 139 cit. — In einer Beglaubigungsurkunde *Matth. ducis Lothar.* a. 1245 lautet der Siegelvermerk: *Et por ce lettre soit creable chose et ferme, par lour priere je ai mis mon Sael à ses lettres en tesmognage.* Du Cange, a. a. O. S. 473. Eine *creable chose*, ein rechtserzeugender Act wird die Urkunde nur durch das im Siegel liegende Verlautbarungszeugnis.

<sup>98)</sup> Z. B. Strassb. U.-B. III, Nr. 1 (a. 1266); Nr. 8 (1267).

<sup>99)</sup> So z. B. in der ältesten derartigen Strassb. Bischofsurkunde, U.-B. I, Nr. 57 (a 106<sup>1)</sup>): *acta sunt haec Strazburc in monasterio sancte Mariae sub presentia Heremanni episcopi ejusdem sedis.* Dass solche Verlautbarung vor dem Siegelnden stattgehabt hat, beweisen auch die deutschen Auszüge aus solchen Urkunden; z. B. U.-B. III, Nr. 7 (a. 1267): *Otte etc.* — haben vor dem ehrwürdigen meister Billung dem Richter des hofes zu Strassburg gelobt, dass etc.; das. No. 111.

<sup>100)</sup> Z. B. Strassb. U.-B. III, Nr. 23, Nr. 34.

unde daz dis war si unde stete blibe darumbe ist mit ir allerè wille, die da obenan genemmet sint, unsere stete ingesigele an disen brief gehenket zeime urkunde.<sup>101)</sup>

Die Bedeutung des Siegels liegt also auch hier in der Be glaubigung einmal der Echtheit (daz dis war si), sodann der stattgehabten Willenserklärung (daz dis stete si u. bez. blibe) und endlich darin, dass es für beides ein in alle Zukunft sichtbares Zeichen sei (zeime urkunde).

Die Urkunden des bischöflichen Hofgerichtes nehmen dann zum Theil schon früher, stehend aber in der zweiten Hälfte des 13. Jahrh., eine andere Einleitungsform an, in welcher ein ausdrückliches Zeugniß über das Erscheinen und die Willenserklärung der Parteien abgelegt wird in der Form: *Coram nobis iudice curie Arg. NN. — vendiderunt rel. oder donavit rel.*, worauf der gesammte Inhalt des Geschäfts folgt mit der Schlussclausel: *in cuius rei testimonium sigillum curie Arg. ad petitionem NN. pesentibus est appensum.* Was ursprünglich nur das stumme Siegel bezeugt, nämlich die stattgehabte Verlautbarung der Willenserklärung, wird allmählig also auch in bestimmten Wortformen ausgedrückt, und die Urkunde nähert sich damit auch in ihrer äusseren Form immer mehr der heutigen öffentlichen, insbesondere der notariellen Zeugnisurkunde.

Auch Mitbesiegelung durch unbetheiligte Privatpersonen ist sehr häufig. Juristisch wird das aufzufassen sein als ein hinzutretendes Privatzeugniß über die stattgehabte Abgabe der Willenserklärung. Damit stimmt überein der Schwabenspiegel, c. 139, cit.: „Man mag ouch wol ein insigel ze dem andern legen an einen brief; da von ist der brief deste vester.“

Diese dem Siegel zugeschobene Bedeutung als eines dauernd sichtbaren und untrüglichen Zeichens der stattgehabten Abgabe einer Willenserklärung, bei Parteiurkunden also der stattgehabten Begebung derselben kommt nun auch im Prozesse zu besonders scharfer Erscheinung. Ein etwaiger Streit wird nicht in der Form zum Austrag gebracht, ob die Erklärung abgegeben, d. h. die Urkunde begeben sei, sondern vielmehr in der: ob der Aussteller das Siegel angehängt habe. Steht dieses fest, dann ist

<sup>101)</sup> Z. B. Strassb. U.-B. III, Nr. 18, 145, 172, 175, 208, 211, 224, 333. Das „war“ bleibt oft als selbstverständlich fort. Z. B. Nr. 18, 41, 120, 174, 293; auch wohl das „stete“, z. B. 119, 190 u. a. a. O.



die Begebung bewiesen, und es wird kein Einwand zugelassen. Der Beklagte kann also entweder nur die Echtheit des Siegels verneinen<sup>102)</sup>; dann hat er die Echtheit des Siegels eidlich abzuleugnen<sup>103)</sup>; der Kläger kann ihm jedoch den Eineid durch Beweis mittelst Siegelvergleichung verlegen.<sup>104)</sup> Oder der Beklagte erkennt zwar die Echtheit des Siegels an, bestreitet aber, dass dasselbe mit seinem Wissen und Willen angehängt worden; dann hat er diese Negative zu beschwören, und zwar nach Goslar, a. a. O. immer, nach Magdeburger Recht nur dann selbdritt, wenn der Kläger ihn mit Zeugen angesprochen, dass das Siegel mit seinem Wissen und Willen angehängt worden sei.<sup>105)</sup>

So bei der Parteiurkunde. War dagegen die Urkunde von einem Dritten gesiegelt, dessen Siegelzeugniss als beweiskräftig galt, so kommt nach dem oben (S. 115 ff.) Gesagten überhaupt nur die Echtheit dieses Siegels in Frage, zu deren Feststellung man im Falle der Ablehnung bei Schöffensurkunden auf das Zeugniss der Schöffen und auch sonst vielleicht gegebenen Falls auf das Zeugniss des Sieglers zurückging.<sup>106)</sup>

Vermöge dieser symbolischen Bedeutung, welche die mittelalterliche Anschauung dem Siegel beilegte, indem sie in demselben ein dauerndes und untrügliches Beweismittel zu finden glaubte für den einmaligen der Vergangenheit angehörigen Vorgang der Abgabe einer Erklärung, hatte das mittelalterliche Recht sich im Gegensatz zum römischen und den Stammesrechten eine Privaturkunde geschaffen, welche nicht nur den Inhalt einer möglicherweise abgegebenen Erklärung beweist, sondern welche diesen einmaligen Vorgang, nämlich den Act der ihr selbst widerfahrenen Begebung dauernd sinnlich wahrnehmbar macht. „Brief und Siegel“ haben eine geheimnissvolle Kraft erhalten. In ihnen kann Jeder für alle Ewigkeit und in jedem beliebigen Momente jenen vergangenen Vorgang der Erklärung eines Willens mit eigenen Sinnen wahrnehmen, so gut als ob

<sup>102)</sup> Goslar, Statuten ed. Göschen, S. 71: it ne si sin nicht, de rede si eme unwtlic, he ne hebe des breves nicht ghegheven. Hier wird ausdrücklich Siegelung und Begebung der Urkunde identificirt.

<sup>103)</sup> Goslar, a. a. O. Vgl. Kulm, III, 74: dat det segel sin nicht en is noch nû sin were.

<sup>104)</sup> So nach dem neueren Zusatz zu Goslar, a. a. O.

<sup>105)</sup> Planck, Deutsch. Gerichtsv. II, S. 207 ff. Bresslau, S. 547 ff.

<sup>106)</sup> Planck a. a. O. S. 198 ff., 210 f. Bresslau, S. 546.

jener Vorgang sich vor dem Beschauer oder Hörer stets von Neuem abspiele, und dieser stets vor Neuem die Abgabe der Erklärung mit eigenen Sinnen wahrnehme. Dieser Brief ist nicht bloß ein Zeugniß über den Inhalt einer Erklärung, sondern er ist Zeuge. Während es ursprünglich der Zeuge ist, der urchundo (ahd.) heisst, ist jetzt die Urkunde zum Zeugen geworden, sie redet.<sup>106a)</sup> Und zwar hat dieser Zeuge vor allen übrigen den grossen Vorzug, dass er nicht stirbt, dass er in alle Ewigkeit redet und immer wieder, so oft man ihn hören will.<sup>107)</sup> Darauf gründet sich der bekannte und so oft wiederholte Satz des Schwabenspiegels (ed. Gengler, Cap. 34, § 2): Wir spechen, daz briefe bezzer sint, danne geziuge. Wan geziuge die sterbent, so belibent die briefe immer stete — diz heizent hantfeste —, und hilfet ein toter geziuge als wol dir als ein lebendiger.

In der Parteiurkunde ist es die Partei selbst, die man reden, immer wieder Zeugniß gegen sich selbst ablegen hört. Bei der von einem Dritten des Siegels Mächtigen, also namentlich vom König oder einer öffentlichen Urkundsbehörde gesiegelten Urkunde hat das Siegel nun aber noch eine weitere mystische Kraft. Es bewirkt nicht etwa nur, dass man die Urkundsperson ein Zeugniß ablegen höre über das, was sie wahrgenommen hat, sondern es bringt gleichsam den bezeugten Vorgang selbst zur Erscheinung; es hat die Zauberkraft, dass der Beschauer jenen Vorgang miterlebt, dass er nicht etwa nur die zeugende Behörde, sondern die vor ihr handelnden Personen selbst reden, selbst Zeugniß wider sich ablegen hört.<sup>108)</sup>

<sup>106a)</sup> Beiläufig mag bemerkt werden, dass die Urkunden sich überaus häufig im Eingange wenden an alle diejenigen, „die disen brief gesehent oder gehörent“. So z. B. alle Verbriefungen des Strassburger Rathes bis 1332. Strassh. U.-B. III; ebenso deutsche Königsurkunden, das. z. B. Nr. 62, 76, 303 und regelmässig die einfache Parteiurkunde, z. B. Nr. 30, 39, 57, 65, 96, 347, 652.

<sup>107)</sup> So heisst es am Schluss einer Bischofsurkunde von 1230 (bei Wilmans, Westph. U.-B., IV, Nr. 129, S. 127): *Et hujus rei testes sumus vita comite, et post hanc vitam presentem paginam loco nostri relinquimus super veritate predictae rei pro nobis locuturam.*

<sup>108)</sup> So heisst es im Eingange einer Urkunde Heinrich III. um 1042, Martene und Durand, *Vet. Script. et Mon. Collectio tom. II*, S. 64, in welcher er einen Tauschvertrag zwischen dritten Personen verbrieft, diese Verbriefung sei nöthig, *et postquam ejus rei auctores vel astipulatores contigerit*



Und auch alles, was die Urkunde sonst berichtet, stellt sie für den Richter so gut fest, als ob dieser es selbst mit eigenen Augen geschaut hätte.

Aus diesen Gründen gibt es zwar eine Anfechtung der formellen Echtheit, aber keinen Gegenbeweis gegen die echte Urkunde weder dafür, dass das fragliche Rechtsgeschäft nicht zu Stande gekommen sei, noch gegen den bloß berichtenden Inhalt derselben.<sup>109)</sup>

Endlich ergibt sich hieraus, dass zwischen der materiellen Beweiskraft der echten gesiegelten Parteiurkunde und derjenigen einer öffentlichen Zeugnissurkunde im Grunde genommen kein Unterschied besteht. Denn jene bringt den beurkundeten Vorgang so gut zur unmittelbaren Erscheinung wie diese. Nur rücksichtlich der Anfechtung der Echtheit besteht der oben erwähnte Unterschied.

Die Legaltheorie nun ist es, welche wie vielfach so auch hier deutschrechtliche Anschauungen in das gemeine Processrecht übernommen und fortgesponnen und dann der modernen Doctrin überliefert hat. Von „Brief und Siegel“ galt nach mittelalterlicher Anschauung in der That Alles, was die Legaltheorie und zum Theil die heutige Doctrin von der echten Urkunde überhaupt behauptet. Deutschrechtlichen Ursprungs ist es, wenn der Satz aufgestellt wird, die echte Urkunde bringe den beurkundeten Vorgang „zur unmittelbaren Erscheinung“, sie mache im Gegensatz zu allem anderen Beweise, der nur „Wahrscheinlichkeit“ oder sogenannte „menschliche Wahrheit“ hervorbringe, „juristische Gewissheit“, welche der durch eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters hervorgebrachten „anschauenden Gewissheit“ gesetzlich gleich stehe.<sup>110)</sup> Man schreibt dann dieselbe Wirkung auf Grund bekannter canonischer Quellen auch noch dem „vollen“ Zeugenbeweis, d. h. der übereinstimmenden Aussage

*obisae, si quis succedentium id velit infringere vel demutare, ipsa litteralis commendationis auctoritas in medium prolata, et precipue si sublimitate imperiali est confirmata, habeatur pro teste ad infirmanda molimina partis adversae.* Vgl. auch Fieker, I, S. 94, 95.

<sup>109)</sup> Blume von Magdeburg 1, 89 (ed. Böhlau, S. 47); Kaiser Ludwig's Rechtsbuch, Art. 318 (ed. v. Freyberg, 4, 490); Münchner Stadtrecht, Art. 463 (ed. Auer, S. 177); Steiermärk. Landrecht Art. 52 (ed. Bischoff, S. 98); Magdeburg. Fragen, 2, 9, 1 (ed. Behrend, S. 177) und dazu Bresslau, S. 545, 546.

<sup>110)</sup> Schneider, Vollständige Lehre vom Beweise. 2. Aufl., 1842.

zweier klassischer Augenzeugen zu. Und auch für das heutige Recht werden diese beiden Beweisarten als sogenannter „historischer“ Beweis von allem übrigen Beweise, besonders dem durch Indizien, von Manchen qualitativ unterschieden als „der Spiegel, in welchem der Beweisempfänger mit seinem geistigen Auge den Wiederstrahl der Thatsache auffängt, wobei sein Verstand und seine Urtheilskraft nicht wesentlich stärker und anders in Anspruch genommen werden als bei unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung“, und man stellt ihm den Indizienbeweis als einen anders gearteten, sogenannten „kritischen Beweis“ gegenüber.<sup>111)</sup> Auch den Satz, dass gegen die echte Urkunde Gegenbeweis nicht zulässig sei, von welchem unten noch die Rede sein wird, hat die Legaltheorie übernommen, sowie den Satz, dass auch Privaturkunden so gut wie öffentliche Zeugnissurkunden alles darin Mitgetheilte beweisen, auch das, was nur *verbis enunciativis* berichtet wird.<sup>112)</sup>

Aus jenen deutschrechtlichen Anschauungen erklärt sich nun auch, abgesehen von anderen Sätzen, die uns hier nicht interessiren, der oben (S. 2 ff.) besprochene von der Legaltheorie und auch heute noch zum Theil aufgestellte allgemeine Begriff der „Urkunde“. Denn wenn diese das, was mit ihrer Beihilfe bewiesen werden soll, nämlich die stattgehabte Verlautbarung einer Erklärung unmittelbar zur Erscheinung bringt, sinnlich wahrnehmbar macht, so unterscheidet sie sich eben nicht von anderen Beweisstücken; sie ist Augenseinsobject so gut wie diese, und Augenseinsobjecte sind Urkunden.

Endlich haben wir nun auch hier den Schlüssel gefunden für eine eigenthümliche und interessante Auffassung Heusler's<sup>113)</sup>

<sup>111)</sup> Heusler, Arch. f. civ. Pr., a. a. O. S. 219 ff. — v. Canstein, a. a. O. S. 322 ff. 326 ff., stellt der durch richterlichen Augenschein — wozu auch der Beweis mit dispositiven Urkunden gehört — erzeugten „Gewissheit“ die durch allen anderen Beweis nur zu erbringende, qualitativ anders geartete „Wahrscheinlichkeit“ gegenüber und rechnet die öffentlichen Zeugnissurkunden gleich dem gerichtlichen Geständniss und Parteieid zu den formell feststellenden Mitteln. S. 320. Ueber die Beweisauffassung der Legaltheorie ist an dem früher angeführten Orte ausführlich gehandelt.

<sup>112)</sup> Das ist auch in das so formale Urkunderrecht des *Code civ.* (a. 1320) übergegangen; wie denn auch die Zurückstellung des Zeugenbeweises gegen Urkunden und Eid (a. 1340) auf den deutschrechtlichen Satz „Briefe sind besser denn Zeugen“ zurückgeführt werden darf.

<sup>113)</sup> Heusler, a. a. O. S. 284 ff., 295 ff.



von der heutigen öffentlichen Zeugnissurkunde, welche zwar gelegentlich bestritten, aber wohl nicht erklärt und verstanden, und welche auch mir anfänglich unverständlich gewesen ist.

Zunächst ist es ja jetzt klar, dass Heusler's oben (S. 4) erwähnter relativer Urkundenbegriff, wonach namentlich schriftliche Privatzeugnisse regelmässig keine Urkunden sind, weil sie nichts beweisen, im deutschen Recht seinen Ursprung hat, welches eben nur beweiskräftige Schriftstücke, d. h. Brief und Siegel als Urkunden ansah. Sodann aber leugnet Heusler, dass der von einer öffentlichen Urkunde dargebotene Beweisgrund in einem Zeugniss liegen kann. Wenn der competente Gerichtsbeamte bekunde, dass der Kauf zwischen A und B vor ihm geschlossen worden, wenn der öffentlich geschworene Notar in notariellem Verbalprocess constatare, dass er die Mauer des A auf dem Boden des B liegen gesehen, wenn der Sanitätsbeamte bekunde, dass das Pferd des A vollständig gesund sei, so seien diese Schriftstücke zwar im Gegensatz zu Privaturkunden gleichen Inhaltes Urkunden, aber ihre Beweiskraft beruhe nicht in einem von dem öffentlichen Beamten abgelegten Zeugniss, sondern darin, „dass sie im Gegensatze zu den Privataufzeichnungen gleichen Inhaltes den Rechtsact selbst unmittelbar überliefern“.<sup>114)</sup>

„Wollte man sie“, sagt Heusler, „auf gleiche Linie stellen mit jenen oben besprochenen Zeugnissen hochachtbarer Personen und sagen, die unanfechtbare Glaubwürdigkeit eines öffentlichen Beamten sichere ihnen eine Berücksichtigung, so wäre ihr Werth und ihre Kraft doch nur die, ein Indiz zu erzeugen, wenn auch ein *necessarium*. Aber das wäre zu wenig, ihre Kraft ist in der That stärker. Denn der betreffende Beamte fungirt nicht als blosser Zuschauer, der dann nur, was er gesehen, schriftlich niederlegt, sondern er constituirt durch seinen Act die Grundlage des Rechtsverhältnisses, der Thatbestand wird unter seiner Hand zum Rechtsact; von dem Augenblicke der Siegelung und Unterschrift des Fertigungs-

<sup>114)</sup> „Rechtsact“ bedeutet bei Heusler jede für die Endentscheidung unmittelbar erhebliche Thatsache, z. B. den Einsturz der Mauer, dass ein Pferd hinkt oder hustet u. s. w.

actes, des Verbalprocesses, des Gesundheitsscheines und durch denselben wird der Kauf als vollzogen, der durch Einsturz der Mauer verursachte Schaden als vorhanden direct zur Erscheinung gebracht.“

Dass diese Auffassung der öffentlichen Zeugnissurkunde mit deren Wesen, wie wir es heute auffassen, nicht in Einklang steht, wird keiner Ausführung bedürfen. Denn, dass das Zeugnis des Sanitätsbeamten den Thatbestand der Krankheit oder Gesundheit des Thieres (den „Rechtsact“) nicht „constituirt“, d. h. nicht schafft oder auch nur zu einem rechtserheblichen macht, noch auch ihn unmittelbar zur Erscheinung bringt, ist nach unserer heutigen Anschauung nicht zweifelhaft. Ebenso kann zwar der Notar eine Mauer umstossen und dadurch einen Rechtsact constituiren, aber sein Verbalprocess vermag weder dieses noch den dadurch verursachten Schaden zur unmittelbaren Erscheinung zu bringen. Alle jene Beurkundungen sind Zeugnisse und nichts als Zeugnisse über existirende und kraft ihrer selbst rechtserhebliche Thatbestände.

Aber wer sieht jetzt nicht, dass wir es hier bei Heusler mit dem mittelalterlichen Brief und Siegel, etwa des Königs oder später einer öffentlichen des Siegels „mächtigen“ Urkundsbehörde und mit seiner geheimnissvollen „Kraft“ zu thun haben, welche allerdings wenigstens für den Richter das Thier krank oder gesund macht, die Mauer umstösst und den dadurch verursachten Schaden unmittelbar zur Erscheinung bringt?

Auch von dem altgermanischen Beurkundungsacte über Auflassung von Grundbesitz, mit seiner feierlichen *traditio chartae* liess sich allenfalls sagen, dass er den Rechtsact „constituirt“ und denselben „direct zur Erscheinung“ brachte, insofern derselbe dieselben rechtlichen Wirkungen übte, wie die Uebergabe des Grundstückes selbst, die reale Investitur.<sup>115)</sup> Und auch im späteren deutschen, namentlich dem sächsischen Rechte, wohnte gewissen öffentlichen Beurkundungen, z. B. in Stadtbüchern, eine über die blosser Beweiswirkung hinausgehende constituirende Bedeutung bei, indem gegen dieselben — ähnlich wie der *res judicata* gegenüber — nur der Einredeweis einer später eingetretenen Aufhebung oder Aenderung

<sup>115)</sup> Vgl. oben S. 32.



des beurkundeten Rechtes und zum Theil nicht einmal dieser zugelassen wurde.<sup>116)</sup>

Die heutige, unbeschadet einzelner gesetzlicher Beweisregeln lediglich von der Erkenntnistheorie beherrschte Auffassung des Beweises und der Beweisgründe weiss nichts mehr von jener geheimnissvollen „Kraft“ von Brief und Siegel, nichts von einer Constituirung oder unmittelbaren Reproduction des beurkundeten Ereignisses durch die Urkunde.<sup>117)</sup> Sie sieht auch in der öffentlichen Zeugnissurkunde nichts als ein Zeugnis, nichts als ein Wahrnehmungsurtheil, welchem jedoch, sofern es von einer mit *publica fides* ausgestatteten Person oder Behörde in gesetzlicher Form abgegeben ist, kraft positiver Rechtsvorschrift eine selbst über das eidliche Privatzeugnis hinausgehende *prima facie*-Beweiskraft zukommt. Und auch da, wo ausnahmsweise positive Gesetzesvorschrift dem öffentlichen Zeugnis eine über den Inhalt des Zeugnisses hinausreichende Beweiskraft beilegt, wie bei den Geburts- und Todesurkunden der Civilstandsbeamten, ist es immer nur das Zeugnis und die bezeugte Thatsache als Indiz, welchen eine Beweiskraft beigelegt wird; und es lässt sich auch hier nicht sagen, dass die Urkunde den „Rechtsact“ der Geburt oder des Todes „constituire“, erst zu einem Rechtsact mache. Und wenn endlich das Gesetz an gewisse Beurkundungen, ganz abgesehen von ihrer inneren Rechtfertigkeit, bis zu einem gewissen Grade civilrechtliche Wirkungen knüpft, wie z. B. an gewisse Eintragungen in Grund- und Hypothekenbücher, so liegen derartige Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht mehr auf dem Gebiete des processualischen Beweises, sondern auf dem des Civilrechtes.

Für die specielle Frage, ob durch die echte Privaturkunde an und für sich die stattgehabte Abgabe einer Erklärung bewiesen werde, interessirt uns wesentlich dieses, dass von jenem mittelalterlichen Brief und Siegel in der That das gesagt

<sup>116)</sup> Heusler, Zeitschrift f. Rechtsgesch., Bd. VI, S. 175 ff. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren, II, S. 204 ff. Mit Recht hebt derselbe hervor, dass es sich hier nicht sowohl um die Beurkundung der Einzelheiten eines gerichtlichen Vorganges, sondern des Endergebnisses desselben, der dadurch hervorgerufenen Rechtswirkung handle.

<sup>117)</sup> Damit ist selbstredend nicht gesagt, dass nicht die schriftliche Mittheilung einer Willenserklärung constituirende Bedeutung habe; aber diese wohnt dann eben nicht der Urkunde, sondern der Mittheilung des Geschriebenen bei.

werden kann, was die oben besprochene herrschende Doctrin von der heutigen echten Privaturkunde behauptet: dass sie den Rechtsact, den Vertragsschluss u. s. w. beweise, weil sie der Rechtsact sei, dass sie der „Körper“, die „äussere Erscheinungsform“ desselben sei, dass sie, wie noch die Württembergische Processordnung §. 529 und der Preussische Entwurf §. 431 bestimmten, den Abschluss des Rechtsgeschäfts in gleichem Masse beweise wie die öffentliche Zeugnissurkunde; dass der Richter das Rechtsgeschäft in der echten Urkunde durch Augenschein wahrnehme, in der Urschrift den Aussteller in der Vergangenheit dasjenige sprechen, äussern, erklären sehe, was in der Urkunde zu lesen ist, gleichsam, als ob er es ihn damals habe erklären hören.<sup>118)</sup>

Gegen die fortdauernde Geltung dieser dem älteren deutschen Recht durchaus entsprechenden Sätze fällt — ganz abgesehen von dem heute geltenden Grundsätze des freien Beweises — doch, wie ich glaube, auch noch die inzwischen eingetretene Veränderung in dem Thatbestande der Urkunde und damit in ihrer thatsächlichen und rechtlichen Bedeutung in's Gewicht.

Zu der Zeit nämlich, als jenes mittelalterliche Urkundenbeweisrecht sich ausbildete, war einmal das Schreiben überhaupt etwas durchaus ungewöhnliches, vielmehr die Kunst weniger Auserlesener, welche nur in Anspruch genommen wurde in besonders wichtigen, namentlich rechtlichen Angelegenheiten. Und überdies legte man jene Bedeutung nicht etwa jeder Schrift, deren Echtheit erwiesen, sondern nur der in solennen Formeln abgefassten Urkunde bei, welcher überdies in dem umständlichen und feierlichen Act der Siegelung das Zeichen ihrer Begebung angehängt war. Urkunde im Rechtssinne war eben nur „Brief und Siegel“.

Unter diesen Umständen sprach durchaus die innere Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine in dieser Weise ausgestattete Urkunde auch in der That dazu gebraucht worden sei, wozu sie allein bestimmt sein konnte, nämlich zur Abgabe der darin enthaltenen Erklärung, zum Abschluss des Rechtsgeschäfts u. s. w., und es konnte daher allerdings das feierlich angehängte Siegel

<sup>118)</sup> Oben S. 15 ff.



als ein Symbol und als ein zutreffendes Beweismittel für die stattgehabte Begebung gelten. Der Satz, dass das angehängte Siegel nicht nur die Echtheit, sondern auch die Begebung der Urkunde beweise, traf daher sicher fast immer die Wahrheit; und es genügte zum Schutz des Gegners die Möglichkeit des Beweises, dass er sein Siegel nicht angehängt habe.

Ganz anders aber liegt die Sache heute und — ganz abgesehen von dem heute geltenden Grundsatz des freien Beweises, welcher Symbole überhaupt nicht und daher selbst die Siegelung nicht als ein sicheres Indicium der stattgehabten Begebung anerkennen kann — schon längst nach gemeinem Recht. Denn schon längst ist die feierliche Anhängung des Siegels ausser Gebrauch gekommen und kein Erforderniss der Urkunde im Rechtssinne mehr. Vielmehr kann jede formlose Schrift, sei es mit, sei es ohne Namensunterschrift als Vehikel einer verbindlichen Willenserklärung dienen und bei dem Beweise einer solchen benutzt werden.

Ueberdies ist das Schreiben, auch das des Namens, eine allgemein verbreitete und in allen möglichen Lebensverhältnissen zu allen möglichen Zwecken sich alltäglich unzählige Male vollziehende Verrichtung geworden.

In solchen Zuständen würde die Anwendung des analogen Satzes, dass die echte Urkunde, die „Urschrift“, d. h. jetzt jeder echte Zettel, die stattgehabte Hinausgabe des darauf zu Papier Gebrachten, d. h. die Begebung desselben an den etwa daran Interessirten beweise, nicht mehr die thatsächliche Wahrheit treffen, sondern sich mit ihr in offenen Widerspruch setzen.

Ein Gefühl von dieser unter heutigen Verhältnissen inneren Unwahrheit des Satzes, dass jede beliebige Niederschrift, falls nur ihre Echtheit festgestellt werden kann, die Hinausgabe, die Begebung der Schrift an die etwa an ihrem Inhalte Interessirten beweise, und dass so aus jedem vielleicht zu ganz anderen Zwecken zu Papier gebrachten Satz, sofern derselbe nur inhaltlich als eine rechtserhebliche Aeusserung gedeutet werden könnte, die Abgabe einer Willenserklärung, der Abschluss eines Rechtsgeschäftes processualisch hergeleitet werden könne, ist es denn auch offenbar, welches zum Ausdruck kommt in dem Bestreben der gemeinrechtlichen Legaltheorie und auch eines Theiles der heutigen Doctrin, mindestens die Namensunterschrift für ein

nothwendiges Erforderniss der dispositiven Urkunden zu erklären und so wenigstens ein formelles Kriterium zu retten, an welches die Präsumtion der stattgehabten Abgabe der Erklärung geknüpft werden, welches die „perfecte Erklärung“ vom blossen „Entwurfe“ sinnlich wahrnehmbar scheiden könnte; eine Annahme, die jedoch, wie unten gezeigt werden soll, schon nach gemeinem Recht des quellenmässigen Anhaltes entbehrte und mit dem heutigen Recht ebenfalls in Widerspruch steht.

### e) Das heutige Recht.

Kehren wir nunmehr zu der Frage nach der Beweiskraft der Urkunde im heutigen Recht zurück, so ist vor Allem auch hier der Grundsatz des freien Beweises anzuerkennen. Ich wähle diese Bezeichnung, weil die übliche: „Grundsatz der freien Beweismittelwürdigung“ zu eng ist. Er greift, wie an anderem Ort dargelegt ist, über die Würdigung der Beweise weit hinaus, bedeutet vielmehr, dass der processualische Beweis überhaupt, soweit nicht ausnahmsweise positive Beweisregeln gesetzlich sanctionirt sind, so gut wie jeder andere Beweis lediglich den Grundsätzen der Erkenntnisslehre untersteht. Insbesondere bedeutet er einmal, dass jedes Beweismittel und jeder Beweisgrund, welche in jedem anderen Verhältniss, in der Wissenschaft und im gewöhnlichen Leben dem Thatensbeweise dienen können, auch im Processe zulässig ist<sup>119)</sup>; und sodann, dass alle Beweismittel und Beweisgründe mit der obigen Massgabe lediglich nach ihrer erkenntnistheoretischen, d. h. logischen Bedeutung zu prüfen und zu würdigen sind. Dass in diesem System für jene geheimnissvolle „Kraft“ des Siegels kein Raum ist, ergibt sich von selbst.

Fragen wir von diesem Gesichtspunkte aus nach der Beweisbedeutung der Urkunde, so zeigt sich, dass es keineswegs etwa eine Besonderheit des römischen und der germanischen Stammesrechte war, dass die Privaturkunde für sich selbst nicht

---

<sup>119)</sup> Anders Heusler, a. a. O. S. 225, welcher auch für den heutigen Process nur drei Beweismittel und dementsprechend nur drei Beweisgründe als vom Gesetz zugelassen anerkennt, überdies mit Einschluss des Parteieides, welcher in seiner heutigen Gestalt keines von beiden, sondern ein Mittel formeller Feststellung ist.



die Abgabe der in ihr enthaltenen Erklärung und das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes beweisen kann, sondern dass dieses vielmehr aus dem Wesen derselben folgt.

Betrachten wir nämlich zunächst die heutige Privaturkunde, und zwar die zur Uebermittlung einer Willenserklärung bestimmte (sogenannte dispositive) Urkunde, so können wir nach dem oben Gesagten von dem Satze, dass eine schriftliche Willenserklärung nur durch die Mittheilung der Urkunde an den Destinatär der Erklärung zu Stande kommen kann, als feststehend ausgehen.

Für die Bestimmung ihrer Beweiskraft fällt sodann in's Gewicht, dass heute — im Gegensatz zu den altdeutschen Stammesrechten — die formelle Beweistüchtigkeit, d. h. die Echtheit der Urkunde von ihrer materiellen Beweiskraft scharf geschieden ist. Die Feststellung der ersteren ist immer die *conditio sine qua non* der letzteren und wird durch ihre eigenen Rechtssätze beherrscht. Die Echtheit der Urkunde aber bedeutet, dass der angebliche Aussteller den Inhalt derselben zu Papier gebracht hat, und die festgestellte Echtheit beweist daher dieses voll, aber auch nur dieses.

Um die materielle Beweiskraft zu bestimmen, auf welche allein es uns hier ankommt, wird es zweckmässig sein, die einzelnen möglichen Formen der dispositiven Urkunde gesondert zu betrachten.

Die einfache Privaturkunde, etwa mit dem Inhalte eines Zahlungsverprechens, einer Offerte oder der Annahme einer solchen, eines Vertrages u. s. w. beweist nur eine vom Aussteller zu Papier gebrachte Aeusserung, welche möglicher Weise als Erklärung abgegeben sein, also möglicher Weise den Inhalt einer Willenserklärung gebildet haben kann oder auch nicht; den Inhalt einer wirklich stattgehabten Willenserklärung beweist sie nur für den Fall, dass die Urkunde dem Anderen mitgetheilt worden ist. Dass aber diese Handlung der Begebung mit ihr vorgenommen sei, kann die Erklärung selbst nicht beweisen. Selbst wenn etwa der Aussteller in der Urkunde die Begebung derselben bezeugte <sup>120)</sup>,

<sup>120)</sup> Wie dies in den römischen Schenkungsurkunden des 6. bis 9. Jahrhunderts regelmässig und auch in den lombardisch-tuskischen Urkunden öfters der Fall ist; vgl. Brunner, Zur Gesch. d. U., S. 90ff., 95, z. B.: *Ego Walpertus presb. (der Schenker und Schreiber) post traditam complevi et dedi.*

etwa: „Ich verspreche dem N., am 1. Februar 1894 das erhaltene Darlehen von 100 Mark zurückzugeben und habe dem N. diesen Schein heute eingehändigt“ etc., so würde zwar diese letztere Aeusserung den Inhalt eines aussergerichtlichen Geständnisses der Begebung enthalten, setzt aber, um ein Geständniss zu werden, eben die Begebung der Urkunde voraus, kann mithin den Beweis der letzteren nicht selbst erbringen.

Wäre etwa in der Urkunde die stattgehabte Begebung durch Privatpersonen bezeugt<sup>121)</sup>, so würde dieses aussergerichtliche schriftliche Privatzeugniss zwar heute den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung unterstehen, eben deshalb aber regelmässig — sofern nicht ganz besondere Umstände ihm eine Beweiskraft verleihen sollten — nichts beweisen; es würde sich hier also auch heute der angebliche Urkundenbeweis in einen Zeugenbeweis auflösen, nur dass derselbe nicht wie im altdeutschen Rechte sich auf die Wahrheit des gesammten Urkundeninhaltes zu erstrecken, sondern vermöge der heute der echten begebenen Erklärung an sich innewohnenden Beweiskraft auf die stattgehabte Begebung der Urkunde zu beschränken hätte. Das Resultat ist: die blosse Existenz einer echten Privaturkunde an und für sich beweist — so wenig wie im römischen und altdeutschen Rechte — so auch heute niemals, dass die in der Urkunde fixirte Aeusserung eine abgegebene Erklärung, d. h. eine Willenserklärung gewesen ist.

Vielmehr kann dieser Beweis der Abgabe der Erklärung, d. h. der Begebung der Urkunde, immer nur durch ausserhalb der urkundlichen Erklärung selbst liegende Umstände erbracht werden; und zwar liegt er demjenigen ob, welcher eine mittelst der Urkunde stattgehabte Erklärung des Willens behauptet.

Die Richtigkeit dieser Sätze zeigt sich, wenn etwa Jemand sich zum Beweise eines Zahlungsverprechens, einer Offerte u. s. w., mittelst Editionsantrages auf einen im Besitz des angeblichen Ausstellers befindlichen Schuldschein, auf einen in dessen Schreibtisch liegenden geschriebenen und unterschriebenen Brief beriefe. Eine solche Beweisantretung würde als unerheblich zu verwerfen sein, selbst dann, wenn der Gegner die Existenz, den Inhalt und den Besitz der Urkunde einräumt, sofern

<sup>121)</sup> Ebenfalls häufig in den in vor. Anm. bezeichneten Urkunden.



nicht der Beweisführer die stattgehabte Begebung der Urkunde an ihn und die Umstände, durch welche die Urkunde wieder in den Besitz des Schreibers zurückgelangt sei u. s. w., behauptete und unter Beweis stellte. Es ist eben nicht die Existenz der Urkunde, sondern ihre Begebung, welche die Willenserklärung ist, und welche daher bewiesen werden muss von dem, der die Willenserklärung behauptet.

Bei der Führung dieses Beweises kommt nun aber im Gegensatze zum altdeutschen formalen Beweisrechte das heute geltende Princip der freien Beweiswürdigung dem Behauptenden erleichternd zu Hilfe, nach welchem jedes Indiz für die stattgehabte Begebung zulässig und beweiswirksam ist.

Das einfachste Indiz für dieselbe ist der Besitz der Urkunde durch den Destinatar. Zwar gibt es keine Rechtsvermuthung in dieser Beziehung, wie sie mit der früheren Legaltheorie auch heute wohl noch behauptet wird<sup>122)</sup>, aber auch nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird dieses Indiz regelmässig, nämlich dann, wenn der Gegner zu dessen Entkräftung in der contradictorischen Verhandlung nichts anzuführen und zu beweisen vermag, ausreichen.<sup>123\*)</sup>

Dass aber auch der Besitz kein nothwendiges Indiz der stattgehabten Abgabe der Willenserklärung ist, zeigt sich sofort, wenn etwa Jemand sich auf einen gefundenen Schuldschein oder auf einen ihm von einem Dritten übermittelten, vom Aussteller nicht abgesandten Brief beriefe. Auf der anderen Seite kann freilich auch positive Gesetzesvorschrift an den blossen Besitz einer Urkunde die Rechtsvermuthung nicht nur der stattgehabten Begebung derselben, sondern im öffentlichen Interesse eine darüber noch hinausgehende Rechtsvermuthung knüpfen.<sup>124)</sup>

Auch andere Indizien können für die stattgehabte Begebung hinzutreten, wie etwa der Poststempel der Aufgabe und Ausgabe eines Briefes, ja, sie können den fehlenden Besitz

<sup>122)</sup> Z. B. Bähr, Urk.-Bew. 47. — Dag. CPO. §. 259 u. E.-G. z. CPO. §. 14, 1.

<sup>122\*)</sup> Richtig, wenn auch nicht ganz scharf formulirt das Erkenntniss des Oberlandesgerichtes Dresden, in Seuff's Arch., Bd. XX, Nr. 117.

<sup>123)</sup> So beweist der blosse Besitz einer vollstreckbaren Urkundenausfertigung durch den Gerichtsvollzieher den uneingeschränkten Auftrag zur Zwangsvollstreckung. CPO. §. 676.

ersetzen; so würde z. B. der Editionsantrag eines solchen abgestempelten Briefes, der in die Hände des Ausstellers zurück- oder in die Hände eines Dritten gelangt sein soll, erheblich sein; ja es würde z. B., wenn der Brief dem Beweisführer abhanden gekommen oder vernichtet sein soll, etwa das zu edirende Copirbuch des Ausstellers, welches unter den anderen abgesandten Correspondenzen auch die Copie des fraglichen Briefes enthält, ein mehr oder minder wichtiges Indiz für die stattgehabte Begebung des nicht mehr vorhandenen Originals abgeben können.

Niemals aber — das ist das Ergebniss — kann durch die blosse Existenz der Privaturkunde die Abgabe einer ihrem Inhalte entsprechenden Willenserklärung bewiesen werden.

Wenn es für diesen Satz überhaupt noch eines weiteren Beweises bedürfte, so würde er ja dem Processrechte zu entnehmen sein, welches auch heute noch seinem formaler Charakter gemäss für die stattgehabte Abgabe einer Erklärung fast immer einen formellen, und zwar meist ganz bestimmt gesetzlich festgelegten Beweis erfordert.

Dass eine Klage erhoben ist, kann nicht durch die Existenz der Klageschrift, sondern nur durch das öffentliche Zeugnis über ihre Zustellung bewiesen werden; und so verhält es sich mit allen im Laufe des Processes abzugebenden schriftlichen Erklärungen (vorbereitende Schriftsätze etc.). Ein bei den Acten liegender, vom Anwalt unterschriebener „Antrag“ beweist nicht, dass sein Inhalt als Willenserklärung abgegeben ist, vielmehr kann dieses nur bewiesen werden durch das im Sitzungsprotokolle oder im Thatbestande des Urtheils niedergelegte öffentliche Zeugnis über seine Verlesung. Nicht die vorliegende Rechtsmittelschrift beweist die Einlegung des Rechtsmittels, sondern die über die Behändigung aufgenommene Zustellungsurkunde. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt kann nur durch das dem zustellenden Anwalt eingehändigte Empfangsbekennniss bewiesen werden u. s. w.<sup>124)</sup> Hierin kommt nicht

<sup>124)</sup> Es ist nur die Consequenz der oben bezeichneten herrschenden unrichtigen Ansicht, wenn v. Kries, Zeitschr. f. d. g. Str. R. W., Bd. VI, S. 171, meint, dass die Rechtswirkungen aller derartigen Acte eingetreten seien, werde — und zwar auch im Civilprocess — durch die Vorlegung der betreffenden Schriftsätze bewiesen, die stattgehabte Willenserklärung selbst werde dadurch



etwa ein das Processrecht von allem übrigen Rechte unterscheidender Rechtssatz zum Ausdruck, sondern dieser in allem Rechte geltende Satz tritt hier nur schärfer in die äussere Erscheinung, weil das im gewöhnlichen Verkehr diesen Beweis erleichternde und für die weniger scharfe Betrachtung vielleicht verwischende Princip der freien Beweiswürdigung in Bezug auf die Begebung schriftlicher Processerklärungen — vergleichbar dem altdeutschen Principe — keine Anwendung findet, hier vielmehr ein besonders formaler Beweis erfordert wird.

Die ausgeführten Sätze gelten nun aber nicht etwa nur für einseitige Willenserklärungen, sondern ebenso auch für die zweiseitigen, sogenannten synallagmatischen Verträge. Bähr gibt zur Erläuterung seiner Ansicht, dass die Schrift der Vertrag sei, mithin auch denselben durch Augenscheineinnahme beweise, folgendes Beispiel <sup>125)</sup>:

Wenn Jemand einem Anderen eine von ihm unterschriebene Urkunde mit Vertragsinhalt zustelle, und dieser sie in die Tasche stecke, so brauche er nur auch seine eigene Unterschrift darunter zu setzen, um damit den zweiseitigen Vertrag in's Leben zu rufen. Ebendeshalb brauche er dieses aber gar nicht zu thun, vielmehr ergebe sich der Abschluss des Vertrages schon daraus, dass er die Urkunde besitze und sich darauf berufe. Diese Auffassung birgt zunächst einen Widerspruch in sich selbst. Denn ist es das Schreiben (also hier die Unterschrift), was den Vertrag zu Stande bringt, dann ist es nicht das in der Taschebehaltene der nicht unterschriebenen Urkunde. Aber eben keines von beiden ist der „Vertrag“ oder der Vertragsabschluss. Vielmehr bleibt jene Urkunde immer eine einseitige Vertragsofferte, bis der Empfänger dem Absender in irgend

---

der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung des Richters unterbreitet. Vielmehr wird die Abgabe der Erklärung, und mithin der Eintritt ihrer Rechtswirkungen immer nur durch die Zustellungsurkunde bewiesen; der Schriftsatz, d. h. die Urkunde selbst, beweist auch hier nichts, als den Inhalt einer möglicherweise abgegebenen Erklärung, beides zusammen, dass eine Erklärung dieses Inhaltes abgegeben ist. Bei den, namentlich im Strafprocess vorkommenden, unmittelbar an das Gericht zu richtenden schriftlichen Erklärungen ist es ebenfalls nicht das Liegen der betreffenden Schrift bei den Acten, sondern das öffentliche Zeugnis des Präsentationsvormerkes, welches den Beweis der Abgabe der Erklärung liefert.

<sup>125)</sup> Urkundenbeweis, a. a. O. S. 40.

einer Form seinen Consens erklärt hat, wenn auch nur stillschweigend. Will er diesen Consens durch Schrift erklären, so kann er es nur durch Begebung einer Urkunde. Dass aber weder das in die Taschestecken der Offerte, noch das heimliche Unterschreiben derselben eine Willenserklärung ist, ist wohl ausser Zweifel. Auch die Bedeutung des Umstandes, dass der Andere sich nunmehr im Prozesse auf jene Urkunde „beruft“, kann nicht die sein, dass dadurch der Vertrag als damals geschlossen bewiesen werde, sondern höchstens — falls nämlich die Offerte noch fortwirkt — die, dass dieses „Berufen“ nunmehr die Consenserklärung, also der jetzt erfolgende Act des Vertragschlusses wäre.

Auch bei zweiseitigen Verträgen wird natürlich der Besitz einer von beiden Contrahenten unterschriebenen Urkunde durch einen derselben häufig ein Indiz für die stattgehabte Begebung der Urkunde sein. Dass das aber nicht nothwendig der Fall ist, zeigt gerade das Bähr'sche Beispiel von der heimlich unterschriebenen und in der Tasche behaltenen Vertragsofferte.

Das französische Recht, welches in allen Beweisfragen im Anschluss an die frühere Legaltheorie überaus formalistisch ist, sieht in dem Besitz einer von beiden Contrahenten unterschriebenen Vertragsurkunde kein Indizium für die stattgehabte Abgabe der Willenserklärungen, verbietet eine solche Schlussfolgerung vielmehr durch positive Gesetzesvorschrift. Es sucht mit einem an das altgermanische Recht erinnernden Formalismus den Beweis der stattgehabten Begebung besonders sicher zu stellen. Der Abschluss eines sogenannten synallagmatischen Vertrages soll durch Urkunde nur dann zu Stande kommen und mithin auch nur dann bewiesen werden können, wenn so viel Originale derselben ausgefertigt sind, als Paciscenten an dem Vertrage Theil genommen haben, und wenn ausserdem in jedem dieser Originale, dass dies geschehen sei, ausdrücklich bezeugt ist. Fehlt in einem Exemplar eines dieser Erfordernisse, so entbehrt die ganze Beurkundung der Beweiskraft.<sup>126)</sup> Offenbar sollen diese formalistischen Vorschriften den durch die Schrift

<sup>126)</sup> *Code civ. a. 1325.* Es heisst daselbst: *Les actes sous seing privé — ne sont valables qu'autant qu'ils ont etc.* Die in der französischen Literatur und Jurisprudenz sich an diesen Artikel knüpfenden Streitfragen können selbstverständlich hier nicht erörtert werden.



an sich allerdings nicht zu erbringenden Beweis, dass die zu Papier gebrachten Erklärungen auch wirklich durch Begebung der Urkunden abgegeben, d. h. wirklich Willenserklärungen gewesen sind, sichern oder erleichtern. Eben deshalb soll derjenige sich auf einen Mangel der angegebenen Erfordernisse nicht berufen können, welcher den Vertrag seinerseits, wenn auch nur zum Theil, erfüllt hat; denn dieser hat ja durch die That ein Indizium dafür geliefert, dass der Vertrag geschlossen, d. h. der Wille wirklich erklärt war.

Die wesentlichste Umgestaltung hat der Urkundenbeweis im Gegensatz zum altdeutschen Recht, abgesehen von jener scharfen Trennung der Echtheit und der materiellen Beweiskraft und dem Grundsatz der freien Beweismüthigung dadurch erfahren, dass die öffentliche Urkunde weit über die alte Königsurkunde und langobardische Gerichtsurkunde hinaus sich entwickelt hat, indem heute auch gewissen schriftlichen Zeugnissen der Behörden und Urkundspersonen volle *prima facie* Beweiskraft beigelegt ist. Für die privatrechtlichen Willenserklärungen, von denen hier die Rede ist, kommen namentlich in Betracht die Urkunden der Notare und sonstigen durch Reichs- und Landesgesetze autorisirten Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Hierdurch ist es ermöglicht, dass heute nicht nur der Inhalt einer möglicher Weise abgegebenen Willenserklärung, sondern auch die stattgehabte Abgabe derselben, durch Urkunde bewiesen werden kann. Aber zu beachten ist dabei, dass auch heute die vor dem Notar — um bei diesem typischen Fall zu bleiben — gethane Aeusserung nicht für sich selbst die Abgabe einer ihrem Inhalt entsprechenden Willenserklärung, das Zustandekommen des Vertrages etc. beweist, sondern dass dieses immer nur das Zeugniß des Notars über andere Umstände als den Inhalt der gethanen und von ihm bezeugten Aeusserung bewirken kann, nämlich das Zeugniß des Notars, dass diese Aeusserung dem gegenwärtigen Destinatär gegenüber abgegeben, oder dass die Urkunde selbst dem Destinatär ausgehändigt sei. Es ist also das notarielle Zeugniß über die Gegenwart des Destinatärs, über seine Empfangnahme der Erklärung des Anderen und beziehungsweise über die Begebung der Urkunde, was die Abgabe der Willenserklärung, den „Rechtsact“, den „Vertrags-

schluss“ beweist. Ist also z. B. vor dem Notar allein eine ihrem logischen Inhalte nach eine Willenserklärung darstellende Erklärung abgegeben, ein Zahlungsverprechen, eine Verpfändungserklärung etc., so wird durch die hierüber ausgefertigte Notariatsurkunde nur bewiesen, dass der Erschienene dieses dem Notar erklärt hat, nicht aber die Abgabe eine Willenserklärung im Rechtssinne, d. h. eine Willensdisposition. Eine solche kommt erst zu Stande durch die Begebung der Urkunde, und kann also auch nur bewiesen werden durch den Beweis dieser Begebung, wofür natürlich regelmässig der Besitz der Urkunde seitens des Destinatärs nach dem oben Gesagten ein ausreichendes Indizium sein kann.

Anders verhält es sich, wenn beide Contrahenten vor dem Notar erschienen sind und der letztere die Erklärungen, welche beide sich abgegeben haben, bezeugt. Hier beweist das Zeugniß des Notars über den ganzen Hergang natürlich den stattgehabten Vertragsschluss. Allein hier liegt, genau betrachtet, ein schriftlicher Vertragsschluss gar nicht vor, sondern ein mündlicher, über dessen Hergang der Notar eine Beweisurkunde aufgenommen hat. Dass ein so beurkundeter mündlicher Vertragsschluss auch da genügt, wo das Gesetz etwa schriftliche Form des Vertrages vorgeschrieben hat, kann wohl nicht zweifelhaft sein, weil die Zwecke, welche das Gesetz mit solcher Vorschrift verfolgt, reiflichere Ueberlegung und sicherer Beweis des Inhaltes der abgegebenen Erklärung, durch Verlautbarung vor dem Notar noch besser erreicht werden als durch den Abschluss mittelst Begebung einer Privaturkunde, und weil eine solche dispositive Privaturkunde, sobald sie in einem einzigen Momente der Uebermittlung einer Willenserklärung gedient hat, ja immer und in allen Fällen auch nur noch lediglich und ausschliesslich die Bedeutung eines Beweismittels hat. Eine Gesetzesvorschrift, welche schriftliche Form für einen bestimmten Vertrag erfordert, hat, sofern nicht das Gegentheil etwa klar vorgeschrieben sein sollte, überhaupt nur die rechtspolitische Bedeutung, dass eine Beweisurkunde über denselben aufgenommen werden soll; nur dass hier von der Befolgung dieser Vorschrift die Giltigkeit des Vertrages abhängig gemacht wird. Ob die Contrahenten sich ihre Willenserklärungen schon vorher in anderer Form, z. B. mündlich



übermittelt haben oder ob dieses zuerst auf schriftlichem Wege geschehen ist, ist dem Gesetze ganz gleichgiltig. Deshalb kommt auch auf die Form der Urkunde, ob sie lautet: „die Contrahenten haben einen Vertrag da und dahin geschlossen“ oder aber: „die Contrahenten schliessen hiermit einen Vertrag dahin“ gar nichts an.<sup>127)</sup>

Der soeben ausgesprochene Satz, dass auch die dispositive Urkunde, nachdem sie dem Zwecke der Willensübermittlung in einem einmaligen, der Vergangenheit angehörigen Act gedient hat, schlechterdings nichts weiter ist als ein Beweismittel, bedarf noch der Begründung, weil die herrschende Ansicht ihr noch eine weitere Bedeutung beilegt, nämlich die, der Rechtsact, der Vertrag etc. selbst zu sein. Besonders scharf wird der angebliche Gegensatz zwischen dispositiven und Beweisurkunden von Bähr betont. Zwar ist ihm insoferne jede Urkunde ein Beweismittel, als sie bestimmte Worte oder Zeichen als das Geistesproduct einer bestimmten Person bleibend feststellt.<sup>128)</sup> Aber bezüglich des Inhaltes dieser Worte oder Zeichen — der ja allein das Wesentliche ist — soll nun ein Unterschied zwischen dispositiven und Beweisurkunden bestehen, und zwar dahin: dass eine Urkunde, sofern sie eine Willensdisposition enthalte, nicht Beweismittel sei.

Bähr<sup>129)</sup> sagt:

„Es kann der Inhalt Ausdruck des juristischen Willens sein: dann hört in dieser Beziehung die Urkunde auf, Beweismittel zu sein; sie ist es ebensowenig, als z. B. die zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes gesprochenen Worte ein Beweismittel dieses Rechtsgeschäftes sind; sie bildet vielmehr die äussere Erscheinung, gleichsam den Körper des betreffenden Willenactes. Der Inhalt der Urkunde ist juristische Thatsache, welcher Rechte begründet, nicht bloß beweist.“

<sup>127)</sup> Beiläufig enthält übrigens auch die Begebung einer Urkunde ersterer Form, und zwar auch bei solchen Verträgen, die vorher rechtsgiltig mündlich geschlossen waren, wie Bähr, Urk.-Beweis, S. 39, richtig bemerkt hat, da sie eine Wiederholung, mithin Bestätigung einer bereits mündlich abgegebenen Erklärung ist, immer einen dispositiven Act.

<sup>128)</sup> Anerkennung, §. 34, S. 123.

<sup>129)</sup> Anerkennung, a. a. O.

Und ferner <sup>130)</sup>:

„So wie da, wo ein Rechtsact durch gesprochene Worte in's Leben tritt, das gesprochene Wort nicht ein Beweismittel des Rechtsactes, sondern der Rechtsact selbst ist, so ist dies auch das geschriebene Wort, wo es dem Rechtsact Ausdruck verleiht.“

Freilich will auch Bähr der dispositiven Urkunde im Grunde doch die Natur eines Beweismittels nicht völlig absprechen. Es finden sich Sätze wie der: „Die Urkunde beweist den Kaufvertrag, weil sie der Kaufvertrag ist“ <sup>131)</sup>; und gerade auf dieser Auffassung, dass die Urkunde mit dispositivem Inhalte der „Rechtsact selbst sei“, beruht ja seine und die herrschende Lehre, dass in der Urkunde selbst der Vertragsschluss mittelst Augenscheineinnahme festgestellt werde. Es liegt also in dieser Auffassung ein Widerspruch. Allein gerade das, dass die dispositive Urkunde nach dem Act ihrer Begebung überhaupt noch etwas Anderes sei als ein Beweismittel, kann nicht zugegeben werden.

Zunächst ist es ja sehr richtig, dass die behufs Abschluss eines Rechtsgeschäftes gesprochenen Worte nicht Beweismittel für das geschlossene Rechtsgeschäft sein können; aber nicht deshalb, weil diese Worte eine Willenserklärung, eine „juristische Thatsache“ waren — alles dauernd Wahrnehmbare kann Beweismittel seiner selbst sein —, sondern deshalb, weil die gesprochenen Worte mit ihrer Vollendung verhallen, die durch sie verursachten Luftschwingungen für immer spurlos verschwunden sind, und weil etwas nicht Wahrnehmbares der Natur der Sache nach nicht Beweismittel sein kann.

Beiläufig könnte hier die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht der Wissenschaft gelungen sei, in der Erfindung des Phonographen dem gesprochenen Worte diese ihm von Natur versagte Dauer abzutrotzen, ob nicht in dem die Luftschwingungen fixirenden Phonogramm nunmehr selbst das verhallte

<sup>130)</sup> Urkundenbeweis, S. 37.

<sup>131)</sup> Urkundenbeweis, S. 38, vgl. auch S. 39, wo es von der schriftlichen Abfassung eines bereits vorher mündlich geschlossenen Vertrages heisst: „Also auch in diesem Falle beweist die Urkunde den Vertrag nicht als etwas ausser ihr Liegendes, sondern kraft Reproduction des Vertrages selbst in einer zweiten Erscheinungsform.“



Wort zum Beweismittel geworden sei. Allein nicht die Rede ist dauernd wahrnehmbar gemacht, sondern nur die Möglichkeit gewährt, dieselbe mehr oder weniger ähnlich zu reproduciren. Nicht die Rede ist zum Beweismittel geworden, sondern der Phonograph zu einem mehr oder minder verlässlichen Beweismittel für eine der Vergangenheit angehörige Rede; diese ist bei dem phonographischen so gut wie beim Zeugenbeweise nicht Mittel, sondern Gegenstand des Beweises. Aber ist das Phonogramm nicht wenigstens Urkunde, der Beweis mittelst Phonographen nicht Urkundenbeweis? Auch das ist zu verneinen. Denn aus dem Phonogramme können die Worte und mithin ihr Sinn nicht unmittelbar wahrgenommen, sondern es kann nur ihr verhallter Klang mit einer complicirten Maschine mehr oder minder ähnlich reproducirt werden. Der Beweis mittelst Phonographen ist nicht Urkunden-, sondern Augenscheinbeweis, nicht Augenscheineinnahme der stattgehabten Rede, sondern einer mehr oder weniger zutreffenden, künstlichen Reproduction derselben, welche je nach den Umständen einen Schluss auf die der Vergangenheit angehörige und schlechterdings nicht mehr wahrnehmbare Thatsache möglich machen kann. Dass auch sonst die Augenscheineinnahme der künstlichen Reproduction eines vergangenen Ereignisses ein Indiz für die Beschaffenheit des letzteren liefern kann, ist an anderem Orte ausgeführt worden.<sup>132)</sup>

Doch kehren wir nach dieser Abschweifung zum Gang der Darstellung zurück. Während die Rede niemals Beweismittel sein kann, sondern immer nur Gegenstand des Beweises, ist die Urkunde, und zwar die dispositive so gut wie die reine Beweisurkunde immer Beweismittel und nur Beweismittel.

Dem Satze Bähr's: Die dispositive Urkunde ist, insoferne sie die Willenserklärung enthält, nicht Beweismittel, ist der

---

<sup>132)</sup> Nachträglich habe ich gesehen, dass v. Kries, Lehrbuch des Strafprocesses, S. 413, das Phonogramm für eine Urkunde erklärt. Er will daher im Strafprocess die Zulässigkeit eines Beweises mittelst Phonograph von den Voraussetzungen der Urkundenverlesung abhängig machen. Allein meines Erachtens greifen in keiner Richtung die Bestimmungen über Urkundenbeweis (über Echtheit, Edition, Beweiskraft, im Strafprocess über Verlesung etc.), sondern überall die Grundsätze des Augenscheinbeweises, also die freie Beurtheilung des Richters sowohl in Bezug auf die Zulässigkeit als das Resultat des Beweises Platz.

Satz entgegenzustellen: Sie ist, nachdem sie dem Zwecke der Uebermittlung einer Willenserklärung in einem einzigen Momente gedient hat, nichts als ein Beweismittel.<sup>132a)</sup> Mag man also immerhin unterscheiden solche Urkunden, welche eine Willensdisposition nicht übermitteln haben (sogenannte „reine Beweisurkunden“) und solche, welche diesem Zwecke einmal gedient haben, die Wichtigkeit und Bedeutung, welche die Theorie dieser Unterscheidung beilegt, hat sie nicht. Selbst dann, wenn die Schriftlichkeit ein nothwendiges Erforderniss des betreffenden Rechtsgeschäftes war, ist die Urkunde nichts als Beweismittel, nämlich einmal für den Inhalt der abgegebenen Erklärungen und ausserdem dafür, dass auch das gesetzliche Erforderniss der Beurkundung des Geschäftes erfüllt worden ist.

Dass sie in all' diesen Fällen schlechterdings nichts mehr als ein Beweismittel ist, geht daraus hervor, dass im Falle der Vernichtung, des Abhandenkommens u. s. w. der Urkunde sowohl der Inhalt des Geschäftes, als auch, wo die Beurkundung Essentiale seiner Giltigkeit war, die Erfüllung dieses Erfordernisses durch alle sonst zulässigen Beweismittel dargethan werden kann, was natürlich nicht möglich wäre, wenn die Urkunde in irgend einem Falle noch eine über die des Beweismittels hinausgehende Bedeutung hätte, wenn sie „der Rechtsact selbst“, oder wenn ihre Existenz sonst für die Existenz des letzteren von irgend einer Bedeutung wäre. In den römischen Quellen wird diese reine Beweismittelqualität und in Folge dessen ihre Ersatzfähigkeit durch jedes andere Beweismittel oft ausgesprochen<sup>133)</sup>, und ebenso z. B. im Pr. allg. Landesrecht selbst für die Fälle, wo die Schriftlichkeit Essentiale des Geschäftes ist.<sup>134)</sup> Etwas Abweichendes gilt nur bei den Werthpapieren, von denen unten noch eine Bemerkung gemacht werden soll. Hier hat die Urkunde nach der stattgehabten

<sup>132a)</sup> Der richtigen Ansicht, dass die Urkunde immer nur Beweismittel sei, ist Hensler, a. a. O. S. 227, Anm. 4; aber auch nach ihm soll dieselbe den Rechtsact, den Dispositionsact beweisen, weil sie denselben unmittelbar zur Erscheinung bringe.

<sup>133)</sup> *l. 4 de pign. D. 20, 1* und *l. 4 D. 22, 4*; *l. 10, 19. Cod. 3, 32. l. 5 Cod. 4, 21. l. 15 Cod. 5, 12. l. 25 Cod. 7, 16. l. 29 Cod. 8, 53. l. 2 Cod. 8, 55, l. 3 Cod. 10, 3.*

<sup>134)</sup> Pr. A. Landrecht, I, 5, §§. 130, 263, 169, 170.



Begebung noch eine über die des Beweismittels hinausgehende Bedeutung für das beurkundete Recht selbst, indem hier die Ausübung des letzteren an den Besitz, mithin an die Existenz der Urkunde geknüpft ist.

Allein es fragt sich, wofür ist die dispositive Privaturkunde ein Beweismittel? und hier liegt der eigentliche Kern der Meinungsverschiedenheit. Während die herrschende Meinung sagt: sie beweist die stattgehabte Abgabe der Willenserklärung, die Willensdisposition, den Rechtsact, weil sie derselbe ist, ihn verkörpert, und weil deshalb in ihm die Abgabe der Erklärung sinnlich wahrgenommen wird, ergibt sich für uns die Antwort aus dem Ausgeführten. Sie beweist nicht die Abgabe der Willenserklärung, nicht den Rechtsact, sondern sie beweist nur den Inhalt einer möglicher Weise abgegebenen Erklärung; der Act der Erklärung des Willens kann nur durch den Beweis der Begebung der Urkunde bewiesen werden, und dieser ausserhalb der Urkunde liegende Vorgang kann nicht durch ihre Existenz, sondern nur durch ausser ihr liegende Umstände dargethan werden.

Dem Satze der herrschenden Lehre: Die Urkunde beweist den Rechtsact, weil sie der Rechtsact ist, ist der Satz entgegen zu stellen: Weil sie nicht der Rechtsact ist, beweist sie ihn auch nicht.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich nun auch von selbst, dass die herrschende Auffassung, der Urkundenbeweis gerade sofern es sich um den Beweis einer abgegebenen Erklärung handle, sei Beweis durch Augenschein oder wie Andere es vorsichtiger ausdrücken, in der Urkunde nehme der Richter die stattgehabte Abgabe der Erklärung, insbesondere also die Willenserklärung selbst, unmittelbar mit seinen Sinnen wahr, auch abgesehen von dem oben bereits erörterten allgemeinen Unterschied von Augenscheins- und Urkundenbeweis nicht zutrifft. Denn die zu beweisende Abgabe einer Erklärung ist immer ein der Vergangenheit angehöriger einmaliger Act, der mithin niemals von dem beweiserhebenden Richter mit seinen Sinnen wahrgenommen werden, sondern immer nur mit in die Vergangenheit zurückgreifenden Beweismitteln und -Gründen dargethan werden kann; also mit Zeugen, auch urkundlichem Zeugniß einer Urkundsperson, mündlichem oder schriftlich

begebenem Geständniss, Eid und Indizien. Mit der Behauptung der unmittelbar sinnlichen Wahrnehmung der Abgabe der Erklärung fällt die fernere oben erwähnte Behauptung, dass der Gegenbeweis gegen diese Augenscheinsconstatirung ausgeschlossen sei. Gegen jeden Beweis, der die stattgehabte Abgabe einer Erklärung zum Gegenstand hat, ist der Gegenbeweis zulässig, mag diese Begebung durch öffentliche Urkunde (z. B. Notariatszeugniss) oder durch irgend welche Indizien bewiesen werden. Dahin gehört z. B. der Beweis, dass der Notar etwas Unrichtiges bezeugt habe (§§. 380, 383 CPO.), dass trotz des die Begebung indizirenden Besitzes der Urkunde durch den Gegner dieselbe nicht begeben worden sei, dass trotz der Begebung der Urkunde doch die darin zu lesende Erklärung nicht abgegeben sei, etwa weil sie gefälscht ist, oder weil der Begeber sich in einem wesentlichen Irrthum über den Inhalt derselben befand, z. B. die Unterschrift erschlichen oder er über den Inhalt getäuscht war u. s. w.

Der Beweis der stattgehabten Abgabe der Erklärung, d. h. der Begebung der Urkunde, liegt Demjenigen ob, welcher mit Hilfe derselben die stattgehabte Willenserklärung beweisen will. Nur äusserlich verdeckt wird dieses durch die regelmässige Leichtigkeit dieses Beweises, welcher oft und in den vielleicht häufigsten Fällen schon durch das im Besitze der Urkunde seitens des Destinatärs derselben liegende Indizium erbracht werden kann.

Zu betonen ist — ohne dass hier auf Einzelnes eingegangen werden kann — dass das Ausgeführte auch für die Werthpapiere gilt, welche man am öftesten für das Gegentheil in's Feld zu führen pflegt.<sup>135)</sup> Der durchschlagende Grund für die sogenannte „Begebungstheorie“ liegt gerade in dem allgemeinen Satze, dass nicht Schreiben an sich, sondern nur die Begebung des Geschriebenen der Act schriftlicher Willenserklärung ist, wie er auch namentlich von Brunner als ausschlaggebender Grund für diese Theorie verwerthet worden ist.<sup>136)</sup>

<sup>135)</sup> U. A. Bähr, Urkundenbeweis, S. 57.

<sup>136)</sup> Brunner, in Endemann's Handbuch d. Handelsrechtes, II, S. 140 ff., S. 164 ff. Gegen die sogenannte „Kreationstheorie“ insbesondere auch Brunner, Zeitschr. f. Hand.-R. Bd. XXII, S. 89 ff., S. 510 ff., S. 529 ff. Derselbe, Das französische Inhaberpapier des Mittelalters, 1879.



Das Werthpapier unterscheidet sich nicht dadurch von anderen Urkunden, dass hier die Schrift an sich verpflichtet, sondern durch die enge Verbindung, in welche die Ausübung des beurkundeten Rechtes, sei es die Geltendmachung oder die Uebertragung oder beides — bei den verschiedenen Werthpapieren in verschiedener Weise — an den Besitz der Urkunde geknüpft ist. Dazu tritt die verschieden ausgestaltete und wenigstens für die Inhaberpapiere unbeschränkt geltende gesetzliche Bestimmung, dass der Besitz der Urkunde nicht nur die Voraussetzung der Rechtsausübung ist, sondern auch zu derselben befugt, worin — soweit diese Regel gilt — die gesetzliche Präsumtion enthalten ist, dass der Besitz der Urkunde die stattgehabte Begebung beweist. Durch diese enge rechtliche Verknüpfung der Ausübung des Rechtes mit dem Besitz der Urkunde kann der Schein entstehen, als ob die Urkunde an und für sich „der Rechtsact sei“, die Verpflichtung „enthalte“ u. s. w. Allein auch das Werthpapier an und für sich, d. h. seine Existenz ist nicht das seinem Inhalt entsprechende Rechtsgeschäft, begründet mithin auch nicht die ihm entsprechenden Rechtsverhältnisse und beweist sie daher auch nicht. Vielmehr ist es auch hier die Begebung der Urkunde. Der Beweis dieser aber ist hier durch allerhand Rechtsvermuthungen derart erleichtert und sichergestellt, dass die verschiedene Bedeutung von Urkunde und Begebungsact hier noch weniger in die Sinne fällt, als dies schon bei der gewöhnlichen dispositiven Urkunde der Fall ist, und daher noch leichter übersehen wird. Das Werthpapier hat daher ausser seinem Beweiswerth auch einen privatrechtlichen Vermögenswerth, weil die Ausübung eines Forderungsrechtes an seinen Besitz geknüpft ist. Mag man daher gerade hier mit Vorliebe die Urkunde als „Träger“ oder „Verkörperung“ des in derselben beurkundeten Rechtes bezeichnen, so ist das eben nur ein Bild, durch welches jene Bedingtheit der Ausübung und beziehungsweise der Uebertragung des inhaltlich in der Schrift beurkundeten und durch das Rechtsgeschäft der Begebung derselben erworbenen Rechtes durch den Besitz der Urkunde zu einem anschaulichen Ausdruck gebracht werden soll.<sup>137)</sup>

<sup>137)</sup> Vergl. auch Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts (3. Aufl., 1891) I. Abth. Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 385 f.

Endlich sei noch folgende Bemerkung gestattet. Solche, deren Werthurtheil verschiedener wissenschaftlicher Auffassungen lediglich durch die Frage nach der etwaigen Verschiedenheit ihrer praktischen Resultate bestimmt wird, möchten vielleicht meinen, es sei im Grunde gleichgiltig, ob man sage: Die Existenz einer Urkunde beweise an sich die stattgehabte Abgabe der Erklärung, dem Gegner stehe aber der Einredeweis der nicht erfolgten Begebung offen; oder ob man sage: Die stattgehabte Abgabe der Erklärung muss durch ausserhalb der Urkunde liegende Umstände bewiesen werden, der Besitz seitens des Destinatars ist aber meistens ein ausreichendes Indiz für die stattgehabte Begebung der Urkunde. Denn — so könnte man sagen — regelmässig wird dieses Indiz ja vorhanden sein und dann der Beweis, dass die Begebung nicht stattgefunden habe, dem Gegner — gleichviel ob als „Einrede“ oder als „Gegenbeweis“ gegen dieses vorhandene Indiz obliegen. Allein selbst von ihrem Standpunkte aus würden Jene im Unrecht sich befinden für alle die häufigen Fälle, in welchen der Beweisführer eben nicht im Besitz der Urkunde, sondern auf einen Editionsantrag angewiesen ist, wie ja oben bereits des Näheren dargelegt worden ist; sowie in den oben ebenfalls bereits erörterten Fällen, in welchen der Besitz kein Indizium der stattgehabten Begebung ist.

Aber noch etwas Weiteres als der Beweis der Begebung muss der Schrift hinzutreten, wenn mit ihrer Hilfe die stattgehabte Abgabe einer Willenserklärung bewiesen werden soll, nämlich die Gewissheit, dass der Inhalt derselben und ihre Begebung wirklich der Ausdruck eines dem ersteren entsprechenden Willens gewesen sei. Die Schrift und selbst ihre Hingabe kann mannigfachen Zwecken dienen: man kann schreiben — und auch seinen Namen — etwa um eine Feder zu probiren, um sich im Schreiben zu üben; oder die Schrift war angefertigt und übergeben als Probe von einem Abschreiber, der sich zum Copiren juristischer Manuscripte empfahl; oder sie ist die Uebung eines Handels- oder Fortbildungsschülers, der sich in den Formen des Schuldcheines, des Wechsels, Connossementes etc. zu üben hatte, oder die Arbeit eines Mitgliedes des juristischen Seminars u. s. w.



Regelmässig — und sofern man in der Urkunde selbst die stattgehabte Abgabe einer Willenserklärung durch Augenschein constatiren zu können glaubt ganz consequent — stellt man den allgemeinen Satz auf: Derjenige, welcher ein Auseinandergehen von Erklärung und Wille behauptete, müsse dies beweisen.<sup>138)</sup> Dies trifft ja auch in den häufigsten Fällen tatsächlich zu; nur darf man dabei nicht an einen Rechtsatz des Inhaltes denken, dass der logisch einer Willenserklärung entsprechende Wortlaut bis zum Beweise des Gegentheils für eine Willenserklärung gelte. Eine solche Rechtsvermuthung für die Ernstlichkeit einer zu Papier gebrachten Aeusserung — so möchte ich das berührte Moment kurz bezeichnen — gibt es im heutigen System freier Beweisprüfung nicht; vielmehr muss aus den individuellen Umständen eines jeden Falles auf dieselbe geschlossen werden können, und principiell ist es Sache des Beweisführers, solche Umstände darzuthun.<sup>139)</sup>

Regelmässig wird ja die Erbringung der *prima facies*, dass die Erklärung der Ausdruck eines Willens gewesen sei, dem Producenten namentlich einer schriftlichen Erklärung überaus leicht sein und sich von der Vorlegung der in seinem Besitz befindlichen Urkunde äusserlich gar nicht unterscheiden. Denn die durch den Besitz indizirte Begebung der Urkunde in Verbindung mit ihrem an sich verständigen Inhalt wird meist ein Indiz auch für die Ernstlichkeit der Erklärung abgeben.

Diese *prima facies* kann auch noch durch andere Umstände unterstützt werden, z. B. dass die Erklärung vor dem

<sup>138)</sup> Windscheid, Pandekten, §. 75.

<sup>139)</sup> Ein Beispiel in *l. 24 D. de test. milit. 29, 1*. Vgl. *l. 3. §. 2, D. de O. et A. 44, 7*. — Die civilrechtliche, neuerdings lebhaft discutirte Frage, ob für die Wirksamkeit einer Erklärung entscheidend sei die Existenz eines ihr wirklich entsprechenden Willens, oder aber vielmehr Dasjenige, was den der Erklärung gegenüberstehenden Personen *bona fide* und in berechtigter Weise als der Wille des Erklärenden erschienen ist (vgl. die reichhaltige Literatur bei Windscheid, Pandekten (1891), §. 75. Anm. 1 a), ist hier nicht zu erörtern. Hier handelt es sich nicht um die Frage, ob der Gegner zur Zeit der Abgabe der Erklärung einen ihr entsprechenden Willen annehmen durfte und welche rechtliche Bedeutung eine solche irrthümliche Annahme des Gegners haben kann, sondern vielmehr darum, inwiefern dem Gericht die Existenz eines der Erklärung entsprechenden Willens *prima facie* als bewiesen erscheinen kann. Uebrigens werden die Umstände, welche sowohl jenen als dieses zu dieser Annahme berechtigen, häufig bis zu einem gewissen Punkte die gleichen sein.

Notar oder sonst in besonders feierlicher Form abgegeben ist. Soweit solche Indizien ausreichend vorhanden sind, hat der Gegner sie natürlich durch Gegenbeweis zu entkräften. Aber alle diese Indicien können auch von vorneherein fehlen. Wenn Jemand ein Papier producirt, auf welchem ein Schuldschein, eine Wechsel- oder Connossementserklärung zu lesen ist, welches sich augenscheinlich als Ausschnitt aus einem Schreibebuche, oder aus einem Uebungsbuche eines Fortbildungsschülers darstellt, kenntlich etwa an der auf der Rückseite stehenden anderen Schrift, den mit rother Tinte corrigirten orthographischen Fehlern u. s. w., oder welches sich äusserlich sofort als eine Seminararbeit erkennen lässt, so sind der Besitz der Urkunde, ihr verständiger Inhalt, die Unterschrift u. s. w. keine Indicien dafür, dass der Schreiber ein Schuldbekennniss, eine Wechsel- oder Connossementserklärung habe abgeben wollen, und der Richter wird trotz aller jener Umstände der Urkunde weiter nichts entnehmen, als dass der Schreiber und Unterschreiber diese Schriftzüge zu Papier gebracht hat, sofern ihm nicht andere Umstände dargethan werden, welche auf eine stattgehabte Willenserklärung schliessen lassen. Und zwar wird der Richter dieses auch im Versäumnissverfahren thun, wo ja von einer Gegenbeweisführung nicht die Rede ist.

Auch hier zeigt sich also, dass die Schrift und ihre blosser Existenz keineswegs immer, d. h. nicht an und für sich beweisen, dass ihr Inhalt der Ausdruck eines rechtsbegründenden Willens war, sondern dass auch dieses nur aus begleitenden Umständen geschlossen werden kann, wenn auch diese Umstände in den häufigsten Fällen schon durch den Besitz und die Production der Urkunde an die Hand gegeben werden.

Ähnlich wie bei Willenserklärungen verhält sich das Ausgeführte aber auch bei allen übrigen schriftlichen Erklärungen, mögen sie logisch in die Kategorie der Zeugnisse, Geständnisse oder sonstigen Indizien (vgl. dazu die Beispiele oben S. 12) gehören. Auch hier beweist die Schrift als solche und auch die Unterschrift immer nur, dass der Schreiber die Gedanken zu Papier gebracht, aber nicht, dass er eine Erklärung abgegeben habe, und ebenso wenig die Ernstlichkeit derselben. Auf Beides kann auch hier nur aus anderen, ausserhalb der schriftlichen Aeusserung selbst liegenden Umständen



geschlossen werden. Dabei ist aber zu bemerken, dass hier die Absicht, eine Erklärung abzugeben, weil es sich nicht um Willensdispositionen handelt, nicht nothwendig in der Mittheilung der Schrift an den Interessenten oder überhaupt an eine andere Person zur Erscheinung zu kommen braucht. Vielmehr kommt es hier nur darauf an, dass der Schreiber das Geschriebene in irgend einer erkennbaren Weise von seinen lediglich inneren Gedanken hat ablösen, in diesem Sinne einer Erklärung sich hat entäussern wollen. Ferner ist das, was ich oben die Ernstlichkeit der Erklärung genannt habe, hier nicht ihre Uebereinstimmung mit einem rechtsbegründenden Willen, sondern besteht hier in der Absicht, die Wahrheit zu sagen, in der subjectiven Wahrhaftigkeit als der ersten Voraussetzung der etwaigen objectiven Wahrheit des Gesagten. Für Zeugnisse und Geständnisse ist das ja ohne Weiteres klar; für die etwa sonst in Betracht kommenden Indicien besteht die Ernstlichkeit der Erklärung darin, dass die Schrift der Ausdruck der wirklichen und wahren Geistesaffection des Schreibers war, also seiner wirklichen Absicht und Willensrichtung entsprach, nicht zum Scherz geschrieben ist u. s. w.

Beides, die Entäusserung der Erklärung und ihre Ernstlichkeit, kann durch die mannigfaltigsten, die Niederschrift begleitenden oder ihr nachfolgenden, durch keine Casuistik zu erschöpfenden Umstände indicirt werden, und da hier alle solche Umstände meist für Beides zugleich sprechen, so kann hier auch Beides zugleich behandelt werden.

Vor Allem kommt auch hier natürlich die Aushändigung der Urkunde an den an ihrem Inhalt Interessirten, z. B. bei Geständnissen, in Betracht, für welche auch hier der Besitz derselben wieder ein wesentliches Indicium ist. Aber auch an dritte Personen gerichtete Erklärungen der Art können eine wesentliche Beweiskraft haben.

Das noch im Besitz des Schreibers befindliche oder wider seinen Willen aus demselben gekommene Schuldbekennniss beweist gar nichts, denn es ist eine Erklärung nicht abgegeben; ebensowenig ist der nicht abgesandte, wenn auch unterschriebene Brief, der verlorene Zettel geeignet, das, was etwa darauf steht, zu beweisen. Hat aber Jemand einem vertrauten Freunde Mittheilung gemacht von einem Darlehen, das er bei X habe auf-

nehmen müssen, über ein nicht ohne Folgen gebliebenes Liebesverhältniss u. s. w., so bemisst sich die Beweiskraft solcher Urkunden nach der Gesamtheit der Umstände, unter welchen die Erklärung abgegeben ist.

Aber nicht nur die Mittheilung an eine andere Person, sondern auch andere Umstände und unter ihnen besonders der Ort, wo die schriftliche Aeusserung fixirt ist, können auf die Entäusserung einer Erklärung und auf ihre Ernstlichkeit schliessen lassen. Notizen eines Mannes über angebliche Geschäfte auf einem beliebigen, in seinem Besitze befindlichen Zettel sind niemals eine abgegebene Erklärung, weder ein Geständniss, noch ein Zeugniss. Durch die Eintragung gleichen Inhaltes in seine Handelsbücher dagegen entäussert der Kaufmann sich einer Erklärung, welcher vermöge der Bedeutung der Bücher, wenn dieselben sonst in Ordnung sind, eine entscheidende Beweiskraft zukommt. Wenn irgend Jemand auf einem beliebigen Zettel, den er behält, Notizen über angebliche Familienverhältnisse macht, so hat er damit keine Erklärung abgegeben. Wenn aber der fromme Pfarrer in seine Hausbibel eingetragen hat: „Heute, am 5. Februar 1825, hat Gott meiner lieben Frau ein Knäblein geschenkt“, mit einem etwa angefügten Dankgebet, und später darunter: „Heute, am 12. März dess. J., hat unser Söhnchen in der heiligen Taufe die Namen Gottlieb Friedrich erhalten“, so hat er sich damit einer Erklärung entäussern wollen, deren Ernstlichkeit, d. h. Wahrhaftigkeit mit Rücksicht auf den Ort ihrer Entäusserung und die sonstigen Umstände keinem Zweifel unterliegen, und welcher daher eine sehr erhebliche Beweiskraft beizumessen sein wird. Den meisten Praktikern werden Prozesse erinnerlich sein, in welchen allein auf Grund derartiger Zeugnisse die Kette einer Erbeslegitimation namentlich für die Zeit vor Einführung der Civilstandsregister für geschlossen erachtet wurde.

Wer in der gesetzlichen Form seinen letzten Willen aufsetzt und bis zum Tode aufbewahrt, hat damit eine Erklärung, und zwar eine Willenserklärung abgegeben.

Zu bemerken ist noch, dass hier keineswegs behauptet wird, dass es ein Erforderniss des Urkundenbeweises überhaupt sei, dass der Inhalt der Urkunde den Gegenstand einer abgegebenen Erklärung gebildet habe. Vielmehr können, wie oben



bereits ausgeführt ist, unter gewissen Umständen ja auch rein innere Seelenvorgänge eine Beweisbedeutung haben, selbst blossе Gemüthsstimmungen u. s. w. Sofern dieses der Fall, kann natürlich auch die blossе Thatsache, dass etwas zu Papier gebracht worden ist, ohne jede Rücksicht auf eine Entäusserung des Geschriebenen von Beweisbedeutung sein; ja gerade ihre Verheimlichung kann die Beweiskraft solcher Urkunden erhöhen. Das, worauf es hier ankam, ist lediglich dieses, dass, soweit eben die stattgehabte Abgabe einer Erklärung das Beweisthema ist, dieselbe niemals durch die blossе Existenz der schriftlichen Aeusserung an und für sich, sondern immer durch sie begleitende oder nachfolgende, mithin ausser der Urkunde selbst liegende Umstände bewiesen werden kann.

#### IV. Die Beweisbedeutung der Unterschrift.

Insbesondere der §. 381 der deutschen Civilprocessordnung.

An der Hand des Vorstehenden ist nun zu prüfen, welche Beweisbedeutung im heutigen Recht der Unterschrift der Privaturkunden zukommt; und da die CPO. nicht das echte, sondern nur das öffentlich beglaubigte Handzeichen<sup>140)</sup>, dieses aber auch in jeder Beziehung der Unterschrift gleichstellt, so bitte ich, im Folgenden dasselbe unter „Unterschrift“ mitzuverstehen. Zwei Fragen sind dabei auseinanderzuhalten, nämlich einmal: Gehört zum Beweise der Abgabe einer schriftlichen Erklärung, insbesondere einer Willenserklärung, die Unterschrift der Privaturkunden? und sodann: Was beweist die Unterschrift, wenn solche vorhanden?

I. Die älteren Processualisten halten (wie oben dargelegt ist als Ersatz des abgekommenen Siegels) bekanntlich die Unterschrift, wenigstens der dispositiven Urkunden, für ein nothwendiges Erforderniss ihrer Beweiskraft, und zwar auf Grund des oben besprochenen pr. Inst. 3, 23. Der Mangel der Unterschrift soll sogar die Rechtsvermuthung begründen, „dass der Schreiber nicht die Absicht hatte, die Scriptur zur Urkunde seiner Willenserklärung zu erheben“. Der Streit in der gemein-

<sup>140)</sup> Ueber diese Beschränkung vgl. Krit. Vierteljahrsschrift, a. a. O. S. 241 ff.

rechtlichen Literatur und Praxis dreht sich wesentlich nur um das erforderliche Mass der Vollständigkeit der Unterschrift (Vorname u. s. w.), sowie darum, ob und unter welchen Voraussetzungen dieselbe durch Handzeichen ersetzt werden kann.<sup>141)</sup> Es ist bereits oben gezeigt (S. 28 f.), dass die späteren römischen Kaiserconstitutionen allerdings für den Fall des schriftlichen Abschlusses eines Vertrages eine Form für die der Willensübermittlung dienende Urkunde vorschrieben; nämlich dass dieselbe entweder im Text von der Hand des einen Contrahenten geschrieben, oder, wenn dies nicht der Fall, von einem Contrahenten unterschrieben sein soll. Demnach ist also die Unterschrift kein nothwendiges Erforderniss weder schriftlicher Willenserklärungen überhaupt, noch selbst schriftlichen Vertragsschlusses, welcher vielmehr durch Geben und Nehmen einer Urkunde zu Stande kommt. Auf das römische Recht kann man sich also nicht für die Nothwendigkeit der Unterschrift berufen.<sup>142)</sup> Ebensowenig nach dem früher Gesagten auf das ältere deutsche, noch auf das mittelalterliche Recht, nach welchem letzterem vielmehr die Anhängung des Siegels nicht nur als das Zeichen der Vollendung und Echtheit, sondern auch als das der stattgehabten Begebung der Urkunde galt, wie oben dargelegt worden ist.

Diejenigen, welche die Nothwendigkeit der Unterschrift behaupten, sind sich wohl nicht immer klar darüber, dass man damit den einschneidenden privatrechtlichen Satz aufstellt: Schriftliche Willenserklärungen können nur durch unterschriebene Urkunden zu Stande kommen. Denn das Processrecht und der

<sup>141)</sup> Bopp, in Zeitschr. f. Civ. u. Pr., Bd. IV, S. 298 ff. Dasselbst auch die ältere Literatur. Auf ihn berufen sich die Späteren, z. B. Bayer, Vortr., S. 851: „Bei Privaturkunden ist wenigstens jetzt die Unterschrift des Ausstellers wesentlich.“ Vgl. — wenn auch weniger bestimmt — Martin, Lehrb., §. 208. *not. i.*, Linde, Lehrb., §. 277, Anm. 3. Vielfach wird mit der Frage der Nothwendigkeit der Unterschrift auch die der Recognoscibilität nicht unterschriebener Urkunden verwechselt, vgl. darüber Krit. Vierteljahrsschr., a. a. O. S. 242, 249. Blos von der letzteren Frage spricht Renaud, Lehrb., §. 116. Auch Wetzell, §. 24, S. 237 ff., behandelt die Unterschrift zutreffend wesentlich vom Gesichtspunkt der Echtheitsfeststellung der Urkunde, ohne sich über ihre Nothwendigkeit auszusprechen. — Aus der gemeinrechtl. Praxis zu vgl. u. A. Seuffert, Arch., Bd. IV, Nr. 172; Bd. XXIII, Nr. 182; Bd. XXVII, Nr. 70; Bd. I, Nr. 373; Bd. III, Nr. 394; Bd. XII, Nr. 318; Bd. XIII, Nr. 292; Bd. XII, Nr. 322.

<sup>142)</sup> Vgl. Brunner, Zur Gesch. d. U., S. 57 ff. und oben S. 23.



Richter können nicht ein Mehreres zum Beweise einer stattgehabten Willenserklärung erfordern, als den Beweis dessen, was zu ihrem Zustandekommen gehörte. Wenn daher ein Recht sagt: eine schriftliche Willenserklärung kann nur durch den Nachweis der Begebung einer unterschriebenen Urkunde bewiesen werden, so steckt darin zugleich der privatrechtliche Satz: eine schriftliche Willenserklärung kann nur durch Begebung einer unterschriebenen Urkunde zu Stande kommen.<sup>143)</sup>

Man möchte etwa glauben, die rein processualische, das materielle Recht nicht berührende Beweismaterie einer derartigen Vorschrift in der Weise deduciren zu können: zur Giltigkeit der Willenserklärung sei zwar die Unterschrift nicht erforderlich, aber dass dieselbe auch wirklich abgegeben worden, könne nur durch die unterschriebene Urkunde bewiesen werden. Allein hierin würde eine Selbsttäuschung liegen, denn die Abgabe der Erklärung ist eben das Haupterforderniss der Willenserklärung oder richtiger diese selbst, und der Satz, diese könne nicht ohne unterschriebene Urkunde bewiesen werden, würde nichts Anderes sagen, als sie könne rechtswirksam nur in dieser Form erfolgen. Ueberdies aber ist, wie sich im Folgenden zeigen wird, gerade die Unterschrift durchaus untauglich, überhaupt die stattgehabte Abgabe einer Erklärung zu beweisen.

Die Unterschrift kann als Beweiserforderniss mithin immer nur da aufgestellt werden, wo durch Rechtssatz die Existenz einer schriftlichen Willenserklärung von ihr abhängig gemacht ist. Dieses kann bekanntlich in doppelter Weise geschehen. Entweder in Verbindung mit der Vorschrift, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft überhaupt nur schriftlich und mithin in dieser Form abgeschlossen werden kann, wie z. B. beim Wechsel,

<sup>143)</sup> Auf diesem rein praktischen Gesichtspunkt der gleichen Wirkung beruht auch die Ausdrucksweise des so überaus formalistischen französischen Urkundenrechtes, *Code civ. a. 1322 ff.* Bald heisst es: nur die so geartete Urkunde „beweist“ (*a foi*), bald: nur sie ist „gültig“ (*valable*), bald heisst es überhaupt nur: „sie muss“ so und so geschrieben sein (*doit être écrit*), natürlich kein glücklicher, sondern viel Streit veranlassender Mechanismus der Gesetzgebung. Viel schärfer die Vorschrift des röm. Rechtes in *pr. Inst 3, 23*: *non aliter perfectam esse emptionem et renditionem, nisi vel*; daraus ergibt sich dann von selbst, dass der schriftliche Abschluss auch nur durch so geartete Urkunde bewiesen werden kann.

beim eigenhändigen Testament, bei mannigfachen Verträgen.<sup>144)</sup> Das Recht kann aber auch für Willenserklärungen, welche ebensogut mündlich geschlossen werden können, lediglich für den Fall, dass dies schriftlich geschieht, eine bestimmte Form der zu begebenden Urkunde vorschreiben. Hierher gehören die erwähnte Vorschrift des späteren römischen Rechts über schriftlichen Abschluss von Consensualverträgen und die erwähnten allgemeinen Vorschriften des französischen Rechts über die Form der Privaturkunden. Hier kann also der schriftliche Abschluss des Geschäftes nur durch formgerechte Urkunde erfolgen und mithin auch nur durch solche bewiesen werden. Das schliesst aber nicht aus, dass bei mangelhafter Form der Urkunde das anderweitige Zustandekommen des Vertrages, also namentlich der mündliche Abschluss desselben, durch andere Beweismittel dargethan werde, z. B. durch Zeugen.<sup>145)</sup>

Da die CPO. Formvorschriften für die Privaturkunden nicht enthält<sup>146)</sup>, so kann heute die Unterschrift als Beweismoment für das Zustandekommen einer Willenserklärung schlechterdings nur da gefordert werden, wo dieselbe durch besonderen Rechtssatz als eine Voraussetzung des Zustandekommens einer solchen etwa vorgeschrieben ist.<sup>147)</sup>

<sup>144)</sup> So namentlich z. B., im Preuss. Landrecht. Ueber das Erforderniss der Vollständigkeit, Eigenhändigkeit u. s. w. der Unterschrift in diesen Fällen vgl. Förster-Eccius, Preuss. Priv.-Recht, I, §. 40. Auch RG., Entsch. Bd. IV, S. 317 ff., Bd. XIV, S. 97. Ueber die Art der Unterschrift des *octavus testis* beim Testament des Schreibunkundigen nach *l. 21 pr. Cod. 6. 23*, R.-G. Entsch. Bd. XII, S. 162 ff.

<sup>145)</sup> So das röm. Recht *pr. Inst. cit.* — Das französische Recht schliesst bekanntlich bei Rechtshandlungen, deren Object 150 Frs. übersteigt, regelmässig den Zeugenbeweis aus, beschränkt also den Beweis auf formgerechte Urkunde oder Eideszuschreibung.

<sup>146)</sup> Der Hannov. Entwurf, §§. 371, 473 (II. Lesung), enthielt über die Nothwendigkeit einer Unterschrift der Privaturkunden nichts. Der nordd. Entw., §§. 562, 563, dagegen erforderte zum „vollen Beweis“ der dispositiven Urkunde die Unterschrift und demgemäss auch für den Urkundenprocess, §. 676. Ebenso die Bayerische PO. a. 357.

<sup>147)</sup> Diese Ansicht kann heute wohl als die herrschende bezeichnet werden, vgl. z. B. auch Planck, Lehrb., II, S. 218. Insbesondere vertritt sie auch das RG., welches daher auch den Urkundenprocess aus nicht unterschriebenen Urkunden für zulässig erklärt hat. Entsch. II, S. 415 ff. (I. Civ. Sen. vom 23. October 1880)



Allerdings wird auch heute noch eine abweichende Ansicht vertreten. Ueber die Frage, ob eine nicht unterschriebene Urkunde „gelte“, soll vor Allem die Sitte entscheiden. Und zwar sei als Regel anzuerkennen, dass eine Vertragsurkunde im Bewusstsein der Beteiligten erst mit der Namensunterschrift sich vollende. Ein zwar von der Hand des Schuldners geschriebenes, aber nicht unterschriebenes Schuldbekennniss könne, auch wenn es im Besitz des Gläubigers sei, nicht für einen wirksamen Schuldschein gehalten werden. Jedoch seien auch Ausnahmen anzuerkennen; eine gestellte Rechnung z. B. werde, auch wenn der Name des Rechnungsstellers nur auf dem Titelblatt stehe, als verpflichtende Urkunde anzusehen, die Quittung eines Kaufmannes auf einer von ihm selbst übersendeten Rechnung auch ohne Unterschrift wirksam sein, ebenfalls wirksam ein Brief mit irgend welcher dispositiven Erklärung, auch wenn er nur unterzeichnet sei „Dein treuer Bruder“. <sup>143)</sup>

Allein man wird dem mit Recht die Frage entgegensetzen dürfen, wie die Sitte zu dieser das Recht beherrschenden Macht komme und noch dazu auf dem rein formalen Gebiet. Wie kann die Sitte bei Vermeidung der Nichtigkeit eine Form für schriftliche Willenserklärungen vorschreiben, von der das Recht nichts weiss; und zwar eine Sitte, von deren Regel auch wieder Ausnahmen anzuerkennen sind? Auf dem Gebiete der Form herrscht ausschliesslich die Rechtsvorschrift, und zwar muss dieselbe gerade hier, wenn die Form nicht anstatt eines Schutzes der Rechtssicherheit eine Quelle der Rechtsunsicherheit werden soll, unbedingt bestimmt sein. Die Begebung einer nicht unterschriebenen Urkunde, deren Inhalt eine Willensdisposition darstellt, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben

<sup>143)</sup> Bähr, Urkundenbeweis, S. 48 f. Zu bemerken ist, dass derselbe hierbei ganz richtig die verpflichtende und die Beweiswirkung identificirt. Auch nach Hellmann, Lehrb., S. 538, soll das Vorhandensein einer dispositiven Urkunde regelmässig durch die Unterschrift bedingt sein, weil nach der allgemeinen Auffassung des geschäftlichen Verkehrs schriftliche Willenserklärungen erst mit der Unterschrift des Erklärenden perficirt seien und für manche Urkunden (Wechsel etc.) die Unterschrift geradezu civilrechtliches Erforderniss sei. Jedoch will auch er Ausnahmen anerkennen. Aehnlich auch Struckmann-Koch, Bem. 2 zu §. 381. (Das daselbst gebrachte Citat meiner Abhandlung S. 250 beruht wohl auf einem Missverständniss; vielmehr ist daselbst die Unrechtfertigkeit der französischen und anderer particularrechtlicher Bestimmungen nachgewiesen.)

ist, schafft und beweist dieselbe ebenso, wie die Begebung der unterschriebenen Urkunde.<sup>149)</sup> Nur muss eben die Begebung und zwar die Begebung gerade dieser Erklärung, d. h. überdies der Beweis der Identität und Echtheit der abgegebenen Erklärung ihrem ganzen Texte und damit ihrem ganzen Inhalte nach, sowie die Person des Ausstellers bewiesen werden. Und gerade diese letzteren Beweise — vielleicht unter Umständen sogar der Beweis der Ernstlichkeit der abgegebenen Erklärung — können durch den Mangel der Unterschrift erschwert werden; niemals aber wird durch diesen Mangel der Beweis der stattgehabten Abgabe der Erklärung principiell unmöglich. Es ist wohl diese grössere Schwierigkeit des Beweises mit nicht unterschriebenen Urkunden, welche man mit ihrer angeblichen Verbindlichkeit verwechselt. Darauf scheinen auch die „Ausnahmen“ zu deuten, welche man von der angeblichen Regel machen will, denn gerade in den hierher gerechneten Fällen werden jene Schwierigkeiten in ein oder anderer Beziehung vermindert.<sup>150)</sup> Der wahre Grund aber für dieses Bestreben, die Unterschrift als nothwendiges Kriterium der dispositiven Urkunde zu retten, liegt, wie oben (S. 57) dargelegt worden, darin, dass man irrthümlich annimmt, die echte Schrift an sich beweise ihre stattgehabte Begebung und dass man nun aus praktischen Gründen doch Bedenken trägt, diesen ebenso gefährlichen wie unrichtigen Satz anzuwenden auf jede echte Urkunde, vielmehr nun nach einem Ersatz sucht, auf welchen man jene geheimnissvolle Kraft des mittelalterlichen Siegels übertragen könnte.

## II. Was beweist die vorhandene Unterschrift?

Schon nach der gemeinrechtlichen Lehre und ebenso nach der gesetzlichen Beweisregel der §§. 405, Abs. 2, und 381 CPO. beweist die Unterschrift *prima facie*, dass das darüber stehende von dem Unterzeichner herrührt, und bewirkt daher, dass derselbe es den Worten und mithin auch dem Inhalte nach als von

<sup>149)</sup> Vgl. Krit. Vierteljahrsschr., Bd. XVIII, a. a. O.

<sup>150)</sup> So ist z. B. bei den auf das Schulddocument oder auf die übersandte Rechnung gesetzten Quittungen von vornherein gegeben, dass sie sich auf die daselbst beurkundete Forderung beziehen; bei dem unterzeichneten „treuen Bruder“ scheint wenigstens die Frage nach der Person des Ausstellers um einen Schritt gefördert u. s. w.



sich zu Papier gebracht bis zum Beweise des Gegentheils gelten lassen muss; d. h. sie beweist die wörtliche und beziehungsweise die inhaltliche Echtheit des über ihr Stehenden. Hierin liegt die überaus grosse Bedeutung der Unterschrift. Denn es brauchen nur noch leise und vielleicht zufällige Indicien hinzutreten, wie z. B. namentlich der Besitz des an dem Inhalte des Schriftstückes Interessirten, um den Beweis der Abgabe der Erklärung *prima facie* als vollständig erbracht erscheinen zu lassen.

Eine weitere Rechtsvermuthung aber knüpft sich an die Unterschrift nicht.

Letzteres ist allerdings für das heutige Recht auf Grund des wenig glücklich gefassten §. 381 CPO. bestritten, welcher lautet:

„Privaturkunden begründen, sofern sie von dem Aussteller unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.“<sup>161)</sup>

Diejenigen, welche in der Urkunde überhaupt den Beweis finden, dass die in ihr enthaltene Erklärung hinausgegeben sei, und daher annehmen, dass die stattgehabte Abgabe der Erklärung in der Urkunde vom Richter unmittelbar sinnlich wahrgenommen werde, nehmen natürlich auch keinen Anstand, im §. 381 die gesetzliche Bestätigung dieses allgemeinen Satzes insbesondere für unterschriebene Urkunden zu finden.<sup>162)</sup> Von diesem Gesichtspunkt aus ist ganz consequent hervorgehoben worden, dass das,

<sup>161)</sup> Vgl. dazu meine angef. Abhandlung in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XVIII, S. 244—254. Meine damalige Voraussage der Zweifel und Schwierigkeiten, welche diese Bestimmung, falls sie Gesetz werden sollte, zur Folge haben müsse, hat sich leider vollauf bestätigt.

<sup>162)</sup> Vgl. oben S. 15, Anm. 21 f. — Nach Planck, Lehrb., enthält der §. 381 zwei gesetzliche Beweisregeln; einmal die, dass unterschriebene Urkunden die „Urschrift“ seien, d. h. nicht blosser Entwurf einer Erklärung (S. 218 f.) und sodann die weitere: dass der Richter „aus dem Dasein der echten Urschrift schliessen muss, dass die vom Aussteller angefertigte schriftliche Aeusserung von ihm auch abgegeben sei“, worunter die „Hinausgabe der Urkunde“ verstanden wird (S. 229). Jedoch wird der vom Aussteller angebotene „Einredebeweis“, dass die Urkunde wider oder ohne seinen Willen in die Aussenwelt gelangt sei, zugelassen. — Vgl. ferner Erÿthropel in Bödiker's Magaz. f. deutsch. R., I, S. 106 ff. (übrigens mit sich selbst vielfach in Widerspruch tretend); Wendt, a. a. O. S. 311; Hellmann, Lehrb., S. 532 u. A.

was von allen Urkunden gelte, sich auch für die unterschriebenen von selbst verstehe und der §. 381 daher im Grunde überflüssig sei oder den Satz für alle Urkunden habe aussprechen müssen.<sup>153)</sup>

Für uns, die wir im blossen Schreiben niemals die Abgabe einer Erklärung und vor Allem einer Willenserklärung sehen, verhält es sich ebenso mit der Namenschrift. Denn wie Schreiben an sich überhaupt, so ist auch das Schreiben des Namens ein interner, rechtlich bedeutungsloser Act. Die blossе Unterschrift verhält sich zur Aeussерung des Willens wie der Gedanke zur That. Nicht das Schreiben des Namens, sondern die Hingabe der Schrift ist der Act der Willenserklärung. Ist aber das blossе Unterschreiben eines Schriftstückes niemals Abgabe einer Erklärung, dann kann auch die blossе Existenz der Unterschrift nicht das Kriterium derselben sein, dieselbe nicht beweisen. Ueberall sind es andere Umstände und nicht die Unterschrift, welche allein auf die Abgabe und beziehungsweise die Ernsthaftigkeit einer Erklärung schliessen lassen. Bei Zeugnissen und Geständnissen können dieselben in der Aushändigung der Urkunde oder auch in dem Ort oder in den begleitenden Umständen ihrer Niederlegung liegen; bei Willenserklärungen (mit Ausnahme derer von Todeswegen) dagegen immer nur in der Mittheilung des Geschriebenen an den anderen interessirten Theil; denn die Existenz der Willenserklärung ist durch diese Mittheilung bedingt. Die Gesetzesbestimmung in dem erst angegebenen Sinne aufgefasst, würde unseres Erachtens eine gesetzliche Beweisregel sein, welche nicht nur mit dem Wesen der Urkunde, mit allem früheren Recht, mit der täglichen Erfahrung im Widerspruche stünde, sondern auch in das Privatrecht in einer nicht zu rechtfertigenden Weise eingreifen würde. Denn wenn die Unterschrift die Abgabe einer Erklärung beweisen soll, so muss sie vor Allem die Abgabe einer Erklärung sein; es würde also für das Privatrecht der Satz eingeführt, dass durch blosses Schreiben Willenserklärungen abgegeben werden.

Die Gesetzesbestimmung hat nun aber auch einen solchen Inhalt nach der Absicht der Gesetzgebungsfactoren weder haben sollen, noch hat sie ihn ihrem Wortlaute nach.

<sup>153)</sup> Vgl. die drei Letztgenannten.



Die „Materialien“ des Gesetzes zunächst, wenn sie auch keinen authentischen Aufschluss über seinen Sinn geben können, sind doch in einem Falle, wo der Ausdruck des letzteren so anerkannt unglücklich ist und so verschieden gedeutet wird wie hier, für das, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, nicht ohne Bedeutung. In der Begründung des Entwurfes wird in Uebereinstimmung mit der von der CPO. in der ganzen Materie des Urkundenbeweises befolgten Tendenz hervorgehoben, dass nur die formelle Beweiskraft, d. h. der Echtheitsbeweis und nicht die materielle Beweiskraft der Urkunden (mit Ausnahme der öffentlichen Zeugnisse) gesetzlich geregelt, und vor Allem jegliche Berührung privatrechtlicher Sätze über das Zustandekommen und die Wirksamkeit von Willenserklärungen vermieden werden solle. Rücksichtlich des §. 381 wird noch besonders betont, dass auch er nur die formelle Beweiskraft der Privaturkunden (welche ihre Echtheit ist) betreffe, und zu seiner Motivirung angeführt (Begr. S. 265): es entspreche dem wirklichen Hergang, dass die Perfection der Urkunde (nicht etwa die Perfection einer Erklärung oder eines Rechtsgeschäftes) mit der Unterschrift abgeschlossen werde. Die Motive wollen also sagen: da die Unterschrift regelmässig zuletzt auf's Papier gesetzt wird, so rechtfertigt es sich, dass der Unterzeichner in allen Fällen den über seiner Unterschrift stehenden Text als von sich herrührend gelten lassen müsse — also lediglich ein Grund für die Echtheit der in der Urkunde zu lesenden Aeusserung und nicht eine Vermuthung dafür, dass diese Aeusserung auch begeben und dadurch zum Inhalte einer abgegebenen Erklärung gemacht sei. In der Debatte der Reichstagscommission wies dann der Abgeordnete Bähr mit Recht auf die Zweideutigkeit des Ausdruckes hin. Solle das: die Erklärung „abgeben“ bedeuten „niedergeschrieben“, dann sei das sehr richtig, aber überflüssig auszusprechen (wegen §. 405, Abs. 2). Solle das „abgegeben“ aber im rechtlichen Sinn verstanden werden, dann sei die Regel in dieser Allgemeinheit unrichtig, da bei vielen Urkunden, namentlich bei allen einseitig ausgestellten, noch hinzukommen müsse, dass die Urkunde „abgegeben“ werde. Der Regierungs-Commissär hob darauf hervor, dass der Paragraph sich mit der rechtlichen Bedeutung der Urkunde gar nicht befassen wolle, und äusserte sich über

dessen Verhältniss zu §. 405, Abs. 2 dahin: letzterer betreffe die Echtheit der über der Unterschrift befindlichen Schrift, der §. 381 dagegen beziehe sich auf den Inhalt der Schrift, wie er sich ausdrückte: „auf die Beweiskraft des Inhaltes der Schrift“. Nachdem Bähr dann auf Grund dessen hervorgehoben hatte, dass also die Bestimmung der Frage, welche Bedeutung der Besitz der Urkunde (— also das Hauptindicium für die Abgabe der Erklärung —) für die Beweiskraft der Urkunde habe, ausser Betracht lasse, wurde dieselbe in der vorgelegten Fassung angenommen.

Erwägt man überdies, dass die CPO., wie nachgewiesen, sich jeglicher Bestimmung über den Act, durch welchen ein Rechtsgeschäft geschlossen wird, und mithin auch darüber, was zum Beweise des Abschlusses erfordert werde, absichtlich und weislich enthalten wollte und enthalten musste, dass daher die materielle Beweiskraft der Urkunden, abgesehen von den öffentlichen Zeugnissen, grundsätzlich nicht geregelt worden ist, so wird darüber, was der §. 381 sagen wollte und sollte, meines Erachtens kein Zweifel bestehen können. Er wollte und sollte nur sagen: Da die Unterzeichnung einer Schrift regelmässig den Schluss des zu Papier Bringens bildet, so muss der Unterzeichner *prima facie* das darüber Stehende als von sich zu Papier gebracht gelten lassen. Man kann den gewollten Sinn des §. 381 mithin dahin ausdrücken: Falls eine Erklärung mittelst Urkunde abgegeben ist (— z. B. eine Willenserklärung durch Begebung der Urkunde —), so beweist eine unter der Urkunde befindliche echte Unterschrift (beziehungsweise beglaubigtes Handzeichen) *prima facie* ohne Weiteres, dass die Erklärung geradeso abgegeben ist, wie sie in den Urkunden zu lesen ist, d. h. dass die in ihr enthaltene Erklärung abgegeben ist. Mit dieser meines Erachtens allein möglichen Auffassung des gesetzgeberischen Willens ist nun aber der Text des §. 381 durchaus verträglich. Man muss nur, wie die Motive und Debatten dies ja klar ersichtlich machen, in dem Satze: „begründen — den vollen Beweis dafür, dass die in demselben enthaltenen Erklärungen abgegeben sind“ den Ton nicht auf das „abgegeben“, sondern auf die Worte: „die in derselben enthaltenen“ legen. Wer den Satz in dieser Weise liest und sich dabei die gedachte Selbstbeschränkung des Gesetzes rück-



sichtlich der materiellen Bedeutung der Urkunden gegenwärtig hält, wird kaum zweifelhaft sein, dass auch der §. 381 diese civilrechtliche Frage nicht erledigt, dass er vielmehr für den Fall, dass eine Erklärung schriftlich abgegeben ist, der Unterschrift eine Beweisbedeutung nur rücksichtlich der Identität des Inhaltes der abgegebenen Erklärung beimisst, d. h. nur eine Rechtsvermuthung der inhaltlichen Echtheit der Urkunde ausspricht.

Dieses wird meines Erachtens auch noch bestätigt durch eine nähere Betrachtung des bestrittenen Verhältnisses des §. 381 zu der Bestimmung des §. 405, Abs. 2.

Aehnlich wie die Diplomatie mit Rücksicht auf den historischen Beweis eine Echtheit der Urkunden im rein formalen Sinne und eine inhaltliche Echtheit unterscheidet<sup>154)</sup>, kann man dies auch mit Rücksicht auf den processualischen Beweis. Im rein formalen Sinne echt ist eine Urkunde dann, wenn die Schriftzüge von Demjenigen herrühren, welcher der Urheber derselben sein soll, ohne jede Rücksicht auf den Inhalt der Urkunde. In diesem rein formalen Sinne echt ist z. B. auch eine Urkunde, zu der der Eine seine Blancounterschrift geleistet, und Derjenige, welcher zur Ausfüllung des Blankettes ermächtigt war, dieses, wenn auch im vollen Widerspruch mit dem Willen des Unterzeichners, gethan hat. Die Urkunde wäre in jenem formalen Sinne echt, weil alle Schriftzüge, so wie sie vorhanden, von demjenigen herrühren, welcher als ihr Urheber bezeichnet wird.

Daneben aber gibt es eine inhaltliche Echtheit, welche — soweit die hier in Rede stehende Processregel in Betracht kommt — bedeutet, dass auch der durch die Schriftzüge wiedergegebene Sinn das Geistesproduct desjenigen ist, dessen Unterschrift die Urkunde trägt.

Jene formale Echtheit hat — abgesehen zunächst davon, ob er etwa auch noch etwas Anderes sagt — ohne allen Zweifel den §. 405, Abs. 2 im Auge, indem er bestimmt, dass, wenn die Echtheit der Unterschrift feststeht, *prima facie* bewiesen sein solle, dass auch die Worte des Textes von dem Unterschriebenen herrühren. Der §. 381 dagegen fasst die Sache vom Gesichtspunkt der inhaltlichen Echtheit auf. Er sagt: die Unterschrift soll bewirken, dass der Autor derselben nicht nur die darüber stehenden Worte, sondern auch den in ihnen logisch

<sup>154)</sup> Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre, I, S. 7.

enthaltenen Sinn *prima facie* als von sich herrührend gelten lassen muss. Dieses versteht sich ja nun bei solchen Urkunden, deren Text von dem Unterschriebenen selbst herrührt, ganz von selbst; denn wer die Worte zu Papier gebracht hat, hat damit ja eben den in ihnen logisch enthaltenen Sinn zu Papier gebracht. Insoweit besagt also §. 381 nichts Anderes, als was schon im §. 405 enthalten ist. Etwas Neues und Anderes würde er nur dann bestimmen, wenn der letztere lediglich jene rein formale Echtheit im Auge hätte, d. h. sich nur auf solche Urkunden beziehen wollte, welche ganz von der eigenen Hand des Unterschriebenen herrühren sollen. Der §. 381 würde dann die darüber hinausgehende Vermuthung auch der inhaltlichen Echtheit aussprechen, insbesondere also den neuen Satz enthalten, dass auch der Begeber einer Blanccounterschrift die von fremder Hand gemachte Ausfüllung unter allen Umständen *prima facie* als von sich herrührend gelten lassen müsse. In der That aber greift nun schon der §. 405 über die rein formale Echtheit hinaus, indem er bestimmt, dass nicht nur die Unterschrift, sondern auch das beglaubigte Handzeichen die Vermuthung der „Echtheit“ der darüber befindlichen Schrift begründe. Es kann das natürlich nicht heissen sollen, es sei zu vermuthen, dass die über den drei Kreuzen des Schreibunkundigen stehenden Schriftzüge von seiner Hand herrühren, sondern es kann nur heissen sollen, er habe deren Sinn sich angeeignet. Der §. 405 spricht also zugleich schon eine Vermuthung der inhaltlichen Echtheit aus, wenigstens soweit es sich um Handzeichen handelt. Er sagt mithin insoweit bereits dasselbe, was der §. 381 dann mit besonderer Beziehung auf den Inhalt allgemein ausdrückt. Beide Paragraphen zusammengenommen bedeuten: Unterschrift und beglaubigtes Handzeichen bewirken, dass das Darüberstehende sowohl den Worten, als dem durch diese gegebenen Sinne nach *prima facie* als von dem Unterzeichner herrührend zu gelten hat. Der §. 405 bringt diesen Gedanken mehr mit Rücksicht auf die formale Echtheit der Schriftzüge, der §. 381 ausschliesslich mit Rücksicht auf deren logischen Inhalt zum Ausdruck. Beide Bestimmungen sagen dasselbe, nur von verschiedenen Gesichtspunkten aus.<sup>155)</sup>

<sup>155)</sup> Mit dem hier Ausgeführten stehen im praktischen Resultat im Einklang v. Wilmowski-Levy, wo Bem. 1 zu §. 381 (6. Aufl., S. 599) das „ab-



Ich halte daher einen Streit darüber, ob der Beweis, dass ein Blankett gegen die Intention des Ausstellers ausgefüllt sei ein Gegenbeweis gegen die Beweisregel des §. 405 oder aber des §. 381 sei, für ebenso logisch unfruchtbar, als er zweifellos praktisch bedeutungslos ist. Wollte man überhaupt in dieser Weise unterscheiden, dann würde er nach dem Gesagten, weil nicht gegen die formale, sondern gegen die inhaltliche Echtheit gerichtet, eher ein Beweis gegen §. 381 als gegen §. 405 sein.<sup>156)</sup>

Fitting<sup>157)</sup> stimmt insoweit mit der hier begründeten Auffassung des §. 381 überein, als auch er eine Rechtsvermuthung für die Abgabe einer Erklärung, d. h. für die Hinausgabe der Urkunde darin nicht findet. Dagegen nimmt er eine Rechtsvermuthung dahin an, dass der Unterzeichner das, was in der Urkunde stehe, „auch wirklich habe erklären wollen, dass die Urkunde also nicht ein blosser Entwurf sei, den sein Urheber noch nicht als wirkliche Erklärung betrachtet habe“. Er sieht z. B. in dem Beweise, dass eine übersandte Quittung lediglich ein Entwurf einer erst nach künftiger Zahlung zu leistenden Quittung gewesen sei, einen Gegenbeweis gegen §. 381. Damit wird aber der Bestimmung eine Beziehung auf die materielle Beweiskraft der Urkunde und auf die Rechtsgiltigkeit einer abgegebenen Erklärung beigelegt, welche ihr fremd ist. Fitting beruft sich auf die oben mitgetheilte Aeusserung der Motive, allein diese sprechen nicht von der Perfection des Geschäftes oder der abgegebenen Erklärung, sondern von der „Perfection der Urkunde“, d. h. eines Schriftstückes

---

gegeben“ ganz richtig mit „schriftlich fixirt“ wiedergegeben wird. Auch Struckmann-Koch scheinen diese Ansicht im Wesentlichen zu theilen, obschon die Bemerkung daselbst, §. 381, besage, dass der Unterschreiber das Unterschriebene „als seinem Willen entsprechend“ gelten lassen müsse, auf eine andere Auffassung deuten würde, falls unter dem „Willen“ etwas Anderes als der des zu Papier Bringens verstanden sein sollte.

<sup>156)</sup> Das RG. Entsch., Bd. XXIII, S. 111, hat beiläufig einmal die Bemerkung gemacht, es sei ein Gegenbeweis gegen §. 405 und nicht gegen 381, und dieser nicht zutreffende Satz ist dann ohneweiters in mehrere Commentare übernommen worden. — Einige Bemerkungen über die Blanccounterschrift sollen, um hier den Zusammenhang nicht zu stören, für unten vorbehalten werden (s. S. 164 ff.).

<sup>157)</sup> Civilprocess (7. Aufl.), S. 424 und Arch. f. civ. Pr. 61, S. 485.

ohne jede Beziehung auf seine etwaige rechtliche Bedeutung.<sup>158)</sup> Es ist ja ganz richtig, dass auch die Unterschrift in Verbindung mit anderen Umständen, namentlich mit der stattgehabten Begebung der Urkunde, im Falle begründeten Zweifels als ein Indicium dafür in Betracht kommen kann, dass der Inhalt der Urkunde kein Entwurf einer erst künftig abzugebenden, sondern den Inhalt einer fertigen, d. h. wirklich abgegebenen Erklärung gebildet habe. Allein niemals beweist dies die Unterschrift für sich selbst; vielmehr ist bei Willenserklärungen die Begebung der Urkunde hierfür immer die Voraussetzung, und — wie oben bereits erörtert — regelmässig auch vollständig ausreichend für den Beweis, dass der Inhalt der Urkunde der Inhalt einer „perfecten Erklärung“, insbesondere also eine Willenserklärung gewesen sei. Auf der anderen Seite aber beweist eine nicht begebene, wenn auch feierlich unterschriebene und untersiegelte, im Schreibtische des Concipienten liegende Schrift, etwa eine Quittung, Schuldschein, briefliche Offerte etc. niemals, dass sie eine „perfecte Erklärung“ sei. Vielmehr könnte nur angenommen werden, dass, wenn sie überhaupt irgend etwas, so allenfalls einen Entwurf bedeute. Am wenigsten aber kann eine gesetzliche Beweisregel gedachten Inhaltes an das blosse Vorhandensein einer Unterschrift geknüpft werden.

Endlich wird auch darüber gestritten, ob der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung des §. 381 zulässig sei oder nicht, wobei je nach der verschiedenen Auffassung der Regel natürlich auch unter dem Gegenbeweis etwas Verschiedenes verstanden wird.

Diejenigen, welche im §. 381 die einschneidende Rechtsvermuthung erblicken, dass die Unterschrift an sich die „Abgabe“ der Erklärung, „die Hinausgabe der Urkunde“ beweise,

---

<sup>158)</sup> Das RG. hat wiederholt ausgesprochen (Entsch. Bd. II, S. 415 ff. und Bd. V, S. 386), dass die Perfection einer Willenserklärung durch das Vorhandensein oder den Mangel einer Unterschrift nicht betroffen werde, und dass daher auch der Urkundenprocess aus nicht unterschriebenen Urkunden zulässig sei. In der erstgedachten Entscheidung wird beiläufig allerdings auch der Satz ausgesprochen, §. 381 enthalte die gesetzliche Beweisvorschrift, dass die in unterschriebenen Urkunden enthaltenen Aeusserungen „perfecte abgeschlossene Erklärungen“ des Ausstellers darstellen, während nur bei nicht unterschriebenen die freie Beweismüdigung eintrete.



müssen selbstredend den Gegenbeweis zulassen, also dahin, dass die Urkunde wider oder ohne Willen des Ausstellers aus seinen Händen gekommen sei.<sup>159)</sup> Bei unserer Auffassung der §§. 405 und 381 ergibt sich die Zulässigkeit des Gegenbeweises sowohl nach der rein formalen als auch nach der inhaltlichen Richtung von selbst. Denn mit der Fälschung der Worte wird ja zugleich auch die Fälschung des Sinnes bewiesen. Aber auch lediglich die Fälschung des Sinnes ohne jede Fälschung der Worte kann bewiesen werden, wie dieses ja bei dem zweifellos zulässigen Beweis des Missbrauches eines begebenen Blankettes der Fall ist, wobei es sich um eine Fälschung der Schriftzüge, um eine Urkundenfälschung im rein formalen Sinne gar nicht handelt. Aber auch abgesehen von der Fälschung ist der Beweis, dass der Aussteller sich durch seine Unterschrift den Sinn der darüber stehenden Aeußerung nicht angeeignet habe, zulässig, namentlich dahin, dass seine Unterschrift erschlichen sei, — woraus dann natürlich folgt, dass er auch durch die Begebung einer solchen Urkunde nicht die darin zu lesende Erklärung abgegeben habe.<sup>160)</sup>

<sup>159)</sup> So auch Planck, Lehrb., II, S. 229. Anderer Meinung scheint Erythropel, a. a. O. S. 111.

<sup>160)</sup> So auch im röm. Rechte, I. 18 Cod. 4, 19; I. 10, Cod. 8, 53. Das RG. hat zwar in einer Entscheidung (bei Gruchot, Beitr., Bd. XXXI, S. 904 f.) den Satz an die Spitze gestellt: Nach §. 381 begründe die unterschriebene Urkunde „vollen, in keiner Weise zu entkräftenden Beweis dafür, dass die in derselben enthaltene Erklärung abgegeben sei“, den Gegenbeweis thatsächlich aber immer zugelassen, namentlich dahin, dass die Unterschrift erschlichen sei. So in der angeführten Entscheidung selbst und Entsch. Bd. V, S. 385 und in der Entsch. bei Gruchot, Beitr. Bd. XXXIII, S. 1170 f. Ferner ist, Entsch. Bd. XXIX, S. 470 ff. ausgesprochen, dass die Beweisregel des §. 381 beim Vorhandensein von Rasuren und sonstigen Mängeln der Urkunde (§. 384) nicht Platz greife, und auch hiermit anerkannt, dass sie überhaupt nur einer *prima facie*-Beweis anordnet, welcher, wenn schon *ex officio* noch mehr natürlich in Folge eines Gegenbeweises für elidirt erachtet werden muss. Die Entscheidung ist auch insofern bemerkenswerth, als sie auf der, wenn auch nur stillschweigenden Voraussetzung beruht, dass §. 381 nur eine Rechtsvermuthung für die inhaltliche Echtheit, nicht für die stattgehabte Hinausgabe der Urkunde enthalte. Struckmann-Koch wollen nur einen „indirecten Gegenbeweis“ zulassen. v. Wilnowski-Levy, obschon sie den §. 381 in unserem Sinne auffassen und doch sicherlich den Gegenbeweis in den bezeichneten Richtungen nicht verwerfen wollen, meinen dennoch, der Gegenbeweis gegen die Regel des §. 381 sei ausgeschlossen.

Man beruft sich für die angebliche Unzulässigkeit des Gegenbeweises auf die Worte des §. 381: — „macht vollen Beweis“. Allein dieser Ausdruck berechtigt nicht zu solchem Schlusse. Er findet sich in der CPO. an verschiedenen Stellen. Einmal beim Parteieide (§§. 428, 429); hier wird im §. 425 ausdrücklich hinzugefügt, dass der Gegenbeweis ausgeschlossen sei. An anderen Stellen wird dem „vollen Beweise“ hinzugefügt, dass der Gegenbeweis zulässig sei, z. B. §§. 380, 383.

„Voller Beweis“ ist also in der CPO. ein in Bezug auf die Zulässigkeit des Gegenbeweises indifferenten Ausdruck, welchem durch ausdrückliche Vorschrift bald diese, bald jene nähere Bestimmung gegeben wird. In der That will dieser der früheren Legaltheorie und ihrer Unterscheidung verschiedener Grade des Beweises entnommene Ausdruck weiter nichts sagen, als dass der betreffende Beweisgrund schon für sich allein ausreiche, einen *prima facie*-Beweis zu machen. Ueberdies wäre der Ausschluss des Gegenbeweises an und für sich schon eine gesetzliche, die freie Prüfung des Beweises ausschliessende Vorschrift, welche in einem Systeme grundsätzlich freier Beweiswürdigung (§. 259) nur da angenommen werden darf, wo sie ausdrücklich ausgesprochen ist.<sup>161)</sup>

Endlich ergibt sich aus dem Gesagten, dass der §. 381 alle die Fragen, ob eine Erklärung überhaupt abgegeben, d. h. hinausgegeben sei, ob mit der Begebung einer Erklärung wirklich der Ausdruck eines Willens oder irgend etwas Anderes (vgl. z. B. oben S. 74) beabsichtigt gewesen sei, ob sie den ganzen Inhalt des von ihr betroffenen Rechtsgeschäftes wiedergebe, ob etwa mündliche Nebenabreden getroffen sind und Giltigkeit beanspruchen dürfen u. s. w., völlig unberührt lässt und dass alle derartigen Erörterungen mit einem Gegenbeweise gegen die Vermuthung des §. 381 nichts zu thun haben.<sup>162)</sup>

<sup>161)</sup> Der vollständige Ausschluss des Gegenbeweises findet sich in der CPO. nur beim Parteieid, welcher, wie anderwärts ausgeführt ist, überhaupt nicht zu den Beweisgründen, sondern zu den Mitteln formeller Feststellung gehört.

<sup>162)</sup> Von den Vertretern gegentheiligter Auffassungen des §. 381 werden derartige Fragen natürlich mit demselben in Verbindung gebracht. Zutreffend v. Wilm. Levy, a. a. O.



Insbesondere von der Blancounterschrift.<sup>163)</sup>

Eine nähere Betrachtung derselben bietet deshalb Interesse, weil durch sie das bisher über die Urkunde und namentlich die dispositive Gesagte besonders scharfe Beleuchtung erhält. Sie lässt besonders klar erkennen, dass das verpflichtende Moment, der Schöpfungsact der Obligation, weder in dem Schreiben, noch in der Urkunde, d. h. in dem Inhalt des Geschriebenen, sondern nur in anderen Umständen liegen kann. Denn dass das blosses Schreiben des Namens auf ein Stück weisses Papier oder ein unausgefülltes Blankett keine Obligation begründen kann, leuchtet Jedem ein, weil hier, wo nichts oder wenigstens nichts Vollständiges über dem Namen steht, selbst der äussere Schein fortfällt, als ob mit diesem Schreiben eines Namens schon eine schriftliche Erklärung abgegeben werde. Da andererseits zweifellos durch die Begebung eines solchen Stückes Papier mit dem Namen eine Obligation begründet werden kann, obschon ein Inhalt oder wenigstens ein vollständiger Inhalt auf dem Papier nicht steht, so leuchtet ferner ein, dass es überhaupt nicht der Inhalt, der etwa auf einem Stück Papier steht, ist, der an und für sich eine Obligation schafft, sondern dass dies andere Umstände sind, nämlich bei schriftlichem Abschluss die Begebung des Geschriebenen.

Die Begebung einer Blancounterschrift kann zu einer Obligation eine verschiedene Beziehung und daher eine verschiedene juristische Natur haben. Dieselbe kann zunächst zur Entstehung der Obligation ausser Beziehung stehen; dann näm-

<sup>163)</sup> Es ist noch nicht lange her, dass die Beweiskraft auch der Blancounterschrift allgemein anerkannt ist. Das früherere Obertribunal in Berlin, obschon es in einer Entscheidung vom 20. December 1847 (Entsch., Bd. XVI, S. 142) die blosses, zum Zeichen der Uebertragung einer Forderung unter die Urkunde gesetzte Namensunterschrift für eine gültige Cession erklärte, hat später grundsätzlich die Blancounterschrift bei solchen Verträgen, für welche schriftliche Form vorgeschrieben ist, als ungenügend und unverbindlich erachtet. (Entsch. vom 17. December 1863, vom 7. November 1872 und vom 27. März 1873, Entsch., Bd. I, S. 29, Bd. LXVIII, S. 129, Bd. LXIX, S. 198) Die Anerkennung ihrer Gültigkeit hat sich namentlich im Handelsverkehr entwickelt; vgl. die Entsch. des ROAHG. vom 9. April 1872 in Seuff. Archiv, Bd. XXVII, Nr. 56. Mit Recht gegen die Ansicht des Preuss. Ob. Trib. Förster-Eccius, Preuss. Priv. Recht. I, §. 40, Anm. 19. Ueber die geschichtliche Entwicklung des Blancopapiers, Goldschmidt, Universalgesch. d. Handelsrechts, S. 397 ff.

lich, wenn dieselbe mit der Bestimmung einer ganz bestimmten Ausfüllung des Blankettes mit einer solchen Willenserklärung erfolgt, deren Entstehung weder gesetzlich, noch im concreten Fall vertragsmässig an die Existenz einer Urkunde geknüpft ist. Hier ist durch die vorherige Bestimmung der Ausfüllung des Blankettes die Obligation bereits fertig vorhanden und die Uebergabe des Blankettes hat nur die Bestimmung, eine reine Beweisurkunde über den geschlossenen Vertrag herzustellen. So z. B. wenn ich einem Anwalt den Auftrag ertheilt habe, meinen Process zu führen und später das Vollmachts-Blankett unterschreibe und übergebe. Der Vollmachtsvertrag ist mündlich geschlossen, die auszufüllende Urkunde soll nichts als ein Beweismittel unter den Contrahenten und Dritten gegenüber sein. Jedoch liegt auch hier, wie oben bereits gesagt ist, in der wiederholten schriftlichen Erklärung eine Wiederholung und mithin Bestätigung des bereits erklärten Willens, also insofern ein dispositiver Act.

Sodann kann aber auch die nähere Bestimmung des Inhaltes der Obligation von der Ausfüllung und Verwendung des Blankettes durch den Empfänger abhängig gemacht werden. So z. B., wenn das Blankett der Processvollmacht ausgehändigt wird mit der Massgabe, dass der Empfänger den Process entweder selbst führen oder einem Collegen zur Führung übergeben soll. Oder wenn etwa eine unterzeichnete Schenkungsurkunde übergeben wird mit der Bestimmung, dass der Beschenkte oder ein Dritter das Object der Schenkung, z. B. aus einer gewissen Reihe von Büchern dasjenige eintragen soll, welches geschenkt sein soll; oder wenn das Blankett eines Zahlungsversprechens mit der Massgabe übergeben wird, dass der Destinatär oder ein Dritter den den Umständen nach, z. B. einem Wohlthätigkeitszwecke angemessenen oder den durch ein erst zu ermittelndes Saldo zu findenden Betrag eintragen soll. Hier wird durch Uebergabe des Blankettes eine Obligation begründet, deren näherer Inhalt vom Willen eines Anderen, beziehungsweise von erst zu ermittelnden Umständen abhängig gemacht wird.

Endlich kann eine Blancounterschrift aber auch so begeben werden, dass erst durch die Ausfüllung und Weiterbegebung des Blankettes selbst eine ganz neue Obligation entsteht. Dies ist bei Werthpapieren der Fall, z. B. beim Wechsel.



Denn die Entstehung der Werthpapierobligation ist an die Existenz der in all ihrem wesentlichen Inhalte vollendeten Urkunde geknüpft. Die Uebergabe eines als Aussteller oder Acceptant unterzeichneten Wechselblankettes begründet keine Wechselobligation, denn der Urkunde fehlt es an dem zum Wechsel erforderlichen Inhalte, sondern sie begründet nur die Verpflichtung, eine Wechselobligation einzugehen. Die Wechselobligation selbst entsteht erst mit der Existenz der fertigen Urkunde und die Hingabe des Blankettes ist nur die Ermächtigung an den Empfänger, eine solche durch seine eigene Thätigkeit in's Leben zu rufen, ein *pactum de cambiando* mit der Massgabe, dass der Empfänger selbst die Wechselobligation schaffen soll.

Die Beweisbedeutung der Blanccounterschrift besteht nun nach §. 381 CPO. darin, dass der Namensschreiber den darüberstehenden Inhalt als von sich herrührend *prima facie* gelten lassen muss. Insbesondere also z. B. beim Wechsel, dass das in der begebenen Urkunde nach ihrer späteren Ausfüllung zu lesende Wechselversprechen kraft der begebenen Unterschrift ihrem Urheber gegenüber *prima facie* als von ihm selbst mit diesem Inhalte herrührend bewiesen wird, obschon er selbst ein Wechselversprechen (welches nur durch die Begebung einer vollständigen Wechselurkunde zu Stande kommen kann) niemals abgegeben hat. Stimmt die Ausfüllung des Blankettes mit seinem Versprechen *de cambiando* nicht überein, so kann er das einwandsweise zwar seinem Nehmer gegenüber geltend machen, nicht aber kraft Wechselrechtes dritten Nehmern gegenüber; und so wird ihm also durch die Thätigkeit eines Anderen eine Obligation, nämlich eine Wechselobligation geschaffen, die er selbst niemals eingegangen ist und niemals hat eingehen wollen.

Die Hingabe einer Blanccounterschrift ist ein Act des Vertrauens, indem der Begeber dem Anderen überlässt, die Urkunde seinem, des Unterzeichners, Willen gemäss auszufüllen.<sup>163\*)</sup> Aber was ist der juristische Inhalt dieses Vertrauensactes? Er kann ein sehr verschiedener sein. Der Begeber kann entweder nur die Beweisbedeutung der Unterschrift für eine ganz bestimmt abgegebene Willenserklärung, oder unter Umständen auch die nähere Bestimmung des Inhaltes der Obligation, oder

<sup>163\*)</sup> So auch Bähr, Urkundenb., S. 32.

endlich bei Werthpapieren sogar die Schaffung einer ganz neuen und selbst einer vom Begeber niemals gewollten (Formal-)Obli-gation in die Hand des Empfängers geben. Eben deshalb ist die Begebung einer Blanccounterschrift überhaupt nur von Bedeutung für Willenserklärungen. Denn nur bei diesen kann man sowohl die Beweisbedeutung einer Unterschrift, als auch jene näheren Bestimmungen einem Dritten in die Hand geben. Für Zeugnisse, also auch für Geständnisse, sowie für andere als Indicien in Betracht kommende Erklärungen (vgl. oben S. 12), hat die Hingabe einer Blanccounterschrift keine materielle Beweisbedeutung. Denn die Beweiskraft dieser Erklärungen beruht in ihrer inneren Wahrheit, in erster Linie also auf ihrer subjectiven Wahrhaftigkeit. In dieser aber kann man sich nicht durch Andere vertreten lassen. Ein über eine Blanccounterschrift — wenn auch im Auftrage des Begebers — geschriebenes Geständniss, Zeug-niss oder sonstige Erklärung, welche nicht Willensdisposition ist, gilt zwar nach der Echtheitsbeweisregel der §. 381 und 405 CPO. natürlich ebenfalls *prima facie* zunächst als echt, hat aber, sobald die blosse Thatsache der Blanccounterschrift festgestellt ist, gar keine Bedeutung und gar keine Beweiskraft, während die Willensdisposition durch die gleiche Feststellung nichts von ihrer Kraft und mithin auch die dispositive Urkunde nichts von ihrer Beweisbedeutung verliert, hier Beides vielmehr erst durch den Beweis des Missbrauches des Blankettes elidirt wird.

Endlich mag noch eine kurze zusammenfassende Bemerkung über die den §. 381 berührenden Entscheidungen des Reichsgerichtes gestattet sein. Dasselbe hat sich in Folge der geringfügigen praktischen Bedeutung, welche dieser Gesetzesbestimmung beiwohnt<sup>164)</sup>, und in Folge vielfach auf sie gestützter unbegründeter Revisionsbeschwerden wesentlich damit zu befassen gehabt, was Alles der §. 381 nicht bedeute. So wird

<sup>164)</sup> Er hat, wie oben S. 158 f. ausgeführt ist, eine solche überhaupt nur dann, wenn man die Beweisbedeutung der Blanccounterschrift durch §. 405 Akg für nicht gedeckt erachtet. Bezieht man dagegen, wozu man meines Erachtens durchaus berechtigt ist, diese Bestimmung auch auf die Blanccounterschrift, dann sagt §. 381 überhaupt nichts Anderes als §. 405, nur dass er es von einem anderen Gesichtspunkte aus, nämlich lediglich mit Beziehung auf den Inhalt der Schrift, sagt.



mit Recht ausgesprochen, dass er mit dem Beweise der Richtigkeit des Datums nichts zu schaffen habe <sup>165</sup>); dass aus ihm nicht gefolgert werden könne, dass die Beglaubigung einer Unterschrift sich über den beurkundeten Vorgang hinaus erstrecke <sup>166</sup>); dass die Rechtsgiltigkeit des Actes durch ihn nicht betroffen werde <sup>167</sup>), womit der richtige Satz anerkannt ist, dass die Unterschrift und folglich auch ihr Mangel ohne Bedeutung ist für das Zustandekommen einer schriftlichen Willenserklärung und womit die Entscheidung, dass der Urkundenprocess auch aus nicht unterschriebenen Urkunden zulässig sei, übereinstimmt. <sup>168</sup>)

In diesen und anderen Entscheidungen finden sich nun aber auch beiläufige, für die Entscheidungen selbst nicht ausschlaggebend gewesene Bemerkungen über die positive Bedeutung des §. 381, welche als zutreffend nicht anerkannt werden können. So wird z. B. in der letztangeführten Entscheidung der bereits oben widerlegte Satz Fitting's ausgesprochen, der §. 381 enthalte eine gesetzliche Beweisvorschrift dahin, dass die in einer unterschriebenen Urkunde enthaltenen Aeusserungen „perfecte, abgeschlossene Erklärungen“ des Ausstellers seien, während nur bei nicht unterschriebenen die freie Beweiswürdigung in dieser Richtung Platz greife. In den oben citirten Entscheidungen <sup>169</sup>) wird im §. 381 eine gesetzliche Vermuthung dahin gefunden, dass die in unterschriebenen Urkunden enthaltenen Erklärungen „abgegeben“ seien, was wohl nur in dem Sinne verstanden werden kann, dass die Urkunden hinausgegeben seien. Wenn nun dieser Ausdruck auch dem Wortlaute des Gesetzes entspricht, so ist doch bei seiner Unglücklichkeit und Bestrittenheit mit der blossen Wiederholung der Gesetzesworte keine Klarheit geschaffen. In der Entscheidung bei Gruchot, Bd. XXXI, S. 904, ist dann noch die Bemerkung besonders betont, jeglicher Gegenbeweis sei ausgeschlossen, während in der-

<sup>165</sup>) Entsch., Bd. XV, S. 310, 386; Bd. XVI, S. 438.

<sup>166</sup>) Entsch., Bd. XIII, S. 331, doch ist das Citat des §. 381 hier nicht verständlich.

<sup>167</sup>) Entsch., Bd. V, S. 386 f.

<sup>168</sup>) Entsch., Bd. II, S. 415 f.

<sup>169</sup>) In Gruchot's Beitr., Bd. XXXI, S. 904 und in Entsch., Bd. V, S. 386, Bd. XVI, S. 438.

selben Entscheidung und auch anderweitig<sup>170)</sup> der Gegenbeweis gegen die richtig verstandene Vermuthung der Gesetzesbestimmung, insbesondere dahin, dass die Unterschrift erschlichen sei, also der Unterzeichner durch seine Unterschrift sich den Sinn der darüber stehenden Aeusserung nicht angeeignet habe, oder dass er sich nicht in handlungsfähigem Zustande befunden, mithin durch die Begebung einen Willen nicht erklärt habe, ganz richtig zugelassen wird.

Bei dieser Lage der Sache würde es sehr wünschenswerth und sowohl zur Klärung der Theorie, als zur Beseitigung unnützer Revisionsbeschwerden sehr förderlich sein, wenn das Reichsgericht sich über die Bedeutung, welche es dieser bestrittenen Gesetzesbestimmung beimisst, bei gegebener Gelegenheit positiv und bestimmt aussprechen würde.

#### Der Oesterreichische Entwurf einer Civilprocessordnung.

Es sei gestattet, hier einige Bemerkungen über die einschlagenden Bestimmungen des neuesten Entwurfs der Oesterreichischen CPO. einzuschalten. Mit Befriedigung wird jeder anerkennen, dass derselbe wie überhaupt, so auch im Urkundenbeweise das Princip des freien Beweises in möglichst ausgedehntem Masse zur Geltung bringt und principiell, wie dies auch die deutsche CPO. thut, nur den Beweis der Echtheit der Urkunden gewissen gesetzlichen Bestimmungen unterstellt, die materielle Beweiskraft derselben aber der freien Würdigung des Richters überlässt, mit der einzigen Massgabe, dass den Zeugnissen öffentlicher Behörden und Urkundspersonen gesetzlich eine *prima facie*-Beweiskraft beigelegt wird (§. 303 und 304 des Entwurfes).

Dieses gesunde Princip wird nun aber durch den §. 305 des Entwurfes durchbrochen. Derselbe hat fast wörtlich und in derselben unglücklichen Fassung den oben erörterten §. 381 der deutschen CPO. in sich aufgenommen und würde, wenn er sich hierauf beschränkte, all die oben erörterten die deutsche Theorie und Praxis belastenden Streitigkeiten und Unklarheiten auch nach Oesterreich verpflanzen. Der §. 305 des Entwurfes geht aber weiter. Er enthält nämlich sodann folgenden Zusatz:

<sup>170)</sup> Vgl. Entsch., Bd. V, S. 385 und die Entsch. in Gruchot, Beitr., Bd. XXXIII, S. 1170 f., vgl. ferner Entsch., Bd. XXIX, S. 430 ff.



„Die civilrechtlichen Bestimmungen, durch welche die Beweiskraft einer Privaturkunde von weiteren Erfordernissen abhängig gemacht ist, ferner die Vorschriften der Wechselgesetze über die Beweiskraft des Wechsels bleiben unberührt.

Ebenso bleiben alle jere gesetzlichen Bestimmungen unberührt, welche für das Datum einer Urkunde einen von der Erklärung des Ausstellers verschiedenen Beweis verlangen.“

Lassen wir zunächst den letzten Absatz ausser Betracht, so wird durch jenen Zusatz über die Aufrechterhaltung der „civilrechtlichen Bestimmungen“, welche die Beweiskraft der Privaturkunden von noch „weiteren Erfordernissen“ (als der Unterschrift) abhängig machen und über die Aufrechthaltung der die Beweiskraft des Wechsels betreffenden wechselrechtlichen Bestimmungen deutlich an die Hand gegeben, was übrigens in den „erläuternden Bemerkungen“ zum Entwurf (S. 270) auch noch ausdrücklich ausgesprochen wird, dass der erste Satz des §. 305 nicht etwa nur wie §. 381 der CPO. die inhaltliche Echtheit der Privaturkunden, sondern die materielle Beweiskraft derselben betreffen soll, d. h. dass derselbe in der That sagen will und soll, dass die blosse Existenz einer Unterschrift unter einem Schriftstück beweise, dass mittelst desselben eine Erklärung abgegeben, insbesondere also, sofern es sich um den Inhalt einer Willenserklärung handelt, dass die Urkunde vom Verfasser derselben begeben worden, dass der Wille erklärt, mithin dieses Haupterforderniss des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts erfüllt sei. Durch den §. 305 würde in der That die Ansicht zum Gesetz erhoben, die wir in den vorstehenden Erörterungen über §. 381 CPO. für unmöglich erklärt haben, weil sie den privatrechtlichen Satz enthalten würde, dass durch blosses Schreiben ohne Mittheilung des Geschriebenen Willenserklärungen abgegeben werden; denn wenn die blosse Existenz einer Schrift die stattgehabte Abgabe einer Willenserklärung beweisen soll, so muss vor Allem das blosse Schreiben eine solche Abgabe sein. Nach §. 305 würde ein Schriftstück, unter welchem ein Name steht, welches niemals den Schreibtisch des Schreibers verlassen hat, ein unabgesandter Brief, ein niemals begebener Schuldschein u. s. w. beweisen, dass der Urheber desselben eine Offerte angenommen, ein Zahlungsverprechen, ein Schuldbekennniss abgegeben habe u. s. w. und ein auf

Edition eines solchen unbegebenen Schriftstückes gerichteter Antrag wäre eine erhebliche Beweisantretung dafür.

Nicht minder bedenklich erscheint der Schlusssatz des §. 305 mit Rücksicht auf seinen besonderen Inhalt; denn in ihm ist die Bestimmung enthalten, dass die unterschriebene Privat-urkunde auch die Richtigkeit ihres Datums beweisen soll, sofern nicht etwa „gesetzliche Bestimmungen“ noch einen „verschiedenen“, d. h. anderen Beweis dafür verlangen. Wenigstens scheint mir der Satz nicht anders aufgefasst werden zu können. Nun kann man aber als in der heutigen Theorie und Praxis feststehend wohl den Satz betrachten, dass die Datirung einer Privat-urkunde, und zwar auch einer solchen mit dem Inhalte einer Willenserklärung, immer nur ein aussergerichtliches Zeug-niss über die Zeit ihrer Ausstellung ist; denn über den Zeit-punkt einer der Vergangenheit angehörigen Thatsache kann man nicht verfügen, sondern nur die Wahrheit oder Unwahr-heit sagen. Ein solches Zeugnis hat zwar dem Aussteller selbst gegenüber, wenn die Urkunde begeben ist, die Beweiskraft eines aussergerichtlichen Geständnisses; Dritten gegenüber aber be-weist es, eben weil es ein Zeugnis ist, regelmässig nichts. Dritte können daher, auch wenn sie die Echtheit der Urkunde anerkennen, trotzdem die Richtigkeit des Datums bestreiten, und den Beweis derselben erwarten. Praktisch wird die Frage ja sehr häufig dann, wenn es sich um durch die Zeit bedingte Vorrechte mehrerer Gläubiger desselben Schuldners handelt. Bekanntlich pflegen bedrängte Schuldner, um sich noch Credit zu verschaffen, häufig antedatirte Vorrechte zu gewähren. Die concurrirenden Mitgläubiger haben oft gar keine Veranlassung die Echtheit der Urkunde zu bezweifeln, aber sie bestreiten die Richtigkeit des Datums, behaupten Antedatirung. Nach dem Schlusssatze des §. 305 müssten sie die Antedatirung beweisen; nach der in der deutschen Theorie und Praxis feststehenden Ansicht dagegen liegt in solchem Falle dem Urkundenprodu-centen der Beweis der Richtigkeit des bestrittenen Datums ob, obschon die Echtheit der Urkunde nicht bestritten ist.<sup>171)</sup>

<sup>171)</sup> Gerau, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 20, S. 76 ff., 97 ff. — Wetzell, Syst., §. 24, Nr. 1, S. 222 ff. RG. in dem sehr gut begründeten Urtheil v. 27. Sept. 1882. Entsch. Bd. 8, S. 328 ff.; ferner dasselbe Bd. 13, S. 366. Bd. 16, S. 438, Bd. 26, S. 3. Vgl. auch Krit. Vierteljahrsschr., Bd. XVIII, S. 233. Bähr,



Unseres Dafürhaltens würde der Entwurf gewinnen, wenn der §. 305 ganz gestrichen würde. Will man aber aussprechen, dass die in Civilgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Beweiskraft der Privaturkunden aufrecht erhalten werden, so wäre dieses für sich zu verordnen und der erste Satz des §. 305 zu streichen, wenn nicht die oben als ungerechtfertigt bezeichnete gesetzliche Beweisregel, dass die Unterschrift die stattgehabte Begebung der Urkunde beweise, in ein Verfahren hineingebracht werden soll, welches im Uebrigen in anerkenntnswerther Weise dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung huldigt.

Dagegen reicht der vom Echtheitsbeweise der Privaturkunden handelnde §. 324 des Entwurfes unseres Dafürhaltens allerdings nicht aus. Derselbe lautet:

„Die Echtheit einer Privaturkunde gilt als unbestritten, wenn der Gegner des Beweisführers es unterlassen hat, sich über die Echtheit der Urkunde zu erklären, sofern nicht die Absicht, die Echtheit zu bestreiten, aus den übrigen Erklärungen des Gegners hervorgeht. Befindet sich auf der Urkunde eine Namensunterschrift, so hat sich der Gegner des Beweisführers unter der gleichen Rechtsfolge auch über die Echtheit der Unterschrift zu erklären.“

Diese Bestimmung bringt den heute allgemein anerkannten und meist, wie auch in der CPO. §§. 405, 381 gesetzlich ausgesprochenen Satz, dass die echte Unterschrift und das echte Handzeichen *prima facie* die wörtliche und inhaltliche Echtheit des

Urkundenbew., a. a. O. S. 51. Wenn letzterer insofern eine Ausnahme machen will, als der Cessionar das Datum einer Quittung des Cedenten ohne Weiteres gegen sich gelten lassen müsse, so scheint mir das nicht berechtigt; denn selbst wenn man aussergerichtliche Geständnisse des Auctors auch für den Singularsuccessor als rechtsverbindlich ansehen will — was doch sehr bestreitbar ist — so ist in dem gedachten Falle ja gerade die Frage, auf die es ankommt, ob nämlich zur wahren und wirklichen Zeit der Quittungsleistung der Cedent noch verfügungsberechtigter Inhaber der Forderung war, oder nicht vielmehr, wie der Cessionar behauptet, dieselbe längst cedirt hatte und mithin auch keine „verbindlichen“ Geständnisse mehr rücksichtlich derselben abgeben konnte, bestritten. Richtiger das O. A. G. Rostock in Seuffert's Arch., Bd. XIII, Nr. 193. — Vgl. auch die Begründung der deutsch. CPO., S. 263. Das R. G. hält nur für das eigenhändige Privattestament des französischen Rechts an der Beweiskraft des Datums auch Dritten gegenüber aus ganz besonderen Gründen fest. Entsch. Bd. 7, S. 292 ff.

darüber stehenden Textes beweist, nicht zum Ausdrucke; offenbar, weil man das neben dem, wie soeben gezeigt, aber viel weiter greifenden, nämlich die materielle Beweiskraft regelnden §. 305 für überflüssig erachtete. Fällt der erste Satz des §. 305, was sehr zu rathen wäre, fort, dann wäre unter der Rubrik des Echtheitsbeweises die gesetzliche Beweisregel etwa in der Fassung des §. 405, Absatz 2 der deutschen CPO. bestimmt auszusprechen, etwa mit der Einschaltung: So hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der „formellen und inhaltlichen“ Echtheit für sich. Dadurch wäre Alles ausgedrückt, was §§. 381 und 405, Abs. 2 der CPO. zusammengenommen sagen und was unseres Erachtens über die Frage gesagt werden darf; die oben geschilderten, bei uns an den §. 381 CPO. sich knüpfenden Streitigkeiten und Unklarheiten aber würden der österreichischen Theorie und Praxis erspart.

Endlich mag bei dieser Gelegenheit auch noch eine Bemerkung über den §. 307 des Entwurfes mit einfließen, welcher lautet:

„Die äusseren Erfordernisse einer Urkunde sind nach den Gesetzen des Ortes und der Zeit ihrer Errichtung zu beurtheilen.“

Der Satz *locus regis actum* ist ja für die Form des Rechtsgeschäftes, sofern sie deren privatrechtliche Giltigkeit bedingen, unanfechtbar. Bedenklich aber scheint es mir, ihn auf die Beweiskraft der Urkunden, von der doch hier allein die Rede sein kann, auszudehnen. Gesetzliche Beweisregeln und Beweisvorschriften gelten nur für den diesem Gesetz unterworfenen Processrichter. Denn nur das eigene, nicht fremdes Gesetz kann ihm vorschreiben, nach welchen Grundsätzen er sich seine Ueberzeugung von Thatsachenwahrheit zu bilden, seine thatsächliche Feststellung zu treffen hat, so wenig wie fremdes Gesetz ihm sonst eine Vorschrift über das von ihm zu beobachtende Processverfahren geben kann. Wenn z. B. ein zufällig in Frankreich reisender Oesterreicher nach österreichischem Rechte völlig beweiskräftige Schuldscheine und sonstige Privaturkunden, Vertrags-Offerten und Annahmen etc. in die Heimat sendet, so sollte der österreichische Richter diesen Urkunden alle Beweiskraft absprechen, weil die formalistischen Erforder-



nisse des französischen Rechtes über beweiskräftige Urkunden nicht erfüllt seien, also weil z. B. im Schuldbekennniss nicht im Text die Summe sowohl in Ziffern als auch in Buchstaben und überdies noch das „*bon pour*“ etc. darunter steht, oder weil in den durch Correspondenz gewechselten Vertragsconsens-Erklärungen nicht in jeder bemerkt ist, dass so viele Exemplare angefertigt seien, als Interessenten vorhanden u. s. w.? <sup>172)</sup> Und der österreichische Richter sollte nun auch die übrigen der alten Legaltheorie entnommenen scholastischen Sätze über die materielle Beweiskraft öffentlicher und Privaturkunden, wie sie der *Code civ.* <sup>173)</sup> aufgenommen hat und welche mit dem Princip des freien Beweises durchaus im Widerspruche stehen, auf diese Urkunden anwenden?

Internationales Entgegenkommen, zumal im Gebiete des Processes und der Rechtshilfe, wie es auch der Entwurf des Gesetzes über Executions- und Sicherungsverfahren <sup>174)</sup> im Anschlusse an das Vorgehen der deutschen CPO. in erfreulicher Weise übt, ist heute ein dringendes Bedürfniss, aber die Sanctionirung ausländischer, längst veralteter gesetzlicher Beweisvorschriften für den sonst zur freien Beweisprüfung autorisirten österreichischen Richter, nur deshalb, weil das Beweismittel auf ausländischem Boden entstanden ist, dürfte weder theoretisch, noch durch praktisches Bedürfniss zu begründen sein. Ein Bedürfniss weiterer gesetzlicher Regelung dieser Frage, als dieselbe im §. 301 des Entwurfes der Civilprocessordnung erfolgt ist, besteht unseres Dafürhaltens nicht.

<sup>172)</sup> *Code civ. a.* 1325 ff.

<sup>173)</sup> *a.* 1317 ff., insbes. 1319 ff., 1322, 1331, 1332. Krit. Vierteljahrsschr. a. a. O. S. 234, 251.

<sup>174)</sup> Titel II des Entw. §§. 87 ff.

## Nachtrag

zu Anmerkung 71, S. 37.

Sehr umständlich beschrieben ist das Verfahren der auf Geheiss des Sohnes und Nachfolgers stattgehabten feierlichen Zerschlagung der Siegel des verstorbenen regierenden Grafen von Wertheim an dessen Todestage in einer darüber aufgenommenen Urkunde vom Jahre 1407, mitgetheilt von K. Wagner in der Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins, Bd. II, S. 245 ff. Den freundlichen Hinweis auf diese Mittheilung verdanke ich Herrn Professor Aloys Schulte in Freiburg.

---