

S y s t e m

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Siebenter Band.

Mit. K. Sächsischen und K. Württembergischen Privilegien.

B e r l i n.

Bei Veit und Comp.

1848.

V o r r e d e .

Viele mögen glauben, daß es einer besonderen Rechtfertigung bedürfe, wenn in der gegenwärtigen Zeit ein Werk über das Römische Recht unternommen, oder auch nur fortgesetzt werde. Schon lange vor dem Sturm, der über Europa einher gezogen ist, war in Deutschland jenes Recht von manchen Seiten her als ein fremdes, unvaterländisches angefochten worden, und es hatte sich nicht selten dem unzuständigen Urtheil über den Gegenstand auch eine Mißstimmung gegen die Anhänger und Bearbeiter unvermerkt beigemischt, indem die Bekämpfung desselben mit einer vorzugsweise vaterländischen Gesinnung, die Anhänglichkeit an dasselbe mit einer dem Vaterlande fremden oder gleichgültigen in

Verbindung gedacht wurde. Eine solche Auffassung mußte neue Nahrung gewinnen durch die letzten Weltbewegungen, von welchen selbst wissenschaftliche Gegensätze und Parteiungen, obgleich dem an sich stillen und friedlichen geistigen Gebiete angehörend, nicht unberührt bleiben konnten.

Da nun in jenen Bewegungen unter den treibenden Kräften die Nationalität eine der ersten Stellen einnimmt, so liegt der Gedanke sehr nahe, von jetzt an für uns Deutsche das deutsche Recht als allein zulässig, als einzigen, der wissenschaftlichen Thätigkeit würdigen Gegenstand zu betrachten.

Indessen ist die Frage von der Stellung des Römischen Rechts zum Deutschen Recht und zum Deutschen Vaterlande überhaupt, nicht von heute und gestern; sie ist älter, als der Sturm unserer Tage, und so habe auch ich seit länger, als einem Menschenalter, Gelegenheit gehabt, mich über diese Frage öfter auszusprechen (a). Ein Gleiches ist von Manchen meiner wissenschaftlichen Freunde

(a) Ich verweise zunächst auf die Vorrede zum ersten Band dieses Werkes, aus deren ausführlicher Darstellung die hier folgenden Gedanken einen zusammenge-
gedrängten Auszug enthalten, so wie ihn das Bedürfniß des gegenwärtigen Augenblicks zu erfordern schien.

geschehen, auch von solchen, die nicht mehr unter uns sind.

Die unbefangene Betrachtung des hier vorliegenden Gegensatzes kann nicht mehr verdunkelt werden, als durch eine ungehörige Einmischung der vaterländischen Gesinnung in die Prüfung der entgegenstehenden Meinungen, indem man denselben bald Gunst, bald Ungunst zuzuwenden versucht, je nachdem die eine oder die andere Meinung als Kennzeichen des Besizes oder des Mangels einer solchen Gesinnung dargestellt wird. Dieses Verfahren also muß vor Allem vermeiden, Wer in der Erforschung der Wahrheit durch keinen falschen Schein sich stören zu lassen entschlossen ist. Ich will gerne in meiner Wissenschaft die tiefere Einsicht und die vielseitigere Auffassung Anderer anerkennen, durch welche ich selbst ja nur gehoben und bereichert werden kann. Ich bin ferner bereit, es als möglich anzuerkennen, daß die großen Schicksale unserer Tage auch in den Wissenschaften neue Entwicklungen hervorrufen werden, denen vielleicht die abnehmenden Kräfte eines höheren Alters nicht mehr gewachsen seyn dürften. Mögen sich dem Forscher von frischen Kräften zur Lösung dieser Aufgabe hervorthun, und

mögen sie sowohl selbst den Ernst der Aufgabe erkennen, als von außen, neben unbefangener Aufnahme, zugleich auch strenge Prüfung ihrer Berechtigung finden. — Aber in ernstester, aufrichtiger, warmer Liebe zu meinem Vaterlande, in der Bereitschaft, ihm jedes Opfer der Selbstverleugnung zu bringen, will ich Keinem nachstehen, wer er auch sey.

Wenn von mir und Anderen das Römische Recht auch in Deutschland hoch gestellt, wenn es fortwährend für einen würdigen, ja unentbehrlichen Gegenstand wissenschaftlicher Thätigkeit erachtet worden ist, so ist Dieses geschehen, nicht um das Fremde zu erheben auf Kosten der vaterländischen Ehre, nicht um die einheimischen Gedanken und Sitten des Rechts zu verdrängen durch die fremden, sondern damit auch auf diesem Felde Das, was Gott anderen Zeiten und Völkern an geistiger Entwicklung beschrieben hat, unserm Volke nicht fremd bleibe, daß es ihm vielmehr zur Erhöhung der eigenen Kraft und zur Erweiterung seines geistigen Besitzes zubereitet und dargeboten werde.

Ganz besonders aber ist es geschehen in der Ueberzeugung, daß für uns Deutsche, wie für viele

andere Nationen, jenes ursprünglich fremde Element ohnehin seit Jahrhunderten ein Bestandtheil des einheimischen Rechtslebens geworden ist, und daß es hier, größtentheils unverstanden oder halbverstanden, oft verderblich wirkt, anstatt daß es, in richtigem Verständniß, nur eine Bereicherung des eigenen Rechtslebens schaffen kann. Wir haben also gar nicht zu fragen, ob wir das Römische Recht, etwa wie eine neu entdeckte Insel, auf sich beruhen lassen, oder uns aneignen wollen mit allen Vortheilen und Schwierigkeiten, die es etwa mit sich führen mag. Wir haben es einmal, unser ganzes juristisches Denken ist seit Jahrhunderten damit verwachsen, und die Frage ist nur, ob durch dasselbe unser Denken bewußtlos unterjocht, oder vielmehr mit freiem Bewußtseyn gestärkt und bereichert werden soll.

Man könnte etwa diese geschichtliche Nothwendigkeit als Thatsache anerkennen, aber als ein Uebel beklagen, und dieser Gedanke könnte zu dem Entschluß führen, das Römische Recht durch eigene Schöpfungen zu verdrängen und in Vergessenheit zu bringen. Nicht zu gedenken aber, daß dieses Bestreben nur zu einer, den Rechtszustand wesentlich

verschlimmernden Selbsttäuschung führen würde, ist auch jener Gedanke selbst von Grund aus irrig und verwerflich. Die erwähnte geschichtliche Verbindung des Römischen Rechts mit dem Rechtsleben eines großen Theils von Europa ist so wenig ein Uebel zu nennen, daß wir darin vielmehr die größte Wohlthat erkennen müssen. Die Beschäftigung mit dem Recht unterliegt, ihrer Natur nach, einer zweifachen Gefahr: durch Theorie sich zu verflüchtigen in die hohlen Abstractionen eines vermeintlichen Naturrechts, durch die Praxis herabzusinken zu einem geistlosen, unbefriedigenden Handwerk. Gegen beide Gefahren gewährt das Römische Recht, wenn wir es recht gebrauchen, ein sicheres Heilmittel. Es hält uns fest auf dem Boden eines lebenskräftigen Daseyns; es knüpft unser juristisches Denken einestheils an eine großartige Vergangenheit, andernteils an das Rechtsleben jetztlebender fremder Nationen, mit welchen wir dadurch in einer, für beide Theile gleich heilsamen, Verbindung erhalten werden.

Ein besonders gefährlicher, kaum begreiflicher Irrthum aber ist es, welcher zu verschiedenen Zeiten zu der Annahme eines feindlichen Verhältnisses zwischen dem Römischen und Deutschen Recht

geführt hat. Nur nach einer sehr beschränkten Auffassung können die Bearbeiter des einen oder des anderen dieser Hauptzweige unserer gemeinsamen Rechtswissenschaft glauben, das Gebiet ihrer eigenen Thätigkeit zu fördern und zu erheben, indem sie das fremde bekämpfen und herabsetzen. Jeder Fortschritt auf dem einen Gebiet ist vielmehr ein sicherer Gewinn auch für das andere, indem dadurch stets der Gesichtskreis für das Ganze erweitert wird.

Von diesem Standpunkte aus hielten Alle, die von jeher für das Römische Recht sprachen, ihre besondere wissenschaftliche Aufgabe zugleich für eine ächt vaterländische, und von dieser Ueberzeugung kann ich auch jetzt nicht lassen, auch nach den großen Schicksalen der neuesten Zeit nicht.

Um es recht anschaulich zu machen, wie in solchen Dingen die Wahrheit und das Mißverständnis zu einander sich verhalten, will ich eine Geschichte erzählen, die sich auf einem ganz anderen Gebiete zugetragen hat. Als ich vor vierzig Jahren eine Lehrstelle an der Bairischen Universität Landshut bekleidete, lebte daselbst ein Professor der Botanik, der wohlgemerkt kein eingeborner Baier

war. Dieser suchte seine ausschließende Werthschätzung des besondern Bairischen Vaterlandes dadurch zu bethätigen, daß er aus dem botanischen Garten alle Pflanzen verbannen wollte, die nicht in Baiern wild wachsen, um auf diese Weise einen rein Vaterländischen Garten, befreit von fremden Erzeugnissen, herzustellen. Dieses Verfahren wurde damals von allen wirklichen Baiern in der Universität verwerflich gefunden, denen es an der kräftigsten Vaterlandsliebe gewiß nicht fehlte.

Der Verfasser hat hier die Gründe dargelegt, aus welchen er entschlossen ist, sein Werk auch in dieser neuen Zeit, und ungeachtet derselben, mit Ernst und Liebe fortzusetzen; beide Gesinnungen sollen ja, nach dem Ausspruch unseres Dichters, gerade dem Deutschen besonders wohl anstehen. Die Weltereignisse haben mir zu dieser Arbeit jetzt freie Muse gewährt. Wie lange dazu Leben und Kraft ausreichen wird, steht in Gottes Hand.

Von dem allgemeinen Theil des gegenwärtigen Rechtssystems ist jetzt nur noch das dritte Buch übrig, welches die Anwendung der Rechtsregeln auf die Rechtsverhältnisse enthalten wird, insbesondere die Lehren von der örtlichen und räumlichen Collision der Quellen des positiven Rechts, oder von dem s. g. internationalen Recht, und von der rückwirkenden Kraft der Gesetze. Diese wichtige Lehren werden wahrscheinlich in dem achten Band dargestellt werden können.

Geschrieben im August 1848.

Inhalt des siebenten Bandes.

Zweites Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte.	Seite
§. 302. Surrogate des Urtheils. Einleitung.....	1
§. 303. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Confessio in jure.....	6
§. 304. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Confessio in jure (Fortsetzung).	12
§. 305. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Interrogatio in jure.....	20
§. 306. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Widerruf.....	28
§. 307. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Widerruf (Fortsetzung).....	34
§. 308. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Ge- ständniß. — Heutiges Recht.....	39
§. 309. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Einleitung	47
§. 310. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Zu- schiebung, Ableistung, Inhalt, Form, Erlaß des zugesprochenen Eides.....	56

§. 311.	Surrogate des Urtheils. — II Eid. — Gemeinsame Wirkungen	63
§. 312.	Surrogate des Urtheils. — II Eid — Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streitess	70
§. 313.	Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streitess (Fortsetzung)	78
§. 314.	Surrogate des Urtheils — II Eid — Heutiges Recht	84
§. 315.	Restitution — Einleitung	90
§. 316.	Restitution — Begriff derselben	95
§. 317.	Restitution — Eigenthümliche Natur und Entwicklung derselben	97
§. 318.	Restitution. — Bedingungen. — I Verletzung	118
§. 319.	Restitution — Bedingungen. — I. Verletzung (Fortsetzung)	124
§. 320.	Restitution. — Bedingungen — II. Restitutionsgrund	130
§. 321.	Restitution — Bedingungen. — III. Abwesenheit positiver Ausnahmen	138
§. 322.	Restitution — Einzelne Gründe — I Minderjährigkeit	145
§. 323.	Restitution — Einzelne Gründe — I Minderjährigkeit (Fortsetzung).....	149
§. 324.	Restitution. — Einzelne Gründe — I Minderjährigkeit (Fortsetzung).....	156
§. 325.	Restitution — Einzelne Gründe. — II Abwesenheit	161
§. 326.	Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung)	169
§. 327.	Restitution. — Einzelne Gründe. — II Abwesenheit (Fortsetzung) ...	173

§. 328.	Restitution — Einzelne Gründe — II Abwesenheit (Fortsetzung)	180
§. 329.	Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung)	185
§. 330	Restitution. — Einzelne Gründe. — III. Zwang	191
§. 331	Restitution. — Einzelne Gründe. — IV Irrthum	196
§. 332.	Restitution. — Einzelne Gründe — V Betrug	198
§ 333.	Restitution — Einzelne Gründe — VI Antiquirte Gründe	210
§ 334.	Restitution. — Gerichtsbehörden	214
§. 335	Restitution. — Parteipersonen	216
§. 336	Restitution. — Parteipersonen (Fortsetzung)	223
§ 337.	Restitution — Verfahren	228
§. 338.	Restitution. — Verfahren (Fortsetzung)	239
§. 339	Restitution. — Verfahren (Fortsetzung)	244
§. 340	Restitution. — Verfahren (Fortsetzung)	251
§. 341.	Restitution — Verfahren (Fortsetzung)	257
§. 342	Restitution. — Wirkungen	264
§. 343	Restitution. — Wirkungen (Fortsetzung)	269

Beilage XVIII.	Restitution der Minderjährigen, welche in väterlicher Gewalt stehen	277
Beilage XIX	L 57 mandati	292



Es ist schon oben auf die Natur einiger Rechtsinstitute hingedeutet worden, welche die Stelle eines Urtheils vertreten können, also ein solches unnöthig machen (a). Der Begriff eines solchen Surrogats ist aber nur da vorhanden, wo in der That die Entscheidung eines Rechtsstreits, nur auf einem andern Wege, als durch ein richterliches Urtheil, herbeigeführt wird. Dahin gehören folgende Institute, die nunmehr der Reihe nach abgehandelt werden sollen:

I. Das gerichtliche Geständniß (Confessio und Interrogatio in jure).

II. Der Eid.

Wohl davon zu unterscheiden aber, und gar nicht hierher zu ziehen, sind die häufigen und wichtigen Fälle, in welchen zwar ein äußerlich ähnlicher Erfolg wahrzunehmen ist, nämlich die Beseitigung eines Rechtsstreits, jedoch nicht durch Entscheidung desselben, sondern durch dessen Vernichtung, indem durch Verwandlung ein neues,

(a) S. o. B. 6 S. 265. des Zusammenhangs wegen vgl. B. 5 § 204 B. 6 § 256.

nicht Streitiges, Rechtsverhältnis an die Stelle des bisherigen Streitigen gesetzt wird. Die meisten derselben lassen sich auf einen Vertrag, also auf Einigung der Parteien, zurückführen; alle aber gehören nicht hierher, in das Actionenrecht, sondern in den speciellen Theil des Rechtssystems, und zwar in das Obligationenrecht. An dieser Stelle mag eine kurze Uebersicht der hier auszuscheidenden Fälle der Beseitigung eines Rechtsstreits genügen.

1. Vergleich.

Darunter ist zu verstehen die Beendigung eines Rechtsstreits durch die freie Uebereinkunft beider Theile über irgend einen, zwischen ihren ursprünglichen Ansprüchen in der Mitte liegenden, Punkt. Hierin liegt augenscheinlich eine rein vertragmäßige, also obligatorische, Umwandlung des bisherigen Rechtsverhältnisses.

2. Erlass oder Verzicht, also völliges Nachgeben von Seiten des Klägers. Dieser Fall hat Aehnlichkeit mit dem Fall des Vergleichs, unterscheidet sich aber dadurch, daß zum Wesen des Vergleichs ein Nachgeben von beiden Seiten gehört.

Außerdem ist aber zu bemerken, daß dieser Fall eine sehr vieldeutige Natur an sich trägt (b). Es kann darin liegen das Anerkenntniß des Klägers, daß er kein Recht hat; oder auch umgekehrt die Absicht, sein (vielleicht selbst

(b) Diese mögliche Vieldeutigkeit aber soll der Verzicht gleichmäßig der zum Grunde liegenden Absicht bindend wirken, es mag die eine wie erwähnt in *L. 29 § 1 de* oder die andere Absicht zum *don.* (39. 5). Nach derselben Stelle Grunde liegen.

vom Gegner anerkanntes) Recht schenkungsweise aufzugeben; oder endlich die unbestimmtere Absicht, bloß die Verfolgung des Rechts, als schwierig oder zweifelhaft, für immer fallen zu lassen. Oft werden diese verschiedenen möglichen Gedanken in der vorliegenden Willenserklärung, ja selbst in dem eigenen Bewußtseyn des Klägers, nicht mit Sicherheit zu unterscheiden seyn; die Wirksamkeit der Handlung aber ist davon unabhängig.

Aber nicht bloß in den zum Grunde liegenden Gedanken, sondern auch in der Form der Handlung, erscheint der Verzicht auf verschiedene Weise. Er kommt vor in Gestalt eines Vertrags (c), und in dieser Gestalt ist so eben die Verwandtschaft desselben mit dem Vergleiche bemerkt worden. Er kommt aber auch vor in der Gestalt einer vor dem Richter abgegebenen einseitigen Erklärung, den Rechtsstreit fallen lassen zu wollen (desistere). Geschieht diese Erklärung in jure, so hat sie die Natur einer confessio in jure, also eines wahren Surrogats (d).

Mit dem Verzicht wird, als Fiction desselben, nicht selten der Fall zusammengestellt, wenn der Kläger die Sache liegen läßt, und dadurch ein abweisendes Contumacial-Urtheil veranlaßt. Man betrachtet hier das Benehmen des Klägers als eine Erklärung, die Sache nicht weiter ver-

(c) Das pactum ne petatur, welches den größten Theil des Pandectentitels de pactis (II. 14.) ausfüllt. Die Stellung dieses Titels unmittelbar vor dem de trans-

actionibus erklärt und rechtfertigt sich aus der eben bemerkten Verwandtschaft beider Institute.

(d) L. 29 § 1 de don. (39 5), f. u. § 303 Note r.

folgen zu wollen, wobei der Beweggrund dahin gestellt bleiben soll. Wenn es indessen wirklich zu einem abweisenden Urtheil kommt, so sind stets die Regeln, die für das Urtheil gelten, nicht die vom Verzicht anzuwenden (e).

3. Der umgekehrte Fall von dem Erlaß oder Verzicht würde in einem völligen Nachgeben von Seiten des Beklagten bestehen. Allein dieser Fall hat im Römischen Recht, in der Gestalt der in *jure confessio*. die Natur eines wahren Surrogats des richterlichen Urtheils angenommen, und wird daher unter den nunmehr darzustellenden Surrogaten seine eigenthümliche Stelle erhalten. Er kann übrigens auch die reine Form des Vertrages annehmen, und ist dann allerdings ganz so, wie der vorhergehende Fall, zu behandeln.

4. Das Compromiß hat an sich eine augenscheinliche Verwandtschaft mit den Surrogaten des Urtheils. Daß wir es nicht dahin rechnen, liegt in der ursprünglichen Behandlung dieses Instituts bei den Römern, welche auf der reinen Natur eines Vertrages beruhte. Allerdings hat es sich in der späteren Zeit mehr den Urtheilen angenähert; dennoch müssen wir es in die Reihe der Verträge setzen,

(e) Vgl. Ehbaut *civilistische Abhandlungen* S. 160. 161., Hölweg *Gerichtsverfassung und Prozeß* S. 287. 294 — 296., Bayer *Vortrage* S. 285 — 288. — Wlos in manchen speciellen Beziehungen soll das Ausbleiben als Verzicht, zum Vortheil des Klägers,

behandelt werden, z. B. insofern er dadurch die Nachtheile vermeidet, die ihn wegen der Anfechtung eines Testaments treffen wurden. *L. 8 §. 14 de inoff. test.* (5. 2), *L. 8 C. de his quib. ab ind.* (6. 35). Vgl. auch *L. 27 § 1 de lib. causa* (40. 12).

weil nur in diesem Zusammenhang seine eigenthümliche Entwicklung deutlich gemacht werden kann

5 Die Selbsthülfe gehört in die Reihe der hier zusammengestellten Rechtsinstitute, insofern durch sie das vielleicht wirklich vorhandene Recht zur Strafe verloren, dann also zugleich jeder mögliche Rechtsstreit darüber auf unfreiwillige Weise vernichtet werden kann. Sie gehört in die Reihe der Obligationen welche aus Delicten entstehen.

Wenngleich nun alle hier angegebene Fälle die Natur wahrer Surrogate des Urtheils nicht an sich tragen, so ist doch bei einigen derselben eine wichtige Verwandtschaft mit dem Urtheil, die schon bei einer anderen Gelegenheit angedeutet wurde, hier wieder in Erinnerung zu bringen. Die Fälle nämlich, welche die Natur wahrer Verträge haben (Num 1. 2), heben nicht bloß den gegenwärtigen Rechtsstreit auf, sondern verhindern auch dessen Erneuerung für jede künftige Zeit. Dabei kann die Frage entstehen, ob ein späterhin versuchter Rechtsstreit in der That eine solche unzulässige Erneuerung des durch Vertrag beendigten in sich schließe, oder ob er als ein ganz neuer, von dem früheren unabhängiger, zu betrachten sey. Dieselbe Frage ist schon oben, bei den Folgen des rechtskräftigen Urtheils, ausführlich behandelt worden, und die dort aufgestellten Regeln finden auch hier ihre Anwendung. Wenn also die Frage nach der Identität eines versuchten Rechtsstreits mit

einem früher beendigten zu beantworten ist, so gelten dieselben Regeln, es mag die Beendigung durch ein rechtskräftiges Urtheil, oder aber durch einen Vertrag herbeigeführt worden seyn. Es hat also in dieser Beziehung die *pacti exceptio* gleiche Natur mit der *exceptio rei judicatae* (f).

§ 303

Surrogate des Urtheils. — I Gerichtliches Geständniß —
Confessio in jure.

Quellen:

DIG. XLII. 2 (de confessis). XI. 1 (de interrogationibus in jure faciendis et de interrogatoriis actionibus).

COD. VII. 59 (de confessis).

PAULUS V. 5 A. II. 1 § 5.

COD. GREG. X. 2.

Schriftsteller:

DONELLUS Lib. 28 C. 1.

Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung, herausg. von
Heffter. Halle 1832 Vierte Abhandlung und Zus.
S. 290—296.

Bethmann-Hollweg Versuche über Civilprozeß.
Berlin 1827. Vierte Abhandlung.

Buchta Cursus der Institutionen, Auflage 2. B. 2
S. 173 174

(f) L. 27 § 6 8 *de pactis* (2. 14) Vgl oben B 6 S 414
426. 446

einem früher beendigten zu beantworten ist, so gelten dieselben Regeln, es mag die Beendigung durch ein rechtskräftiges Urtheil, oder aber durch einen Vertrag herbeigeführt worden seyn. Es hat also in dieser Beziehung die *pacti exceptio* gleiche Natur mit der *exceptio rei judicatae* (f).

§ 303

Surrogate des Urtheils. — I Gerichtliches Geständniß —
Confessio in jure.

Quellen:

- DIG. XLII. 2 (de confessis). XI. 1 (de interrogationibus in jure faciendis et de interrogatoriis actionibus).
COD. VII. 59 (de confessis).
PAULUS V. 5 A. II. 1 § 5.
COD. GREG. X. 2.

Schriftsteller:

- DONELLUS Lib. 28 C. 1.
Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung, herausg. von
Heffter. Halle 1832 Vierte Abhandlung und Zus.
S. 290—296.
Bethmann-Hollweg Versuche über Civilprozeß.
Berlin 1827. Vierte Abhandlung.
Buchta Cursus der Institutionen, Auflage 2. B. 2
S. 173 174

(f) L. 27 § 6 8 *de pactis* (2. 14) Vgl oben B 6 S 414
426. 446

Das Römische Recht hat zwei hierher gehörende, sehr alte Rechtsinstitute, die wegen ihrer inneren Verwandtschaft nur in Verbindung mit einander deutlich gemacht werden können: die *confessio in jure*, und die *interrogatio in jure*.

Der Grundsatz, worauf die *confessio in jure* beruht, läßt sich so ausdrücken: Wenn ein Beklagter vor dem Prätor die Behauptung des Klägers vollständig einräumt, so soll dieses Zugeständniß einer Verurtheilung gleich gelten.

Nur das vor dem Prätor (*in jure*) abgelegte Geständniß sollte diese eigenthümliche Wirkung haben, nicht das vor dem Jurer (a). Daher wird in den Quellen zuweilen dem Ausdruck *Confessio* oder *Confessus* der Zusatz beigegeben: *in jure* (b). Gemeint ist dieser Zusatz immer, und darum wird er in den meisten Stellen nicht einmal nöthig gefunden.

In dem aufgestellten Grundsatz liegt eine zweifache Wirkung: Der Beklagte ist durch sein Geständniß verpflichtet, und diese Verpflichtung tritt unmittelbar ein, ohne daß es dazu eines Urtheils bedarf. Durch diese zweite Wirkung erhält eben das Geständniß seinen besonderen Charakter als Surrogat des Urtheils.

(a) Das Geständniß vor dem Jurer hatte immer entscheidenden Einfluß auf das Urtheil, aber keine selbstständige Natur und keine formelle Regeln. Seit der Aufhebung des *ordo judiciorum* verschwindet dieser Unterschied.

(b) *L. 29 § 1 de don.* (39. 5) *L. 56 de re jud.* (42. 1), *L. un. C. de confessis* (7. 59), *L. 4 C. de repud. her.* (6. 31).

Die Römer drücken den aufgestellten Grundsatz so aus: *Confessus pro judicato est* oder *habetur* (c). Dieser Ausdruck aber ist ganz ernstlich gemeint; denn es soll aus dem bloßen Geständniß, ohne Urtheil, sogleich Execution gegen den Beklagten erfolgen, durch Abpfändung und Verkauf seiner Sachen (d). Daher wird denn auch das Geständniß neben das Urtheil und den Eid gestellt, also auf gleiche Linie mit denselben (e). Bei dem Urtheil aber gilt die durchgreifende Regel: *condemnatus ut pecuniam solvat* (f).

Die Wahrheit jenes Grundsatzes also ist außer Zweifel gesetzt; dennoch hat er nur eine beschränkte Wahrheit, indem er zunächst und unmittelbar nur für den einzigen Fall gilt, wenn eine Schuldklage auf eine bestimmte Geldsumme an gestellt und von dem Beklagten zugestanden wird (g). Der Grund dieser Beschränkung liegt darin, daß im alten Prozeß auch das Urtheil nur auf eine bestimmte Geldsumme gehen konnte (h), und nur dabei eine unmittelbare Execution durch abgepfändete und verkaufte Sachen möglich war

(c) *L. 1 3. 6 § 2 de confessis* (42. 2), *L. 56 de re jud.* (42. 1), *L. un. C. de confessis* (7 59), *L. 4 C. de repud. her.* (6. 31), PAULUS u. COD. GREG. in den oben angeführten Stellen.

(d) *L. 9 C. de execut.* (7 53), PAULUS II. 1 § 5.

(e) *L. 56 L. 31 de re jud.* (42. 1).

(f) *L. 4 § 3 de re jud.* (42. 1).

(g) *L. 4 C. de repud. her.*

(6. 31) „*quod confessor in jure pro judicatis haberi placuit.*

ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet.“ *L. 6 pr. de confessis* (42. 2)

„*Certum confessus pro judicato erit, incertum non erit.*“

Certum aber heißt hier und in vielen andern Stellen, die von Klagen handeln, so viel als *certa pecunia*

(B. 5 S. 623 — 625), wie auch die gleich folgenden Worte zeigen.

(h) GAJUS IV § 48.

In allen übrigen Fällen, das heißt, bei dem Geständniß eines bestimmten Gegenstandes außer baarem Geld, oder eines unbestimmten Gegenstandes, also in den meisten Fällen überhaupt, soll der Beklagte wo möglich dazu gebracht werden, sein Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme zu richten, also in ein certum zu verwandeln (i). Ist aber Dieses nicht möglich, so erfolgt nunmehr ein gewöhnlicher Prozeß; es wird ein Jurer bestellt, eine litiscontestation vorgenommen, und ein Urtheil gesprochen (k).

Man könnte durch diese Unterscheidung verleitet werden, dem oben aufgestellten Grundsatz eine geringere praktische Bedeutung zuzuschreiben, als ihm in der That zukommt. Er ist aber wahr auch für alle übrigen Fälle, nur in einer etwas anderen Weise

In dem nunmehr entstehenden Rechtsstreit ist nämlich der Jurer an den Inhalt des Geständnisses streng gebunden; er darf davon nicht abweichen, hat deshalb Nichts zu untersuchen (l), und seine Thätigkeit beschränkt sich darauf, den eingeräumten Gegenstand in eine bestimmte Geldsumme zu verwandeln (m).

(i) L. 6 § 1 *de confessis* (42. 2) „urgeri debet“ Darin liegt aber weder ein directer, noch ein indirecter Zwang, außer etwa insofern die grundlose Weigerung vielleicht den Jurer zu einem nachtheiligeren Urtheil stimmen könnte. Bethmann-Hollweg S. 265

(k) L. 7 §. 3. 8 *de confessis* (42. 2).

(l) „*nihil quaeritur*“. L. 56 *de re jud.* (42. 1), welcher Satz hier ausdrücklich abgeleitet wird aus der Regel: *confessi pro judicatis habentur*

(m) „*Judex non rei judicandae, sed aestimandae datur*“

Die Formel mag in solchen Fällen etwa auf folgende Weise gefaßt worden seyn:

Quod N. Negidius in jure confessus est, fundum
Cornelianum A. Agerio se dare oportere, quanti is
fundus est, eum condemna,

so daß dabei die Intentio: si paret, N. Negidium fundum
dare oportere, ganz ausfiel (n).

Kam ein solches Geständniß bei einer arbiträren Klage,
insbesondere bei einer Eigenthumsklage vor, so hatte es
ganz die Natur einer pronuntiatio, und machte dieselbe ent-
behrlich, indem es ihre Stelle vertrat (o).

Bei der confessio wird noch die besondere Regel er-
wähnt, daß hier dieselbe gesetzliche Zahlungsfrist eintrete,
wie bei dem Urtheil, und daß diese von dem Tage des
Geständnisses an gerechnet werden müsse (p).

Nach der bis hierher geführten Untersuchung kann die
gemeinsame Wirkung des gerichtlichen Geständnisses, an-

L. 25 § 2. L. 26 ad L. Aquil.
(9. 2), L. 40 § 1 de pactis
(2. 14).

(n) Dieses war nun die actio
confessoria, von welcher in dem
folgenden § die Rede seyn wird
(§ 304 Note k).

(o) L. 6 § 2 de confessis
(42. 2). Ueber die pronuntiatio
f. o. B. 6 S. 318—320.

(p) L. 6 § 6 de confessis
(42. 2), L. 21 de jud. (5. 1),
L. 31 de re jud. (42. 1), PAULUS
V. 5 A. § 2. — Natürlich konnte
dieser Satz nur gelten von dem
auf baares Geld gerichteten Ge-
ständniß, wodurch ein nachfolgen-
des Urtheil ganz entbehrlich wurde
(Note g).

schließend an die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils (q), so ausgedrückt werden:

Confessio pro veritate accipitur,

und dieser Ausdruck ist gleich wahr und gleich wichtig für jedes gerichtliche Geständniß, es mag auf eine Geldschuld oder auf einen anderen, bestimmten oder unbestimmten Gegenstand gerichtet seyn. In diesem Sinn also kann man sagen, daß jedes gerichtliche Geständniß als Surrogat eines Urtheils gelten kann, indem es, gleich dem Urtheil, die Fiction der Wahrheit, das heißt, formelle Wahrheit, begründet, wenngleich es nicht in allen Fällen ein nachfolgendes Urtheil entbehrlich macht.

Wenn man das gerichtliche Geständniß in dieser seiner allgemeinen Natur auffaßt, so ist es der reine Gegensatz des von dem Kläger vor Gericht ausgesprochenen Verzichts (§ 302). Diese Vergleichung muß auch darin als wahr anerkannt werden, daß dem Geständniß sehr verschiedene Gedanken zum Grunde liegen können; am häufigsten die wirkliche Anerkennung des Rechts des Klägers; ferner die bestimmte Absicht, zu schenken; endlich eine unbestimmte, in der Mitte liegende Absicht, das Nachgeben bei einer zweifelhaften Sache, um nur den Rechtsstreit zu vermeiden. — Ferner ist die Vergleichung dahin auszudehnen, daß außer dem gerichtlichen Geständniß auch ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag vorkommen kann. Dieses ist der Recog-

(q) S. v. B. 6 S. 274.

nitiv-Vertrag, der in das Obligationenrecht gehört, und gewöhnlich nicht in seiner wahren Natur aufgefaßt wird.

Uebrigens kann eine solche confessio in jure auch von Seiten des Klägers vorkommen, wenn nämlich dieser vor dem Prätor unbedingt erklärt, daß er keinen Anspruch an den Beklagten habe. Dadurch giebt er sein Klagrecht völlig auf, die Handlung gilt gleich einer rechtskräftigen Freisprechung, und hat also ganz die Natur eines Surrogats des Urtheils. Ein solcher Fall aber wird in dieser Form nur sehr selten vorkommen, und wenn er vorkommt, hat er eine so einfache Natur, daß er näherer Bestimmungen kaum bedürfen wird. Aus beiden Gründen ist es wohl zu erklären, daß derselbe, so viel ich weiß, nur in einer einzigen Stelle des Römischen Rechts erwähnt wird (r), und daß er weder durch die Gesetzgebung, noch durch die Arbeiten der alten Juristen besonders ausgebildet worden ist.

§ 304.

Surrogate des Urtheils - I Gerichtliches Geständniß. —
Confessio in jure (Fortsetzung.)

Der oben aufgestellte wichtige Grundsatz über die Kraft des gerichtlichen Geständnisses des Beklagten hat folgende Entstehung und allmälige Entwicklung gehabt

(r) *L. 29 § 1 de don* (39. 5). wollte, so stand ihm ohne Zweifel
§. o. § 302 Note d. — Es heißt eine *exceptio confessi* oder *confessoria* entgegen, mit gleicher
 in jener Stelle: „*eum actionem* *fessoria* entgegen, mit gleicher
jure amisisse respondit“. Wenn Wirkung, wie die *exceptio rei*
 er nun dennoch die Klage aufstellen *judicatae*.

nitiv-Vertrag, der in das Obligationenrecht gehört, und gewöhnlich nicht in seiner wahren Natur aufgefaßt wird.

Uebrigens kann eine solche confessio in jure auch von Seiten des Klägers vorkommen, wenn nämlich dieser vor dem Prätor unbedingt erklärt, daß er keinen Anspruch an den Beklagten habe. Dadurch giebt er sein Klagrecht völlig auf, die Handlung gilt gleich einer rechtskräftigen Freisprechung, und hat also ganz die Natur eines Surrogats des Urtheils. Ein solcher Fall aber wird in dieser Form nur sehr selten vorkommen, und wenn er vorkommt, hat er eine so einfache Natur, daß er näherer Bestimmungen kaum bedürfen wird. Aus beiden Gründen ist es wohl zu erklären, daß derselbe, so viel ich weiß, nur in einer einzigen Stelle des Römischen Rechts erwähnt wird (r), und daß er weder durch die Gesetzgebung, noch durch die Arbeiten der alten Juristen besonders ausgebildet worden ist.

§ 304.

Surrogate des Urtheils - I Gerichtliches Geständniß. —
Confessio in jure (Fortsetzung.)

Der oben aufgestellte wichtige Grundsatz über die Kraft des gerichtlichen Geständnisses des Beklagten hat folgende Entstehung und allmälige Entwicklung gehabt

(r) *L. 29 § 1 de don* (39. 5). wollte, so stand ihm ohne Zweifel
§. v. § 302 Note d. — Es heißt eine *exceptio confessi* oder *confessoria* entgegen, mit gleicher
 in jener Stelle: „*eum actionem* *fessoria* entgegen, mit gleicher
jure amisisse respondit“. Wenn Wirkung, wie die *exceptio rei*
 er nun dennoch die Klage aufstellen *judicatae*.

1 Für den Hauptfall, das Geständniß einer bestimmten Geldschuld, ist die erste Quelle in der Vorschrift der zwölf Tafeln zu suchen: *Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX. dies justi sunt* etc. (a), in welchem das Geständniß dem rechtskräftigen Urtheil mit gleicher Kraft an die Seite gesetzt wurde. Beiden Thatfachen gleichmäßig wurde hier die Wirkung der Schuldknechtschaft, also der Personalerecution, beigelegt, an welche sich dann in späterer Entwicklung die der Realerecution angeschlossen hat, von welcher allein jetzt noch die Rede ist (b). – Damit war also der Grund zu diesem Rechtsinstitut gelegt.

2 Eine Erweiterung desselben für einige besondere Fälle wurde durch das prätorische Edict eingeführt. Für vier Klagen galt die Vorschrift, daß der Beklagte, wenn er wissentlich leugnete und überführt wurde, den eingeklagten Werth zur Strafe doppelt bezahlen sollte (c); das Eingeständniß schützte also vor dieser Strafe, und es konnte im Fall desselben nur die Frage entstehen, ob denn der Beklagte durch sein Geständniß auch wirklich für den einfachen Werth verpflichtet werde. Dieses mußte unbedingt angenommen werden, weil das Geständniß hier die Natur eines

(a) GELLII XX 10.

(b) Ob die Schuldknechtschaft auf die Geldschulden aus dem Darlehen beschränkt war, ist streitig; vgl. Savigny über das altrömische Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Akademie 1833. Daß die Realerecution, in

Folge des Geständnisses wie des Urtheils, auf Geldschulden jeder Art ging, ist unzweifelhaft.

(c) *Lis in faciendo crescit in duplum.* GAJUS IV. § 9. 171 Diese vier Klagen sind: *judicati, depensi, damni injuria dati, legati per damnationem relict.*

Vergleichs hatte; der Beklagte übernahm die Leistung des einfachen Werthes, um dadurch der Gefahr der doppelten Leistung zu entgehen. Diese in der Natur der Sache gegründete Auffassung erhielt eine ausdrückliche Bestätigung durch das Edict, welches neben der Klage auf das Doppelte gegen den Leugnenden auch die einfache Klage gegen den Geständigen aussprach, also die Verpflichtung wegen des Geständnisses geradezu anerkannte (d). — Indessen konnte diese Bestimmung nur für die wenigsten unter den angegebenen Fällen als etwas Neues, folglich als eine wahre Erweiterung, angesehen werden. Die *actio judicati* und *depensi* gingen ohnehin stets auf eine bestimmte Geldsumme, und standen also schon unter der Vorschrift der Zwölf Tafeln (Num. 1.); eben so auch die Klage aus dem Legat, wenn dasselbe auf eine Geldsumme gerichtet war. So blieben also als neu, als Gegenstände einer Erweiterung für die Kraft des Geständnisses, nur folgende zwei Klagen übrig: die Klage aus einem *legatum damnationis*, wenn dasselbe auf einen anderen bestimmten Gegenstand, als baares Geld, z. B. auf ein Haus, ein Pferd u. s. w. gerichtet war, und die *actio legis Aquiliae* wegen körperlicher Beschädigung fremder Sachen. Für den letzten Fall sind uns die genauesten Nachrichten von dieser neuen Bestimmung über die Kraft des Geständnisses aufbewahrt, wovon sogleich noch mehr die Rede seyn wird.

(d) Bethmann = Hollweg S. 265—268.

In allen übrigen Fällen eines gerichtlichen Geständnisses fehlte es also ganz an ausdrücklichen Bestimmungen über dessen formelle Kraft. Dennoch ist nicht zu bezweifeln, daß das Geständniß stets thatsächliche Anerkennung in den Urtheilen der Richter gefunden haben wird, und zwar ohne Unterschied, ob es vor dem Prätor oder vor dem Juber abgelegt war.

3. Die volle Ausdehnung endlich, in welcher der Grundsatz oben aufgestellt worden ist (§ 303), erhielt derselbe erst durch einen Senatsschluß unter der Regierung des K. Marcus Aurelius (*oratio D. Marci*). Hierin wurde bestimmt ausgesprochen, daß bei Klagen aller Art das vor dem Prätor abgelegte Geständniß für den Beklagten dieselbe verpflichtende Kraft haben sollte, wie ein rechtskräftiges Urtheil (e). — Wenngleich aber die Ausdrücke der alten Juristen über den Umfang dieses Senatschlusses höchst allgemein gefaßt sind, so muß derselbe doch auf diejenigen Klagen beschränkt werden, worüber jede Partei eine völlig freie Verfügung hat, welches bei den Klagen über Vermögensrechte durchaus der Fall ist. Dagegen ist dem Geständniß nicht dieselbe Kraft beizulegen, wenn es darauf abzielt, die persönliche Freiheit des Geständigen zu verneinen, oder eine Ehe als ungültig darzustellen (f).

4. Seit dem Untergang des *ordo judiciorum* hatte jede

(e) *L. 6 § 2 de confessis* (42. 2), *L. 56 de re jud.* (42. 1).

(f) *L. 24. 39 C. de lib. causa* (7. 16), *C. 5 X. de eo, qui cognovit* (4. 13). — Bethmann-Hollweg S. 274.

confessio in judicio die Kraft der alten confessio in jure. Als eigentliches Surrogat aber konnte sie nun nicht mehr gelten, sondern nur noch als Grundlage eines richterlichen Urtheils, welches an den Inhalt derselben gebunden war.

Das Wesen des Geständnisses wurde oben darin gesetzt, daß der Beklagte die Behauptung des Klägers einräume (§ 303), also in ein Einverständnis beider Parteien über diese Behauptung. Nun geht diese Behauptung stets und nothwendig auf das Daseyn eines Rechtsverhältnisses, ein solches aber beruht wieder auf Thatsachen; zur genaueren Einsicht in das Wesen des Geständnisses ist es also nöthig, zu bestimmen, ob als der eigentliche Gegenstand des Einverständnisses das Rechtsverhältniß, oder vielmehr die Thatsache gedacht werden müsse.

Der Ausdruck confessio. so wie der entsprechende deutsche Ausdruck, kann leicht dahin führen, die Thatsache als den unmittelbaren Gegenstand des Einverständnisses anzusehen, wodurch also das Geständniß als bloßes Beweismittel erscheinen könnte; allein die oben angegebene juristische Natur desselben, welche in der Gleichstellung mit dem richterlichen Urtheil besteht, führt vielmehr auf das Rechtsverhältniß. Denn auf ein solches geht nothwendig jedes Urtheil, und soll also das Geständniß gleiche Kraft mit dem Urtheil haben, in manchen Fällen sogar jedes

Urtheil völlig entbehrlich machen (§ 303), so muß es gleichfalls das Daseyn eines Rechtsverhältnisses unmittelbar feststellen.

Diese Natur des Geständnisses wird denn auch in unsern Rechtsquellen geradezu anerkannt; der Beklagte gesteht nämlich: *se debere, oder fundum actoris esse* (g), und es wird Niemand bezweifeln, daß Schuld und Eigenthum reine Rechtsverhältnisse sind, wozu sich gewisse Thatfachen nur als Entstehungsgründe verhalten können.

Indessen darf dabei nicht verkannt werden, daß in der Anerkennung des Rechtsverhältnisses stets auch die Anerkennung der dazu nöthigen Thatfachen liegt, nur daß dabei die Auswahl unter mehreren gleich möglichen Thatfachen ungewiß bleiben kann. Eben so wird nicht selten die Anerkennung einer reinen Thatfache, z. B. des Empfanges eines Darlehens, zugleich die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses (hier der Darlehensschuld) in sich schließen. Dadurch aber wird das Wesen der Sache nicht verändert.

Auch kommt in der That ein Fall vor, in welchem die Römischen Juristen das Geständniß auf eine reine Thatfache beziehen. Dieses darf aber nicht etwa als ein ungenauer, nachlässiger Ausdruck betrachtet werden, oder als Zeichen eines Schwankens jener Juristen über die hier zur Frage gestellten Ansichten. Vielmehr hat diese Beziehung ihren Grund in der eigenthümlichen Natur einer einzelnen Klage, und es muß gleich hier darauf näher eingegangen werden, weil damit wichtige andere Streitfragen zusammenhängen.

(g) *L. 3. 5. 7 de confessis* (42. 2), *L. 6 § 2 eod*

Es ist nämlich schon bemerkt worden, daß die *actio L. Aquiliae* unter die wenigen Klagen gehörte, worin das Geständniß schon vor der *oratio D. Marci* eine besondere Wirkung hatte: einestheils den Beklagten von der Gefahr des doppelten Erlasses zu befreien, andernteils ihn zum einfachen Erlass unbedingt, wie durch ein gesprochenes Urtheil, zu verpflichten (§ 303). In diesem Fall nun konnte schon deswegen ein Urtheil durch das bloße Geständniß nicht entbehrlich werden, weil noch immer der Geldwerth des zugefügten Schadens zu bestimmen blieb (h). Das Geständniß also, das hier eine besondere Wirkung haben sollte, ging nicht auf die (noch unbestimmte) Forderung des Klägers, sondern auf die reine Thatsache; ja nicht einmal auf die ganze, vollständige Thatsache, sondern lediglich auf die persönliche Thätigkeit des Beklagten, die Thäterschaft. Das, was unsere Criminalisten den subjectiven Thatbestand nennen (i). Diese eigenthümliche Beschränkung darf auch gar nicht als eine zufällige, willkürliche betrachtet werden, sondern sie hatte ihren guten Grund in folgendem Umstand. Wenn wegen der Tödtung oder Verwundung eines Sklaven geklagt wurde, so war die That-

(h) *L. 25 § 2 L. 26 ad L. Aqu. (9. 2).* eum solum remittere actori confessoriam actionem, ne ne-

(i) *L. 23 § 11 L. 24 L. 25 pr. ad L. Aquil (9. 2), L. 4 de confessis (42. 2).* In der ersten dieser Stellen sind besonders entscheidend die Worte: „hoc cesse habeat docere, eum occidisse, ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet“

sache des Todes oder der Verwundung meist unbestritten, konnte wenigstens durch den Augenschein leicht außer Zweifel gesetzt werden. Dagegen war die Thatsache, daß gerade dieser Beklagte die That begangen habe, leicht abzuleugnen; diesem Leugnen sollte durch die Drohung des doppelten Erlasses vorgebeugt werden, und daher war das Geständniß gerade dieser Thatsache allein von Wichtigkeit. Dieses Geständniß wurde daher auch in die Klagformel, als für den Richter bindend, aufgenommen, und die so abgefaßte Klage hieß nun *confessoria actio* (k).

Nachdem nun die geschichtliche und formelle Seite der *confessio in iure* festgestellt worden ist, bleibt noch die Erörterung der praktischen Seite übrig. Dabin gehört zunächst die wichtige Frage, die auch schon für das Römische Recht zu beantworten ist, ob das gerichtliche Geständniß eine unbedingt verpflichtende Kraft mit sich führt, oder ob dasselbe widerrufen und angefochten werden kann auf den Grund der Behauptung, daß es nicht mit der Wahrheit übereinstimme — Dann aber ist besonders auch die heutige Anwendbarkeit der Grundsätze des Römischen Rechts über das gerichtliche Geständniß zu untersuchen, um die richtige Behandlung desselben im heutigen Recht feststellen zu können.

(k) *L. 23 § 11 L. 25 § 1 ad L. Aqu. (9. 2)* Nur hier kommt dieser Name vor, welches jedoch ganz zufällig sein kann; an sich

paßte er auf jede Klage, die in Folge einer *confessio in iure* angestellt wurde (§ 303 Note n).

Die Beantwortung dieser Fragen aber wird mit Erfolg erst unternommen werden können, wenn zuvor die Interrogatio in jure dargestellt seyn wird.

§ 305

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß — Interrogatio in jure

Wenn ein Rechtsstreit abhängig ist von einer, die Person des Beklagten betreffenden Präjudicialfrage, welches neuere Schriftsteller die Passivlegitimation nennen, so soll sowohl der Kläger, als der Richter befugt seyn, eine solche Frage dem Beklagten vorzulegen, welcher dann verbunden ist, zu antworten; diese Verbindlichkeit ist hier eigenthümlich. Durch den Inhalt der Antwort wird der Beklagte verpflichtet, und darin liegt die Aehnlichkeit dieses Instituts mit der confessio in jure. Die Verschiedenheit beider Prozeßhandlungen aber liegt darin, daß die confessio den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreits, den Anspruch des Klägers, betrifft, und daher das Urtheil entbehrlich machen kann (§ 303), anstatt daß die interrogatio nur eine vorläufige Frage, nicht den Streitgegenstand selbst betrifft, und daher niemals für ein Surrogat des Urtheils gelten kann.

Außer diesem besonderen Fall konnte aber auch jede andere Frage von einer Partei ihrem Gegner vor dem Prätor vorgelegt werden, und wenn sich der Gegner durch eine bestimmte Antwort darauf freiwillig einließ, so war er durch eine solche in jure confessio nach den oben auf-

Die Beantwortung dieser Fragen aber wird mit Erfolg erst unternommen werden können, wenn zuvor die Interrogatio in jure dargestellt seyn wird.

§ 305

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß —
Interrogatio in jure

Wenn ein Rechtsstreit abhängig ist von einer, die Person des Beklagten betreffenden Präjudicialfrage, welches neuere Schriftsteller die Passivlegitimation nennen, so soll sowohl der Kläger, als der Richter befugt seyn, eine solche Frage dem Beklagten vorzulegen, welcher dann verbunden ist, zu antworten; diese Verbindlichkeit ist hier eigenthümlich. Durch den Inhalt der Antwort wird der Beklagte verpflichtet, und darin liegt die Aehnlichkeit dieses Instituts mit der confessio in jure. Die Verschiedenheit beider Prozeßhandlungen aber liegt darin, daß die confessio den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreits, den Anspruch des Klägers, betrifft, und daher das Urtheil entbehrlich machen kann (§ 303), anstatt daß die interrogatio nur eine vorläufige Frage, nicht den Streitgegenstand selbst betrifft, und daher niemals für ein Surrogat des Urtheils gelten kann.

Außer diesem besonderen Fall konnte aber auch jede andere Frage von einer Partei ihrem Gegner vor dem Prätor vorgelegt werden, und wenn sich der Gegner durch eine bestimmte Antwort darauf freiwillig einließ, so war er durch eine solche in jure confessio nach den oben auf-

gestellten Grundsätzen gebunden, wobei dann die vorhergehende interrogatio nur als die zufällige Veranlassung der confessio zu betrachten war, und gar nicht selbstständig zur Form der Handlung gehörte (a). — Hierauf beruhte unter andern auch die uralte Form der in jure cessio als Uebertragung des Eigenthums durch freien Willen des bisherigen Eigenthümers. Der neue Eigenthümer vindicirte die Sache zum Schein; der Prätor fragte den Veräußernden, ob er das Eigenthum des Klägers anerkenne, und wenn der Befragte es anerkannte oder nur schwieg, so erfolgte die Abdicatio des Prätors, die das Eigenthum übertrug (b).

An sich ließ sich dieses Verfahren denken sowohl vor dem Prätor, als vor dem Jurer. Ursprünglich kam es nur vor dem Prätor vor, war also eine interrogatio *in jure* (c), nicht *in judicio*, weil es dort allein auf die Abfassung der Klagformel Einfluß haben konnte, wozu es ursprünglich bestimmt war. Wir finden die Anwendung desselben ausdrücklich erwähnt in folgenden Fällen, worin dem Kläger eine Antwort des Beklagten auf die hier angegebenen Fragen von Wichtigkeit seyn konnte:

(a) Ein solcher Fall von der Frage eines Beklagten an den Kläger kommt vor in *L. 29 § 1 de don.* (39. 5), f. v. § 303 r. Die daselbst abwechselnd gebrauchten Ausdrücke: *interrogatus*, *respondit*, *confessus*, *confessio*, sind daher gar nicht als ungenauer Sprachgebrauch anzusehen. Im

ganzen Titel *de interrogationibus* ist abwechselnd von *respondere* und *confiteri* die Rede.

(b) GAJUS II § 24.

(c) Dieser Name findet sich in der Ueberschrift des Titels, ferner in *L. 1 pr. L. 4 § 1 de interr.* (11 1).

- 1 Ob der Beklagte Erbe eines verstorbenen Schuldners des Klägers sey (d);
2. Zu welchem Antheil er Erbe sey (e);
3. Ob er, im Fall einer noxalis actio, Eigenthümer des verletzenden Sklaven sey: eben so, bei der actio si quadrupes, Eigenthümer des schädlichen Thieres (f);
4. Ob, im Fall einer actio de peculio, ein peculium des Sohnes oder Sklaven vorhanden sey (g);
5. Ob, im Fall einer cautio damni infecti, der Beklagte Eigenthümer des Gefahr drohenden Hauses sey (h);
6. Im Fall einer Eigenthumsklage, zu welchem Theil der Sache der Beklagte den Besitz habe (i);
- 7 Wie alt der Beklagte sey (k); nämlich ob der Beklagte unmündig, imgleichen ob er minderjährig sey, weil er im ersten Fall einen Tutor als Auctor, im zweiten einen Curator als Beistand haben mußte, wenn der Rechtsstreit gültig geführt werden sollte (l)

(d) L 2 3 5 9 § 7 de
interr (11 1)

(e) L. 1 pr 4 pr 5 eod

(f) L. 5. 8. 7 eod.

(g) L 9 § 8 eod.

(h) L. 10 L. 2 § 2 eod.

(i) L. 20 §. 1 eod. — Ueber das Eigenthum des Beklagten sollte der Kläger nicht fragen, weil Dieses mit seinem eigenen Recht zusammenhing, das er kennen mußte. L. 73 pr. de R. V (6. 1).

(k) L. 11 pr de interr (11 1)

(l) Nicht eigentlich zu diesem Rechtsinstitut gehört die Frage, die ein Ehemann seiner geschiedenen Frau vor dem Prätor vorlegen durfte, ob sie schwanger sey; die Frau wurde durch Pfändung oder Geldstrafe zur Antwort gezwungen, aber es knüpfte sich an diese Frage keine Klage, wovon allein bei unserm Institut die Rede ist. L. 1 § 2. 3 de insp. ventre (25. 4).

Alle diese Fragen konnten bequem und zweckmäßig gefunden werden, um dem Kläger die Mühe und Kosten eines unnützen Rechtsstreites, oder die unrichtige Führung desselben zu ersparen. In einem jener Fälle (Num. 2) konnte die Frage sogar nothwendig seyn, um den Verlust eines Rechts von ihm abzuwenden: Wenn nämlich der Kläger eine *certi conditio* gegen einen der Erben seines ursprünglichen Schuldners anstellen wollte, und über die Größe des Erbtheils seines Beklagten ungewiß war. Denn wenn er einen größeren Theil der Schuld einlagte, als den welcher dem Erbtheil entsprach, so verlor er nach den Regeln des alten Processes den ganzen Anspruch an diesen Erben (m).

Auf die ertheilte Antwort gründete sich nun eine *interrogatoria actio* (n), das heißt, es wurde in die ohnehin beabsichtigte Klagformel der Inhalt der Antwort als unänderlich feststehend mit aufgenommen. Folgendes Beispiel wird Dieses anschaulich machen. Wenn Jemand aus einer Stipulation Hundert zu fordern hatte, der Schuldner starb, einer der Erben widersprach der Schuld, antwortete aber auf die vorgelegte Frage, er sey Erbe zur Hälfte des Vermögens, so mag wohl die Formel in folgender Weise gefaßt worden seyn:

Quod N. Negidius interrogatus respondit. se esse

(m) *L. 1 pr de interr* (11 1)

(n) Dieser Name findet sich in der Ueberschrift des Urtheils, ferner in *L. 1 § 1* und *L. 22 eod.*

Seji heredem ex semisse, si paret, Sejum Aulo Agerio centum dare oportere, N. Negidium in quinquaginta condemna.

Die verschiedene Art, in welcher der Beklagte durch sein Benehmen verpflichtet werden konnte, wird sogleich genauer angegeben werden.

Zuvor aber muß die Veränderung erwähnt werden, die in diesem Verfahren schon zur Zeit der alten Juristen eingetreten ist. Darüber sagt Callistratus wörtlich Folgendes (o): „Nach dem gegenwärtigen Gerichtsgebrauch wird kein Beklagter mehr gezwungen, schon vor dem Prator in eine solche Vorverhandlung über vorgelegte Fragen sich einzulassen; vielmehr wird dieser Theil des Verfahrens, so wie jede andere Beweisführung über Thatsachen, dem Juder überlassen. Daher sind denn auch die interrogatoriae actiones fast ganz außer Gebrauch gekommen (p).“

(o) L. 1 § 1 eod.

(p) L. cit. „Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur . . . minus frequentantur et in desuetudinem abierunt“
Es ist oben erwähnt worden, daß das alte Verfahren meist nur zur Bequemlichkeit diene, und diese konnte auch vor dem Juder hinlänglich versorgt werden. In Einem (vergleichungsweise gewiß seltenen) Fall konnte dasselbe nothwendig seyn zur Abwendung von Gefahr (Note m), und in diesem einzigen Fall mögen sie denn auch

noch angewendet worden seyn, so lange der ordo judiciorum mit seinen strengen Formeln bestand. Auch sagt ja der Jurist nicht, daß sie durchaus verschwunden seyen, sondern nur, daß sie wenig mehr vorkämen (*minus frequentantur*), und dieser unbestimmte Ausdruck mag absichtlich gebraucht seyn mit Rücksicht auf jenen einzelnen Fall. Es ist wohl zu bemerken, daß die Nothwendigkeit der int. act. für diesen Fall in derselben Stelle, und nur wenige Worte vorher, bemerklich gemacht wird.

Neuere Schriftsteller haben diese geschichtliche Angabe so anstößig gefunden, daß sie die künstlichsten Mittel versucht haben, um die vermeintlichen Widersprüche zu beseitigen (q). Sie haben die Erzählung des Callistratus so aufgefaßt, als sey das ganze positive Rechtsinstitut der Interrogationen außer Gebrauch gekommen; damit schien ihnen der Umstand im Widerspruch zu stehen, daß die genau bestimmten Regeln desselben (welche sogleich angegeben werden sollen) in den Digesten als geltendes Recht dargestellt werden. Diese Schwierigkeit sollte auf zweierlei Weise gelöst werden.

Einige sagten, die ganze Erzählung von dem veränderten Recht beruhe auf Interpolationen von Tribonian; früher habe sich gar Nichts geändert. — Allein eine solche Interpolation wäre eben so unnütz, als zweckwidrig gewesen. Unnütz, weil zur Zeit von Justinian durchaus keine Gefahr war, daß Jemand zwischen Prätor und Jurer fehl greifen möchte. Zweckwidrig, weil aus dem ganzen Titel der Digesten deutlich erhellt, daß die alten praktischen Regeln über die Interrogationen fortbestehen sollten.

Anderer haben folgende Behauptung aufgestellt. In der alten Zeit, sagen sie, waren außergerichtliche Interrogationen üblich, und mit diesen wurden die größten Ungechtigkeiten und Bedrückungen verübt. Diese sind es, welche nach der Erzählung des Callistratus außer Gebrauch gesetzt wurden. — Diese ganze Geschichte von den

(q) Vgl. Glück B. 11 S. 247—249, 255, 293. Zimmern Rechtsgesch. B. 3 S. 379. Puchta Institutionen B. 2. S. 192.

bedrückenden außergerichtlichen Interrogationen ist völlig leer, und nur dazu erfunden, um die hier erwähnte (gar nicht vorhandene) Schwierigkeit zu beseitigen. Sie beruht eigentlich nur auf dem augenscheinlichen Mißverständniß von zwei Worten des Callistratus (r)

Die ganze Schwierigkeit verschwindet durch folgende Auffassung der eingetretenen Veränderung. Die alten Interrogationen mit ihren sehr positiv bestimmten Wirkungen wurden gar nicht verändert; sie sollten nur nicht mehr vor dem Prätor vorkommen, sondern vor dem Jurer, also auch keinen Einfluß mehr haben auf die Abfassung der formula. Daher waren es die *interrogatoriae actiones*, die außer Gebrauch kamen, nicht die Interrogationen mit ihren Folgen, die unverändert blieben. So erzählt die Sache fast wörtlich Callistratus, und seine Erzählung wird völlig bestätigt durch eine Stelle des Ulpian (s)

Faßt man die Sache so auf, so muß man sich überzeugen, daß Tribonian Nichts mehr zu ändern vorfand, weil schon zur Zeit des *ordo judiciorum* Alles in die Lage gebracht worden war, in welcher es auch nun bleiben

(r) *L. 1 § 1 cit.* „Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo jure aliquid respondere.“ Die Worte ante iudicium erklärte man durch außergerichtlich, da sie doch

so viel heißen, als: in jure, coram Praetore.

(s) *L. 21 eod.* „Ubi cunque iudicem aequitas moverit, aequae oportere fieri interrogationem, dubium non est.“

konnte. Wir haben daher keine Ursache, auch nur in den Worten der alten Juristen irgend eine erhebliche Interpolation vorauszusetzen (t).

Es bleibt nun noch übrig, die praktischen Regeln anzugeben, die ursprünglich für die interrogatio in jure eintreten sollten, dann aber, und zwar schon zur Zeit der alten Juristen, auf die interrogatio in judicio übertragen worden sind.

Der Beklagte kann über jeden, seine persönlichen Verhältnisse betreffenden Präjudicialpunkt sowohl von der Richterbehörde, als von dem Gegner, befragt werden, und er ist in beiden Fällen zur Antwort verpflichtet (u). Nunmehr können folgende Fälle eintreten.

A. Er antwortet. Dadurch wird der Gegner zunächst berechtigt, den Inhalt der Antwort als förmliche Wahrheit (wie aus einem Urtheil) gegen ihn geltend zu machen. Seine Antwort hat in dieser Hinsicht die Natur eines Quasicontractes (v)

(t) Höchstens ist eine solche, und zwar sehr unschuldige und ungefährliche, anzunehmen in folgenden Worten des Ulpian (L. 4 pr. eod.) „Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur, ex sua in judicio respon-

sione“ Hier mag wohl Ulpian geschrieben haben in jure

(u) L. 9 pr. § 1, L. 11 § 9 eod.

(v) L. 11 § 9 eod

B. Er antwortet, und wird hinterher einer wissentlich unwahren Antwort überführt.

C. Er verweigert die Antwort.

In beiden letzten Fällen ist der Gegner befugt, gegen ihn das Nachtheiligste anzunehmen, das im vorliegenden Falle denkbar ist, und Dieses gilt als Strafe seines unredlichen Benehmens (x). So z. B., wenn er des ursprünglichen Schuldners Erbe zur Hälfte ist, auf Befragen aber nur ein Viertel angiebt, so darf er als einziger Erbe behandelt, und für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden.

Die Verpflichtung zur Antwort, also auch die Strafe der Verweigerung, fällt jedoch weg, wenn der Beklagte Gründe der Ungewissheit über den Gegenstand der Frage angeben kann, so z. B., wenn er befragt wird, ob er Erbe sey, und über dieses Erbrecht in einem Rechtsstreit befangen ist (y).

§. 306.

Surregate des Urtheils — Gerichtliches Geständniß. —
Widerruf

Nachdem die Lehre von der *confessio* und von der *interrogatio*, jede für sich, dargestellt ist, kann zur Beantwortung einer wichtigen praktischen Frage übergegangen

(x) L. 4 *pr.* L. 5 L. 11 Bethmann-Hollweg S. 281
§ 1. 2. 3. 4. 5. 9 L. 17 *eod.*, (y) L. 6 § 1 *de interr.*
L. 39 *pr. de proc.* (3. 3), L. 26 (11. 1).
§ 5 *de nox. act.* (9. 4). —

B. Er antwortet, und wird hinterher einer wissentlich unwahren Antwort überführt.

C. Er verweigert die Antwort.

In beiden letzten Fällen ist der Gegner befugt, gegen ihn das Nachtheiligste anzunehmen, das im vorliegenden Falle denkbar ist, und Dieses gilt als Strafe seines unredlichen Benehmens (x). So z. B., wenn er des ursprünglichen Schuldners Erbe zur Hälfte ist, auf Befragen aber nur ein Viertel angiebt, so darf er als einziger Erbe behandelt, und für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden.

Die Verpflichtung zur Antwort, also auch die Strafe der Verweigerung, fällt jedoch weg, wenn der Beklagte Gründe der Ungewissheit über den Gegenstand der Frage angeben kann, so z. B., wenn er befragt wird, ob er Erbe sey, und über dieses Erbrecht in einem Rechtsstreit befangen ist (y).

§. 306.

Surregate des Urtheils — *Unerichtigliches Geständniß.* —
Widerruf

Nachdem die Lehre von der *confessio* und von der *interrogatio*, jede für sich, dargestellt ist, kann zur Beantwortung einer wichtigen praktischen Frage übergegangen

(x) *L. 4 pr. L. 5 L. 11 Bethmann-Hollweg* §. 281
§ 1. 2. 3. 4. 5. 9 *L. 17 eod.*, (y) *L. 6 § 1 de interr.*
L. 39 pr. de proc. (3. 3), *L. 26* (11. 1).
§ 5 *de nox. act.* (9. 4). —

werden, welche sich auf beide Institute, als verschiedene Zweige des gerichtlichen Geständnisses, gemeinschaftlich bezieht. Dies ist die Frage, ob es dem Geständigen erlaubt ist, das Geständniß durch Widerruf zu entkräften, wenn er es unternimmt, das Eingestandene als unwahr darzu-
thun, also einen darin enthaltenen Irrthum nachzuweisen. Diese Frage ist bei unsern Schriftstellern in hohem Grade bestritten, welches seinen Grund in den scheinbar sehr widersprechenden Aussprüchen der Römischen Juristen hat.

Um in dieser Untersuchung einen festen Boden zu gewinnen, ist es nöthig, auf allgemeine, leitende Grundsätze zurück zu gehen. Hier begegnen wir aber zwei äußersten, völlig entgegen gesetzten Ansichten. Nach der einen ist das gerichtliche Geständniß ein reines Beweismittel, ähnlich dem außergerichtlichen (nur vielleicht dem Grade nach stärker), so wie dem Zeugenbeweise. Nach dieser Ansicht ist es folgerichtig, einen einfachen Gegenbeweis als Entkräftung zuzulassen — Nach der zweiten Ansicht bildet jenes Geständniß förmliches Recht, ähnlich dem rechtskräftigen Urtheil. Von diesem Standpunkt aus scheint jede Anfechtung, jeder Widerruf verneint werden zu müssen, auch wenn der Geständige die Unwahrheit des Geständnisses zu beweisen unternehmen wollte.

Zwischen diesen äußersten Ansichten liegt die Wahrheit in der Mitte. Allerdings bildet das gerichtliche Geständniß förmliches Recht, mit bindender Kraft für den Geständigen, und ist nicht ein bloßes Beweismittel, das heißt, ein Mittel

auf die Ueberzeugung des Richters einzuwirken. Dennoch ist eine Entkräftung desselben möglich, jedoch nur durch Restitution von Seiten des Prätors, also durch dieselbe Macht, wodurch unter gewissen Bedingungen auch die Entkräftung eines Urtheils möglich ist. — Diese Sätze gelten sowohl für die *confessio*, als für die *interrogatio*. — Es giebt aber ausgenommene Fälle, in welchen jede Anfechtung gänzlich ausgeschlossen ist. — Diese Sätze sollen nun einzeln entwickelt, und in den Quellen des Römischen Rechts nachgewiesen werden.

1. Die *confessio in jure* (im Justinianischen Recht *in judicio*) hat bindende Kraft für den Geständigen (§. 303. 304). Dieselbe Kraft hat die *interrogatio* und *responsio in jure* (schon zur Zeit der alten Juristen *in judicio*); diese wirkt in der Regel als *Quasicontract*, ausnahmsweise als Strafe. Die bindende Kraft überhaupt ist also allen Formen des gerichtlichen Geständnisses gemeinsam

Es kommt aber darauf an, die Natur dieser bindenden Kraft näher zu bestimmen. Sie begründet eine feste Begrenzung des Rechtsstreits, und ist daher als eine das Urtheil vorbereitende und bedingende formelle Handlung anzusehen. Sie hat daher eine innere Verwandtschaft mit der *Litiscontestatio*, und bildet gleichsam eine durch den ganzen Prozeß fortschreitende, ergänzende *Litiscontestatio*. Durch dieses Geständniß wird also nicht sowohl diese oder jene Thatsache festgestellt, worüber der Richter ein freies Urtheil zu bilden haben möchte, sondern es wird durch

dasselbe dem Gebiet des Streitigen unter den Parteien, worüber allein von dem Richter ein Urtheil erwartet wird, Mehr oder Weniger entzogen, also jenes Gebiet enger begränzt

2. Beruht das Geständniß auf Irrthum, so kann der Geständige von den Folgen desselben Befreiung erlangen. Diese Befreiung wird ertheilt durch Restitution (also im alten Prozeß nur durch den Präter) (a).

Die Restitution wird hier aber nur unter folgenden Bedingungen ertheilt — Der Irrthum muß ein factischer seyn, kein Rechtsirrtum (b) — Er darf nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen (c) — Er muß als Irrthum bewiesen werden, so daß der bloße Beweis des Gegentheils der eingestandenen Thatsachen nicht hinreicht (d) Dieser wichtige, in unsern Rechtsquellen ausdrücklich anerkannte Satz ist die nothwendige Folge davon, daß dem Geständniß ja auch ganz andere Absichten, als die Auerkennung der Wahrheit, zum

(a) *L 7 de confessis* (42 2) *L 11 § 8 de interr* (11 1)
Diese Restitution gehört unter die zahlreichen Fälle, in welchen überhaupt gegen Prozeßhandlungen Restitution wegen Irrthums ertheilt wird. *S. v. B. 3 S. 386 387*

(b) *L. 2 de confessis* (42 2), *C 3 X. de confess.* (2. 18), *C 2 de restit. in VI* (1 21).

(c) *L. 11 § 11 de interr.*

(11 1) „*si culpa deo proxima sit*“

(d) *C 3 X de confessis* (2 18) „*si de hujusmodi potuerit errore docere*“ — Es wird stets darauf aufkommen, die Entstehung der irrigen Meinung aus scheinbaren äußeren Thatsachen nachzuweisen. Beispiele eines solchen Beweises finden sich in *L 11 § 8 de interr* (11 1)

Gründe liegen können, unter andern die Absicht, zu schenken (§ 303). Ferner können nur durch diesen Beweis die oben aufgestellten Bedingungen festgestellt werden, daß nämlich der Irrthum bloß factisch seyn und nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen muß.

Diese Grundzüge sind gleichmäßig anzuwenden auf die *confessio* und auf die *interrogatio* (Note a). Bei dieser letzten also wird durch die Restitution der *Quasicontract* (§ 305. v) entkräftet. Was aber die Strafverpflichtung wegen wissentlicher Unwahrheit betrifft (§ 305. x), so ist selbst der Begriff einer solchen Unwahrheit durch den Beweis des Irrthums ausgeschlossen (e).

Dabei ist noch besonders aufmerksam zu machen auf die innere Verwandtschaft des *Widerrufs* eines irrigen Geständnisses mit der *condictio indebiti*. Hier, wie dort, muß der Irrthum bewiesen werden, welcher ein factischer seyn und nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen muß. Von dieser Verwandtschaft wird sogleich noch weiterer Gebrauch gemacht werden.

3. Die förmliche Restitution wird aber nicht in allen Fällen erfordert.

Wenn der Geständige noch vor dem Prätor seine Erklärung zurück nehmen oder verbessern wollte, bevor dadurch dem Gegner ein Schaden entstanden seyn konnte, so war ihm Dieses gestattet, ohne daß es dazu eines Beweises und einer Restitution bedurfte. Nach der *Litistcontestation*, also

(e) L. 11 §. 3. 10. 11. *de interr.* (11. 1).

vor dem Jurer, war eine solche Veränderung nicht mehr möglich, ohne auf den Prator zurück zu gehen und Restitution zu erlangen (f).

Wenn ferner das Eingeständene in Folge von Rechtsregeln als unmöglich erkannt werden muß, so bedarf es keiner Restitution, und auch schon der Römische Jurer mußte diesem Geständniß jede Wirkung versagen. Wenn also eine Moralklage angestellt wurde wegen der Handlung eines Sklaven oder Sohnes gegen den vermeintlichen Herrn oder Vater, welcher auf Befragen das Daseyn der potestas einräumte, so war dieses Geständniß allerdings hinreichend, um gerade ihn zum Schuldner zu machen, und also die Schuld vom wahren Herrn oder Vater auf ihn zu übertragen. Wenn aber hinterher bewiesen wurde, daß der Thäter gar nicht Sklave oder Sohn, sondern frei und unabhängig war, oder daß der Geständige gar nicht des Eigenthums (über einen Sklaven) fähig, oder seines Alters wegen nicht der väterlichen Gewalt über den (vielleicht älteren) Thäter fähig war, so sollte in allen diesen Fällen dem Geständniß alle Wirkung versagt werden (g).

Dieses ist nun die einzige Beziehung, in welcher dem Beweis der Unmöglichkeit, worauf Manche einen unver-

(f) L. 11 § 12 *de interr* (11. 1), „licere responsi poenitere“ L. 26 § 5 *de nox act.* (9. 4).

(g) L. 13. 14. 16 *de interr* (11. 1). In diesem Sinn heißt

es in den angeführten Stellen: „quia falsae confessiones naturalibus convenire deberent“, und „si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest“

hältnißmäßigen Werth legen, ein besonderer Einfluß zugestanden werden kann. Allerdings ist jede unmögliche Thatsache stets zugleich eine unwahre, und der Beweis der Unwahrheit einer Thatsache ist die Grundlage für den Beweis des Irrthums über das früher abgegebene Geständniß der Wahrheit dieser Thatsache. Aber der vollständige Beweis dieses Irrthums liegt darin nicht, weil das Unmögliche, eben so gut, als das bloß Unwahre, mit Bewußtseyn der Unwahrheit, folglich ohne Irrthum, eingestanden seyn kann. Daher ist es unrichtig, wenn Manche behaupten, der Beweis der Unmöglichkeit sey stets hinreichend, und mache den Beweis des Irrthums unnöthig. Wenn also Jemand eine von ihm persönlich begangene That eingesteht, so ist zum Widerruf nicht hinreichend, daß er das Alibi beweist. Denn aus dem Alibi folgt allerdings, daß er die That nicht begangen haben kann, also auch nicht begangen hat; es folgt aber nicht, daß er im Irrthum war, als er das Geständniß der That ablegte. Ja sogar wird gerade in diesem Fall der Irrthum höchst unwahrscheinlich, vielleicht nur unter den abentheuerlichsten Voraussetzungen möglich seyn.

§ 307

Surrogate des Urtheils — I Gerichtliches Geständniß. —
Widerruf. (Fortsetzung.)

Die in dem vorhergehenden §. aufgestellten Grundsätze leiden eine Ausnahme in den Fällen der Klagen, worin

hältnißmäßigen Werth legen, ein besonderer Einfluß zugestanden werden kann. Allerdings ist jede unmögliche Thatsache stets zugleich eine unwahre, und der Beweis der Unwahrheit einer Thatsache ist die Grundlage für den Beweis des Irrthums über das früher abgegebene Geständniß der Wahrheit dieser Thatsache. Aber der vollständige Beweis dieses Irrthums liegt darin nicht, weil das Unmögliche, eben so gut, als das bloß Unwahre, mit Bewußtseyn der Unwahrheit, folglich ohne Irrthum, eingestanden seyn kann. Daher ist es unrichtig, wenn Manche behaupten, der Beweis der Unmöglichkeit sey stets hinreichend, und mache den Beweis des Irrthums unnöthig. Wenn also Jemand eine von ihm persönlich begangene That eingesteht, so ist zum Widerruf nicht hinreichend, daß er das Alibi beweist. Denn aus dem Alibi folgt allerdings, daß er die That nicht begangen haben kann, also auch nicht begangen hat; es folgt aber nicht, daß er im Irrthum war, als er das Geständniß der That ablegte. Ja sogar wird gerade in diesem Fall der Irrthum höchst unwahrscheinlich, vielleicht nur unter den abentheuerlichsten Voraussetzungen möglich seyn.

§ 307

Surrogate des Urtheils — I Gerichtliches Geständniß. —
Widerruf. (Fortsetzung.)

Die in dem vorhergehenden §. aufgestellten Grundsätze leiden eine Ausnahme in den Fällen der Klagen, worin

das böswillige Keugnen durch die Beurtheilung auf den doppelten Werth bestraft wird (*ubi lis inficiendo crescit in duplum*) (§ 304). In diesen Fällen hat das Geständniß die Natur eines Vergleichs, um der Gefahr der höheren Beurtheilung zu entgehen. Daher gilt hier kein Widerruf aus dem Grund des Irrthums, und keine Restitution, selbst wenn der Irrthum bewiesen werden könnte (a)

Hier zeigt sich wieder die, schon oben erwähnte, Verwandtschaft zwischen dem Widerruf des Geständnisses und der *condictio indebiti* (§ 306). Denn auch die *condictio indebiti* ist in denselben Fällen ausgeschlossen (b), indem die Zahlung nicht als vermeintliche Erfüllung einer unzweifelhaften Forderung angesehen werden soll, sondern als eine Vergleichssumme zur Abwendung der Gefahr einer höheren Beurtheilung.

Diese Ausnahme also mußte gelten bei der *actio iudicati* und *depensi*. so wie bei der Klage aus dem *legatum damnationis* einer bestimmten Geldsumme. Daß sie dabei von den alten Juristen nicht erwähnt wird, erklärt sich aus der Natur dieser Schulden als reiner Geldschulden. Denn bei diesen wurde die ganze Sache vor dem Prätor zu Ende gebracht ohne Jurer (§ 304), so daß dabei kaum jemals Zeit und Anlaß zu einem Widerruf des abgegebenen Ge-

(a) Diese Ausnahme hat keine Anwendung bei den Interrogationen, sondern nur bei der eigentlichen *confessio in iure*

(b) § 7 *J de obl. quasi ex contr* (3 27), *L 4 C de cond. ind.* (4 5)

ständnisses gewesen seyn mag. Es bleiben also nur noch zwei Klagen dieser Art zu betrachten übrig, die *actio L. Aquiliae*, und die Klage aus einem *legatum damnationis* auf eine bestimmte Sache außer baarem Gelde.

Wenn die *actio L. Aquiliae* wegen der Tödtung oder Verwundung eines Sklaven angestellt wird, und der Beklagte die That als von ihm begangen eingesteht, so wird er dadurch unbedingt zum einfachen Schadensersatz verpflichtet, und hat keine Restitution zu hoffen, auch wenn er sich zum Beweise des Irrthums erbietet. Der entscheidende Grund dieser auffallenden Vorschrift liegt in der so eben bemerkten Vergleichsnatur eines solchen Geständnisses, indem er dadurch der Gefahr entgeht, außerdem vielleicht zum doppelten Ersatz verurtheilt zu werden (§ 304. i). Allein diese Gefahr und die damit verbundene unbedingte Verpflichtung beschränkt sich auf die persönliche Thäterschaft des Beklagten. Wenn also der Widerruf dahin gerichtet ist, daß der Sklave noch lebe, daß er ohne Wunden sey, so bezieht sich darauf die Ausnahme nicht; vielmehr ist hier, wie bei anderen Klagen, die Restitution wegen eines Irrthums zulässig. — Allerdings kommt hier zu dem bereits geltend gemachten, schon allein genügenden Grund noch ein anderer hinzu, der selbst ohne Beweis eines Irrthums hinreichen würde, die Klage völlig auszuschließen. Denn wenn der Sklave lebt und gesund ist, so muß die Klage ohne Erfolg bleiben, da es ganz an einem Schaden fehlt, dessen Abschätzung allein der Verurtheilung einen Inhalt

geben könnte (c). — Dagegen ist hier die Unmöglichkeit an und für sich keinesweges das entscheidende Moment. Denn auch die Unmöglichkeit der Thäterschaft könnte behauptet werden im Fall des erwiesenen Alibi, und doch würde hierin kein Grund liegen, die unbedingt verpflichtende Kraft des Geständnisses zu beschränken.

Der zweite hierher gehörende Fall ist der eines *legatum damnationis* auf eine bestimmte Sache außer baarem Geld. Wenn der verklagte Erbe die Verpflichtung zu diesem Legat eingesteht, so ist er unbedingt verpflichtet, selbst wenn er beweisen kann, daß die Sache nie existirt hat, oder daß sie untergegangen ist (d). In diesen beiden Fällen ist das

(c) *L. 24 ad L. Aquil (9.2)*

(d) *L. 3 de confessis (42.2)*
 „Julianus ait, confessum *certum* se *debere* legatum, *omnimodo damnandum*, etiamsi in rerum natura non fuisset, etsi jam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur, *quia confessus pro judicato habetur*“ — Dieser Stelle scheinen zwei andere nach verschiedenen Richtungen hin zu widersprechen *L. 8 eod.* „Von *omnimodo* confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset incertum sit“ Hier wird jedoch gar nicht gesagt, daß von einem *legatum damnationis* die Rede sey; bei jeder andern Klage aber ist die

unbestimmte Verneinung ganz an ihrem Plage. — *L. 5 eod.* „Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est“ Nach der Ueberschrift der Stelle sprach darin Ulpian von einer Stipulationsschuld Aus diesem herausgerissenen Fragment aber ist gar Nichts zu entnehmen, da gewiß noch irgend ein anderer Grund der Obligation hinzugeacht werden muß, besonders in dem Fall des Todes nach der *L. C.*, in welchem Fall eine Verpflichtung entstanden seyn kann nur durch Dolus, Culpa, oder Mora des Beklagten. i v' B 6 § 272 273 Note I

Legat an sich ungültig (e), folglich die eingestandene Verpflichtung zum Legat unmöglich, woraus also folgt, daß auch hierin die Unmöglichkeit des Eingestandenen (*se debere legatum*) keinen Unterschied macht. — In diesem Fall nun hat eben so, wie in dem vorhergehenden, das Geständniß die Natur eines Vergleichs, indem der Geständige nur den einfachen Werth des Legats leistet (f), also die Gefahr der höheren Verurtheilung von sich abwendet.

Die hier dargestellten Ausnahmen, in welchen das Geständniß unbedingt, ohne Restitution wegen Irrthums, verpflichten soll, sind für das heutige Recht ganz ohne Anwendung. Denn es ist unbezweifelt, daß das ganze Rechtsinstitut, welches mit dem Ausdruck: *lis inliciendo crescit* in duplum bezeichnet wird, als ein einzelnes, höchst positives, Stück der Römischen Privatstrafen, für unser Recht verschwunden ist. Damit aber müssen auch die erwähnten Ausnahmen, als bloße Folgen jenes Instituts, nothwendig wegfallen

Ich habe es versucht, die in dieser Lehre scheinbar widersprechenden Stellen des Römischen Rechts zu vereinigen. Neuere Schriftsteller haben verschiedene Wege eingeschlagen, um zum Ziel einer solchen Vereinigung zu ge-

(e) L. 108 § 10. L. 36 § 3 (f) L. 61 *in f ad L. Falc*
de leg 1 (30 un.), § 16 *J de* (35 2), L. 71 § 3 *de leg 1*
leg. (2 20) (30. un.)

langen. Ist der hier versuchte richtig, so bedarf es der besonderen Prüfung und Widerlegung jener fremden Versuche nicht (g).

§. 308.

Surrogate des Urtheils — I. Gerichtliches Geständniß. —
Heutiges Recht

Zunächst könnte man glauben, die ganze hier dargestellte Lehre sey schon deswegen unanwendbar, weil die *confessio in jure* und die *interrogatio in jure* mit dem alten *ordo judiciorum* verschwunden seyn müßten. Allein der *ordo judiciorum* war schon zu Justinian's Zeit längst spurlos untergegangen, und doch wird in den Digesten diese Lehre noch als praktisches Recht vorgetragen. Wir werden also die Sache ganz im Sinn von Justinian vielmehr so aufzufassen haben, daß nach der Verschmelzung von *jus* und *judicium* die alten Rechtsinstitute als *confessio* und *interrogatio in judicio* fortbestehen.

Damit hängt zusammen die Frage, worüber namhafte neuere Schriftsteller verschiedener Meinung sind, ob die so

(g) Am nächsten der Wahrheit kommt wohl Bayer Verträge S. 305—310, nur daß er die Unmöglichkeit dem Irrthum coordinirt, also für einen Grund des Widerrufs gelten läßt auch ohne Beweis des Irrthums. Ebeme legt Bethmann-Hollweg S. 272—273 einen zu großen Werth auf die

Unmöglichkeit an sich, und stellt dagegen den Irrthum in den Hintergrund. — Weber S. 58—64 ist ganz verwerren. — Ende § 256 nimmt an, in der Regel sey kein Widerruf zulässig, beschränkt aber diese Regel durch eine große Zahl inzusammenhängender Ausnahmen.

langen. Ist der hier versuchte richtig, so bedarf es der besonderen Prüfung und Widerlegung jener fremden Versuche nicht (g).

§. 308.

Surrogate des Urtheils — I. Gerichtliches Geständniß. —
Heutiges Recht

Zunächst könnte man glauben, die ganze hier dargestellte Lehre sey schon deswegen unanwendbar, weil die *confessio in jure* und die *interrogatio in jure* mit dem alten *ordo judiciorum* verschwunden seyn müßten. Allein der *ordo judiciorum* war schon zu Justinian's Zeit längst spurlos untergegangen, und doch wird in den Digesten diese Lehre noch als praktisches Recht vorgetragen. Wir werden also die Sache ganz im Sinn von Justinian vielmehr so aufzufassen haben, daß nach der Verschmelzung von *jus* und *judicium* die alten Rechtsinstitute als *confessio* und *interrogatio in judicio* fortbestehen.

Damit hängt zusammen die Frage, worüber namhafte neuere Schriftsteller verschiedener Meinung sind, ob die so

(g) Am nächsten der Wahrheit kommt wohl Bayer Verträge S. 305—310, nur daß er die Unmöglichkeit dem Irrthum coordinirt, also für einen Grund des Widerrufs gelten läßt auch ohne Beweis des Irrthums. Ebeme legt Bethmann-Hollweg S. 272 273 einen zu großen Werth auf die

Unmöglichkeit an sich, und stellt dagegen den Irrthum in den Hintergrund. — Weber S. 58—64 ist ganz verwehrt. — Ende § 256 nimmt an, in der Regel sey kein Widerruf zulässig, beschränkt aber diese Regel durch eine große Zahl inzusammenhängender Ausnahmen.

eben dargestellten positiven Vorschriften des Römischen Rechts noch Geltung haben oder nicht (a). Ich nehme an, daß die meisten und wichtigsten Aussprüche des Römischen Rechts in dieser Lehre gar nicht als positive Vorschriften, sondern vielmehr als die natürliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts anzusehen sind, allerdings mit einigen, nicht erheblichen, rein positiven Beimischungen, die für uns nicht mehr anwendbar sind.

Die richtige Behandlung dieser Lehre ist bis jetzt durch Nichts so sehr gehindert worden, als durch den Ausgangspunkt, den man dafür zu wählen pflegte. Als Gattungsbegriff galt der eines Beweismittels, genannt Geständniß, bestehend in der eigenen Erklärung Dessen, gegen welchen damit ein Beweis geführt werden sollte. Dieser Gattungsbegriff wurde zerlegt in zwei Arten, das gerichtliche und das außergerichtliche Geständniß, je nachdem in oder außer dem Gericht jene Erklärung abgegeben wird; diese als untergeordnet angesehene Verschiedenheit konnte nicht hindern, beide Begriffe ihrem Wesen nach als gleichartig zu behandeln.

Ich gehe von einer völlig verschiedenen Grundansicht aus, deren Hauptzüge schon oben (§ 306) angegeben worden sind. Beide Begriffe haben den Namen mit einander gemein, sind aber in ihrem inneren Wesen verschieden.

(a) Heffter S. 290. 291 bejaht diese Frage. Bethmann-Hollweg S. 301 verneint dieselbe.

Die genauere Darstellung dieser Verschiedenheit wird zugleich den Weg bahnen zu der jetzt vorliegenden Frage, wie sich das heutige Recht zu den oben dargestellten Begriffen und Regeln des Römischen Rechts verhält, und was von diesem letzten noch für uns brauchbar ist

Das gerichtliche Geständniß ist die Erklärung, welche eine streitende Partei vor dem Richter des vorliegenden Rechtsstreits über Gegenstände dieses Streites abgibt. Das Wesen und die wichtige Wirkung desselben besteht in der Feststellung der Gränzen zwischen dem streitigen und nicht streitigen Theil der gegenseitigen Behauptungen. Da nun der Richter nur dazu berufen ist, über den Streit der Parteien zu entscheiden, so wird durch jedes gerichtliche Geständniß die Aufgabe des Richters ihrem Umfang nach bestimmt und begränzt. Dieses Geständniß also ist nicht (so wie jedes wahre Beweismittel) ein Motiv für den Richter, so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung von Gegenständen, worüber er sich des eigenen Urtheils zu enthalten hat, weil sie nicht zu dem, unter den Parteien streitigen Gebiet von Behauptungen gehören. Das gerichtliche Geständniß begründet also formelle Wahrheit (§ 303)

Das gerichtliche Geständniß kann ohne Zweifel auf reine Thatfachen gehen, weil die Feststellung von Thatfachen einen großen Theil (oft den größten) eines Rechtsstreits auszumachen pflegt. Genau zu reden, müßte man sagen, daß dadurch Thatfachen nicht sowohl bewiesen, als dem

Bedürfnis eines Beweises entzogen werden; einen praktischen Werth hat diese Unterscheidung nicht.

Das gerichtliche Geständnis kann aber auch auf Rechtsverhältnisse gehen, ja dieses ist das eigenthümlichste Gebiet, worin es wirkt.

Für jedes gerichtliche Geständnis ist ein Widerruf möglich, welcher zu einer richterlichen Restitution führen kann. Diese muß aber begründet werden durch den Beweis eines Irrthums, welcher jedoch ein factischer Irrthum seyn muß, und nicht aus großer Nachlässigkeit hervorgegangen seyn darf. Die Ueberzeugung des Richters von dem Daseyn eines Irrthums als Entstehungsgrund des Geständnisses kann nur aus den Umständen hervorgehen, welche die Entstehung des Irrthums natürlich und wahrscheinlich erklären (§ 306 d.). Der bloße Beweis, daß das Eingestandene unwahr, selbst daß es unmöglich sey, ist ohne Beweis eines Irrthums zur Restitution nicht hinreichend.

Dieses sind die Regeln des Römischen Rechts über das gerichtliche Geständnis, welche oben ausführlich dargestellt worden sind. In ihnen liegt Nichts, das als rein positiv, insbesondere aus der eigenthümlichen Gerichtsverfassung der Römer entsprungen, angesehen werden könnte. Sie enthalten vielmehr eine reine Entwicklung dieses Rechtsinstituts, hervorgegangen aus den wahren praktischen Bedürfnissen desselben. In den Grundsätzen unsers heutigen gemeinen

Prozesses liegt Nichts, das einer vollständigen Anwendung jener Regeln hinderlich seyn könnte

Dagegen sind allerdings einige Stücke des Römischen Rechts in dieser Lehre, jedoch gerade die unbedeutendsten, so beschaffen, daß davon im heutigen Recht keine Anwendung gemacht werden kann. Ueber diese Unanwendbarkeit ist auch unsere Praxis niemals im Zweifel gewesen. Ich will sie hier in einzelnen Sätzen zusammenstellen

1 Von einem Unterschied zwischen *confessio in jure* und *interrogatio in jure* kann nicht mehr die Rede seyn; schon im Römischen Recht war kein praktischer Unterschied, und die Unterscheidung in Formen und Ausdrücken hatte eine bloß geschichtliche Bedeutung. Es ist also ganz gleichgültig, ob ein gerichtliches Geständniß veranlaßt wird durch eine Anfrage des Gegners (vielleicht auch durch ein prozeßleitendes Decret des Richters), oder nicht, ob es eine bloße Präjudicialfrage betrifft, oder den Gegenstand des Rechtsstreites selbst.

2 Die Strafen, welche das Römische Recht bei den Interrogationen auf die wissentliche Unwahrheit und auf die verweigerte Antwort androht (§ 305), sind unserm heutigen Prozeß gewiß fremd.

3. Eben so ist demselben völlig fremd die unbedingte, jeder Restitution entzogene, Verpflichtung, die das gerichtliche Geständniß ausnahmsweise mit sich führen soll bei der *actio legis Aquiliae* und bei der Klage aus einem *legatum damnationis* (§ 307). Diese mußte verschwinden

als bloße Folge der Verurtheilung in den doppelten Werth, welche überhaupt nur ein Stück des ganzen Systems der Privatstrafen ist, und mit diesem System in unser heutiges Recht keinen Eingang gefunden hat. Insbesondere bei dem *legatum damnationis* ist eine solche Ausnahme unanwendbar, weil diese eigenthümliche Form der Legate nicht nur für uns verschwunden, sondern selbst schon von Justinian gesetzlich aufgehoben und mit allen übrigen Legaten verschmolzen worden ist (b)

4. Das gerichtliche Geständniß ist im heutigen Recht niemals eigentliches Surrogat eines Urtheils, so daß das Urtheil selbst dadurch entbehrlich würde. Vielmehr muß immer noch ein Urtheil gesprochen werden, dessen Inhalt jedoch mit dem Inhalt des Urtheils übereinstimmen muß. So war es von jeher schon im Römischen Recht in den allermeisten Fällen, nämlich nur mit Ausnahme des auf eine bestimmte Geldschuld gerichteten Geständnisses (§ 303); seit der Aufhebung des *ordo iudiciorum* allgemein (§ 304). In dieser Rücksicht also ist kein Unterschied zwischen dem heutigen und dem Römischen Prozeß.

Außergerichtliches Geständniß heißt jede Erklärung einer streitenden Partei, die über einen Gegenstand dieses Rechtsstreites nicht vor dem Richter desselben abgegeben wird; wohin also nicht nur reine Privaterklärungen, in Briefen und Gesprächen niedergelegt, gehören, sondern auch gerichtliche Erklärungen, die in einem anderen, als

(b) *L 1 C communis de leg* (6 43), § 2 *J de leg* (2.20)

dem jetzt vorliegenden Rechtsstreite vorkommen. Dieses Geständniß ist ein reines Beweismittel, und kann einen vollständigen Beweis bilden, weil Jeder gegen sich selbst ein glaubwürdiges Zeugniß ablegen kann.

Als Beweismittel kann dieses Geständniß eigentlich nur auf reine Thatsachen gehen, nicht auf Rechtsverhältnisse. Da jedoch jedem Rechtsverhältnis Thatsachen zum Grunde liegen, und da oft die Sache eine so einfache Natur hat, daß nur die Thatsache streitig seyn kann, so kann auch die über ein Rechtsverhältnis abgegebene Erklärung nach Umständen den vollen Beweis einer Thatsache bilden (§ 304). So : B wenn Jemand in einem Briefe erklärt, daß er einem Anderen Hundert aus einem Darlehen oder Hundert aus einem Kaufvertrag schuldig sey, so liegt darin die unzweifelhafte Erklärung, daß er Hundert als Darlehen empfangen, oder Hundert als Kaufgeld versprochen habe, welches reine Thatsachen sind, die durch jenes außergerichtliche Geständniß vollständig bewiesen werden.

Das außergerichtliche Geständniß kann widerrufen und entkräftet werden dadurch, daß das Gegentheil der eingestandenen Thatsachen vollständig bewiesen wird. Einer Restitution bedarf es dazu nicht, also kommt es auch nicht auf den Beweis eines Irrthums, und auf die besonderen Eigenschaften dieses Irrthums an, eben weil jenes Geständniß keine verpflichtende Handlung ist, sondern ein reines Beweismittel.

Unsere Schriftsteller über den Prozeß haben diese wesentlichen Unterschiede beider Arten des Geständnisses großentheils verkannt, und daher die ganze Lehre vom Geständniß nicht auf befriedigende Weise behandelt (c)

Sehr merkwürdig ist die Art, in welcher die Preussische Prozeßgesetzgebung diesen Gegenstand behandelt (d). Allerdings folgt sie im Allgemeinen den herrschenden Ansichten der Schriftsteller des gemeinen Rechts, welche beide Arten des Geständnisses als reine Beweismittel und als Arten desselben Gattungsbegriffs behandeln. Aber die Behandlung im Einzelnen nähert sich auf merkwürdige Weise der richtigen Auffassung des Römischen Rechts.

Wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers vollständig einräumt, so erfolgt kein Urtheil, sondern ein bloßes Aagnitionsresolut, welches jedoch wie ein Urtheil publicirt wird, und zur Execution geeignet ist. — Dieses ist im Wesentlichen die ältere Römische Behandlung der confessio in jure.

(c) Danz Prozeß § 292—299, Martin § 128. Selbst Bethmann-Hollweg, der die Lehre im Ganzen sehr richtig auffaßt, scheint doch in diesem Punkt nicht ganz im Klaren zu seyn. S. 310 schreibt er zwar dem gerichtlichen Geständniß förmliche Wahr-

heit zu, aber S. 311 gestattet er doch dagegen den Beweis des bloßen Gegentheils der eingestandenen Thatsache, ohne Anfechtung wegen eines bewiesenen Irrthums

(d) Allg. Gerichtsordnung I 8 § 14—16, II 10 § 27 bis § 82 und § 88 b

Jedes Geständniß kann widerrufen werden, aber es ist nicht genug, das Gegentheil des Eingestandenen zu beweisen, sondern es muß in allen Fällen der Irrthum nachgewiesen werden, welches nur dadurch geschehen kann, daß dessen Entstehung aus wahrscheinlichen Gründen dargethan wird. Jedem Widerruf steht die Vermuthung der Wahrheit des Eingestandenen entgegen, jedoch in verschiedenen Graden, das heißt, der Richter soll mit der Zulassung des Widerrufs mehr oder weniger schwierig und streng seyn; am strengsten bei dem gerichtlichen Geständniß im gegenwärtigen Prozeß, weniger bei dem, in einem anderen Prozeß abgegebenen gerichtlichen Geständniß; am wenigsten bei dem außergerichtlichen. — Durch diese Strenge, und die damit verbundene Abstufung, wird die grundsätzlich unrichtige Behandlung der Sache größtentheils wieder gut gemacht.

§. 309.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Einleitung.

Quellen:

DIG. XII. 2 (de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali).

COD. IV. 1 (de rebus creditis et jurejurando).

PAULUS II. 1.

Schriftsteller:

MALBLANC doctrina de jurejurando Nor. 1781. 8 (enthält viel praktisches Material).

Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 127. 135. 150.

Jedes Geständniß kann widerrufen werden, aber es ist nicht genug, das Gegentheil des Eingestandenen zu beweisen, sondern es muß in allen Fällen der Irrthum nachgewiesen werden, welches nur dadurch geschehen kann, daß dessen Entstehung aus wahrscheinlichen Gründen dargethan wird. Jedem Widerruf steht die Vermuthung der Wahrheit des Eingestandenen entgegen, jedoch in verschiedenen Graden, das heißt, der Richter soll mit der Zulassung des Widerrufs mehr oder weniger schwierig und streng seyn; am strengsten bei dem gerichtlichen Geständniß im gegenwärtigen Prozeß, weniger bei dem, in einem anderen Prozeß abgegebenen gerichtlichen Geständniß; am wenigsten bei dem außergerichtlichen. — Durch diese Strenge, und die damit verbundene Abstufung, wird die grundsätzlich unrichtige Behandlung der Sache größtentheils wieder gut gemacht.

§. 309.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Einleitung.

Quellen:

DIG. XII. 2 (de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali).

COD. IV. 1 (de rebus creditis et jurejurando).

PAULUS II. 1.

Schriftsteller:

MALBLANC doctrina de jurejurando Nor. 1781. 8 (enthält viel praktisches Material).

Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 127. 135. 150.

Buchta Cursus der Institutionen, Auflage 2. B. 2
§. 173. 174.

(Beide für die geschichtliche Seite der Lehre)

Der Eid besteht in der Betheuerung der Wahrheit irgend eines Ausspruchs durch Beziehung auf einen Gegenstand, der von dem Schwörenden als ein hoher, heiliger angesehen wird (a) Diese Beziehung soll gegen Andere eine gewisse Sicherheit geben für die Wahrheit des Ausspruchs, das heißt, für die Uebereinstimmung desselben mit dem Bewußtseyn des Schwörenden, indem vorausgesetzt wird, daß die Ehrfurcht vor dem bezogenen Gegenstand eine gleichzeitige Abweichung von der Wahrheit hindern werde (b)

Daß auf diese Weise versicherte Bewußtseyn kann zweierlei Inhalt oder Richtung haben:

1. Richtung auf die Zukunft, wobei also der Eid Sicherheit geben soll für den Willen und die künftige That. Die Neueren nennen diesen Eid, dessen juristische Bedeutung

(a) Das *II II* läßt in der Auswahl dieser Gegenstände die größte Freiheit zu, z. B. *per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis*, auch selbst *propriae superstitionis*, nur nicht *improbatae publice religionis*; dieser Eid ist verboten und hat gar nicht die Wirkungen eines Eides *L. 5 pr. § 1 3 de jur* (12. 2) — Für

Christen giebt es keinen anderen Eid, als bei dem Namen Gottes, obgleich dabei verschiedene Ausdrücke vorkommen können.

(b) *CICERO de officiis III. 29.* „*Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est*“

nur eine obligatorische seyn kann, als Bestärkung eines Versprechens, *jusjurandum promissorium*.

II. Richtung auf die Vergangenheit, wobei der Eid Sicherheit geben soll für die Wahrheit des ausgesprochenen Denkens. Dieser Eid wird von den Neueren *assertorium* genannt. Seiner allgemeinen Natur nach geht derselbe auf reine Thatfachen, ist also bloßes Beweismittel, und gehört lediglich in die Prozeßlehre. So ist es in der That mit dem Zeugeneid, desgleichen mit dem Erfüllungseid und Reinigungseid der Parteien.

Eine eigenthümliche Natur aber hat im Römischen Recht der zugezogene Eid (*jusjurandum delatum*) angenommen, welcher unter gewissen Umständen selbstständiges Mittel der Entscheidung eines Rechtsstreits, also Surrogat eines Urtheils werden kann, und daher ganz eigentlich hierher gehört.

Ueber die Anwendungen des promissorischen Eides soll hier, damit es an einer vollständigen Anschauung der ganzen Lehre nicht fehle, eine kurze Uebersicht gegeben werden. Die Fälle dieser Anwendung sind so verschiedenartig, daß das Obligationenrecht keine Gelegenheit darbietet, sie unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte zusammen zu fassen.

Es kommt dieser Eid vor, sowohl im öffentlichen Recht, als im Privatrecht. Im öffentlichen Recht: der Eid der Soldaten, der Beamten, des Vormundes

Im Privatrecht sind die Anwendungen des Versprechungseides nicht von Erheblichkeit; folgende kommen im Römischen Recht vor:

1 Die wichtigste und eigenthümlichste Anwendung findet sich bei den Diensten freigelassener Sklaven, die der Patron einklagen konnte, wenn sie eidlich versprochen waren. Das Bedürfnis und der Nutzen dieser Rechtsform wäre klar, wenn der, noch im Sklavenstand wegen künftiger Dienste geleistete Eid diese Kraft gehabt hätte, weil der Sklave durch gewöhnliche Vertragsformen sich nicht klagbar verpflichten konnte. Aber gerade in diesem Fall sollte auch selbst der Eid keine Klage bewirken, sondern nur, wenn derselbe nach der Freilassung geleistet wurde; zu dieser Zeit aber war auch die gewöhnliche Stipulation zulässig und von gleicher Wirkung, so daß man zwischen ihr und dem Eid die Wahl hatte. Der Gebrauch dieser besonderen Form ist wohl daraus zu erklären, daß ein solcher Eid auch schon im Sklavenstand üblich war, und dann zwar keine Klage bewirkte, wohl aber die religiöse Verpflichtung mit sich führte, denselben Eid nach der Freilassung zu wiederholen, wodurch er dann klagbar wurde (c)

Daß das Recht aus diesem Eid durch jede *capitis deminutio* des Patrons unterging, ist schon oben bemerkt worden (d).

(c) *L. 7 de op. libert.* (38. 1), *de adqu. per adrog.* (3. 10)
L. 44 de lib. causa (40. 12). § 2 § 81

(d) *GAJUS* III § 83, § 1 J

2. Die Bestätigung eines Rechtsgeschäfts durch den Eid soll dasselbe selbst dann unanfechtbar machen, wenn es außerdem hätte angefochten werden können.

Dieser wichtige abstracte Grundsatz ist dem Römischen Recht selbst fremd. Nur die Restitution ist überhaupt und am meisten in Beziehung auf die Minderjährigen, einem sehr freien Ermessen der richterlichen Obrigkeit unterworfen (e), und so findet sich denn auch einmal ein kaiserliches Rescript, welches die von einem Minderjährigen bei dem Kaiser (wahrscheinlich in der Appellationsinstanz) nachgesuchte Restitution gegen eine Veräußerung unter andern aus dem Grunde abschlägt, weil der Vertrag durch Eid bestätigt sey, die Anfechtung also einen Meineid in sich schließen würde (f). Allein dieses Rescript, welches offenbar mit Rücksicht auf alle Umstände des einzelnen Falles erlassen war, kann unmöglich als abstracte Vorschrift für den Eid der Minderjährigen überhaupt angesehen werden, weder im Sinn seines Verfassers, noch im Sinn der Justinianischen Sammlung, in welche es aufgenommen wurde; es sollte hier bloß zeigen, daß unter den Gründen der Verweigerung einer Restitution auch ein geleisteter Eid vorkommen könne. Dennoch ist jener Stelle im zwölften Jahrhundert von einer Partei der Juristen (im Widerspruch mit einer andern Partei) der erwähnte abstracte Sinn beigelegt worden, und der K. Friedrich I. hat diese falsche

(e) L. 3 *de in int rest* (4 1), (f) L. 1 *C. si ad vend.*
L. 24 § 1 5 *de minor* (4 4) (2 28).

Auslegung gesetzlich bestätigt, welche seitdem als Bestandtheil des Römischen Rechts anerkannt worden ist (g) Päpstliche Verordnungen haben diesen Satz anerkannt und näher ausgebildet (h).

3. Die Anfechtung eines beschworenen Vergleichs oder anderen Vertrags soll die Infamie zur Folge haben (i).

4. Wenn ein Zahlungsversprechen per *genium principis* eidlich bestärkt, dann aber nicht erfüllt wird, so soll darauf die Strafe körperlicher Züchtigung erfolgen (k)

5. Der Ausspruch eines Schiedsrichters sollte klagbar wirken, wenn das Compromiß eidlich bestärkt wäre (l) Diese Bestimmung ist jedoch späterhin wieder aufgehoben worden (m).

6. Endlich kann die Leistung eines Eides einem Rechtsgeschäft als Bedingung hinzugefügt werden, in welchem Fall durch willkürliche Uebereinkunft der Eid, gleich jeder anderen Thatsache, zum Grund der Entstehung oder auch der Aufhebung einer Verbindlichkeit gemacht werden kann (n) — Nur bei Erbansetzungen und Legaten ist eine solche Bedingung (die *conditio juri-jurandi*) besonders untersagt, und da, wo sie dennoch hinzugefügt wird, soll der letzte Wille

(g) Auth. *Frid Sacramenta puberum* C si adv. vend. (2. 28).

Vgl. Savigny Rechtsgeschichte B 4 § 162

(h) C 28 X *de jurej.* (2. 24), C 2 *de pactis in VI* (1. 18).

(i) L 41 C *de transact* (2. 4)

(k) L 13 § 6 *de jurej* (12. 2).

(l) L 4 C *de recept* (2. 56)

(m) Nov 82 C 11, Auth *Decernit. C. de recept* (2. 56)

(n) L. 19 § 6 *de don.* (39. 5),

L 39 *de jurej* (12. 2)

als unbedingt behandelt, und die zu beschwörende Handlung in einen Modus verwandelt werden (o).

Der zugeschobene Eid, von welchem allein nunmehr die Rede seyn wird, beruht auf dem Grundsatz, daß Jeder, der in einem zweifelhaften, streitigen Rechtsverhältnisse zu einem Anderen steht, die Feststellung desselben durch Eid bewirken kann. Aus dem Eide entsteht dann stets formelle Wahrheit, so wie aus dem gerichtlichen Geständniß (§ 303). Unter gewissen Bedingungen kann daraus sogar die selbstständige Entscheidung eines Streitiges hervorgehen, in welchem Fall ein richterliches Urtheil entbehrlich wird, und der Eid selbst als Surrogat des Urtheils erscheint.

Wäre dieser Grundsatz so gemeint, daß jede Partei verlangen könnte, durch ihren eigenen Eid den Rechtsstreit zu entscheiden, so wäre dieses Institut für die Rechtssicherheit höchst gefährlich; in vielen Fällen würde Alles von dem Zufall abhängen, welcher von Beiden sich zuerst zum Eide meldete. Es soll daher keine Partei befugt seyn, sich selbst des Eides willkürlich zu bemächtigen (p). Jener Grundsatz aber hat vielmehr die Bedeutung, daß Jeder seinem Gegner den Eid zuschieben kann, und daß der so

(o) *S. c. B. 3* § 185—190.

(p) *L. 3 pr de jurej.* (12.2)
 „ . nam si reus juravit, ne-
 mine ei jusjurandum deferente,
 Praetor id jusjurandum non

tuebitur, sibi enim juravit;
 alioquin facillimus quisque ad
 jusjurandum decurrens, nemine
 sibi deferente jusjurandum,
 oneribus actionum se liberabit“.

veranlaßte Eid die Kraft einer Entscheidung des Streites haben soll. Der Sinn dieses Rechtsinstituts beruht auf der Voraussetzung, daß eine Partei in die sittlich-religiöse Gesinnung der Gegenpartei das Vertrauen setzt, diese werde nicht schwören, wenn sie nicht von ihrem Rechte, also von der Wahrheit ihrer Behauptungen, überzeugt sey. Der Eid wird also meist zugeschoben, nicht damit der Gegner ihn leiste, sondern in der Erwartung und mit dem Wunsche, daß er ihn nicht leisten, vielmehr durch die Scheu vor dem Meineide zum freiwilligen Nachgeben sich bewegen lassen werde.

Dieser Hergang nun läßt sich denken innerhalb der folgenden drei verschiedenen Zustände.

1. Ehe noch ein Rechtsstreit angefangen hat (außergerichtlicher Eid)
2. In einem Rechtsstreit, und zwar vor dem Prätor (in jure).
3. In einem Rechtsstreit, und zwar vor dem Jurer (in judicio).

In der Hauptsache, nämlich in der, aus dem Eide hervorgehenden, formellen Wahrheit, stehen diese drei Fälle nach Römischem Recht einander gleich. Beide letzte Fälle aber haben noch folgende Eigenthümlichkeiten

Im zweiten und dritten Fall wird durch die bloße Zuschreibung für den Gegner eine gewisse Nothwendigkeit, ein Zwang, herbeigeführt, wovon im ersten Fall nicht die Rede ist

Im zweiten Fall können zugleich noch besondere und stärkere Wirkungen eintreten

Außer der wirklichen Ableistung des Eides aber kommen noch folgende erhebliche Ereignisse in Betracht:

- A. Der Erlass des Eides (remissio), nachdem der Gegner ihn angenommen hat, und zu schwören bereit gewesen ist
- B. Die Zurückziehung des Eides (relatio) Durch diese wird dasselbe Verhältniß, wie durch die ursprüngliche Zuschreibung, mit allen seinen Folgen, herbeigeführt, nur mit umgekehrter Stellung beider Parteien

Die hier übersichtlich aufgestellten Sätze sollen nunmehr einzeln entwickelt und aus unseren Rechtsquellen nachgewiesen werden, wobei folgender Gang der Untersuchung eingeschlagen werden wird

- A. Römisches Recht
 - I. Zuschreibung
 - II. Ableistung
 - III. Möglicher Inhalt des Eides.
 - IV. Form des Eides
 - V. Erlass.
 - VI. Gemeinsame Wirkungen
 - VII. Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streitiges
- B. Heutiges Recht.

§ 310.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Zuschreibung, Ableitung, Inhalt, Form, Erlaß des zugeschobenen Eides

I. Zuschreibung des Eides.

Nur durch diese völlig freie Handlung einer Partei kann die Reihe von Wirkungen hervorgerufen werden, die das Wesen dieses Rechtsinstituts ausmacht. Der einseitige Eid also, ohne vorhergehende Zuschreibung, ist völlig wirkungslos (§ 309 p)

Die Zuschreibung ist möglich in und außer einem Rechtsstreit. Sie kann geschehen sowohl von dem Kläger (d. h. der es schon ist, oder künftig werden kann), als von dem Beklagten. Wenn Beide gleichzeitig damit auftreten, soll der Kläger den Vorzug haben (a); diese Regel ist aber ohne praktische Wichtigkeit, weil ohnehin Jeder den zugeschobenen Eid zurückschieben kann, welche Handlung mit der ersten Zuschreibung gleiche Wirkung hat (§ 312. c. g.).

Die in der Zuschreibung liegende freie Handlung ist nicht ohne Gefahr, weil durch sie die Entscheidung der Sache in die Macht des Gegners gelegt wird; sie hat also eine ähnliche Natur, wie eine Veräußerung (*deteriorem facit conditionem*). Daher ist dazu ein Unmündiger nicht ohne seinen Vormund fähig (b); der Minderjährige ist

(a) PAULUS II. 1 §. 2

(b) L. 17 § 1 *de jurej.* (12. 2).

fähig, kann aber Restitution dagegen erhalten (c); der erklärte Verschwender ist ganz unfähig (d) — Ein zahlungsunfähiger Schuldner kann diese Handlung nicht vornehmen zum Nachtheil seiner Gläubiger (e) — Jeder Tutor oder Curator der Partei ist dazu fähig; ein Procurator nur, wenn seine Vollmacht auf das ganze Vermögen, oder auf diese Handlung besonders, oder in rem suam gerichtet ist (f) — Der Sklave oder der Sohn der Partei ist dazu nur fähig, wenn der Streit auf sein Peculium sich bezieht, und zugleich dessen freie Verwaltung ihm anvertraut ist (g).

II. Ableistung des Eides

Diese freie Handlung kann keinen Nachtheil bringen, nur Vortheil, und ist daher einem Erwerbe zu vergleichen (*meliozem facit conditionem*).

Daher ist dazu Jeder fähig, ohne Rücksicht auf sein Alter, auch der Unmündige; denn der Gegner hat in die mit dem unmündigen Alter verbundene Gefahr eingewilligt (h)

(c) *L. 9 § 4 eod. — L. 4 C eod.* (4 1), die aus der angeführten Stelle der Digesten erklärt werden muß; *pupillus* soll also hier so viel heißen als: *quondam pupillus*.

(d) *L. 35 §. 1 eod.*

(e) *L. 9 § 5 eod.*

(f) *L. 17 § 2. 3, L. 18. 19 34 § 1. L. 35 pr. eod., L. 7 C eod.*
(4. 1)

(g) *L. 20. 21. 22 eod.*

(h) *L. 26 pr. L. 42 pr. eod. —* Scheinbar widerspricht *L. 34 § 2 eod.* „*pupillo non defertur. jusjurandum.*“ Das heißt aber nur so viel, daß der Unmündige nicht so, wie jeder Andere, gezwungen ist, sich auf den zugesprochenen Eid einzulassen

Der Procurator der Partei, so wie der Defensor ohne Auftrag, können den ihnen zugeschobenen Eid ableisten, sind aber nicht zur Einlassung genöthigt (i)

Wegen eines Rechtsstreits, der das Peculium betrifft, kann der Sklave oder Sohn schwören, auch wenn er keine freie Verwaltung hat (k). Eben so kann deshalb der Vater schwören, daß der Sohn Nichts schuldig sey (l)

Wollen aber diese Personen nicht selbst schwören, sondern den Eid zurück schieben, so treten dabei wieder dieselben Beschränkungen ein, wie bei der ersten Zuschreibung (m).

Die bloße Annahme des Eides übrigens, ohne wirkliche Ableistung, giebt kein unwiderrufliches Recht auf die Ableistung; vielmehr kann die Zuschreibung willkürlich zurückgenommen werden bis zum Urtheil (n)

Sehr bestritten ist die Frage, wer den Eid abzuleisten hat, wenn derselbe einer juristischen Person zugeschoben wird, da diese nur ein fingirtes Daseyn, und nicht die bei dem Eide vorausgesetzten geistigen Eigenschaften eines denkenden und wollenden Menschen hat. Keinen Zweifel kann es haben, daß der Procurator einer juristischen Person, wenn er sich dazu entschließt, den Eid gültig ableisten kann (Note i). Dieses setzt aber voraus, daß der Gegner gerade diesem Procurator den Eid zuschiebt, ihm also das Ver-

(i) L. 9 § 6 L. 42 § 2. L. 34 (m) L. 24 eod.
 § 3 eod. (n) L. 11 12 pr C eod.
 (k) L. 23. 24. 25 eod. (4. 1)
 (l) L. 26 § 1 eod

trauen beweist, welches das Wesen des Eides ausmacht; dazu wird jedoch häufig keine Veranlassung seyn, weil der Procurator von den thatsächlichen Verhältnissen oft keine Kenntniß haben wird. Nach dem Römischen Recht sind eigentlich die Vorsteher der juristischen Person, als Verwalter ihrer Rechte zu dem Eide berufen und befugt, so daß es der Gegner zu erwägen hat, ob er diesen Personen so viel Zutrauen schenken will, um ihnen den Eid zuzuschreiben. Nach der überwiegenden heutigen Praxis ist der Eid von einigen einzelnen Mitgliedern der juristischen Person zu leisten, und zwar nimmt man am consequentesten an, daß diese Mitglieder durch die freie Auswahl von Seiten des Gegners bestimmt werden (o).

III. Der mögliche Inhalt des zugeschobenen Eides verdient eine besonders genaue Betrachtung. Zuerst ist zu bemerken, daß der Eid stets gerichtet wird auf das Gegentheil der von dem Zuschiebenden aufgestellten Behauptung. Wenn also bei einer Schuldklage der Kläger den Eid zuschiebt, so geht der Eid auf das Nichtdaseyn der Schuld; wenn der Beklagte zuschiebt, auf das Daseyn derselben. Diese Fassung ist die Folge davon, daß der Eid zugeschoben wird in der Erwartung und mit dem Wunsche, daß er nicht abgeleistet werde (§ 309). Auf gleiche Weise wurden im alten Prozeß die Exceptionen vom Beklagten so gefaßt, daß sie das Gegentheil seiner Behauptung ausdrückten (p).

Uebrigens konnte nach Römischem Recht der Eid sowohl

(o) S. o B 2 S. 297

(p) GAIUS IV § 119

auf ein Rechtsverhältnis, als auf eine Thatfache gerichtet seyn.

a. Die Richtung auf ein Rechtsverhältnis wird im Römischen Recht als der regelmäßige und gewöhnliche Fall behandelt. Dabei liegt zum Grunde der Gedanke einer vertragsmäßigen Anerkennung des Daseyns oder Nichtdaseyns dieses Verhältnisses. Da demselben aber jederzeit Thatfachen zum Grunde liegen, so werden stets auch diese durch den Eid mittelbar festgestellt; ja oft hat der Streit eine so einfache Natur, daß beide Richtungen des Eides völlig zusammen fallen und nur in Worten verschieden sind.

Uebrigens kann der Eid vorkommen bei allen Arten von Rechtsverhältnissen und Klagen (q). Folgende Fälle werden in unseren Rechtsquellen namentlich angeführt:

Ueber das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Eigenthums oder Erbrechts (r)

Ueber das Daseyn oder Nichtdaseyn einer Schuldforderung (s).

Ueber die väterliche oder die Herren-Gewalt (t)

Ueber das Patronatsrecht (u).

Ueber Abstammung und Ingenuität eines Menschen (v).

b. Die Richtung auf eine bloße Thatfache wird bei dem zugeschobenen Eide seltener erwähnt, und kann nicht

(q) L. 3 § 1 L. 34 *pr de jurej.* (12. 2).

(r) L. 9 § 7 L. 11 *pr § 1 eod.*

(s) L. 3 *pr. 7 pr. 9 pr. eod.*

(t) L. 3 § 2 *eod.*

(u) L. 13 *pr L. 30 § 4 eod.*

(v) L. 6 *C eod.* (4. 1).

als der eigentliche Zweck des Instituts nach Römischem Recht angesehen werden. Sie kommt in folgenden Fällen vor, in welchen die Thatsache augenscheinlich entscheidend ist über das Daseyn eines Rechtsverhältnisses:

Der Beklagte habe einen Diebstahl oder Raub nicht begangen (w).

Verkauf einer Sache um bestimmten Preis (x).

Abschluß einer Societät (y)

Uebergabe einer Sache als Pfand oder als Brautgabe (z)

Schwangerschaft oder Nichtschwangerschaft einer Frau (aa)

Gehaltlosigkeit eines Peculium (bb)

Die Thatsache, daß bereits ein Eid über eine streitige Frage geschworen sey (cc)

Beide hier zusammengestellte Fälle entsprechen ungefähr dem Gegensatz der formula in jus und in factum concepta, doch nicht genau und vollständig, weil die Fassung der Klagformeln allgemein bestimmt war, die der Eidesformeln von der Willkür der Partei abhing, die den Eid zuschob (dd)

IV. Ueber die Form des zugeschobenen Eides ist schon

(w) L. 13 § 2 L. 28 § 5 eod
L 11 § 1 rer amot (25. 2).

(x) L 13 § 3 de jurej
(12. 2)

(y) L 13 § 4 eod

(z) L. 13 § 5 eod

(aa) L. 3 § 3 eod

(bb) L. 26 § 1 eod

(cc) L. 29 eod

(dd) Buchta Institutionen

§ 2 § 173 f

bemerkt worden, daß das Römische Recht die verschiedensten und willkürlichsten Verheuerungsformeln zuließ (§ 309. a). Wesentlich war nur die wörtliche Uebereinstimmung des abgeleiteten Eides mit der in der Zuschreibung ausgedrückten Formel. Außerdem war der Eid wirkungslos, und mußte in richtiger Form wiederholt werden (ee)

Ueber den Ort der Eidesleistung wird nur erwähnt, daß der vor dem Prätor zugeichobene Eid in der Regel vor dem Tribunal geschworen werden mußte; nur bei Kranken und bei sehr vornehmen Personen wurde die Ausnahme gestattet, daß sie den Eid in ihrer Wohnung vor einem Abgeordneten leisten durften (ff)

V. Der Erlaß des Eides (remissio) von Seiten des Zuschiebenden hat dieselbe Wirkung, wie die wirkliche Leistung (gg). Der Sinn derselben ist der, daß der Zuschiebende in der bloßen Bereitschaft des Gegners eben so, wie in dem wirklichen Eid, einen genügenden Ausdruck gewissenhafter Ueberzeugung anerkennen will. Daher wird vorausgesetzt, daß der Gegner auch wirklich den Eid sogleich angenommen habe; hat er Dieses Anfangs nicht gethan, sondern erst später sich dazu entschlossen, der Zuschiebende will aber nun nicht die Zuschreibung wiederholen, so soll diese Weigerung nicht als Erlaß angesehen werden (hh)

(ee) L. 3 § 4 L. 4 L. 5 *pr.*
L. 33 *eod* — Wenn die Abfassung
der Eidesformel zweifelhaft oder
streitig war, so hatte die Richter-
behörde darüber zu entscheiden
L. 34 § 5 8 *eod*

(ff) L. 15 *eod* Vgl L. 12
§ 5 C *eod*

(gg) L. 6 L. 9 § 1 *eod.*

(hh) L. 6 L. 9 § 1 *eod.*

Der Erlaß kann in Gegenwart oder Abwesenheit des Gegners mündlich oder schriftlich erklärt werden, und ist immer gleich wirksam, selbst wenn der Gegner noch Nichts davon erfahren hat (ii).

Der Erlaß hat, eben so, wie die Zuschiebung, eine der Veräußerung ähnliche Natur, und ist daher an dieselben Bedingungen der Handlungsfähigkeit gebunden, wie die Zuschiebung selbst (kk).

§. 311

Surrogate des Urtheils. -- II. Eid — Gemeinsame Wirkungen.

VI. Die Wirkungen des zugeschobenen und wirklich abgeleisteten (a) oder erlassenen Eides sind sehr mannichfaltiger Art, lassen sich aber auf die gemeinsame Grundlage zurückführen, daß der Eid förmliche Wahrheit, d. h. Fiction der Wahrheit, bildet, in welcher Hinsicht er ganz auf gleicher Linie steht mit dem gerichtlichen Geständniß (§ 303) und dem Urtheil (§ 280) Diese förmliche Wahrheit ist gleichmäßig anzuerkennen, es mag der Eid geschworen sein über ein Rechtsverhältniß oder über eine Thatsache (§ 310). Die alten Juristen drücken dieselbe so aus, daß sie sagen, nach geschwornem Eid dürfe nichts

(ii) L. 41 cod.

(kk) L. 32 eod.

(a) Die Römer bezeichnen den geleisteten Eid durch die Ausdrücke

praestitum oder *datum jusjurandum*. L. 9 pr. § 1 *de jurej.*

(12 2)

Der Erlaß kann in Gegenwart oder Abwesenheit des Gegners mündlich oder schriftlich erklärt werden, und ist immer gleich wirksam, selbst wenn der Gegner noch Nichts davon erfahren hat (ii).

Der Erlaß hat, eben so, wie die Zuschiebung, eine der Veräußerung ähnliche Natur, und ist daher an dieselben Bedingungen der Handlungsfähigkeit gebunden, wie die Zuschiebung selbst (kk).

§. 311

Surrogate des Urtheils. -- II. Eid — Gemeinsame Wirkungen.

VI. Die Wirkungen des zugeschobenen und wirklich abgeleisteten (a) oder erlassenen Eides sind sehr mannichfaltiger Art, lassen sich aber auf die gemeinsame Grundlage zurückführen, daß der Eid förmliche Wahrheit, d. h. Fiction der Wahrheit, bildet, in welcher Hinsicht er ganz auf gleicher Linie steht mit dem gerichtlichen Geständniß (§ 303) und dem Urtheil (§ 280) Diese förmliche Wahrheit ist gleichmäßig anzuerkennen, es mag der Eid geschworen sein über ein Rechtsverhältniß oder über eine Thatsache (§ 310). Die alten Juristen drücken dieselbe so aus, daß sie sagen, nach geschwornem Eid dürfe nichts

(ii) L. 41 cod.

(kk) L. 32 eod.

(a) Die Römer bezeichnen den geleisteten Eid durch die Ausdrücke

praestitum oder *datum jusjurandum*. L. 9 pr. § 1 *de jurej.*

(12 2)

Anderes mehr geprüft werden, als allein die Thatsache des Eides selbst, auf die vorhergehende Lage der Sache sey nicht mehr zurück zu gehen (b). Natürliche Folgen dieses Satzes sind die, daß eine aus dem Eid etwa hervorgehende neue Klage in *factum actio* genannt wird (c), daß über die Thatsache des Eides selbst, wenn sie bezweifelt wird, ein neuer Eid zugeschoben werden kann (d), so wie, daß unter mehreren einander widersprechenden Eiden der letzte allein Gültigkeit hat (e), weil durch ihn die ganze Vergangenheit, also auch die Kraft des früheren Eides, absorbiert ist — Der Eid hat daher eine die Rechtsverhältnisse selbst umbildende Kraft, und wird in dieser Hinsicht gleichgestellt bald mit der Zahlung, bald mit der Acceptilation, der Novation und Delegation, dem *Constitutum* (f)

Die Wirkung aber beschränkt sich auf die Parteien, unter welchen die Zuschreibung und Ableistung vorgegangen ist, so daß fremde Personen dadurch weder Rechte erlangen, noch verpflichtet werden (g). Mit den Parteien selbst aber

(b) L. 5 § 2 *eod* „non aliud quaeritur quam an juratum sit“ (eben so L. 9 § 1 L. 28 § 10 L. 29 L. 30 *pr eod*, §. 11 *J de act* (4. 6) Gerade hierin stehen gleich das Urtheil, das Geständniß, der Eid L. 56 *de re jud* (42. 1)

(c) L. 11 § 1 *de jur* (12. 2), L. 8 *C eod* (4 1).

(d) L. 29 *eod*

(e) L. 28 § 10 *eod*

(f) L. 21 L. 27 L. 28 § 1 L. 35 § 1 *eod*. — L. 40 *eod* — L. 26 § 2 *eod* — L. 25 § 1 *de pec const.* (13 5)

(g) L. 3 § 3. L. 9 § 7 L. 10 L. 11 § 3 L. 12 *de jur* (12. 2), L. 7 § 7 *de publ* (6 2)

stehen in dieser Hinsicht ganz gleich die Rechtsnachfolger derselben: Erben, Singularsuccessoren, Bürgen (h)

Zur genaueren Einsicht in diese Wirkung ist es nöthig zu erwägen, daß der Eid eine zusammengesetzte juristische Natur hat, indem er zugleich als Vertrag anzusehen ist, und als eine bindende Prozeßhandlung (i).

Der Eid beruht also erstlich auf einem wahren Vertrag und zwar auf einem Vergleich, indem beide Theile darüber einig geworden sind, daß ihr Streit auf diesem Wege entschieden werde (k). An diesem Einverständnis ist selbst in den Fällen nicht zu zweifeln, worin der Eid als ein nothwendiger bezeichnet wird. Denn wenn auch die Zuschreibung dem Gegner nicht erwünscht war, und deshalb ein indirecter Zwang gegen ihn angewendet wird, so hat er sich doch durch die wirkliche Ableistung darin gefügt, und diese ist unzweifelhaft als eine freie Handlung anzusehen.

Zweitens aber hat der Eid zugleich die Natur einer bindenden Prozeßhandlung (l), und zwar sowohl einer Litiscontestation, als eines rechtskräftigen Urtheils

(h) *L. 7 8 9 § 7, 28 § 1—3, 42 pr § 1—3 de jur.* (12. 2). — Der Eid in einer popularis actio wirkt, gerade wie das Urtheil, auf dritte Personen, insofern nicht eine Collusion erwiesen werden kann. *L. 30 § 3 eod.* — Wird in Folge eines Eides eine Verurtheilung in einer entehrenden Klage ausgesprochen, so wird der Verurtheilte ehrlos, auch allen fremden

Personen gegenüber. *L. 9 §. 2 eod.* Das ist aber nicht die Folge des Eides, sondern des Urtheils.

(i) *L. 26 § 2 eod.* „... proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar iudicii“.

(k) *L. 2. L. 26 § 2. L. 35 § 1 eod. L. 21 de dolo* (4. 3).

(l) *L. 26 § 2 eod.* (Note i). *L. 35 § 1 2 L. 42 § 3 eod., L. 8 l' eod*

Er hat die Natur einer Litiscontestation (m), in einem doppelten Sinn: er unterbricht die Klagverjährung gleich der Litiscontestation (n), und macht dieselbe zuweilen entbehrlich, ist also Surrogat derselben, welches noch näher erklärt werden wird

Er wirkt aber auch in ähnlicher Weise wie ein rechtskräftiges Urtheil (o); ja es wird sogar gesagt, daß er größere Kraft habe, als dieses (p) Das hat die Bedeutung, daß die Rechtskraft ein rein positives, dem jus gentium fremdes Institut ist, anstatt daß der Eid, vermöge seiner Vertragsnatur (Note k), dem jus gentium vollständig angehört (q) Hieran knüpft sich die Wirkung, daß durch den gegen eine Obligation abgeleisteten Eid auch selbst der naturale Bestandtheil dieser Obligation (nicht bloß die Klagbarkeit) zerstört wird, so daß Pfänder frei werden, und eine spätere Zahlung als Indebitum zurückgefordert werden kann (r).

(m) „ . . . hoc jusjurandum in locum litis contestatae succedit“

(n) *L. 9 § 3 de jur.* (12. 2), nämlich nach dem älteren Recht, in welchem die L. C. als regelmäßige Unterbrechung erfordert wurde. S. o B 5 S. 316.

(o) *L. 1 quarum rer actio* (44. 5) „ . . . vicem rei judicatae obtinet.“ Dieses zeigt sich in der für beide gemeinsamen förmlichen Wahrheit, und in der in factum actio, s. o. Noten h. e.

Vgl. auch *L. 11 § 3 L. 12 de jur.* (12. 2)

(p) *L. 2 eod.* „majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.“

(q) *§ 4 J de except.* (4. 13) „ . . . quia iniquum est, de perjurio quaeri, defenditur per exceptionem jurisjurandi.“ Der selbe Ausdruck steht in den vorhergehenden drei §§, fehlt aber in dem folgenden (*§ 5 eod.*), der von der exc. rei jud. handelt.

(r) *L. 40. 42 pr de jur.* (12. 2), *L. 43 de cond ind*

Eine praktisch noch wichtigere Folge die sich daran knüpft, besteht darin, daß die Wirkung des Eides selbst durch die Behauptung des Meineides nicht soll entkräftet werden können (s), und daß insbesondere auf diese Behauptung keine *doli actio. exceptio. replicatio* gegründet werden darf (t) — Das neueste Römische Recht gestattet von dieser Regel nur die einzige Ausnahme, wenn der Anspruch auf ein Legat oder Fideicommiss durch den Eid des Legatars begründet, nachher aber der Meineid nachgewiesen wird (u). Ein deutsches Reichsgesetz dagegen verordnet, daß der vor dem Strafrichter erwiesene Eid stets auch die Verpflichtung zum Schadenersatz mit sich führen soll (v) — Die etwas auffallende Vorschrift des Römischen Rechts hat offenbar die Bedeutung, daß der Zuschiebende die Entscheidung der Sache von des Gegners Eid, und selbst auf die Gefahr des Meineides hin (die ihm ja nicht verborgen seyn konnte), abhängig machen wollte

Zum Schuß der hier aufgestellten Wirkungen des Eides werden alle Arten von Rechtsmitteln gegeben, die nach den Umständen erforderlich seyn können.

(12 6), L. 95 § 4 *de solut*
(46 3)

(s) L. 31 *in f de jur* (12.2),
L. 1 *C eod.*, vgl. oben Note q.

(t) L. 21. 22 *de dolo* (4. 3),
L. 5 *de except* (44. 1).

(u) L. 13 *C. de jur* (4. 1)

Auf solche gesetzliche Ausnahmen

deutet in allgemeinen Worten L. 1
C. eod., welches jedoch eine Justinianische Interpolation zu seyn scheint, da keine andere Ausnahme dieser Art vorkommt.

(v) Const. crim. Carol.
art 107

Ist also eine Klage nöthig, so wird eine solche gegeben (w); Dieses gilt namentlich auch von dem außergerichtlichen Eide (x). Eben so wenn eine Exception erforderlich ist, nämlich wenn der Kläger die Thatsache eines vom Beklagten geleisteten Eides bestreitet, weil außerdem die Klage fogleich, und ohne Exception, abgeschlagen wird (y)

Jede Wirkung des Eides aber, und jedes zum Schutze derselben anzuwendende Rechtsmittel, muß sich genau anschließen an den besonderen Inhalt des geschworenen Eides, und darf über diesen Inhalt nicht hinausgehen — Schwört also Jemand, daß eine Sache oder eine Erbschaft ihm gehöre, so kann er darauf sowohl eine Klage, als eine Einrede gründen (z). — Schwört er, daß eine Sache

(w) L. 9 § 1 6 *de jur* (12.2), und zwar eine *actio in factum*, s. c. Note c

(x) L. 28 § 10 *eod*

(y) L. 3 *pr* L. 7, L. 9 *pr*. § 1 *eod*

(z) L. 9 § 7 L. 11 § 1 3 *eod* Höchst bestritten ist die Auslegung der L. 13 § 1 *eod* „Julianus ait, eum, qui juravit fundum suum esse, post l. t. praescriptionem etiam, utilem actionem habere“. Viele wollen damit beweisen, daß zur Zeit der alten Juristen die l. t. praeser zugleich ein Klagrecht gegeben habe. Sie nehmen also an, der Schwörende und der Besizer, der die l. t. praescriptio erworben habe, seyen in dieser Stelle als eine und dieselbe Person gedacht, und dieser Person werde

nun ein Klagrecht zugeschrieben für den Fall, daß sie später den Besitz wieder verliere. Diese Erklärung aber ist gewiß zu verwerfen Denn wenn die l. t. praeser. die Kraft hatte, ein Klagrecht zu begründen (welches eben durch diese Stelle bewiesen werden soll), wozu bedurfte es dann noch da neben der Erwähnung des Eides? Umgekehrt aber ist es von dem Eide für sich allein unzweifelhaft, daß er ein Klagrecht erzeugte (Note w), wozu bedurfte es da neben noch der Erwähnung der l. t. praeser? — Die richtige Erklärung der Stelle beruht vielmehr auf folgender Voraussetzung. Die Eigenthumsklage wird gegen einen Besizer angestellt, der das Eigenthum des Klägers verneint,

dem Gegner nicht gehöre, so gewinnt er dadurch nur eine Einrede (aa) Im Einzelnen treten dann dieselben praktischen Folgen ein, wie sie den Klagen aus Eigenthum, Erbrecht, Schuldforderungen u. s w angemessen sind, wenn diese Klagen, unabhängig von einem Eide, aufgestellt und begründet werden (bb)

Die durch den Eid herbeigeführte Entscheidung eines Rechtsstreites kann auch noch von Wichtigkeit seyn, wenn nicht mehr von diesem Rechtsstreite selbst, sondern von einem künftigen, mit jenem identischen oder verwandten, die Rede ist Es ist derselbe Einfluß, von welchem schon oben bei dem rechtskräftigen Urtheil ausführlich die Rede gewesen ist, und es gelten für den Eid hierin dieselben Regeln, welche dort entwickelt worden sind (cc) — Auch bei dem Eide kommt Alles darauf an, daß in beiden Sachen eadem quaestio zum Grunde liege, wenn der in der früheren Sache geleistete Eid auf die Entscheidung der späteren Einfluß

daneben aber Anspruch auf eine l. t. praescr. hat. Anstatt diese vorzuschützen, und vor Allem den Beweis des Eigenthums zu erwarten, wählt er den anderen Weg, daß er dem Kläger den Eid zuschiebt. Wenn nun der Kläger den zugeschobenen Eid schwört, so soll er dadurch eine Klage mit sicherem Erfolg (*utilem actionem*) haben, ungeachtet der Beklagte eine l. t. praescr. hätte vorzuschützen können (*post l. t. praescr. etiam*). Denn in der Eideszuschreibung über

das Eigenthum (ohne Zusatz und Vorbehalt) liegt dann ein Verzicht auf die l. t. pr. weil der Beklagte durch diese Eideszuschreibung die vollständige Entscheidung über die ganze Streitsache in die Hand des Klägers gelegt hat.

(aa) *L. 11 pr eod. L. 7 § 7 de publ* (6. 2)

(bb) *L. 11 § 1 2. 3. L. 30 § 1. 2. 5 L. 36. L. 42 pr § 1 de jur.* (12. 2).

(cc) *§. v B 6 §. 414. 415 und § 297 d § 299 e*

haben soll (dd) — Auch bei dem Eide, wie bei dem Urtheil, sind folgende Umstände für den Einfluß auf den späteren Rechtsstreit gleichgültig:

1. die Verschiedenheit des äußeren Gegenstandes (ee).
2. Die Verschiedenheit der Klage (ff) Wer also, bei einer angestellten *furti actio*. schwört, daß er nicht gestohlen habe, ist dadurch auch gegen eine künftige *condictio furtiva* gesichert, und umgekehrt.
3. Die Verschiedenheit der Parteirollen, so daß der geleistete Eid künftig eben sowohl für den Schwörenden bindend ist, als für seinen Gegner (gg)

§ 312

Carrogate des Urtheils — II Eid — Besondere Wirkungen je nach der verschiedenen Lage des Streitiges

VIII. Besondere Wirkungen.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Zuschreibung des Eides während drei verschiedener Zustände des Streitiges vorkommen kann: außergerichtlich, *in jure*. *in judicio* (§ 309). Es ist nun noch festzustellen, welche eigenthümliche Wirkungen der Zuschreibung in jedem dieser drei Fälle anzunehmen sind. Voraus muß bemerkt werden, daß die, im vorhergehenden Paragraphen angegebenen, gemeinsamen Wirkungen von dieser Verschiedenheit unabhängig sind.

(dd) L. 28 § 4 7 eod

(ee) L. 11 § 3 7 eod

(ff) L. 28 § 4. 6—9 L. 13

§ 2 L. 30 § 4 eod.

(gg) L. 13 § 3. 5 eod