

Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

e i n C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwölften Theils zweyte Abtheilung.

E r l a n g e n

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1 8 1 0.

Die. 11 4940

Fortsetzung.

des 2. Titels im 12. Buch.

De iureiurando five voluntario five
necessario five iudiciali.

§. 798 b.

Heutiger Gebrauch des außergerichtlichen Eides. In wiefern kann ein defecirter Eid wegen erweislichen Meineides angefochten werden?

Der außergerichtliche Eid noch jetzt Statt finde, ist unter den praktischen Rechtsgelehrten streitig. Einige ¹⁾ wollen daran zweifeln, weil er auf einem Grunde beruhe, der der gesunden Vernunft, und den Principien einer reinern Religion zuwiderlaufe. Andere ²⁾ hingegen vertheidigen den heutigen Gebrauch der außergerichtlichen Eidesdelation, als der Vernunft und natürlichen Billigkeit vollkommen gemäß, und diese Meinung verdient unstreit

1) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 31. van LEEUWEN Cenf. for. P. II. Lib. II. cap. 29. nr. 29. nr. 32. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 41.

2) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 5. not. I. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 7. §. 35. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 14. KOCH Diff. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. I. §. 6—10. UND HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4511. in fin.

unstreitig den Vorzug. Mag es immerhin so gewöhnlich nicht seyn; außergerichtlich durch Entscheidungseide Rechts- sachen abzuthun, so steht doch der Zulässigkeit derselben schlechterdings kein Grund entgegen, aus welchem sie mit Recht bezweifelt werden könnte. Es steht ja den Partheyen frey, durch außergerichtlichen Vergleich einen Rechtsstreit bezulegen; warum sollte es ihnen denn nun nicht mehr erlaubt seyn, sich zum Zweck einer vergleichsmäßigen Be- legung des Rechtsstreits der außergerichtlichen Eideszuschie- bung zu bedienen? Denn daß es für eine unrichtige An- sicht der Sache zu halten sey, wenn man sich den Gedan- ken, in dem Fluche des Meineides, welchen der Falsch- schwörende sich aufbürdet, einen Ersatz für den Verlust des Seinigen zu finden, als die erste und ursprüngliche Absicht dieser Eidesart vorstellt, ist schon oben gezeigt worden. Aus diesen Gründen hat es daher auch keinen Zweifel, daß sowohl von der *actio in factum ex iureiuran- do*, als der *exceptio iurisiurandi* noch heut zu Ta- ge Gebrauch gemacht werden könne ³⁾. Jene ist eine prä- torische Personalklage ⁴⁾, welche demjenigen zusteht, der einen ihm außergerichtlich zugeschobenen Eid ⁵⁾ in der

Maa

3) Man sehe LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 57—61. und SCHMIDT'S pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 742. ff.

4) Wenn gleich die vorige Klage, wegen welcher geschworen wor- den, eine Realklage ist. In dem §. 8. I. de action. wird sie ausdrücklich unter die prätorischen Personalklagen gezählt. S. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 284.

5) L. 28. §. 10. D. h. t. Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem indueat, si forte reus *extra iudi- cium*,

Maße, wie er von ihm verlangt worden ⁶⁾, entweder wirklich geschworen hat, oder wenigstens zur Ableistung desselben bereit war, dem aber dieser Eid von seinem Gegner erlassen worden ist ⁷⁾, nicht minder seinem Erben, oder wer sonst wegen der Sache, worüber geschworen worden, in seine Rechte eingetreten ist ⁸⁾. Sie wird wider denselben ange stellt, welcher den Eid außergerichtlich zugescho ben hat, so wie gegen denselben Erben und Nachfolger, welcher wegen des beschwornen Gegenstandes in seine Verbindlich keiten getreten ist ⁹⁾; und geht auf die Erfüllung desjen igen, was der Kläger beschworen hat, oder zu beschwören

Q 2

bereit

cium, actore inferente, iuraverit, se dare non oportere, et actor, reo deferente, dare sibi oportere, vel contra: posterior causa iurisiurandi potior habebitur. Nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quaeritur, an dare eum oportet, sed an actor iuraverit.

6) *L. 3. §. 4. L. 5. pr. D. b. t. Iurare autem oportet, ut delatum est iusiurandum. Caeterum — non erit ratum habendum iusiurandum.*

7) *L. 9. §. 1. D. eod. Iureiurando dato, vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi, aliisque: actor vero actionem acquirit: in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit, dari sibi oportere; vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. Man vergleiche noch damit L. 6. D. eodem. wo Paulus sagt: Remittit iusiurandum, qui deferente se, cum paratus esset adversarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti iurisiurandi. Quodsi non suscepit iusiurandum, licet postea parato iurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum: nam, quod susceptum est, remitti debet.*

8) *L. 7. et 8. D. b. t.*

9) *L. 9. §. 7. D. eodem.*

bereit war, insofern ihm nämlich der Eid vom Gegner erlassen worden ist¹⁰⁾.

Da durch diese Klage die vorige nicht aufgehoben wird, welche dem Kläger zustand, so richtet sie sich ganz nach dem Gegenstande derselben, und nimmt auch insoweit deren Eigenschaft an; z. B. wenn die Hauptklage, wegen welcher geschworen worden ist, eine Erbschafts- oder Eigenthumsklage ist, so wird die *actio ex iureiurando* gerade darauf gerichtet, worauf diese Hauptklage geht¹¹⁾. Nur darin unterscheidet sich die *actio in factum ex iureiurando* von der Hauptklage, daß sie wider den dritten Besitzer der Sache, der weder den Eid defertirt hat, noch auch desselben *facta* zu prästiren schuldig ist, nicht Statt findet¹²⁾. Man setze z. B. den Fall, der Besitzer einer Sache, welche Jemand als die seinige abfordert, schwört auf des Letztern Antrag, daß die Sache ihm zugehöre. Er verliert nachher den Besitz, welcher zufällig an denjenigen kommt, der den Eid

10) §. 11. I. de actionib. L. 9. §. 1. D. b. t. L. 8. Cod. de reb. cred. et iureiur.

11) L. 11. §. 3. D. b. t. Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset: et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere: perindeque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit.

12) L. 9. §. 7. D. b. t. Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio; sed hoc duntaxat adversus eum, qui iusiurandum detulit; eosque, qui in eius locum successerunt: caeterum adversus alium si velit prerogativa iuris iurandi uti, nihil ei proderit.

Eid deferirt hatte. Daß gegen diesen die actio in factum Statt finde, hat keinen Zweifel ¹³⁾. Allein man sehe, sie kommt in die Hände eines Dritten, welcher desselben facta nicht prästiren darf; gegen diesen hat die Klage nicht Statt ¹⁴⁾. *Quia non debet alii nocere, quod inter aliq. actum est* ¹⁵⁾. War die Hauptklage von der Art, daß ein wissentliches Abläugnen des Beklagten die Strafe des Doppelten nach sich zieht, so geht doch die actio in factum wegen des geschwornen Eides, auch selbst im Falle eines vorsätzlichen Leugnens des Beklagten, nur auf das Einfache ¹⁶⁾. Der Hauptvortheil dieser Klage besteht darin, daß der Kläger sich bloß auf den ihm angetragenen und von ihm abgeschwornen, oder ihm von dem Beklagten erlassenen Eid gründen darf, und dabey der vorigen Klage bloß in Rücksicht ihres Gegenstandes gedenckt ¹⁷⁾. Ist jener Grund erwiesen, so ist ein weiterer Beweis der Forderung selbst nicht nöthig ¹⁸⁾.

Q 3

Die

13) L. 11. §. 1. D. b. t. Proinde si cum possideret, et deferente petitore rem suam iuravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam, et fructus perceptos ex re, quam meam esse iuravi, restitui mihi placuit.

14) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen 3. Band §. 744.

15) L. 10. D. b. t.

16) L. 30. pr. D. b. t. Man sehe den 6. Theil dieses Commentars §. 501. S. 187. f.

17) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

18) §. 11. I. de actionib. Item si quis, postulante adversario, iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur:

iustiti.

Die *exceptio iurisiurandi* hingegen kommt demjenigen zu statten, an welchen Ansprüche gemacht worden sind, wenn er, dem Antrag seines Gegners gemäß, aussergerichtlich geschworen hat, daß er nichts schuldig sey, oder daß sein Gegner an der Sache, welche er besitzt, keine Ansprüche habe¹⁹⁾. Sie wird dem Deferenten sowohl, als demjenigen entgegengesetzt, welcher in dessen Rechte tritt, wenn jener oder dieser dennoch die vermehnten Ansprüche gerichtlich verfolgen sollte, es geschehe nun entweder mit derselben Klage, wegen welcher der angetragene Eid geleistet worden, oder mit einer andern, sofern sie nur auf den gemachten Anspruch Beziehung hat, und diese mehreren Klagen in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die eine die andern aufhebt. Mit der Einrede des

Ei

iustissime ei accommodat talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeat, sed an iuraverit. Es verdient mit dieser Stelle des Theophilus griechische Paraphrase verglichen zu werden, welche nach der Uebersetzung des Reiz Tom. II. pag. 800. so lautet: *Sed actio in factum ex iurando locum habet, quando, me poscente a te debitum, delato mihi iureiurando, iuravero, te tantam debere summam, quam quoque posco. Nam si eam non solveris, dabitur mihi in factum actio: quam ego instituens ostendere non cogor, utrum mihi quid debeat, an non debeat, sed hoc solum me probante, quod iuraverim, necesse est te condemnari.* Man sehe noch L. 5. §. 2. D. b. t.

- 19) §. 4. I. de except. Aequè si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur per *exceptionem iurisiurandi*. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, aequè necessariae sunt exceptiones, *veluti si, petitor deferente, possessor iuraverit, eam rem suam esse, et nihilominus petitor eandem rem vindicet.*

Eides kann sich der Beflage schützen²⁰⁾, wenn auch schon der Kläger seine Forderung erweisen könnte. Denn er hat dem Beflagten, unter der Bedingung der Eidesleistung, seine Forderung einmal erlassen²¹⁾. Außer dem Schwörenden kommt die *exceptio iurisiurandi* auch noch andern Personen zu statten, nämlich denjenigen, welche in seine Stelle treten, oder sonst bey der Sache, worüber geschworen worden, interessirt sind²²⁾. Es ist nämlich der Eid entweder wegen einer *actio in personam*, oder wegen einer *actio in rem* geschworen worden. In dem ersten Falle kann sich jener Einrede nicht nur der Erbe des Schwörenden²³⁾, sondern auch der Bürge bedienen, wenn er wegen der eidllich abgelaugneten Schuld belangt wird²⁴⁾. In dem andern Falle hingegen kommt der Eid demjenigen zu statten, der in die Sache, wegen welcher der Eid ge-

Q 4

schwö-

20) L. 28. §. 4. D. h. t. *Exceptio iurisiurandi*, non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet: sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur: forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, caeterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur: quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

21) §. 4. I. de *Except.* Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem eius esse, iniquum tamen est, possessorem condemnari.

22) G. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 282. §. *Igitur pollicetur Praetor.*

23) L. 7. D. h. t.

24) L. 28. §. 1. D. h. t. Quod reus iuravit, etiam *fideiussori* proficit.

schworen worden, succedit²⁵⁾, das heißt, diese Sache nachher von dem Schwörenden erhält, es sey von Todeswegen, wie z. B. der Legatar, oder uater den Lebendigen, wie z. B. der Käufer oder Donatar²⁶⁾. Hat der Schuldner den Eid geschworen, so werden auch dadurch die Pfänder frey, und müssen zurückgegeben werden, denn der Eid hat hierin eine Aehnlichkeit mit der Acceptilation²⁷⁾. Hat hingegen der Besitzer geschworen, daß die Sache, woran der Defereut Anspruch machen wollte, sein Eigenthum sey, so kann er nun die Sache longo tempore verjähren, die er sonst, bey dem Mangel eines erweislichen gerechten Titels, gegen den Dritten anders nicht als longissimo tempore hätte präscribiren können. Denn der Eid hat die Kraft eines gerechten Titels²⁸⁾. Zuweilen wird durch den außgerichtlichen Eid auch eine Klage perpetuirt, die sonst nur temporär gewesen wäre²⁹⁾. Denn dies ist die Wirkung
der

25) L. 8. D. b. t.

26) C. NOODT c. l. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61.

27) L. 40. D. b. t. Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur. *Est enim hoc acceptilationi simile.* Perpetuam certe exceptionem parit. Idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet, et solutum reperi potest, utpote, cum, interposito eo, ab omni controversia discedatur.

28) L. 13. §. 1. D. de iureiur. JULIANUS ait, eum, qui iuravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. C. MALBLANC de iureiur. §. 63. pag. 227.

29) L. 9. §. 3. D. b. t. Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem, eum dare oportere,

der Uebsconfestation, an deren Stelle, wie Paulus ³⁰⁾ sagt, der Eid tritt.

Es entsteht nun hier noch die Frage, ob ein solcher Eid, der auf geschenehen Antrag des Gegners geschworen worden ist, nicht wegen begangenen Meineides angefochten werden könne? Die alten römischen Rechtsgelahrten waren deshalb verschiedener Meinung. Labeo glaubte, es habe die actio de dolo Statt. Pomponius hingegen widersprach ihm aus dem Grunde, weil durch den geleisteten Eid der Streit einmal beigelegt sey. Man müsse es also nun bey dem Eide lassen. Diese Meinung billigte auch Marcellus; und Paulus fügte noch den Grund hinzu, es sey genug, daß der Meineid bestraft werde. Es sind hier folgende Stellen der Pandecten merkwürdig.

L. 21. D. de dolo malo. Quod si, deferente me, iuraveris, et absolutus sis; postea periurium fuerit approbatum: LABEO ait, de dolo actionem in eum dandam: POMPONIUS autem per iusturandum transactum videri. Quam sententiam et MARCELLUS Libro 8. Digestorum probat: *stari enim religioni debet.*

L. 22. D. eodem. Nam sufficit periurii poena ³¹⁾.

Q 5

Dico

tere, egoque iuravero, tempore non liberatur: quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

30) L. 28. §. 2. D. de iudic. C. Guil. BARCLAI Comment. ad h. L. bey OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 934. sq.

31) Worin diese poena periurii bestanden habe, deren Paulus hier gedenkt, ist streitig. MALBLANC de iureiur. §. 64. erklärt sie nach der Vorstellung der Römer von der göttlichen Rache, die den Meineidigen verfolgen werde. Allein die

Diese letztere Meinung ward auch durch ein Rescript des Kaisers Antoninus bestätigt, welches in der *L. 1. Cod. de reb. credit. et iureiur.* auf folgende Art lautet.

Causa iureiurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et praestito, vel remisso decisa: nec periurii praetextu retractari potest: nisi specialiter hoc lege excipiatur.

Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L. 56. D. de re iudicata*: *Post rem iudicatam, vel iureiurando decisam, vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem DIVI MARCI.*

Der Grund hiervon liegt unstreitig in der Natur der Eidesdelation, welche von Seiten des Deferenten das Versprechen erhält, dem Andern, unter der Bedingung, daß er schwöre, eine Forderung zu erlassen, oder desselben Ansprüche anzuerkennen, welches von diesem, ohne Uebernahme einer gegenseitigen Verbindlichkeit, acceptirt wird³²⁾.

Hier

die Strafe konnte auch eine weltliche seyn, wenn der Eid *per genium Principis* war - falsch geschworen worden. *L. 13. §. 6. D. h. t.* wie auch POTHIER in *Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. LII. not. i. pag. 360.* bemerkt hat. Außerdem war freylich damals keine bürgerliche Strafe auf den Meineid gesetzt, sondern man überließ die Bestrafung der rächenden Gotttheit. *L. 2. C. de reb. credit. et iureiur.* sagt: *Contemta iurisiurandi religio satis Deum ultorem habet.* Jedoch entging der Meineidige der *notae censoriae* nicht. CICERO *de offic. lib. I. c. 13. de Legg. lib. II. cap. 9.* LIVIUS *lib. XXIV. cap. 18.* S. Theod. *Regn. de BASSEN de iureiurando veter. inpr. Rom. Cap. 8.*

32) S. VOET *Comm. ad Pand. h. t. §. 25.*

Hieraus erklärt sich nun, warum der beschriebte Eid nach dem römischen Rechte nicht angefochten werden konnte, weil, der einmal geschenehen Erklärung des Deferenten zu Folge, von dem Beweis eines Meineides gar keine Frage mehr seyn konnte. Ganz diesen Grundsätzen gemäß, sagt daher Justinian §. 4. *L. de exceptionib.* Si debitor, creditore deferente, iuraverit, nihil se dare oportere, iniquum est, de periurio quaeri, oder, wie es Theophilus³³⁾ paraphrasirt: ἀτοπὸν ἐστὶ, κινουντά μὲ ἐλέγχω αὐτοῦ τὴν ἐπισημίαν: i. e. absurdum est, me agentem eius periurium arguere. Und Julian sagt dies noch bestimmter *L. 15. D. de except.* Adversus exceptionem iurisiurandi replicatio doli mali non debet dari; cum Praetor id agere debet, ne de iureiurando cuiusquam quaeratur. Es scheint mir daher Voet³⁴⁾ ganz Unrecht zu haben, wenn er diese Gesetzstellen bloß von dem Falle verstehen will, da Jemand anfangs den Eid bona fide geschworen, und nachher erst entdeckt hat, daß er falsch geschworen habe. Nur in einem Falle hat Justinian eine Ausnahme gemacht, nämlich wenn Jemand wegen eines ihm vorgeblich hinterlassenen Legats oder Fideicommisses, auf geschenehen Eidesantrag des Erben, weil das Testament nicht aufzufinden war, falsch geschworen hat. Hier kann das Legat zurückgefordert werden. Diese Ausnahme ist in der *L. ult. Cod. de reb. credit. et iureiur.* enthalten, welche folgendermassen lautet:

Cum quis legatum, vel fideicommissum, utpote sibi relictum, exigeret, et, testamento forte non apparen-

33) Paraphras. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 13. §. 4. nach der Reichischen Ausgabe Tom. II. pag. 878.

34) Cit. loc. §. 25.

parente, pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans, sibi legatum vel fideicommissum derelictum esse: et ex huiusmodi testamento id, quod petebat, consecutus esset; postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum iuriurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset? *Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum vel fideicommissum; nullumque ex huiusmodi periurio lucrum ei accedere.*

Viele Rechtsgelehrten³⁵⁾ sind der Meinung, daß durch diese Verordnung das ältere Recht abgeändert worden, und nun allgemein erlaubt sey, den defecirten Eid anzufechten, wenn bewiesen werden kann, daß er wissentlich falsch geschworen sey. Denn wenn gleich dieselbe nur von einem speciellen Falle rede, so müsse doch die Verordnung selbst für allgemein entscheidend darum angenommen werden, 1) weil sie eine von den funfzig Decisionen sey, worin Justinian den ehemaligen Streit über die Frage von

35) *Ant. FABER* Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. I. Def. 2. et 24. *ENGEL* in Colleg. iur. canon. Lib. II. Tit. 24. Sect. I. nr. 31. *LEYSER* Medit. ad Pand. Specim. CXLV. Medit. I. et Spec. DLXVII. medit. 12. *de cocceji* iur. civ. controv. h. t. Qu. 42. *God. Lud. MENCKEN* Diss. de causa ob praestitum iuramentum iudiciale decisa, probato periurio redintegranda. *Lipsiae 1746. Io. Thad. MÜLLER* Diss. de causa, iuramento voluntario decisa, ob periurium retractanda. *Heidelbergae 1766. Io. Nic. MOECKERT* Diss. de iureiurando retrahendo. *Rintel. 1769.* und *MALBLANC* in Doctr. de iureiur. §. 65; welcher jedoch nachher in seinen Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. pag. 312. seine Meinung geändert hat.

von der Unumstößlichkeit des deferrirten Eides entschieden habe; und 2) wegen der Allgemeinheit des gesetzlichen Grundes. Denn der Gesetzgeber wolle überhaupt nicht, daß Jemand aus seinem Meineide einen Vortheil ziehe. Dieser Grund passe auf jeden Fall, da ein begangener Meineid erwiesen werden kann. Allein dieser Meinung stehen folgende Gründe entgegen. Die *L. ult. Cod. de reb. cred.* ist datirt *post consulatum Lampadii et Orestis 532.*³⁶⁾ Sie ist also noch vor den Pandecten gegeben worden. Dennoch ward die wichtige Stelle von der Unumstößlichkeit des deferrirten und abgeschwornen Eides aus des Cajus Commentaren über das *edictum provinciale* den Pandecten einverleibt, welche *L. 31. D. de iureiur.* auf folgende Art lautet:

Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus Principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuraverit. *Quodsi alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.*

Wir lernen zugleich aus dieser Stelle den wichtigen Unterschied zwischen einem vom Gegner angetragenen, und einem vom Richter auferlegten Eid. Gegen den letztern kann wegen neu aufgefundenener Urkunden die Wiedereinsetzung

36) Nach Wieling in *Iurisprud. restituta*. Tom. I. pag. 145. sogar *post Consulatum Lampadii et Orestis anno primo 531.*

hung in den vorigen Stand gesucht werden; nicht aber gegen den ersten, weil dadurch der Rechtsstreit unter den Parthēen einmal bengelegt worden ist ³⁷⁾. Daß die *L. ult. Cod. de reb. credit.* nur eine Ausnahme von der Regel enthält, erhellet ferner daraus, weil Justinian die Verordnung des Krs Antoninus *L. 1. Cod. eod.* welche die Regel von der Umstößlichkeit eines abgeschwornen deserirten Eides enthält, nicht nur in seinen Eodex aufgenommen hat, sondern es sind auch die letztern Worte derselben, *nisi specialiter hoc lege excipiat*, wie Cujaz ³⁸⁾ und Woodt ³⁹⁾ ganz richtig bemerkt haben, vom Tribonian in keiner andern Absicht bengefügt worden, als um dieses Gesetz, welches keinesweges aufgehoben seyn solle, mit den *L. ult.* zu vereinigen. Hierzu kommt endlich noch das Zeugniß der Basiliken, und der griechischen Ausleger, welche die *L. ult.* auch nur auf den darin entschiedenen Fall einschränken. In den Basiliken ⁴⁰⁾ lautet nämlich unsere *L. ult.* folgendermassen:

Δέγων τίς χρωσθεῖσθαι ληγάτον ἐν διαθήκῃ καταλειφθῆν αὐτῷ, καὶ μὴ προφέρων τὴν διαθήκην, ὄρκον ἀπηγάθη παρὰ τῆ κληρονόμου, καὶ ἐπωμόσατο τῇ ἀληθείᾳ καταλελειφθαι αὐτῷ τὸ ληγάτον, καὶ ἔλαβεν αὐτό. ἀλλὰ μετὰ ταῦτα ἀπεδείχθη προφανῶς, μὴδὲν αὐτῷ καταλελειφθαι. ἢ τοίτην διάταξις ἐπιτρέπει, ὅτε μὲν αὐτῷ οὐδὲν καταλείπειτο, ἀναδιδόναι αὐτὸν ὅπερ ἔλαβεν, ἐκ τῆς οἰκείας ἐπιτορκίας μὴδὲν κερδαί

37) *L. 19. Cod. de transact. L. 4. Cod. de re iudic. S. Iac. Cujacius Observation. Lib. XVIII. cap. 35.*

38) *Cit. loc.*

39) *Commentar. ad Dig. h. t. pag. 288.*

40) *Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Constit. 55. pag. 137.*

δαινοντα. i. e. Cum quis diceret, deberi sibi legatum testamento relictum, nec testamentum proferret, iusiurandum ei ab herede delatum fuit, et iuravit, revera legatum sibi derelictum esse, idque consecutus est. Postea autem manifestum factum est, nihil ei relictum fuisse. Constitutio igitur iubet, ut siquidem nihil ei relictum sit, repetatur ab eo, quod consecutus est, nullum ex periurio suo lucrum facturo.

In Beziehung auf diese Verordnung sagt Balsamo ⁴¹⁾: Ο δὲ νεκροσάριος ἀναψηλαφᾶται ἐπὶ ἐνὸς καὶ μόνου θεύματος, ἧτοι τῷ τελευταίου κσφ. τῷ ε. Τίτ. τῷ κβ, βιβ. i. e. *Necessarium* ⁴²⁾ vero in uno eoque solo casu retractatur, nempe ultimi cap. tit. 5. Lib. XXII. Basil. Eben so *Uccaliates* ⁴³⁾. Diese Meinung nehmen auch die meisten neuern Rechtsgelehrten ⁴⁴⁾ an. Nur darüber ist man nicht einig, warum

41) Ad Nomocanonem Photii Tit. XIII. cap. 18. in IUSTELLI et VOELLI Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1118.

42) Balsamo versteht hier unter dem iuramento necessario, nicht den vom Richter aufgelegten, sondern den gerichtlich deferirten Eid. Denn vom iuramento voluntario sagt er, οὐδέποτε ἀναψηλαφᾶται, i. e. *nunquam retractatur*. Nun verstanden die griechischen Ausleger unter dem iuramento voluntario den außergerichtlich deferirten Eid. S. oben §. 789. S. 180.

43) *Synopsis Tit. 18.*

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 288. Em. MERILLIUS Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XLV. (*Operum minor. P. II. pag. 125.*) Uly. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 16. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLVIII. in fin. pag. 360. Io. Iac. WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. ult. de reb. cred. pag. 217. Iul. PACIUS analys. Cod. Lib. IV. Tit. I. nr. 24. Ian. a COSTA Praelect. ad illustrior. quosd. titulos

rum der Kaiser gerade bey Legaten und Fideicommissen eine Ausnahme von der Regel gemacht habe. Man setzt den Grund gewöhnlich darin, weil ein Vergleich über den Gegenstand eines Testaments, und folglich auch eine Eidesdelation, welche die Natur eines Vergleichs hat, nicht gelte, wenn man nicht zuvor das Testament selbst eingesehen habe ⁴⁵⁾. Schon Accursius und der griechische Scholiast der Basiliken führen diesen Grund an, und viele der neuern Rechtsgelehrten ⁴⁶⁾ sind ihnen hierin gefolgt. Allein daß sich gerade das Gegentheil aus diesem Gesetz erweisen lasse, hat schon Joh. Aug. Bach ⁴⁷⁾ gezeigt. Andere ⁴⁸⁾ suchen daher den Grund in der Natur und besondern Begünstigung letzter Willensverordnungen. Noch andere ⁴⁹⁾ darin, weil hier, wo das Testament nicht aufzufinden war, die Eidesdelation, wegen Mangels an andern Beweismitteln, gewissermassen aus Nothwendigkeit geschehe. Soviel ist gewiß, daß der Grund, den der Kaiser selbst anführt, zu generell ist. Ob nicht nach dem heutigen Recht ein defecirter Eid, wenn er bewiesenermaßen falsch geschworen worden ist, in allen Sachen angefochten und aufgehoben werden könne, ist eine Frage, worüber die heutigen Rechtsgelehr-

locaque selecta iur. civ. pag. 151. sq. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 14. KOCH Instit. iuris crim. §. 548. in Schol. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477.

45) L. 6. D. de Transact.

46) VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 26.

47) Diff. de iure transactionis super controversiis ex testamento non cognitis tabulis. §. 4. (in *Opuscul.* pag. 82. sq.)

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 477. pag. 312.

49) Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 288. und Lan. e COSTA Praelection. cit. pag. 152.

gelehrten auch nicht einverstanden sind. Viele ⁵⁰⁾ bejahen sie in Beziehung auf den Art. 107. der peincl. Gerichtsordn. Carls V. wo es heißt:

„Item welcher vor Richter oder Gericht einen gelehrten Meineid schwört, so derselbig Eid zeitlich Gut antrifft, das in deß, der also fälschlich geschworen hat, Nutz kommen, der ist zuvörderst schuldig, wo er das vermag, solch fälschlich abgeschworen Gut dem Verletzten wiederzukehren.“

Anderer ⁵¹⁾ hingegen behaupten, daß durch diesen Artikel das römische Recht nicht aufgehoben sey. Denn der Kaiser rede hier nicht von der bürgerlichen, sondern blos von der peinlichen Rechtsverfolgung, und wolle nur, daß bey der peinlichen Bestrafung des Meineides auch zugleich auf die Restitution des durch den falschen Eid verursachten Schadens soviel möglich Rücksicht genommen werden solle. Diese letztere Meinung verdient in der Theorie allerdings den Vorzug.

§. 799.

Von wem? Wem? und in welchen Sachen kann der Eid deferrirt werden?

Da dem Gesagten zu Folge der deferrirte Eid, seinem Ursprunge nach, ein bloßes Vergleichsmittel ist, und auch selbst

50) KOCH cit. loc. von QUISTORP Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 136. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4524. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1162. Westphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. 1. Th. S. 78.

51) KRESS Diff. de variis controversiis in argumento possessionis et iuramentor. §. 15. de BOEHMER Meditat. in Constitut. crim. carol. ad Art. 107. §. 3. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 477. in fin.

selbst der gerichtlich zugeschobene Eid, wenn er schon in Rücksicht seines Zwecks nach der Natur eines Beweismittels modificirt ist, dennoch in Hinsicht seines Entstehungsgrundes immer etwas Vergleichsähnliches beybehalten hat⁵²⁾; so lassen sich nun hieraus folgende Fragen entscheiden.

I. Wer kann einen Eid deferiren? Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, mit welchen auch der Gerichtsgebrauch übereinstimmt, können nur diejenigen einen Eid deferiren, welche einen Vergleich zu schließen fähig und befugt sind, und nur unter den Bedingungen, unter welchen sie dies können, ist ihnen auch die Eidessdelation erlaubt⁵³⁾. Also

1) nur Eigenthümer, welche über das Ihrige zu verfügen fähig sind, und sich daher in Ansehung ihres Vermögens durch ihre Handlungen verpflichten können⁵⁴⁾. Pupillen, Minderjährige und gerichtlich erklärte Verschwendler können demnach ohne Zustimmung ihrer Vormünder keinen Eid deferiren⁵⁵⁾. Hatte ein Minderjähriger keinen

Cura

52) C. Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 91. S. 168.

53) L. 35. §. 1. D. h. t. Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idemque in caeteris similibus ei dicendum est: nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

54) C. Christ. Frid. POHL Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati. Lipsiae 1786. §. 4.

55) L. 17. §. 1. D. de iureiur. Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. Quodsi sine tutore auctore detulerit, exce-

Eurator, so war zwar die von demselben geschehene Eidesdelation nach dem röm. Rechte an sich nicht ungültig; er konnte aber dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen ⁵⁶⁾. Allein da heutzutage Minderjährige sich ohne Eurator in Rücksicht ihres Vermögens nicht verbindlich machen können, so haben sie dieses Rechtsmittel nicht einmal mehr nöthig, sondern hierin mit den Unmündigen gleiche Rechte ⁵⁷⁾.

2) Procuratoren können in Sachen des Eigenthümers den Eid nur insofern deferiren, als sie entweder zur Verwaltung aller Güter und Geschäfte bestellt sind, oder zur Eideszuschreibung eine Specialvollmacht erhalten haben, oder der ihnen ertheilte Auftrag ein *mandatum in rem suam* ist ⁵⁸⁾. Aufferdem ist die Eidesdelation ungültig ⁵⁹⁾,

R 2

wo

exceptio quidem obstabit, sed replicabitur, quia rerum administrandarum ius ei non competit.

56) L. 9. §. 4. D. de iureiur.

57) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. WEBER'S syst. Entw. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 73. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4515. not. a. in fin.

58) L. 17. §. 3. D. h. t. Procurator quoque, quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut *universorum bonorum administrationem sustinet*, aut si *id ipsum nominatim mandatum fit*, aut si *in rem suam procurator sit*.

59) L. 18. D. eodem. Alias autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, IULIANUS libro 10. Digestorum scribit. Nec postea reus, qui semel iuravit, a domino conveniatur: nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. Sive enim dominus petat, cogetur docere reus, liquido se iurasse, posita scilicet exceptione: sive ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere. Statt

Nec

wosern nicht etwa der Procurator mit einer ganz unbeschränkten Vollmacht (*mandatum cum libera*) versehen seyn sollte ⁶⁰).

3) Wor

Nec postea lesen Haloander und Baudouja richtiger *ne postea* in unmittelbarer Verbindung mit dem Vorhergehenden. Mit dieser Lesart stimmt auch unser Cod. Erlang. Pand. überein. Der Sinn ist also dieser. Wenn ausser den Fällen, wovon in der L. 17. die Rede war, ein Procurator dem Gegner seines Principals den Eid zuschiebt, so kann letzter nicht genöthiget werden, den Eid anzunehmen, und schwört er ihn auch, so wird er ihn dennoch nicht schützen, sondern er wird, dessen ungeachtet, von dem Eigenthümer in Anspruch genommen werden können, wenn er sich auch von dem Procurator eine *cautio de rato* hätte bestellen lassen. Denn entweder der Eigenthümer klagt. Hier kann ihn der Kläger, wenn er die Einrede des geleisteten Eides vorschützen wollte, mit der Replik zurückweisen, daß der Eid ohne seinen Antrag und Willen geschworen worden sey, und der Beklagte muß beweisen, daß das, was er geschworen hat, die Wahrheit sey. (Dies heißt hier *liquido se iurasse*, wie Franc. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 2. gezeigt hat; und die Worte *posita scilicet exceptione*, sind von der Replik des Klägers zu verstehen, und nach POTHIER in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. V. not. c. pag. 353. so zu erklären: *reus tenebitur instaurare causam, opposita adversus exceptionem iurisiurandi, quam allegaret, hac replicatione: quia non me deferente iurasti.*) Oder der Beklagte klagt gegen den Procurator aus der *Cautio de rato*, und dann müßte er doch den Proceß verlohren haben. Er müßte also des Meineides durch des Klägers Beweis überführt seyn. Wie kann er denn nun wegen seines Meineides Entschädigung fordern? Man sehe noch über diese Stelle VULTIUS Disceptat. Scholast. Lib. I. c. 7. pag. 92 und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321. in fin. et sq.

3) Vormünder und Curatoren können in Sachen ihrer Mündel und Pflegebefohlenen den Eid nur unter den Bedingungen deferiren, unter welchen ihnen erlaubt ist, Sachen und Güter derselben zu veräußern. Insofern daher bei Veräußerungen eine gerichtliche Untersuchung und obrigkeitliche Einwilligung erforderlich ist, wird solche auch zur Eidesdelation erfordert ⁶¹⁾.

R 3

Es

60) *Cap. 4. de procurat. in 6to.* Procurator absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere vel pacisci non potest, nisi ei honorum vel causae administratio libere sit concessa. S. BRUNNEMANN Comment. ad L. 18. D. h. t. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. pag. 955. Elaprotz's Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 320. Anderer Meinung ist MALBLANC Doct. de iureiur. §. 42. pag. 118. Allein eine bloße Generalvollmacht ist nicht hinreichend. L. 60. D. de procurator. S. BARCLAY Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. III. pag. 926. und VOET Comm. h. t. §. 8.

61) *L. 17. §. 2. D. h. t.* Si tutor, qui tutelam gerit, aut curator furiosi prodigive, iusiurandum derulerit, ratum id haberi debet. Nam et alienare res, et solvi eis potest: et agendo rem in iudicium deducunt. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. a. Dan; Grundsätze des ordentlichen Proceßes §. 368. BIENERI Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 100. besonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. Jedoch kann der Vormund anders nicht, als in Ermangelung anderer Beweismittel, den Eid deferiren. Nur in diesem Falle kann dem Pupillen die exceptio iurisiurandi entgegengesetzt werden. L. 35. pr. D. h. t. Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio. Das *quandoque* zeigt an, daß nicht in jedem Falle die vom Vormund geschene Eidesdelation gültig sey. In den Basiliken Tom. III. pag. 129. ist dieses deut-

licke

Es fragt sich, ob auch ein Meineidiger, oder eine andere infamirte Person ihrem Gegner den Eid antragen dürfe? Viele ⁶²⁾ läugnen dies aus dem Grunde, weil die Zurückschlebung des Eides bei solchen Personen weg falle. Andere ⁶³⁾ unterscheiden zwischen Meineidigen und infamirten Personen, und behaupten, daß zwar letztere, weil ihnen kein Gesetz entgegenstehe, nicht aber erstere einen Eid deferiren könnten. Denn sie könnten den Eid für Gefahr nicht schwören, welcher doch die Bedingung ausmacht, ohne welche der Deferent die Ableistung des zugeschobenen Eides von dem Acceptanten nicht verlangen kann, weil ein Meineidiger

schlecht,

licher bestimmt. Es heißt daselbst: Ο ἐπίτροπος ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἀποδείξεως ὄρκιον ἐπιφέρει· τότε γὰρ ἀποκλείει τῷ ἀνήτῳ. i. e. Tutor, omni probatione deficiente, iusiurandum defert: tunc enim agenti pupillo actio denegatur. Jedoch bleibt ihm immer noch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand offen, wenn er eine dadurch erlittene Läsion erweisen kann. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 2. et 3. Cod. Si tutor vel curator interven. S. Guil. BARCLAI Commentar. ad h. tit. Pand. L. 3. bey OTTO T. III. pag. 926.

62) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXIII. Th. 9. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK de cautel. iuramentor. P. II. Sect. I. cap. 3. nr. 212. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 35. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Err. 8. de BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. 5. not. 8. de COCCATI iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. und Henr. BROKES Diss. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. Viteb. 1737.

63) MENCKEN Colleg. polem. iur. civ. Disp. IV. nr. 61. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. l. Tom. II. pag. 162.

schlechterdings nicht zum Eide gelassen werden solle ⁶⁴). Ist blos von einem außgerichtlichen Eide die Rede, so hat es gar keinen Zweifel, daß die von einem Meineidigen oder einer infamirten Person geschehene Eidedelation nicht unstatthaft sey ⁶⁵). Denn hier kommt alles auf die Uebereinkunft der Parthenen an, auch fällt hier die Zurückschiebung weg ⁶⁶); folglich ist hier aller Anstand gehoben. Allein streitiger ist es, wenn die Rede von einem gerichtlichen Eide ist. Es läßt sich jedoch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten ⁶⁷), welche behaupten, daß auch ein solcher Eid von einem Meineidigen oder einer andern infamirten Person des-

R 4

ferirt

64) *Can. 14. Caus. XXII. Qu. 5. Qui semel periuratus fuerit, nec testis sit post haec, nec ad sacramentum accedat, nec in sua causa vel alterius iurator existat.* (Aus dem *capitalari Aquisgranensi Caroli Magni an. 789.* entlehnt. S. BERARDI *canones Gratiani. P. I. Cap. 46. pag. 362.*)

65) S. BROKES *Diff. de periuro iudiciale iuramentum non deferente. §. 12.*

66) *L. 17. pr. D. h. t.*

67) *Hugo DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 21. nr. 19. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 489. et Tom. II. P. IX. Obs. 224. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 63. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 92. Ge. Lud. BOEHMER in Diff. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 8. Io. Jac. HEILBRONNER Diff. de iusta iurisiurandi a periuro aut infami facta delatione. Altorfi 1742. MALBLANC Doctr. de iureiurando. §. 42. Christ. Frid. POHL Diff. de indole iurisiurandi in iudicio delati. §. 4. Ge. Jac. Fried. Meister pract. Bemerkungen aus dem Crim. u. Civilrechte. 2. B. 2. Bemerk. Nr. 6. S. 20. ff. Danz Grundsätze des ordentl. Processes. §. 368. u. a. m.*

ferirt werden könne, sowohl nach der Theorie als Praxis rechtfertigen. Denn es ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das Recht den Eid zu deferiren nicht daraus beurtheilt werden könne, ob eine Zurückschiebung desselben Statt finde, oder nicht. Es ist daher ein ganz unrichtiger Schluß, wo der Eid nicht referirt werden kann, da kann er auch nicht deferirt werden⁶⁸⁾. Die Annehmung des zugeschobenen Eides beruhet in gesetzlicher Verbindlichkeit, so wie das Recht den Eid zu deferiren, auf der gesetzlichen Anordnung, nach welcher der Eid zu den Beweismitteln gerechnet wird⁶⁹⁾. Nun steht es zwar demjenigen, welchem ein Eid deferirt worden, allerdings frey, sich von der Verbindlichkeit, denselben zu schwören, dadurch zu befreien, daß er den Eid dem Deferenten zurückschiebt. Allein dadurch, daß dieser Ausweg bedenklich ist, oder ganz wegfällt, wird die Verbindlichkeit zur Annahme des angetragenen Eides nicht aufgehoben, sondern es folgt daraus nur soviel, daß der zugeschobene Eid schlechterdings geschworen werden muß, wenn derjenige, welchem der Eid ist zugeschoben worden, nicht auf andere Art das Gegentheil erweisen kann. Eben so verhält es sich auch mit dem Eide für Gefährde. Zwar ist der Gegner denselben zu fordern allerdings befugt; es kann aber deswegen, weil dieser solchen sich leisten zu lassen für bedenklich hält, das Recht seines Gegners, den Eid zu deferiren, nicht wegsallen, zumahl da die gerichtliche

Eides

68) L. 34. §. 8. D. b. t. sagt: Non semper consonans esse, per omnia referri iusiurandum, quale deferitur, cum ex diversitate rerum et personarum quaedam emergant, quae varietatem inducant.

69) L. 25. §. 3. D. de probat. L. 12. pr. Cod. de reb. cred.

Eidesdelation zu den Beweismitteln gezählet wird, und Niemandem, ohne offenbare Unbilligkeit zu begehen, ein Beweismittel entzogen werden kann, welches ihm vielleicht, bey dem gänzlichen Mangel an anderen, nur noch allein übrig ist.

II. Worüber kann der Eid zugeschoben werden? Die Eidesdelation findet in Ansehung aller der Privatwillkühr der Partheyen unterworfenen Sachen Statt, worüber es ihnen erlaubt ist zu transigiren ⁷⁰⁾. Wenn Ulpian sagt *L. 3. §. 1. D. b. t.*

Quacunq̄ue actione quis conveniatur, si iuraverit, proficit ei iusiurandum: sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione vel quavis alia agatur, sive de interdicto;

so redet er zwar nur von dem außergerichtlichen Eide, welchen der Prätor durch eine Einrede schützt, wenn demselben zuwider, gegen denjenigen, der ihn geschworen hat, Klage erhoben wird, wie Georg Ludw. Böhmer ⁷¹⁾ gegen Wernher ⁷²⁾ sehr gründlich gezeigt hat. Der Sinn ist also der, es mag Jemand belangt werden, mittelst welcher Klage er will, hat er einmahl geschworen, so kann er sich durch die ihm deshalb zustehende Einrede schützen, weil der Prätor wider denjenigen, welcher geschworen

R 5 hat,

70) MALBLANC *Doctr. de iureiur.* §. 43. POHL *Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati.* §. 7. und Danz *Grundsätze des ordentl. Prozesses* §. 370.

71) *Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum* §. II.

72) *Observat. for.* Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 505.

hat, keine Klage gestattet ⁷³⁾. Allein auch der gerichtliche Eid ist durch die Erklärung der römischen Rechtsgelehrten, dem Geist des Edicts gemäß, auf alle Klagen ausgedehnt worden, deren Gegenstand so beschaffen ist, daß in Ansehung desselben ein Transact Statt findet, sie mögen aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen entspringen. Daher sagt Ulpian, indem er das Edict des Prätors vom gerichtlichen Eide erklärt, *L. 34. D. b. t. Jusiurandum et ad pecunias creditas, et ad omnes res locum habet, sc. quae in obligatione sunt*; und führt zum Grunde an: *Nec de iniuria queri adversarium posse, cum possit iusiurandum referre*. Eben dies ist auch die Meinung des Paulus, wenn er *L. 25. §. 3. D. de probat.* sagt: *In omnibus visionibus licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso de calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare*. Und eben so gestatten nicht nur die Kaiser Diocletian und Maximian ⁷⁴⁾ in allen bonae fidei iudiciis, sondern auch Kaiser Justinian ⁷⁵⁾ den Gebrauch dieses Eides ohne allen Unterschied der Klagen, soweit keine rechtmäßige Ursache, denselben zu verwerfen, vorhanden ist. Es hat daher keinen Zweifel, daß auch bey Privatklagen aus einem Verbrechen, sofern dadurch die dem Kläger gebührende Genugthuung gefordert wird, die Eidesdelation Statt finde, wenn auch die Klage von der Art seyn sollte, daß sie der Ehre des Beklagten zum

73) *L. 7. L. 9. pr. D. b. t.*

74) *L. 10. Cod. de reb. cred. et iureiur.*

75) *L. 11. et 12. C. eodem.*

zum Nachtheil gereicht ⁷⁶⁾. So kann z. B. über eine Injurie, über einen Schuld gegebenen Diebstahl, über eine Entwendung unter Ehegatten, (amotio rerum) über Umhautung der Bäume, und andere Verbrechen, soweit bloß auf Privatgenugthuung geklagt wird, der Eid deferirt werden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. §. 8. D. de iniur. Hac lege permittitur actori iusiurandum deferre, ut reus iuret, iniuriam se non fecisse.

L. 13. §. 2. D. de iureiur. Idem IULIANUS scribit, eum, qui iuravit, furtum se non fecisse, videri de toto iurasse, atque ideo nec furti, nec condictitia tenetur, quia condictitia, inquit, solus fur tenetur. Nunquid ergo, qui iuravit, se furtum ne ⁷⁷⁾ fecisse, hoc solo nomine ⁷⁸⁾, conditione si conveniatur, exceptio-
ne

76) G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 93. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Spec. CXXXV. med. 9. FRIEDRICH von BÜLOW und THEOD. HAGEMANN'S pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelchrtheit 2. Band. Erört. 52. und 3. B. Erört. 29. Ge. Lud. BOEHMER cit. Diss. §. 11. MALBLANC c. 1. pag. 129. und Ge. Frid. DEINLIN Diss. de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito. Altorfi 1739.

77) Haloander, Baudoja und mehrere Codd. Mspti, auch unser Erlanger Pandecten: Codex lesen hier statt ne besser non.

78) Io. van de WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. pag. 167. hält die Worte: hoc solo nomine für corrupt, und liefert hoc suo nomine; das ist, wenn er selbst als Dieb belangt wird. Denn nur in dieser Hinsicht findet keine Klage weiter
Statt.

ne utatur? Caeterum, si contendat, qui condicit, *quasi cum herede se furis agere*, non debet repelli, et quasi *μονομερῆς* condictio dari debet aduersus furis heredem⁷⁹⁾.

L. 6. §. 4. D. de his, qui not. infam. Sed et si, iureiurando delato, iuraverit quis, non deliquisse, non erit

Statt. Diese Lesart bestätigen auch die *Basilica* Tom. III. pag. 122. *Ὁμόσας μὴ κλεψαι, οὔτε τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ, οὔτε τῶ ἀπαντοῦντι τὸ κλοπιμαῖον λόγῳ ἐνέχεται ἰδίῳ ὀνόματι* i. e. *Qui iuravit, se furtum non fecisse, neque furti, neque condictione furtiva suo nomine tenetur.*

79) Was hier das Wort *μονομερῆς* bedeute, zeigt *CUJACIUS* Observation. Lib. IV. cap. 32. Er erklärt die Stelle so: *Quod ex hac solum parte reo condicatur, qua furis heres est, non et ex illa, qua et fur est ipse, remque dolo malo contractavit.* In den *Basilicis* Tom. III. pag. 122. heißt es: *ὁ δὲ κληρονόμος τῆ κλέπτου ἐνάγεται τῶ ἀπαντοῦντι λόγῳ εἰς τὸ ἀπλοῦν.* i. e. *heres autem furis condictione tenetur in simplum.* Man sehe auch *Iac. CURTII* *Εἰκασῶν*. Lib. I. cap. 42. (in *Ev. OTTONIS* *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 132.) und *GEBAUER* in *Nota ad L. 13. §. 2. h. t. Tom. I. Corp. iuris Goetting.* pag. 221.) In den *Gothofredischen* Ausgaben mit *Noten* und bey *Baudouza* steht bey *μονομερῆς* *id est, unimembris.* Aus allem erhellet also soviel, daß der Sinn der Worte der sey: Die *condictio furtiva* sey nach abgeschwornem Eide nur noch von der Seite begründet, wenn sie gegen den, welcher geschworen hat, daß er den Diebstahl nicht begangen habe, als Erben des Diebes angestellt wird. Denn daß die *condictio furtiva* auch gegen die Erben des Diebes Statt finde, lehrt *L. 7. §. 2. D. de cond. furt.* So erklärt diese Stelle auch *POTHIER* in *Pandect. Iustin.* Tom. I. h. t. Nr. XXXI. not. 2. pag. 357.

erit notatus: nam quodammodo innocentiam suam iureiurando adprobavit.

L. 9. §. 2. D. de iureiur. Si damnetur quis post iusiurandum ex famoso iudicio, famosum esse magis est.

L. 28. §. 6. D. eodem. Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit, se non succidisse, sive e Lege duodecim Tabularum de arboribus succisis, sive e Lege Aquilia damni iniuria, sive Interdicto, quod vi aut clam postea convenietur, per *exceptionem iurisiurandi* defendi poterit.

L. 11. §. 1. D. de actione rer. amotar. Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare, *nihil divortii causa amotum esse*, dum prius de calumnia iuret, qui iusiurandum defert.

Viele Rechtsgelehrte ⁸⁰⁾ sind zwar der Meinung, daß in solchen Klagen, worunter des beklagten Ehre leidet, die Eidesdelation entweder gar nicht, oder wenigstens nicht anders zulässig sey, als wenn der klagende Theil schon einigen Beweis vor sich habe. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet, weil die angeführten Gesetze offenbar entgegen

80) LYNCKER Decis. P. I. Decis. 190. et P. II. Decis. 973. et 1127. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. XII. Def. 31. und P. III. Const. 5. Def. 14. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obf. 949. pag. 671. sq. de CANNGIESSER Decis. Hasso Cassell. Tom. II. Decis. 301. nr. 2. und Westphals Rechtsgutachten I. Th. h. t. §. 13. S. 76.

gen streiten, als welche auch in solchen Fällen das Recht den Eid zu deferiren derjenigen Parthen, welcher der Beweis obliegt, schlechthin ertheilen, und nur den Eid für Gefährde derselben abzufordern erlauben ⁸¹). Daß auch in Schwängerungsfachen die Eideszuschreibung zulässig sey, leidet um so weniger einigen Zweifel, da es eines Theils für eine geschwächte Person hart seyn würde, wenn ihr in einer Sache, die ihrer Beschaffenheit nach gewöhnlich alle andere Beweise ausschließt, das einzige noch übrige Zufluchtsmittel des Eides versagt seyn sollte, andern Theils aber es hier zugleich auf die Rechte des Kindes ankommt, welche Rücksicht einen jeden andern Gesichtspunct billig überwiegen muß ⁸²). Dahingegen findet die Eidedelation

1) in peinlichen Sachen nicht statt, sofern die Erkennung der Strafe davon abhängt. Denn so wenig die Ablehnung des Eides hier einen solchen Beweis-wider den Angeschuldigten bewirken kann, der zur Erkennung einer peinlichen Strafe genügt, weil hierzu ein Beweis durch unverwerfliche Zeugen, oder klare Urkunden, oder solche Anzeigen erfordert wird, die gar keinen Zweifel übrig lassen

81) Man vergleiche hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus den Criminal- und Civilrechte 2. Band 2. Bemerk. S. 17. ff. und der Gebr. Overbels Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 7. B. Medit. 365.

82) Meister a. a. O. S. 18. ff. WERNHER select. Observ. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. DLXXXIII. medit. 16. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 45. S. 141. Quistorp Grundsätze des deutschen peini. Rechts. I. Th. §. 485. und Gebr. Overbels Meditationen 10. Band Medit. 538.

lassen ⁸³); eben so wenig kann auch durch die Annahme desselben in peinlichen Fällen die Wahrheit füglich ausgemittelt werden, weil sich hier nicht voraussetzen läßt, daß der Richter in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuscht werden, vielmehr das Gegentheil mit Grund zu besorgen ist ⁸⁴). Es kann ferner der Eid

2) auch nicht über Urtheile aus Thatsachen zugesprochen werden, welche ihrer Natur nach, wenn sie auch der eine streitende Theil für wahr halten sollte, den Richter noch nicht Wahrheit erkennen lassen ⁸⁵). Aus diesem Grunde kann zum Beweis eines Gewohnheitsrechts der Eid nicht deferirt werden, obwohl über einzelne Handlungen, und deren Umstände, die zur Begründung einer behaupteten Gewohnheit angeführt worden sind, sofern der Gegner davon Wissenschaft haben muß, die Eidesdelation nicht für unzulässig zu halten ist ⁸⁶). Desgleichen kann

3) über solche Thatsachen kein Eid deferirt werden, deren Wahrheit anders nicht, als durch eine Besichtigung, ausgemittelt werden kann, z. B. über eheliches Unvermögen ⁸⁷). Auch nicht

4)

83) *L. fin. Cod. de probat.*

84) MALBLANC de iureiur. §. 45. pag. 139.

85) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 92.

86) MALBLANC de iureiur. §. 44. pag. 134. Grolman in der angef. Theorie §. 92. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 213. Not. n. S. 295. der 2. Auflage. Anderer Meinung ist THIBAUT im Syst. des P. R. I. Th. §. 20. a. E.

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CCCXV. medit. 7. und Danz Grds. der summarischen Prozesse §. 139. der Sömmerschen Ausgabe.

4) über fremde Handlungen, von welchen derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewißheit wissen konnte. Nicht einmahl zur freywilligen Annahme und Ableistung desselben ist er zuzulassen, geschweige denn daß er auf einen solchen Eid sich einzulassen, gezwungen werden könnte⁸⁸⁾; es wäre denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben dessen, welchem der Eid defertirt worden, sein Recht abhängig machen wolle⁸⁹⁾; außerdem kann nur das iuramentum ignorantiae zugeschoben werden⁹⁰⁾. Viele wollen endlich

5) auch Ehesachen hierher rechnen. Hier soll keine Eideszuschreibung Statt finden, sofern sie die Trennung der Ehe zum Zweck hat⁹¹⁾. Man gründet diese Meinung darauf, daß nach Vorschrift das *cap. fin. X. de transact.* kein Vergleich in Ehesachen zum Zweck der Ehetrennung gelten solle; die Eidesdelation aber als eine Art von *Transact* angesehen werde. Andere haben diese⁹²⁾ Meinung näher dahin zu bestimmen gesucht, daß in Ehesachen

88) L. II. §. 2. D. de act. rer. amotar. L. 42. D. de Reg. iur. MALBLANC de iureiur. §. 44.

89) Grolmans Theorie a. a. D. S. 171.

90) Günth. Heinrich von Berg jurist. Beobachtungen. 2. Th. No. XII. S. 17.

91) CARPZOV jurisprud. for. P. I. Const. 12 Def. 30. PUPENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 73. God. BARTH Disf. de iuramento iudiciali contra matrimonium non admittendo Lipsiae 1712. Dañz Grundsätze des ord. Prozeßes §. 370. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4516 Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens. §. 91.

92) Just. Henn. BOEHMER in iure eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 67. und de BERGER Elect. process. matrimon. Th. 30.

scheidungsachen zwar der klagende Theil dem Beklagten den Eid zuschieben könne, weil dieser, wenn er den Eid annimmt, für die Ehe schwört; hingegen der beklagte Theil dem Kläger den Eid nicht zurückschieben dürfe, weil dieser wider die Ehe schwören würde. Allein schon Ludovicus⁹³⁾ hat dagegen sehr gründlich bemerkt, daß die angeführte Vorschrift des Canonischen Rechts auf dem Lehrensatz beruhe, daß die Ehe ein Sacrament, und daher das Band derselben unauflöslich sey. Da nun die Evangelischen, bey denen doch nur eigentlich diese Frage vorkommen kann, jenen Satz verwerffen, und daher auch in Ehesachen einen Vergleich sogar zum Zweck der Trennung der Ehe für gültig erkennen, wenn er nur mit Genehmigung der geistlichen Obrigkeit in einem solchen Falle geschlossen wird, in welchem überhaupt eine Ehescheidung zulässig ist⁹⁴⁾; so ist unbegreiflich, wie man dennoch aus dem Canonischen Recht einen so unrichtigen Schluß hat herleiten mögen. Noch mehr aber ist zu verwundern, wenn man ehemaligen sogar auch in Verlobungsachen die Zulässigkeit des Eides in Zweifel gezogen hat, sofern er gegen die Vollziehung des Eheversprechens gerichtet war⁹⁵⁾. Doch dieser letztere Irrthum ist nun schon längst widerlegt, und auch

aus

93) Einleitung zum Consistorialproceß. Kap. 15. §. 4. u. 5.

94) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 353. C. 50.

95) CARPZOV Iurisprud. Consistor. Lib. III. Def. 44. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 20.

96) Iust. Henn. BOEHMER Iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. II.

Tit. 24. §. 61—66. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. h. t. ad

L. 9. nr. 25. et 26. GUNDLINGS rechtliche Ausarbeitun-

gen. I. Th. C. 172. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 30

Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th.

aus der Praxis verbannt worden ⁹⁶⁾. Allein wenn gleich schon mehrere der ältern Rechtsgelehrten ⁹⁷⁾ auch eben so lebhaft von jenem irrigen Satz überzeugt waren, daß zur Begründung einer Ehetrennung kein zugeschobener Eid geschworen werden könne, so klagten sie dennoch die Tyrannen der Praxis an, welche, aller Gründe ungeachtet, den Irrthum in Schutz genommen habe, und bis auf den heutigen Tag hartnäckig vertheidige. Mehrere heutige Juristen-Facultäten ⁹⁸⁾ haben indessen eingedenk des Ausspruchs eines Celsus ⁹⁹⁾: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est; in aliis similibus non obtinet*, jenen Irrthum zu verlassen angefangen, und für die Zulässigkeit der Eidesdelation in Ehescheidungssachen zur Begründung der Ehetrennung gesprochen. Diese Meinung verdient auch um so mehr allen Beifall, da sich kein vernünftiger Grund absehen läßt, warum nicht über diejenigen Thatfachen, welche eine rechtmäßige Ursache zur Ehescheidung begründen können, der Eid

Eid

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 323.

97) So sagt z. B. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 59. *Principium est constanti usu fori receptum, quod omnis delatio iuramenti, quae contra matrimonium, seu ad illud dissolvendum facit, sit prohibita. Quod, quamvis non contemnenda sint ea iuris momenta, quibus hoc principium impugnari solet, tam altas in foro radices egit, ut ex animis Practicorum nullo modo evelli posse, atque legis vim induisse videatur.*

98) Man sehe hier vorzüglich Georg Jac. Fried. Meisters praktische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte 2. Band. 1. Bemerk.

99) L. 39. D. de Legib.

Eid so gut, wie in andern Streitsachen, zur Ausmittlung der Wahrheit gebraucht werden dürfte; im Gegentheil die Beschaffenheit der die Auflösung des ehelichen Bandes bewirkenden Handlungen, als welche gewöhnlich im Verborgenen geschehen, die Zuflucht zu dem Hülfsmittel des Eides besonders nothwendig macht. Wie unbillig würde es nicht seyn, solchen Personen, welche durch Ehebruch, oder tödliche Nachstellungen ihres Ehegatten beleidiget, ja in Lebensgefahr gesetzt worden sind, aber keinen andern Beweis darüber, als den Eid, haben, dieses Beweismittel zu versagen, und sie auf solche Art zur Fortsetzung einer unglücklichen, ihnen zur Marter und dem Staat zum Nachtheil gereichenden Verbindung zu nöthigen? Mit Recht haben sich daher die meisten neuern Rechtsgelehrten¹⁰⁰⁾ für diese Meinung erklärt.¹⁾

§ 2

III.

100) Man sehe MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 46. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 20. not. r. Tom. II. pag. 154. Meister a. a. D. Martin's Lehrbuch des bürgerlichen Processus §. 213. not. l. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1163. BIENER System. process. iudiciar. Tom. I. §. 114. Obs. I. pag. 237. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 306. Usserdem stimmen noch hierin überein LFYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXXV. medit. 8. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 216. *Abr.* KAESTNER in Progr. iuramentum in causis matrimonialibus recte etiam negative deferri. *Lipsiae* 1727. *Casp. Matth.* MÜLLER in Diss. de iuramenti delatione contra matrimonium. *Mehlen* Anleitung zum gerichtl. Prozeß I. Th. §. 312. u. besonders *Car. Frid.* WINCKLER in Diss. de favore causarum matrimonialium nimio e foris proscribendo. *Goett.* 1775. § 7.8 et 9.

1) In der allgemeinen Gerichtsordnung für die preuß. Staaten I. Th. 10. Tit. §. 256. wird auch in Ehesachen

III. Wem kann ein Eid zugeschoben werden? Der Eid kann nur dem Gegner zugeschoben werden, den der Rechtsstreit hauptsächlich angeht. Denn nur wider diesen führt man den Beweis im Proceß, und nur mit ihm kann man sich vergleichen²⁾. Die Verhältnisse und Verbindungen, in welchen die streitenden Theile unter sich stehen, machen keinen Unterschied. Daher können Kinder ihren Eltern, und Eltern den Kindern, Dienstboten ihrer Herrschaft, und Unterthanen ihren Landesherren, wenn unter ihnen Prozesse entstehen, den Eid zuschieben³⁾. Auch kommt es darauf nicht an, ob der Delat eine physische oder moralische Person⁴⁾ ist. In Absicht auf die persönliche Fähigkeit des Delaten ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Eid gerichtlich oder außer Gericht angetragen wird. Im letztern Falle kommt die persönliche Fähigkeit desjenigen, dem der Eid ist zugeschoben worden, in keine Betrachtung, sondern alles beruht hier auf der Uebereinkunft der Parthenen. In Beziehung auf diese Art der Eidesdelation sagt daher Paulus L. 26.

pr.

sachen die Eideszuschreibung ohne Unterschied gestattet, der Eidesantrag mag die Fortsetzung, oder die Trennung der Ehe bewirken sollen.

2) Westphals Rechtsgutachten 1 Th. h. t. §. 11. S. 76. Danj Grundf. des ordentl. Prozeßes §. 369. und Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozeßes §. 213.

3) L. 14. et L. 15. D. b. t. CARPZOV Resp. iur. Lib. III. Tit. 8. Resp. 42. nr. 6. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. Th. 10. SCHNEIDER vom rechtl. Beweise §. 338. besonders Joh. Lud. Schmidt in seinen hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien 2. Bd. Nr. 32.

4) Man sehe oben §. 795. Nr. 6. S. 221. ff.

pr. D. b. t. 5) Qui iurasse dicitur, nihil refert, cuius sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet iusiurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit. Daher kann ein außergerichtlicher Eid nicht nur einem Unmündigen, sondern auch einer infamirten, oder meineidigen Person gültig deferrirt, und von derselben abgeleistet werden 6). Mit einem gerichtlich deferrirten Eide hingegen verhält sich die Sache anders. Denn da dieser zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises dem Gegner zugeschoben wird, so tritt hier richterliches Ermessen ein, ob und in wiefern hier der Delat zu diesem Zweck für fähig zu halten sey, oder nicht. Ein solcher Eid kann daher keinem Meineidigen zugeschoben werden, weil hier der Richter nicht wohl voraussetzen kann, daß er in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht werde getäuscht werden, da sich derselbe durch einen bereits begangenen Meineid dieses Zutrauens verlustig gemacht hat 7). Eben so wenig kann auch einem Unmündigen ein Eid im Proceß mit der Wirkung zugeschoben werden, daß er

§ 3

den

5) Denn die L. 26. b. t. ist aus PAULI libro 18. ad Edictum genommen, worin dieser römische Jurist vorzüglich über das Edict des Prätors de iureiurando voluntario extra iudicium delatocommentirt hat, wie Ge. Lud. BOEHMER in Diff. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 9. sehr gründlich bemerkt. Man sieht dies auch vorzüglich daraus, weil PAULUS gleich nachher von der exceptio iurisiurandi redet.

6) S. BOEHMER c. l. in Elect. iur. civ. Tom. II. pag. 661. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 120.

7) S. MALBLANC de iureiur. §. 42. pag. 125. sq. anderer Meinung sind LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 136. med. 6. und SCHNEIDER in det vollst. Lehre vom rechtl. Beweise. §. 365.

denselben zu schwören für schuldig erkannt werden könnte. Dies ist es, was Ulpian sagt *L. 34. §. 2. D. b. t. Pupillo non defertur iusiurandum*; wie schon an einem andern Orte ⁸⁾ bemerkt worden ist. Denn daß Ulpian hier vom gerichtlichen Eide redet ⁹⁾, lehrt der ganze Zusammenhang, besonders überzeugen uns hievon die gleich nachher folgenden Worte, wo er sagt: *Procurator non compellitur iurare, nec defensor, et ita IULIANUS scribit libro 10. Digestorum, defensorem iurare non compelli*. Dann heißt es: *qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare*. Nun findet der Eid für Gefahrde nur bey einer gerichtlichen Eidesdelation Statt. Wenn endlich Ulpian im §. 6. der *L. 34.* die Worte des Edicts selbst anführt: *Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam*; so ist vollends keinem weitem Zweifel unterworfen, daß hier blos von dem gerichtlichen Eide die Rede sey. Wird daher einem Unmündigen in einem gerichtlichen Rechtsstreite ein Eid defertirt, so ist die Ableistung desselben, wosfern kein anderes Auskunftsmittel Platz greift, aufzuschieben bis zur erlangten Eidesmündigkeit ¹⁰⁾. Nach der Praxis ist dieses ausser Zweifel ¹¹⁾, und dem Geist des römischen Rechts ist ein sol-

8) S. den ersten Abschnitt dieses 12. Theils §. 793. S. 206.

9) Eben dies bemerkt auch *Ge. Lud. BOEHMER cit. Diss. §. 9. pag. 11. in Elect. iuris civ. Tom. II. pag. 662.*

10) S. *MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 42. pag. 126. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4515. not. e.*

11) *WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 498. et 597. MEVIUS Decif. P. VII. Decif. 385. WALCH Diss. de iurantis legitima aetate. §. 7.*

solcher Aufschub auch nicht entgegen ¹²⁾. Wenn mehreren Streitgenossen der Eid deferirt wird, welche keine Gemeinheit ausmachen, so kommt es darauf an, ob ihr Interesse theilbar, oder untheilbar ist. Im ersten Falle müssen die Interessenten sämmtlich den Eid ableisten, sie sind auch wegen ihres getheilten Interesse zu einer einförmigen Erklärungsart über den ihnen angetragenen Eid nicht verbunden, sondern es können einige den Eid annehmen, ohne daß deswegen die übrigen gehindert sind, den deferirten Eid zurückzuschleiben ¹³⁾. In dem andern Falle hingegen müssen sich alle Consorten, deren Interesse untheilbar ist, zu einer einförmigen Erklärungsart vereinigen, doch hängt es hier von der Wahl und Bestimmung des Deferenten ab, ob er den Eid nur von einem oder von etlichen Theilnehmern im Namen der übrigen verlangen will, um eine zwecklose Vervielfältigung der Eide zu verhüten ¹⁴⁾. Einem Dritten, der an dem Rechtsstreit keinem Antheil hat, kann hingegen der Eides-Antrag nicht geschehen ¹⁵⁾, sondern dieser muß von dem Beweisführer zum

§ 4

Zeu

12) L. 34. pr. D. b. t. C. BOEHMER Diss. cit. de auctoritate iudicij circa iusiur. in iudicio delat. §. 9. in fine.

13) S. Martin von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft. §. 10. (in dem Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Proceß. 1. Bandes 2. Heft. S. 233 ff.)

14) S. Danz Grds. des ord. Processus. §. 369. von Bülow und Hazemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Nr. 21. Not. e. S. 141. und 5. B. S. 280. und Westphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 11. S. 76.

15) Ge. Lud BOEHMER Diss. cit. §. 10.

Zeugen ernannt, und mit dem Zeugenelde belegt werden ¹⁶⁾. Man nimmt indessen den Fall aus, wenn der Dritte, ob er wohl nicht persönlich in dem Proceß als Gegenparthey erscheint, doch juristisch als eine Person mit der Gegenparthey betrachtet werden muß ¹⁷⁾. Daher kann der Schuldner, wenn er mit dem Cessionar im Streit befangen ist, noch immer dem Edenten den Eid antragen, dem Cessionar aber nur dann, wenn er ebenfalls über Gewißheit schwören kann ¹⁸⁾. Wenn Personen Namens Anderer vor Gericht streiten, so kommt es darauf an, ob der Eid ihre eigene Handlungen betrifft, oder fremde. Im ersten Falle müssen sie sich auf den Antrag einlassen, in dem letztern Falle hingegen steht die Annahme nur in ihrer Willkühr, vorausgesetzt, daß sie, sofern der Eid auf ihr Wissen gestellt wird, von den fremden Handlungen etwas wissen können ¹⁹⁾, es sey denn, daß der Gegentheil von dem bloßen Glauben derselben sein Recht abhängig machen wolle ²⁰⁾. Hiernach sind nun die Fragen zu entscheiden, ob und in wiefern den Vormündern und Curatoren in Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlenen, ferner den Sachwaltern

16) S. Westphals Rechtsgutachten 2. Band. Nr. 31. S. 227. Nr. 6. u. 7.

17) S. Westphal a. a. O. S. 227. und Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 91. Rot. 2. S. 57.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 338. Danks Ord. des ord. Proceßes §. 369. und besonders FÜLLER ad Leyserum Tom. II. Fasc. II. Obs. 419.

19) THIBAUT System des P. R. 3. B. §. 1163.

20) Grolman's Theorie §. 92. S. 171.

tern und andern Verweßern fremder Geschäfte in Sachen ihrer Principale der Eid zugeschoben werden könne²¹⁾? Folgende Gesetzstellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 5. Cod. de rebus cred. et iureiur. Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis pupillis, relicta fideicommissa videantur, super fideicommissis praeses provinciae cognoscet: et si id tibi relictum esse constiterit, reddi tibi efficiet. Idem si inficietur, ad ius iurandum, ut desideras, tutorem adiget.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo Jemand sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und dem ihm bestellten Vormund mündlich die Auszahlung eines Fideicommisses auferlegt hatte. Ein solches Vermächtniß ist eben so gültig, als ob es dem Erben selbst wäre auferlegt worden²²⁾, weil der Vormund des Pupillen Person vorstellt. Wird also dem Vormund der Eid

§ 5

hier

21) *S. LEYSER* Medit. ad Pand. Specim. CXXXVI. medit. 1—5. *PUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 181. *WERNER* Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 431. *KIND* Quaest. for. Tom. III. cap. 54. *BIENER* Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 101. und von *Berg* Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Th. Nr. XII.

22) *L. 69. §. 2. D. de legat. II.* Mater, filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, ut, si filius suus intra quatuordecim annos deceisset, restitueret heredem *Sempronio*: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit. Nam et si pater, non iure facto testamento, tutoris fidei commiserit, aequè praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset: sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur

hierüber deferirt, so schwört er über seine eigene Handlung. Er muß sich also im Zeugungsfalle auf den Eidesantrag einlassen. Dies ist der eigentliche Fall des Gesetzes, wie es auch Janus a Costa ²³⁾ erklärt hat, und insonderheit die Basiliken ²⁴⁾ bestärken, in welchen dasselbe aufsolgende Art paraphrasirt ist:

Τελευτῶν τις ἔγραψε τὸν ἑαυτῆ παῖδα ἀνηβον ὄτα κληρονομον, δεδωκώς αὐτῷ ἐπίτροπον· καὶ ἐκ τῆ ἐπίτροπου κατέλιπε ληγάτον ὁ ληγαταριος προσῆλθεν αὐτῶν τὸν ἐπίτροπον καταβαλεῖν αὐτῷ το ληγάτον, καὶ ἤρνήσατο ὁ ἐπίτροπος, καὶ ἀντιγράψει πρὸς αὐτὸν ὁ βασιλεὺς οὕτως· ὅτι ἐκ τῆ ἐπίτροπου καταλειφθῆναι τὸ ληγάτον ἀμφιβάλλεται, εἰ μὲν ὁμολογεῖται, καταβάλλεται· εἰ δὲ ἀρνεῖται ὁ ἐπίτροπος, ἀναγκάζεται ὁμώσει περὶ τῆτου. i. e. *Quidam decedens filium suum adhuc impuberem heredem instituit, dato ei tuore: et a tutore legatum reliquit. Legatarius tutorem adiit, petiitque, ut legatum sibi relictum praestaret: qui legatum a se relictum inficiatus est. Imperator igitur in banc sententiam ei rescribit. Quoniam ambigitur, an legatum a tutore relictum sit, siquidem relictum esse constet, praestandum est: si vero tutor inficietur, de eo iurare compellitur.*

L. 4. pr. D. de in litem tur. Videamus in tutelari causa quis iurare et adversus quem possit? Et quidem ipse

deatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore minoris debet probari. — L. 20. Cod. de Fideicomm. Etiam a pupillarum tutoribus, velut ab ipsis relicta fideicommissa, debentur.

23) Ad L. 5. C. de reb. cred. in Praelection. ad illustriores quosdam Titulos, locaque selecta iuris civ. pag. 163.

24) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Const. 47. pag. 131.

ipse pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum; DD. Fratres rescripserunt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps subire.

L. 34. §. 3. D. b. t. Procurator non compellitur iurare, nec defensor, et ita IULIANUS scribit libro 10. Digestorum, defensorem iurare non compelli.

IV. Wie muß der Eid deferirt werden?

1) Das Factum, worüber der Eid zugeschoben wird, muß nach allen Umständen, wovon die Wahrheit desselben abhängt, genau bestimmt seyn. Vor Gericht darf daher kein Eid in folle deferirt werden²⁵⁾. Wenn also z. B. der Eid wegen eines begangenen Betrugs deferirt wird, so darf dies nicht im Allgemeinen auf eine solche Art geschehen, daß der Gegner schwören soll, den Deferenten nicht betrogen zu haben, sondern der Eidesantrag muß auf solche Thatfachen gerichtet werden, woraus sich ein Dolus ergibt²⁶⁾. Jedoch gilt dieser Satz nur von gerichtlichen Eiden. Denn wird ein Eid außsergerichtlich deferirt, so kann der Antrag auch im Allgemeinen geschehen, wenn ihn der Gegner in dieser Form annimmt, weil ein solcher Eid lediglich von der Uebereinkunft der Partheyen abhängt²⁷⁾.
Daher

25) Ge. Lud. BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 12.

26) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medic. 35. et 36. und von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 1. Th. Nr. 29.

27) L. 9. §. ult. D. b. t. L. 11. pr. D. eodem.

Daher kann z. B. der Besitzer einer Sache demjenigen, welcher behauptet, daß die Sache sein Eigenthum sey, den Eid geradezu darüber deseriren, wenn gleich der Delat keine weiteren Gründe seines Anspruchs angeführt hat; und schwört dieser den Eid, so begründet derselbe die Publicianische Klage gegen den Deserenten. Wird hingegen der Eid dem Besitzer angetragen, und dieser schwört, daß die Sache dem Deserenten nicht gehöre, so giebt ihm der Eid eine Einrede, womit er sich gegen den Deserenten schützen kann, wenn dieser dennoch die Sache nachher gerichtlich als die seinige in Anspruch nimmt²⁸⁾.

2) Der Eid darf keinem Dritten, der an dem Prozeß keinen Antheil nimmt, zum Nachtheil gereichen. Daher kann weder einem concursmäßigen Schuldner der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger deserirt, noch von diesem der Eid zum Nachtheil seiner Gläubiger angetragen werden²⁹⁾; und der Eid, den der Kläger oder der Beklagte geschworen hat, giebt zwar diesem ein Recht, allein einem Dritten kann dieser Eid an der Verfolgung seines Rechts nicht hindern³⁰⁾.

§. 800.

28) L. 7. §. 7. D. de public. in rem act. Man sehe des 8. Theils 1ste Abtheilung. §. 585. C. 189.

29) L. 9. §. 5. D. h. t. Sed et si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret, sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio, aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

30) L. 9. §. 7. D. eodem.

Die gerichtliche Eidesdelation als Beweismittel betrachtet.

So sehr man auch ehemals darüber stritte, ob die Eidesdelation zu den Beweismitteln zu rechnen sey, oder nicht; so ist doch jetzt die bejahende Meinung unstreitig die herrschende, insofern nämlich von dem gerichtlichen Eide die Rede ist. Just. Henning Böhmer³¹⁾ hat dieses ausser allen Zweifel gesetzt. Nur darüber ist man noch nicht einverstanden, ob die Eidesdelation blos ein subsidiarisches Beweismittel sey, oder nicht vielmehr ein solches, dessen sich diejenige Parthey, welcher die Beweislast obliegt, auch dann bedienen könne, wenn ihr auch die Beweisführung auf andre Art möglich wäre? Leyser³²⁾ und Cocceji³³⁾ behaupten das erstere. Allein das letztere, welches die meisten³⁴⁾ annehmen, ist ohne Zweifel den Gesetzen gemäßer. Denn diese überlassen es ganz der Willkühr des Beweisführers, ob er sich der Eidesdelation, oder eines andern Beweismittels bedienen wolle³⁵⁾, und

31) Diff. de probatione per delationem iuramenti. Halae 1743.

32) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXXVII. meditat. 5.

33) Iur. civ. contro. h. t. Qu. 25. in fin.

34) Io. Christ. Koch Diff. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. §. 13. Franc. Krohn Diff. Selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus exhib. (Erlangae 1782.) Cap. I. Emminghaus ad Coccejum c. l. Qu. 25. not. X. Tom. II. pag. 157. Dan; Grds. des ordentl. Processes §. 241. und 367. Thibaut Syst. des P. R. 3. Th. §. 1163. a. E. u. a. m.

35) L. 25. §. 3. D. de probat. L. 34. §. 6. D. b. t. L. 32. Cod. de fideicomm. L. 9. 11. et 12. Cod. de reb. credit. et iureiur

nehmen nur einige wenige Fälle aus, wo die Eidesdelation bloß in Ermangelung anderer Beweismittel Statt haben soll, nämlich wenn Vormünder in Sachen ihrer Mündel den Eid deferiren ³⁶⁾, oder der Eid als Gegenbeweismittel wider eine öffentliche Urkunde gebraucht werden soll ³⁷⁾. Es fragt sich aber, ob nicht derjenige, welcher sich der Eidesdelation bedienen will, seine Behauptung wenigstens schon einigermaßen wahrscheinlich gemacht haben müsse? Mehrere Rechtsgelehrten ³⁸⁾ wollen dieses wirklich behaupten. Allein, wofern nicht etwa die Proceßordnung eines Landes ³⁹⁾ dieses zur Bedingung gemacht hat,

hat,

iur. Man sehe auch die preuß. Gerichtsordnung I. Th. 10. Tit. §. 253.

36) *L. 35. pr. D. b. t. VOET b. t. §. 12.*

37) *L. 22. §. 10. Cod. de iure delib. Licentia danda sit creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerit legitimis modis, quod superfluum est, approbare vel per tormenta forsitan fervorum hereditariorum, — vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint. C. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 48.*

38) COTHMANN Vol. II. Resp. 82. MASCARDUS de probation. Vol. II. Concl. 958. nr. 7. MEVIUS P. VI. Decis. 405. et P. IX. Decis. 78. FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. I. Def. 23. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 956. und besonders Franc. ALEP in Diss. de viribus iuramenti reo sine ullo praesumptionis adminiculo ab actore delati. *Heidelbergae 1757. Cap. 2.*

39) Wie z. B. die Brennische Hofgerichtsordnung vom Jahr 1675. P. II. Tit. 18. §. 1. C. PUFENDORF Tom. II. Obs. 151. ferner die Frankfurter Reformation P. I. Tit.

hat, so läßt sich mit Grund behaupten, daß die Eidesdelation Statt finde, wenn gleich derjenige, welcher sich derselben bedienen will, nicht einmal eine Vermuthung für sich haben sollte ⁴⁰). Denn die Gesetze des gemeinen Rechts haben auch hierin der Willkühr des Beweisführers im Gebrauche der Eidesdelation auf keine Weise Schranken gesetzt ⁴¹), sondern ertheilen ihm vielmehr das Recht, den Eid zu deferiren, schlechthin, und verpflichten ihn bloß zur Ableistung des Eides für Gefahr, wenn ihn die Gegenpartey verlangt ⁴²). Ja es besteht eben darin der Hauptnutzen der Eideszuschlebung, daß man bey Ermangelung aller andern Beweismittel dazu seine Zuflucht nehmen kann ⁴³). Daher kann der Eid sogar dann zugeschoben werden, wenn auch die Behauptung des Deferenten an sich

Tit. 39. §. 13. et 14. S. KOCH Diff. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii Cap. II. §. 14.

40) Dieß behaupten mit Recht VOET in Comm. ad Pand. l. t. §. 12. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 42 a PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 151. LEYSER Specim. CXXXV. medit. 5. Ger. Lud. BOEHMER in Diff. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 14. KOCH Diff. de eo, quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii. Cap. II. §. 12. et 13. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 52. Danz Grundf. des ordentl. Processus. §. 241. und Meiser in den prakt. Bemerkungen aus dem Crim. und Civil. Rechte 2. Bd. Bem. 2. S. 19.

41) L. 34. §. 6. D. h. t. wo der Prätor sagt: *Eum. a quo petitur iusiurandum, aut iurare, an solvere cogam.* Dies wiederholen nochmals die Kr. Diocletian und Maximian in der L. 9. C. de reb. cred.

42) L. 25. §. 3. D. de probat.

sich unwahrscheinlich wäre, weil dasjenige, was auch an sich unwahrscheinlich ist, dennoch wahr seyn kann⁴⁴). Diejenigen, welche das Gegentheil behaupten, vermischen offenbar den freiwilligen Eid mit dem nothwendigen. Man sieht dies deutlich aus den Beweisstellen, wodurch sie ihre Meinung unterstützen. Ihre Hauptsütze ist das *cap. ult. X. b. t.* wo es heißt: *Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil praestiterit, obtinere; praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum: nisi iudex, inspectis personarum et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum.* Allein es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von dem freiwillig angetragenen, sondern von dem nothwendigen Eide die Rede ist, welchen im Falle eines unvollkommenen Beweises der Richter auflegt, und zwar, wie es die Umstände erfordern, zuweilen dem Producten, welches dann der Reinigungseid genannt wird, wovon in dem angeführten Text die Rede ist, zuweilen dem Producenten, welches man den Ergänzungseid nennt.

Ob der Eid bloß in dem ordentlichen, oder auch in dem executiv Proceß Statt finde? ist ebenfalls unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige⁴⁵) zählen die Eidesdelation zu den liquiden Beweismitteln, und lassen sie daher auch

43) *L. 35. pr. D. b. t. L. 22. §. 10. Cod. de iure delib.*

44) *S. Westphal's Rechtsgutachten 2. Band Nr. 131. §. 227.*

45) *LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Sp. CXXXV. medit. 2. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 51. MÜLLER ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obf. 304.*

auch im executivischen Prozesse zu. Andere⁴⁶⁾ hingegen läugnen dieses schlechterdings. Daß zur Begründung einer Executivklage keine Eideszuschreibung gebraucht werden könne, ist wohl keinem Zweifel unterworfen, weil der Geist des Executivprocesses klare Urkunden fordert, und schon die erste Verfügung des Richters bey einer Executivklage, der Natur derselben gemäß, auf Vorlegung der Documente gerichtet ist⁴⁷⁾. Allein es fragt sich, ob nicht wenigstens dem Beklagten zur Begründung seiner Einreden die Eidesdelation im Executivprocess gestattet sey? Diejenigen, welche überhaupt die Zulässigkeit des Eides im Executivprocess läugnen, wollen auch dem Beklagten den Gebrauch desselben nicht gestatten, weil, dem Grundsatz der rechtlichen Gleichheit beyder Theile zu Folge, in einer bestimmten Processart sich der Beklagte zum Beweis seiner Vertheidigungsgründe keiner Beweismittel bedienen dürfe, worauf der Kläger seine Klage nicht bauen kann⁴⁸⁾. Allein auch davon abgesehen, daß die Rolle des Beklagten in jedem bürgerlichen Rechtsstreite immer vorthellhafter ist, als die

46) Danz Grundsätze der summarischen Prozesse §. 84. der 3. Ausgabe, und Sönnner im Handbuche des teutschen gemeinen Processes 2. Band. Nr. LI.

47) S. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. II. cap. 2. §. 2. und besonders ZEMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 34. not r. Tom. II. pag. 163.

48) WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 36. BERGER Elect. Process. executivi. §. 38. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercitat. XIII. §. 16. Deltze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 102. lit. D. S. 129. und Sönnner a. a. D. §. 3.

die des Klägers ⁴⁹⁾, so paßt ja der Grund gar nicht auf den Beklagten, aus welchem dem Kläger jenes Beweismittel nicht gestattet ist, weil dieser nicht eben so, wie der Kläger, seine Intention gerade auf klare Brief und Siegel zu gründen benöthiget ist, sondern seiner Pflicht ein Genüge thut, wenn er seine Einrede sogleich liquid macht ⁵⁰⁾. Dies wird nun allerdings durch die Eidesdelation bewirkt, weil dadurch ohne Verlust von Zeit und Kosten die erforderliche juristische Gewißheit hergestellt werden kann. Der Kläger gewinnt dabey an Beschleunigung seiner Rechtsache um so mehr, da er durch dieses Mittel zum Richter in seiner eigenen Sache gemacht, und durch Leistung des ihm zugesprochenen Eides, die Einreden seines Gegners sofort aus dem Wege zu räumen, in den Stand gesetzt wird ⁵¹⁾? Wie könnte also der Kläger, dem an dem schnellen Ausgange des Rechtsstreits gelegen ist, leichter zum Ziele gelangen ⁵²⁾? Aus gleichem Grunde kann sich auch der Kläger im Executivproceß zur Begründung seiner Replik der Eidesdelation bedienen ⁵³⁾. Was ist denn auch der Dis-

fess

49) L. 125. D. de Reg. iur. Cap. 26. X. de Sentent. L. 8. Cod. de edendo.

50) S. de coecej ius civ. contro. h. t. Qu. 34.

51) Einverstanden hierin sind auch Ludovici in der Einleitung zum Civilproceß. Kap. 3. §. 20. STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 23. Westphals Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 10. und der Gebr. Dörbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 9. Band. Meditat. 479. §. 4. S. 273. ff.

52) Sönnner kann dies selbst nicht läugnen. Man sehe im angeführten Handbuch 2. B. Nr. LI. §. 4. S. 531.

53) S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 10. S. 75.

seffionseid, wodurch der Beklagte die Unrichtigkeit des Documents erhärtet, anders, als ein von dem Producenten zugeschobener Eid⁵⁴⁾?

Wenn ehe muß nun aber der Eid im Proceß deferirt werden? Es ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob in der Proceßordnung des Landes⁵⁵⁾ eine Frist bestimmt ist, binnen welcher die Eidesdelation geschehen müsse, oder nicht. In erstem Falle muß die vorgeschriebene Frist beobachtet werden, und es findet nach Ablauf derselben die Eidesdelation in der Regel nicht mehr Statt. In dem letztern Falle hingegen kann dieselbe nach gemeinem Rechte so lange geschehen, als noch nicht zum Urtheil geschlossen worden ist. Nach dem ältern römischen Recht vor Justinian mußte zwar die Eidesdelation noch vor der Litisconstestation geschehen, wie Malblanc⁵⁶⁾ gezeigt hat. Allein wie sich nach und nach die Gerichtsform bey den Römern änderte, und der Unterschied zwischen dem, was bey Verhandlung eines gerichtlichen Rechtsstreites in iure, und was in iudicio geschehen mußte, aufgehoben wurde, so ward es nun Grundsatz, daß die Eidesdelation in jedem

§ 2

Thes.

54) G. MALBLANC Doct. de iureiur. §. 50. Dan; Grundsätze des ordentl. Processes. §. 334. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Th. §. 1181. S. 103. der 3. Ausg. Anderer Meinung sind G ö n n e r im angef. Handbuche 2. B. Nr. XLVI. §. 13. G. 378. HOFACKER Princip. iur. civ. P. R. Tom. III. §. 4462. und M a r t i n im Lehrbuch des gemeinen Processes §. 203. Not. d.

55) Beispiele hiervon enthalten die sächsische und preußische Gerichtsordnung.

56) Doctr. de iureiur. §. 53.

Theile des Processes, zu Anfange, in der Mitte, oder auch noch am Schluße geschehen könne⁵⁷⁾. Es entsteht aber die Frage, ob auch in dem heutigen Tages besonders gewöhnlichen Falle, da vom Richter oder vom Gesetz ein Beweisstermin vorgeschrieben ist, die Eidesdelation auch noch nach Verfluß desselben zulässig sey? Es ist diese Frage unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Viele⁵⁸⁾ verneinen sie aus dem Grunde, weil die Eideszuschlebung unter die Beweismittel gehöre, und daher nach Ablauf der Beweisfrist eben so wenig für zulässig gehalten werden könne, als der Gebrauch eines andern Beweismittels. Man fügt noch den Grund hinzu, daß wenn man das Gegentheil behaupten wollte, die peremptorische Kraft des Beweisstermins nach Gefallen vereitelt werden könnte, welche doch das gemeine Beste zum Zweck hat, und dazu dienen soll, die Prozesse abzukürzen, und alle durch die Verlängerung der Beweise zu besorgende processualische Weitläufig-

57) *L. 12. Cod. de reb. cred. Nov. LXXIII. cap. 4.* In der erstern Stelle heißt es: *Omne igitur iuramentum, siue a iudicibus, siue a partibus inlatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia sub ipso iudice detur, non expectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.*

58) *Iust. Henn. BOEHMER* in *Diss. de probatione per iuramenti delationem.* §. 20. *SCHAUMBURG* *Princip. prax. iurid. iudic.* Lib. I. Sect. I. Membr. 3. Cap. 5. §. 6. *Knorre* *Anleitung zum gerichtl. Proceß* 1. Buch. Hptst. 13. §. 3. *Nettelbladt* *Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit* §. 292. *Sieber* *Anleitung zum Proceß* §. 195. *EMMINGHAUS* *ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 25. not. x.* *Martin* *Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes* §. 214. *GROLMAN* *Theorie des gerichtlichen Verfahrens.* §. 186. *Not. b. S. 375.* *SCNEIDER* *Lehre vom*

elgkeiten zu vermeiden. Andere ⁵⁹⁾ hingegen halten die Eidesdelation dessen ungeachtet auch nach dem Ablauf der Beweisfrist noch für zulässig, theils weil das römische Recht, dessen heutiger Gebrauch sich hierin nicht bezweifeln lasse, die Eideszuschreibung in allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens bis zum Endurtheil erlaube, theils weil die Eidesdelation als ein Transact anzusehen sey, den Partheyen aber frey stehen müsse, sich zu aller Zeit zu vergleichen, und dadurch den Rechtsstreit beizulegen. Ueberdem sey die Eidesdelation ein subsidiarisches Beweismittel, und müsse daher dem Beweisführer noch immer zu Statten kommen, wenn er anfangs mit andern Beweismitteln auszulangen, und hierdurch des höchst gefährlichen und unsichern Beweismittels der Eidesdelation, wodurch man den Gegner zum Zeugen und Richter in seiner eigenen Sache

§ 3

macht,

vom rechtlichen Beweise. §. 704. THIBAUT Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1199.

59) **Struben** rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 164. **PUFENDORF** Observat. iur. univ. Tom. I. Obl. 154. **Ge. Lud. BOEHMER** Princip. iur. canon. §. 812. und in Diss. de auctoritate iudicis circa iusiur. §. 53. pag. 191. **Chr. Frid. POHL** Diss. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 8. **Wehrn** Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen in bürgerlichen Streitfachen §. 58. Not. 9. S. 97. **Danz** Grundf. des ordentl. Processes §. 262. **Schmidts** hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. 29. u. Nr. 70. **Mehlen** Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 313. **KOZCHY** Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. 4. Betracht. **HOPACKER** Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4518. und der **Gebr. Dverbeck** Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. B. Medit. 281.

macht, überhoben seyn zu können, geglaubt, seine Absicht aber nicht erreicht hätte: weil es unbillig seyn würde, wenn nun ihm dieses letzte Hülfsmittel, die Wahrheit auszumitteln, entzogen werden, und derselbe, wegen seiner guten Absicht, nun sein Recht verlieren sollte. Unter diesen Meinungen verdient zwar die erste in der Theorie den Vorzug, weil die letztere sich mit der Natur einer peremptorischen Beweisfrist durchaus nicht verträgt, auch das römische Recht, welches keine peremptorische Beweisfrist kennt, hier keine Anwendung findet, sondern nur dann, wenn keine Beweisfrist vorgeschrieben ist, zur Anwendung kommen kann. Die Praxis nimmt indessen zum Grundsatz an, daß es dem Beweisführer, wenn er nur während der Beweisfrist seinen Beweis angetreten hat, noch frey stehen, sich in dem Falle, da er durch die gewählten Beweismittel seinen Zweck nicht erreicht hat, noch der Eidesdelation zu bedienen, wenn gleich der Beweisstermin schon abgelaufen seyn sollte, sofern nur nicht der Beweis wider den Beweisführer ausgefallen ist ⁶⁰). Unter dieser Voraussetzung kann denn auch dem Beweisführer die Befugniß, seinem Gegner den Haupteid zuzuschlehen, selbst noch in der Appellationsinstanz nicht abgesprochen werden ⁶¹), weil ihm

in

60) MEVIUS Part. IV. Decis. 5. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. III. Obs. I. Consil. Tubing. Tom. IX. Consil. 20. nr. 19. sqq. STRYK de cautel. iuramentor. P. IV. Sect. I. Cap. I. nr. 10. sqq. von Bülow u. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Bd. Erört. 57.

61) MEVIUS P. VIII. Decis. 49. Westphal's Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4518. kn.

in den Reichsgesetzen ⁶²⁾ ausdrücklich nachgelassen worden ist, noch in dieser Instanz neuen bessern Beweis beizubringen.

Da die Beweisführung nach der Regel: *iudici sit probatio*, zur Sphäre der richterlichen Beurtheilung gehört, so ergiebt sich hleraus von selbst, daß der Richter nicht nur berechtigt, sondern auch verbunden sey, die Vollführung des Beweises durch einen Eid auf eine solche Weise zu leiten, wie sie erfordert wird, damit der Zweck erreicht, und der Richter von der Wahrheit des streitigen Factums überzeugt werden könne ⁶³⁾. Daher legt Justinian ⁶⁴⁾ einem gerichtlich deferirten Eide nur insöfern eine rechtliche Wirkung bey, als er vom Richter genehmiget, oder unter richterlicher Auctorität ist zugeschoben worden. Vorzüglich aber ist die Zulässigkeit der Eideszuschlebung ein Object der richterlichen Prüfung. Der Richter tritt hier von Amts wegen auf, und verwirft eine unzulässige Eidesdelation, wenn auch ihre Statthastigkeit noch durch keine Einrede angefochten war ⁶⁵⁾. Aus diesem Grunde darf daher der Rich-

§ 4 ter

62) Jüngster Reichsabschied v. J. 1654. §. 73. 74. und 118.

63) C. Gönners Handbuch des gemeinen Processus 2. Th. Abh. XLIX. §. 7. und Ge. Lud. BOEHMERI Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. §. 6.

64) L. 12. §. 1. Cod. de reb. credit. Sed iuramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum: vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praestetur vel referatur: necessitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis sacramentum subire.

65) C. Gönners Handbuch 1. Band Abh. 10. §. 26. C. 266.

ter keine Eidesdelation über Reprobatorial-Artikel zulassen, die den Beweisartikeln direct entgegenstreiten. Zwar hat es keinen Zweifel, daß sich der Beklagte zum Beweis seiner Einreden eben so wohl, wie der Kläger zur Begründung seiner Klage, der Eidesdelation bedienen könne⁶⁶⁾; allein zum Beweis des Gegentheils dessen, was durch den Hauptbeweis hat dargethan werden sollen, ist keine Eideszuschreibung zulässig. Denn es war entweder

1) der Beweis vollkommen hergestellt; und dann ist die Eideszuschreibung nach klaren Gesetzen unerlaubt⁶⁷⁾, weil hier schon eine Gewissensvertretung vorhanden ist, welche den Producenten von der Ableistung des zugeschobenen Eides befreiet. Oder

2) der Beweisführer hat nur einen unvollständigen Beweis beigebracht. Hier muß auf einen nothwendigen Eid, und zwar, nach Verschiedenheit der Fälle, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid, erkannt werden; und es kann daher von der Zuschreibung eines Eides über das Gegentheil wiederum gar keine Frage seyn. Oder endlich

3) der Beweisführer hat gar nichts bewiesen. Dann fällt die Eidesdelation, als überflüssig, schon durch sich selbst hinweg⁶⁸⁾. So klar dies alles vor Augen liegt, so fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten⁶⁹⁾, welche der Meinung

66) Danz Grds. des ordentl. Processus §. 253.

67) Cap. 2. X. de probat.

68) E. Sönners Handbuch des gemeinen Processus 2. Band Nr. XLI. §. 7.

69) Io. Tob. CARRACH Diff. de reprobatione per delationem iurisiurandi licita. Halae 1737. rec. 1756. und Mettelblatts Ber-

nung sind, daß auch durch Eidesdelation ein eigentlicher Gegenbeweis geführt werden könne. Allein diese Meinung läßt sich nur in dem besondern Falle rechtfertigen, da dem geführten Beweise Gründe entgegenstehen, die im Falle sie erweislich wären, die ganze Kraft desselben vernichten würden. Nur in diesem Falle findet die Eidesdelation auch gegen Urkunden Statt, sie seyen öffentliche oder Privaturkunden, wenn ihnen z. B. die Einrede der Simulation, des Irrthums, der Verfälschung, und dergleichen entgegengesetzt worden ist⁷⁰). Außerdem muß die Eidesdelation, als ein Mittel, dadurch einen directen Gegenbeweis zu führen, schlechterdings verworfen werden, wenn auch der Beklagte selbst derjenige wäre, welcher den Gegenbeweis dadurch führen wollte, weil die Begünstigung, die sonst der Beklagte im Prozeß genießt, soweit nie ausgedehnt werden kann, um ihm etwas zu gestatten, was gegen deutliche Vorschriften der Gesetze streitet. Hierin haben Kläger und Beklagter gleiche Rechte⁷¹). Allein eine

§ 5

ander

Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit.
§. 266.

70) *Ge. Lud. BOEHMER* Diff. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 12. Nr. III. (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. pag. 669.) *PUFENDORF* Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 64. §. 7. sq. *Carl Ferd. HOMMEL* Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 381. Man vergleiche, was hiervon schon an einem andern Orte (§. 795. S. 213.) vorgekommen ist.

71) Die Gründe der entgegengesetzten Carrachischen Meinung findet man in *Ge. Steph. WIESAND* Progr. de reprobatione per iusiurandum caute instituenda. Nr. III. zu *Im. Gottl. TOEFFER* Diff. de probatione per iurisiurandi delationem caute instituenda, praeside *WIESANDIO Vitembergae 1790.* defensa. geprüft und widerlegt.

andere Frage ist, ob nicht im Gegenbeweise erlaubt sey, dem Producenten über diejenigen Thatumstände den Eid zu deferiren, worüber bereits die Probatorialzeugen nach den vom Producten eingereichten Interrogatorien abgehört worden sind? Viele Rechtsgelehrten ⁷²⁾ vertheidigen in diesem Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation aus dem Grunde, weil durch die Interrogatorien keine Beweisführung unternommen werde. Denn etwas anders seyen Artikel, etwas anders bloße Fragstücke. Letztere hätten blos zur Absicht, dadurch auszuforschen, ob auch die Zeugen eine hinlängliche Wissenschaft von der Sache hätten, sie enthielten also noch keinen Gegenbeweis. Allein dieser Grund ist nicht bündig. Denn indem der Product die Probatorialzeugen über Thatumstände vernehmen läßt, welche darauf abzielen, den Beweis des Producenten zu entkräften, so unternimmt er in der That einen Gegenbeweis. Es kommt hier nicht auf die Form, sondern auf die Wirkung an. Nun nimmt der Richter bey seinem Erkenntniß auf das, was die Probatorialzeugen auf die von dem Producten eingereichten Fragstücke geantwortet haben, eben so gut Rücksicht, als wenn er in bester Form Rechtens einen Gegenbeweis geführt hätte. Der Product würde also auf solche Art den Beweis durch Zeugen und Eidesdelation über einerley Gegenstände rechtswidrig cumuliren, und den Richter in große Verlegenheit setzen, wem er mehr trauen solle, den Zeugen, oder dem Eide? Mit Recht läugnen daher auch in

die

72) RIVINUS Enunciat. iuris Tit. XXI. §. 43. Lud. MENKEN Tract. synopt. process. iuris commun. et sax. Tit. IX. §. 11. God. BARTH Hodegeta for. Cap. I. §. 42. not. c. nr. 5. p. 206. WERNHER Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 57. und HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 404.

diesen Falle die Zulässigkeit der Eidesdelation die neuern Rechtsgelehrten, unter denen ich einen Carl Heinrich Geisler ⁷³⁾, Georg Stephan Wiesand ⁷⁴⁾, und Johann Adam Theophilus Rind ⁷⁵⁾, hier vorzüglich nenne.

§. 801.

Folgen einer geschenehen Eidesdelation. Annehmung, Zurückziehung. Gewissensvertretung. Ungehorsam des Delaten, wegen nicht erfolgter Erklärung und dessen Folge.

Findet nun der Richter keine rechtliche Ursache den zugeschobenen Eid zu verwerffen, es ist auch gegen die Statthastigkeit des geschenehen Antrages von Seiten des Delaten nichts Erhebliches eingewendet worden ⁷⁶⁾; so ist die Folge einer gerichtlich geschenehen Eideszuschreibung die, daß sich der Delat darüber erklären muß, ob er den Eid ableisten wolle oder nicht. Hierin unterscheidet sich vorzüglich die gerichtliche Eideszuschreibung von der außergerichtlichen, daß bey der letztern diese rechtliche Nothwendigkeit, welche bey der gerichtlichen dem Delaten obliegt, wegfällt

73) Animadversion. ex iure universo depromtar. Spicileg. I. *Vitbergae* 1787. Animadv. 3.

74) Cit. Programm. Nr. IV.

75) Quaestion. for. Tom. II. Cap. 24.

76) Derjenige, welchem ein Eid zugeschoben worden ist, kann nämlich rechtliche Gründe anführen, warum der Eid entweder gar nicht, oder nicht so, wie er von dem Deferenten angetragen worden, Statt finde. Solche Beweiseinreden veranlassen dann oft ein eigenes Verfahren. S. Danz Grundsätze des ordentlichen Processus §. 375.

fällt ⁷⁷⁾. Der Prätor sagt in seinem Edict, so wie solches Gerhard Noodt ⁷⁸⁾ restituirt hat: *Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam, si is, qui potest iusiurandum, paratus sit iurare, non calumniae causa id se postulare. Si iusiurandum referre malet, quam iurare, potestatem faciam. Si is, qui iusiurandum petet, conditione iurisiurandi non utetur, iudicium ei non dabo.* Den Grund dieser Verordnung setzt Paulus ⁷⁹⁾ theils in der Abkürzung der Prozesse, theils in der Billigkeit. Hoc enim, sagt er, et compendio litium et aequitatis ratione provisum est. Darin weicht also die gerichtliche Eidesdelation, als Beweismittel betrachtet, von dem Begriff eines Vergleichs ab, daß es nicht von der Willkür des Delaten abhängt, ob er den ihm zugeschobenen Eid annehmen oder ausschlagen wolle. Dagegen aber hat doch die gerichtliche Eideszuschreibung darin allerdings eine Vergleichsähnlichkeit behalten, daß die Gesetze den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, sondern ihm die Wahl geben, den Eid entweder anzunehmen oder zurückzuschieben ⁸⁰⁾; ja nach der Praxis kann er sogar beides durch die sogenannte Gewissensvertretung abwenden. Der Delat kann also den ihm angetragenen Eid entweder

1) an

77) *S. Ge. Lud. BOEHMER* Diff. cit. de auct. iud. circa iusiurand. in iudicio delatum. §. 3. et 4. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 655.

78) *Commentar. ad Dig. h. t.* Tom. II. *Operum* pag. 284. sqq.

79) *Sententiar. receptar. Lib. II. Tit. I. §. 1.* (in *Ant. schULTING* Iurisprud. Antejust. pag. 267.)

80) *L. 34. §. 7. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de constituta pecunia. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.*

1) annehmen. Unter der Annahme (*acceptatio iuramenti*) versteht man die Erklärung desjenigen, dem ein Eid gerichtlich zugeschoben worden ist, daß er den Eid abzuleisten bereit sey. Oder er kann

2) den Eid zurückschieben. Man nennt die Zurückschiebung des Eides (*relatio iurisiurandi*) die Erklärung des Delaten, daß er den ihm zugeschobenen Eid nicht schwören wolle, sondern die Ableistung desselben von dem Deferenten verlange, Oder

3) er kann sein Gewissen mit Beweis vertreten. Unter dieser Gewissensvertretung (*Probatio pro exoneranda conscientia*) wird die Handlung des Delaten verstanden, wodurch er den Richter auf eine andere Art, als durch den Eid, von der Nichtigkeit der Behauptung seines Gegners zu überzeugen sucht. Zu dieser Erklärung wird dem Delaten ein Termin gesetzt, welcher gewöhnlich peremptorisch ist, und daher die Wirkung hat, daß, wenn sich derselbe nicht erklärt, und die ihm dazu gesetzte Frist verstreichen läßt, er nun wegen seines Ungehorsams als Geständiger behandelt wird⁸¹). Geht die Eideszuschreibung auf verschiedene Punkte, so kann auch die Erklärung über dieselbe verschieden ausfallen⁸²), auf jeden Fall aber bleibt dem Delaten das ihm gesetzlich gestattete Wahl.

81) L. 34. §. 9. D. h. t. L. 38. D. eodem. wo Paulus den Grund anführt: Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. L. 9. L. 12. C. de reb. credit. et iureiur. S. Ferd. Aug. HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium. Lipsiae 1748.

82) S. Dan; Grds. des ordentl. Processes S. 376.

Wahlrecht unbenommen, wenn auch der Richter blos auf die Abschwörung des Eides erkannt haben sollte. Denn eine solche Sentenz ist immer unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wofern der Delat den Eid nicht etwa zurückschleiben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle ⁸³⁾.

§. 802.

I. Ann ehmung des Eides und deren Folgen, besonders wenn der Acceptant vor der Ableistung desselben stirbt.

Hat der Delat den ihm zugeschobenen Eid angenommen, welches entweder schriftlich in der gewöhnlichen Proceßform, oder auch durch eine mündliche Erklärung zu Protokoll geschehen kann, so besteht die Wirkung einer solchen Ann ehmung darin.

1) Der Delat muß den Eid nun schlechterdings ableisten, oder er wird als Geständiger behandelt, wenn er die Ableistung ohne Schuld seines Gegners verweigert ⁸⁴⁾. Es
fin

83) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXXIX. meditat. 3. 4. et 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obf. 385.

84) L. 34. §. 6. D. b. t. Si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore. Gewöhnlich behauptet man, der Beklagte verliere auch zur Strafe seine Einreden, wodurch er das Recht des Klägers hätte bestreiten können. S. BERGER Elect. Diceptat. for. Tit. XVI. Obf. 2. Not. 3. et Supplem. P. II. pag. 386. sq. HOMMEL Diss. de poena iurare nolentium §. 3. et 4. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 61. Allein sollte ein solcher Verlust Statt finden, so müßte der Grund entweder in einer besondern Verordnung der Geseze, oder in einem geschehenen Verzicht liegen. Nun läßt sich weder das eine noch das an-
dere

findet daher nach geschehener Annahme des Eides weder eine Zurückziehung desselben, noch eine Gewissensvertretung weiter Statt, es wäre denn, daß der Delat unterdessen neuen Beweis gefunden hätte, und auch bescheiden könnte, daß er vorher keine Wissenschaft davon gehabt habe ⁸⁵).

2) Der Defeferent hingegen ist an seinen Eidessantrag nicht gebunden, sondern kann den Eid bis zur wirklichen Ab-

dere mit Grund behaupten. Daß es an einer gesetzlichen Verordnung fehle, geben alle zu. Allein auch der letzte Grund, den man gewöhnlich annimmt, ist nichtig. Denn man sehe auch die gerichtliche Eidessdelation als einen bloßen Transact an, so läßt sich doch daraus weiter nichts, als die Uebereinkunft unter den Parthenen herleiten, daß wenn der Beklagte den Eid schwören wird, die Behauptung des Klägers für ungegründet gehalten, in dem entgegengesetzten Falle aber für wahr und erwiesen angenommen werden solle. Nun kann ja aber der Beklagte immerhin das Factum der Klage als wahr einräumen, ohne deswegen auch auf die ihm dagegen zustehenden Einreden Verzicht zu leisten. *L. 9. Cod. de except.* Daß auch der Beklagte anfangs die Klage abläugnen könne, und nachher, wenn der Kläger seine Intention erwiesen hat, doch noch mit seinen Einreden gegen die Ansprüche des Klägers zuzulassen sey, sagen die Gesetze deutlich. *L. 25. pr. D. de probat. L. 43. pr. D. de reg. iur.* Man vergleiche vorzüglich hierüber *Io. Ad. Tb. KIND Quæst. for. Tom. III. Cap. 16. pag. 129. sqq.* Auch *WERNHER*, der anfangs in *Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 107.* die entgegengesetzte Meinung hatte, hat sie nachher in dem Supplement zu dieser Observation sehr ausführlich und aus den bündigsten Gründen widerlegt.

85) *S. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 55.* Danz Erdf. des ord. Processus §. 377. und von *Quistorp* Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. LI. S. 301. folg.

Ableistung desselben nach Willkühr zurücknehmen. Die Practiker wollen zwar dieser Willkühr des Deferenten auf mancherley Art Schranken setzen. Nach einigen ⁸⁶⁾, denen auch Zellfeld beistimmt, soll die Widerrufung des zugeschobenen Eides nach der Annehmung desselben nur dann Statt finden, wenn der Deferent unterdessen neuen Beweis aufgefunden, und auch bescheinigen oder eidlich erhärten kann, daß er vorher davon keine Wissenschaft gehabt habe, auch der beygebrachte neue Beweis so beschaffen ist, daß daraus erhellet, der Delat werde einen Meineid begehen. Nach andern ⁸⁷⁾ soll dem Deferenten, wenn ihn auch der Widerruf des zugeschobenen Eides noch gestattet ist, dennoch eine Veränderung derjenigen Punkte, über welche geschworen werden soll, nach der Annehmung des Eides nicht mehr erlaubt seyn, und mit neuem Beweise soll der Deferent nur dann Gehör finden, wenn er gehörig darthun oder bescheinigen oder doch eidlich erhärten kann, daß er von dem neu aufgefundenen Beweise vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Allein wosfern nicht die besondere Proceßordnung eines Landes diese oder jene Einschränkung macht ⁸⁸⁾; so lassen sich dieselben nach dem gemeinen

Recht

86) Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap. 20. §. 5. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 394. MEVIUS Tom. I. P. II. Obs. 93. de cocceji iur. civ. contrav. h. t. Qu. 26. Struben rechtliche Bedenken 4. Band Bed. 2. Iust. Henn. BOEHMER Diss. de probat. per delationem iuram. §. 27. u. a. m.

87) Danz Grundsätze des ordentl. Proceßes §. 377.

88) Nach der Preuß. Gerichtsordnung I. Th. 10. Tit. §. 298. kann ein defertirter Eid nach erfolgter Acceptation anders nicht widerrufen werden, als wenn durch die nachgebrachten

Rechte ⁸⁹⁾ nicht annehmen, als welches ohne Unterschied bis zur wirklichen Eidesleistung sowohl die Zurücknahme des Eides, als auch andere Beweisführung zuläßt. Die Worte: *Si quis sacramentum intulerit, et hoc revocare maluerit, licere quidem ei hoc facere, et alias probationes, si voluerit, praestare, ita tamen, ut huiusmodi licentia usque ad litis tantummodo terminum ei praestetur*, wenn man damit die Anfangsworte vergleicht: *Si quis iusiurandum intulerit, et necdum eo praestito postea (utpote sibi allegationibus abundantibus) hoc revocaverit*, setzen dieses außer allen Zweifel. Eine besondere Ursache der Zurücknahme erfordert das Gesetz nicht, genug, daß es der Beweisführer für rathsamer findet, sich statt des anfangs gewählten bedenklichen Mittels eines andern zuverlässigern zu bedienen, um die Richtigkeit seiner Forderung oder seiner Einwendung zu beweisen. Es setzt aber doch die Verordnung des Kaisers Justinian voraus, daß auf die Ableistung des Eides noch nicht rechtskräftig erkannt sey. Denn durch die richterliche Sentenz erhält erst die Acceptation des deferteten Eides eine bürgerliche Verbindungskraft, welche die Zurücknahme des Antrags ausschließt ⁹⁰⁾, wie

ten Beweismittel das Gegentheil von dem, was der Acceptant beschwören wollen, vollständig ausgemittelt ist. Nach dem Code Napoleon Art. 1364. hingegen kann ein angetragener Eid gar nicht mehr zurückgenommen werden, sobald der Gegentheil einmal erklärt hat, daß er bereit sey den Eid zu leisten.

89) L. 11. Cod. de reb. cred. et iureiur. Man sehe über diese Verordnung MALBLANC de iureiur. §. 54.

90) S. Ge. Lud. BOEHMER Diss. cit. de auct. iud. circa iusiur. delat. §. 19. et 20.

wie aus folgenden Worten der angeführten Verordnung erhellet.

Post definitivam vero sententiam, quae provocatione suspensa non sit, vel quae, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit, nullo modo revocare iuramentum, et iterum ad probationem venire, cuiquam concedimus.

Daß hier unter der *sententia definitiva* das richterliche Erkenntniß zu verstehen sey, wodurch dem Acceptanten die Ableistung des Eides auferlegt wird, erhellet ganz klar aus den Basiliken ⁹¹⁾, aus welchen folgende Stelle hier bemerkt zu werden verdient:

Μέχρι δὲ τότε ἔξῃσι τῷ ἐπάγοντι τὸν ὄρκον καὶ μὴ τὸν αὐτὸν λαβόντι μεταμελεῖσθαι, ἕως ὅτε ἀπόφασις ἐξέλθῃ ἐπιτρέπουσα δοθῆναι τὸν ὄρκον. ἀποφάσεως γὰρ ἀπαξ ἔξετεχθεῖσης, καὶ δηλονότι μὴ ἐπιδοθείσης, ἢ γενομένης μὲν ἐκκλήτου, βεβιωθείσης δὲ τῆς πρώτης ἀποφάσεως ἐν τῷ δικαστηρίῳ τῆς ἐκκλήτου, οὐκέτι ἔξῃσι μετακαλεῖσθαι τῷ ἐπαγαγόντι τὸν ὄρκον, καὶ μεταπηδᾶν πρὸς ἑτέρας ἀποδείξεις, ἵνα μὴ ἀνωθεν δικαζόμενος τὸ τέλος τῆς πρώτης ὑποθέσεως ἀρχὴν δευτέρου δικαστηρίου ποιήσῃται. i. e. *Eousque autem mutare voluntatem liceat deferenti iusiurandum, quod nondum praestitum est, quousque sententia lata fuerit, quae iusiurandum praestari iubeat. Nam postquam sententia lata est, nec appellatio interposita est, aut interposita quidem est, sed prior sententia in iudicio appellationis confirmata est, non amplius ei, qui iusiurandum detulit, poenitere conceditur, et ad alias probationes transire, ne lite repetita finis negotii alterius causae fiat exordium.*

Mit

91) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. Const. 53. pag. 132.

Mit Recht konnte auch der Gesetzgeber die Sentenz des Richters, wodurch auf die Eidesleistung erkannt worden, eine *sententia definitiva* nennen, weil durch den Eid der Rechtsstreit entschieden wird, und der römische Richter sich bey seinem Ausspruch der Formel bediente: *ut vel iuret reus, vel solvat* ⁹²⁾. Aus allem ergiebt sich klar, daß von einem Beweise *pro evitando periurio* überall keine Rede sey ⁹³⁾, und eben so wenig erfordert der Gesetzgeber gerade neu aufgefundene Beweise, um den angetragenen Eid widerrufen zu können. *Leyser* ⁹⁴⁾ geht indessen zu weit, wenn er den Satz aufstellt, daß auch der Widerruf des deferrirten Eides sogar denn noch Statt finde, wenn auf die Ableistung desselben schon rechtskräftig erkannt worden ist. Der angeführten gesetzlichen Vorschrift streitet diese Meinung offenbar entgegen. Er meint zwar, daß seine Meinung dem Geist des Gesetzes entspreche. *Adeone*, schreibt er, *post rem iudicatam iudici permissum est, aditum periuriis facere? an rei iudicatae auctoritas efficiet, ut temere iurare, et nomen Dei vane usurpare peccatum non sit?* Allein *Leyser* setzt hier voraus, daß der Grund des Gesetzes in Verhütung der Meineide beruhe, wovon doch das Gesetz überall nichts enthält, es geht vielmehr das Gegentheil daraus hervor, daß der Gesetzgeber die Zurücknahme des angetragenen Eides nur bis zur Sentenz des Richters erlaubt. Da indessen das Canonische Recht dem Rich-

92) *S. BOEHMER cit. loc. in Elect. iur. civ. Tom. II. p. 683.*

93) *S. Io. Tob. CARRACH Diss. de imaginaria aequitate probationis pro evitando periurio. Halae 1734. §. 18.*

94) *Meditat. ad Pand. Specim. CXXXVIII. medit. 1. et 2.*

ter zur Pflicht macht, dahin zu sehen, daß keine solche Eide geschworen werden, bey denen entweder die Gefahr des Meineides vorhanden ist, oder aus deren Ableistung keine rechtsbeständigen Folgen und Wirkungen zu erwarten sind⁹⁵); so hat es nach dem heutigen Gerichtsgebrauch keinen Zweifel, daß des vorhandenen rechtskräftigen Erkenntnisses ungeachtet, wodurch der zugeschobene Eid bestätigt worden, der Widerruf, ja eine Verwerfung desselben von richterlichen Amtswegen Statt finde, wenn desselben Ableistung entweder an sich als nunmehr ganz unnöthig befunden, oder dieselbe einen offenbaren Meineid veranlassen würde⁹⁶).

In Absicht der Beweisführung, welche der Producent an die Stelle des zurückgenommenen Eides treten lassen will, ist jedoch noch zu bemerken, daß kein peremptorischer Beweistermin entgegenstehen dürfe⁹⁷). Denn wo ein solcher Termin bestimmt ist, da kann der Beweisführer zwar vor dessen Ablauf Veränderungen am Beweise nach Will.

95) *Cap. 2. X. de probat. Cap. 9. de Sentent. et re iudic.*

96) *Ferd. Christ. HARPPRECHT Diss. de revocatione iuramenti delati §. 39. 40. 56. et 57. (Vol. I. Dissertat. academ. Dis. 20.) MEVIUS P. II. Decis. 93. et P. VII. Decis. 195. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 69. FUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 109. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4521. not. c. von Quistorp Beiträge Nr. LI. S. 300. und Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 16. und 2. B. Nr. 20. ad Quaest. 2. Nr. 3. S. 323. f.*

97) *C. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processus §. 214 S. 297. der zweiten Auflage.*

Willkühr vornehmen, allein nach dessen Ablauf ist es ihm nicht mehr erlaubt, verabsäumte Beweismittel zu gebrauchen. Soll also Zurücknahme eines zugeschobenen und bereits acceptirten Eides noch nach Ablauf der Beweisfrist Statt finden, so müssen es neu aufgefundene Beweise seyn, deren er sich bedienen will⁹⁸⁾. Denn da bey diesen dem Beweisführer kein Verschulden zur Last fällt, so können solche Beweise sogar eine Restitution wider ein rechtskräftiges Urtheil begründen⁹⁹⁾. Auf jeden Fall bewirkt aber die Zurücknahme des zugeschobenen Eides soviel, daß der Beweisführer nicht mehr zu diesem Beweismittel seine Zuflucht nehmen kann, wenn ihm der gewählte neue Beweis mißlingen sollte¹⁰⁰⁾. Justinian verordnet dieses ausdrücklich in der angeführten *L. II. Cod. de reb. credit.* worin es heißt: *Sancimus, nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere: satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum desperavit aliam probationem, tunc de novo ad religionem convolare.*

Wenn der Delat zwar den ihm zugeschobenen Eid acceptirt hat, aber noch vor dessen wirklichen Ableistung stirbt, so ist die Frage, ob der angenommene Eid für abgeschworen gehalten werden könne, oder nicht, unter den Rechtsge-

II 3

lehre

98) Man vergleiche hier vorzüglich *Sönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes* 2. Bd. Nr. XXXIX. §. 4—6.

99) *S.* den 5. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 432. *S.* 399. und *Sönners* angef. Handbuch 3. Band Nr. LXVI.

100) *de coecej ius civ. contr. h. t. Qu. 27.*

Lehrten sehr streitig. Viele ¹⁾ behaupten ganz allgemein, daß in diesem Falle der Tod die Ableistung des Eides ersetze, weil man von jedem Sterbenden vermuthen müsse, daß er sein Gewissen bedacht haben werde. Andere ²⁾ hingegen nehmen diese Meinung nur unter folgenden Einschränkungen an, nämlich 1) wenn der Verstorbene ein rechtschaffener und gewissenhafter Mann war, 2) den Eid selbst in Person und nicht durch einen Bevollmächtigten acceptirt hatte, und dann auch 3) die wirkliche Ableistung des Eides nicht von ihm selbst durch eigene Schuld und Verzögerung verhindert worden ist. Noch andere ³⁾ erfordern, wenn der Tod die Kraft der Eidesleistung haben solle, daß die Sache nicht anders, als durch den defuncten Eid entschieden werden könne, auch der Verstorbene schon soviel für sich gehabt haben müsse, daß zu vermuthen sey, er werde den Eid mit gutem Gewissen abgeleistet haben. Dagegen läugnen andere ⁴⁾ ohne Unterschied, daß der Eid wegen des

erfolgs

1) GAIL Lib. II. Obs. 43. nr. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. SAM. STRYK Diss. de morte loco iurisiurandi. HALAE 1703. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40.

2) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXLIV. medit. 1. sq. Elaprotz im ord. bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 327. von Bülow und Theod. Hagemanns praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erört. XX. S. 138. f. SCHNEIDER vollständ. Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 68. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß fe. 1. Th. §. 321. S. 425. und Danz Grdf. des ord. Proceßes §. 370. a. E.

3) MEVIUS P. V. Decif. 46.

4) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 70. in fin. BERGER Elect. disceptat. for. pag. 577. Struben rechtl. Beden

erfolgten Todes des Delaten, welcher ihn angenommen hatte, für abgeschworen gehalten werden könne, weil weder ein Gesetz vorhanden sey, welches diese Meinung begünstige, noch sonst hinreichende Gründe zur Rechtfertigung derselben angeführt werden könnten. Dieser Meinung stimmen auch die meisten neuern Rechtsgelehrten ⁵⁾ bey, nehmen jedoch den Fall aus, wenn der Verstorbene durch die Schuld des Deferenten, oder durch desselben absichtliches in die Länge Ziehen an der Ableistung des Eides verhindert worden sey. Nur in diesem einzigen Falle sey der Eid als abgeschworen zu betrachten. Bey dieser großen Verschiedenheit der Meinungen kommt alles darauf an, was die Natur der Sache und die Rechtsanalogie lehren. Denn an diese müssen wir uns hier lediglich halten, weil es an einer bestimmten Verordnung des gemeinen Rechts fehlt,

U 4

wel

denken 4. Th. Bed. 2. S. 6. Lüd. MENKEN Progr. iuramentum in iudicio delatum acceptatumque ob mortem acceptantis simpliciter pro praestito habendum non esse, nisi aliud observantia fori receperit. *Lipsiae 1705. Gebb. Christ. BASTINZLER* Diff. de effectu oblationis ad iurandum, mortuo ante praestationem offerente. *Vitemb. 1724. WALCH* Controv. iuris civ. pag. 765. und *10. Dav. NEUENDORFF* Diff. de morte loco iurisiurandi. *Bützovii 1787.*

- 5) S. *Ad. SEYFRIED* Specim. inaug. resolvens, praemissis generalibus de iuramento principiis, quaestionem, num iuramentum delatum in iudicio acceptatumque, interveniente morte acceptantis, haberi pro praestito queat? praes. *Gallo Aloysio KLEINSCHROD* def. *Wirceburgi 1798. Grolmann* Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 95. *MÜLLER* Observ. pract. ad *Leysserum* Tom. II. Fasc. I. Obf. 327. *BIENER* System. processus iudiciar. Tom. I. §. 170. in Obf. pag. 333. sq. *THIRAUT* Syst. des R. P. 3. B. §. 1164. not. x. u. a. III.

welche diese Frage entscheidet. Entscheidet die besondere Proceßordnung eines Landes ⁶⁾ darüber, so versteht es sich von selbst, daß hierauf zunächst Rücksicht zu nehmen ist. Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß die aufgestellte Vermuthung, der Sterbende werde sein Gewissen bedacht haben, weil nicht zu glauben sey, daß Jemand, der auch den Vorsatz gefaßt hätte, einen falschen Eid zu schwören, sterben werde, ohne zuvor diesen zu widerrufen, und seine Seele zu retten, mag sie auch immerhin den Grundsätzen der Moral und des Christenthums entsprechen, dennoch in den

- 6) So verordnet z. B. die allgemeine Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. 5. Abschn. §. 378. „Wenn ein angetragener oder zurückgeschobener Eid unbedingt und ohne Vorbehalt angenommen worden, und der Acceptant verspricht vor der wirklichen Ableistung, so wird selbiger für geschworen geachtet. Ist hingegen die Annahme nur unter dem Vorbehalte eines eingewandten Rechtsmittels erfolgt, so müssen die Erben den Eid annoch leisten. Doch steht denselben bey dergleichen ihrem Erblasser angetragenen, und von diesem angenommenen Eiden, die Zurückschiebung noch allemal frey.“ Auch nach der Sächsischen Tribunalordnung P. II. Tit. 8. Sect. 3. §. 12. soll der deferirte Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Verstorbene einmal den Eid acceptirt hatte, und er nicht in mora gewesen wäre. S. von Bülow's und Hagemann's prakt. Erörterungen 3. Band Erört. 20. S. 136. Dagegen ist in der Sächsischen Gerichtsordnung Tit. XVIII. §. 8. verordnet, daß wenn auch gleich die Parthen den ihr zugeschobenen Eid acceptirt hätte, vor desselben wirklicher Ablegung aber verstorbe, der angenommene Eid doch nicht pro praestito gehalten werden solle, sondern es sollen desselben Erben nichts desto minder solchen Eid, jedoch nur de credulitate, abzuschwören schuldig seyn. S. BIENER im angeführten System. proc. iudic. Tom. I. pag. 334.

den Gesetzen keinen Grund habe, und daher die Behauptung, daß der Tod anstatt des Eides gelte, wenn der Acceptant vor der wirklichen Ableistung desselben stirbt, zu rechtfertigen, auf keine Weise im Stande sey. Man wird sich davon leicht überzeugen, wenn man das Gesetz etwas genauer prüft, worauf man sich gewöhnlich beruft. Es ist die L. 6. Cod. ad Leg. Iul. repetundar. wo es heißt: *Neminem divini timoris, contemnendo iusiurandum, arbitramur immemorem, ut saluti propriae ullum commodum anteponat.* Allein es leuchtet in die Augen, daß diese Worte keine verba dispositiva, sondern blos verba enunciativa sind, die folglich keine Gesetzeskraft haben. Sodann aber handeln sie auch gar nicht von dem Falle, da Jemand den Eid noch nicht wirklich abgeschworen hat. Nun ist zwischen der bloßen Annahme des Eides und der wirklichen Ableistung desselben noch ein großer Unterschied. Denn die Erfahrung lehrt, daß die Menschen von Natur leichter einen Eid annehmen, als ihn wirklich abschwören. Der Acceptant kann vielleicht nie die Absicht gehabt haben, den Eid wirklich abzuleisten, sondern nahm ihn an, um seinen Gegner zu schrecken, und ihn auf solche Art zu einem Vergleiche zu bestimmen. Eben deswegen, weil bey der Annehmung eines angetragenen Eides nicht immer der ernstliche Vorsatz Statt findet, den Eid wirklich abzuschwören, wird immer dem Acceptanten eine Bedenkzeit gegeben, eben deswegen geschieht auch vor der Ableistung eine ernstliche Ermahnung, wodurch nicht selten die wirkliche Ableistung, aller vorhanden gewesenen Bereitwilligkeit des Acceptanten ungeachtet, hintertrieben wird. Daß aber auch wirklich die Absicht der Kr. Theodos und Valentinian, von welchen die L. 6. cit. herrührt, gar nicht gewesen

sey, durch jene Worte eine allgemeine Regel aufzustellen, ergiebt sich aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: Tamen, ut ad salutis timorem etiam necessitas periculi subiungatur: *si quis ausus fuerit praebita sacramenta negligere, — accusandi cunctis, tanquam crimen publicum, concedimus facultatem, quadrupli poena eo, qui convictus fuerit, modis omnibus feriendo.* Wollte man endlich auf jenes Gesetz ja die vermeintliche Vermuthung bauen, so würden doch die Vermuthungen anderer Gesetze ⁷⁾ entgegen stehen, in welchen es heißt: *perturbatione mortis pressum facile eorum, quae essent acta, oblivisci;* es würde also hier eine Collision entstehen, in welcher doch immer jene allgemeine Präsumtion der besondern würde weichen müssen. Nicht zu gedenken, daß derjenige, welcher wider besseres Wissen und Ueberzeugung einen Eid acceptirt hatte, von einem so schnellen Tode überrascht werden kann, daß ihm weder Zeit noch Fassung übrig blieb, die begangene Handlung zu bedenken, und solche zu widerrufen. Wie läßt sich wohl in einem solchen Falle nach der Vernunft behaupten, daß der Acceptant, ohne die Eidesannahmung zu widerrufen, nicht gestorben seyn würde, sondern sein Seelenheil werde bedacht haben? Cocceji ⁸⁾ scheint die Schwäche jenes Arguments auch wohl gefühlt zu haben. Er sucht daher seine Meinung noch vorzüglich auf den Satz zu bauen, daß derjenige, an dem es nicht gelegen, eine gewisse Verbindlichkeit zu erfüllen, eben so anzusehen sey, als ob er derselben ein Genüge geleistet hätte. Allein auch diese Regel ist in ihrer Allgemeinheit

7) Nov. XVIII. cap. 6.

8) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 40.

helt offenbar unrichtig⁹⁾, und findet nach den klaren Worten der von Cocceji angeführten Gesetzesstelle, *L. 39. D. de Reg. iur.* In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat; blos in dem besondern Falle Anwendung, wo Jemand durch des Andern Schuld an Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert worden ist.

Wenn nun gleich aus allem diesen klar hervorgeht, daß die Meinung derjenigen, welche ohne Unterschied behaupten, daß der Tod dem Eidschwur gleich zu achten sey, wenn der Delat, der den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, vor der wirklichen Abschwörung verstirbt, auf keine Weise gerechtfertiget werden kann; so würde es doch auf der andern Seite wider alle Billigkeit und Rechtsanalogie streiten, wenn wir aus dem lächerlichen Grunde des Baldus: *Quod non omnis moriens sit Iohannes Evangelista*, ohne alle Ausnahme das Gegentheil behaupten wollten. Zwar läßt sich nach der Natur der Sache allerdings als Regel annehmen, daß ein Eid blos darum, weil er von dem Delaten angenommen worden ist, noch keinesweges für abgeschworen zu halten sey, wenn gleich der Tod des Acceptanten die Ableistung desselben gehindert hätte. Denn man betrachte den gerichtlich zugeschobenen Eid als Beweismittel; so versteht es sich ja von selbst, daß dieses anders nicht von Wirkung seyn kann, als wenn der intendirte Beweis dadurch wirklich voll-

9) S. EMMINGHAUS ad Coccejum. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Qu. 38. not. 2. pag. 260. Man vergleiche z. B. *L. ult. D. de condict. caus. dat. causa non sec.* und *L. 15. §. 6. D. locati.* Das hingegen enthält *L. 38. §. 1. D. eod.* und *L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit.* ein besonderes Recht.

vollführt, folglich der angenommene Eid entweder wirklich abgeschworen oder verweigert worden ist. Der Tod des Acceptanten an und für sich enthält weder für das eine noch für das andere einen hinreichenden Grund. Oder man betrachte den deferirten Eid als einen Transact; so ist wiederum die Eidableistung die Bedingung, welche erfüllt werden muß, wenn der Deferent für sachfällig soll erklärt werden können. Diese Bedingung kann zu desselben Nachtheil, bloß wegen des eingetretenen Todes des Acceptanten, nach Recht und Billigkeit nicht für erfüllt gehalten werden, sofern dem Deferenten, wegen der Nichtableistung des Eides keine Schuld zur Last fällt, wenn man zumal erwägt, daß nach gemeinen Rechten der Deferent den Eidesantrag nach Willkühr bis zur Ableistung zurücknehmen darf¹⁰⁾. Diese Freiheit würde ja demselben auf eine ungerechte Art entzogen werden, wenn der Eid, wegen des erfolgten Todes des Acceptanten, für abgeschworen angenommen würde. Allein jene Regel ist doch nicht ohne Ausnahme.

Um nun also die Frage, ob und in wiefern ein gerichtlich deferirter Eid, wenn dessen Ableistung durch den erfolgten Tod des Acceptanten verhindert worden ist, für abgeleistet zu halten sey, oder nicht? gründlich zu entscheiden; so sind folgende Fälle zu erörtern.

1) Der Verstorbene, welcher den ihm zugeschobenen Eid angenommen hatte, ist durch des Deferenten Schuld gehindert worden, ihn vor seinem Tode abzuschwören.

Hier

10) L. 11. C. de reb. cred. Cap. 9. X. de fide instrum.

Hier ist der Eid für abgeleistet anzusehen, es wäre denn, daß der verstorbene Acceptant wegen Meineides verdächtig gewesen, und deswegen nicht zur Ableistung hätte gelassen werden können ¹¹⁾. Außerdem muß der Defeferent billig die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen ¹²⁾. Der eigentliche Grund, warum in diesem Falle der Eid für abgeleistet angenommen werden muß, ist die schon oben angeführte Rechtsregel ¹³⁾: *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat.* Hierzu kommt noch ein anderer Grund. Derjenige, welcher sich der Eideszuschlebung bedient, geht zugleich mit dem Delatanten die Bedingung ein, daß er seine Behauptung aufgeben wolle, im Falle dieser den Eid über das Gegentheil ableisten würde ¹⁴⁾. Wenn nun der Delatant den Eid angenommen, und sich zu dessen Ableistung bereit erklärt hat, der Defeferent aber durch seine Handlungen es dahin bringt, daß jene Bedingung nicht erfüllt wird, so muß sie zu seinem Nachtheil, damit der andere nicht dadurch leide, für erfüllt gehalten werden. Es ist auch dieses in den Gesetzen klar verordnet. *In iure civili receptum est*, sagt Ulpian ¹⁵⁾ *quotiens per eum, cuius interest, conditionem non*

11) Man vergleiche hier vorzüglich des Hect. Wilh. von Sün-
derrode, genannt von Kellner, Werke aus dem teutschen
Staats- und Privatrecht 2. Band Nr. 7. §. 3. S. 235. HOF-
ACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. und EMMINGHAUS
ad Coccejum h. t. Qu. 40. not. 2.

12) L. 173. §. 2. D. de Reg. iur. Unicuique sua mora nocet.

13) L. 39. D. de reg. iur.

14) L. 3. D. h. t.

15) L. 161. D. eodem. L. 24. D. de condit. et demonstrat. Man
siehe auch Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56.

non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

2) Der verstorbene Acceptant hat durch seine eigene Schuld die Ableistung des Eides verzögert. Hier ist der Eid nach der Regel, daß jeder die Folgen des von ihm veranlaßten Verzugs tragen muß¹⁶⁾, für desert anzusehen. Jedoch ist auch hier der Fall auszunehmen, wenn der Acceptant aus rechtmäßiger Ursache, z. B. weil gegen die Eidesformel eine begründete Einwendung war gemacht worden, von dem Richter selbst einen Aufschub erhalten hätte. Hier kann freilich der Eid nicht für desert erklärt werden. *Qui enim sine dolo malo ad iudicium provocat, sagt Julian¹⁷⁾, non videtur moram facere.*

3) Es fällt keinem von beiden Theilen, weder dem Deferenten, noch dem Acceptanten, eine Schuld zur Last, daß der angenommene Eid nicht abgeleistet worden ist. Hier ist der acceptirte Eid weder pro praestito noch pro deserto zu halten¹⁸⁾, sondern es kommt darauf an, ob die Erben schwören können, oder nicht. Im ersten Falle kann ihnen der Eid deferirt werden. Daß sie aber auch den Eid noch zurückschieben können, leidet keinen Zweifel. In dem letztern Falle hingegen geht durch den Tod des Acceptanten das Beweismittel der Eidesdelation verloren. Denn der frühzeitige Tod des Acceptanten ist hier als ein bloßer

16) L. 173. §. 2. D. de div. reg. iur.

17) L. 63. D. eodem.

18) LAUTERBACH Diss. de relatione iurisiurandi §. 24. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 275. und HOFACKER Tom. III. §. 4522

bloßer Zufall anzusehen, durch welchen nach der Regel: *casus fortuiti a nemine praestantur* ¹⁹⁾, Niemand leiden kann, als diejenige Parthey, welche durch die Eideszuschlebung ein Recht erlangen oder beweisen wollte. Es muß also nun der Defeferent einen andern Beweis antreten, und es kann ihm, wenn etwa die Beweisfrist unterdessen verstrichen seyn sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *ex clausula Praetoris generali*, nicht abgeschlagen werden ²⁰⁾. Denn da dem Defeferenten wegen des unvorhergesehenen Todesfalles des Acceptanten kein Verschulden zur Last fällt, so muß ihm diese Rechtshülfe noch billig zu staten kommen ²¹⁾.

Es fragt sich aber, ob diese Grundsätze auch in dem Falle anzuwenden sind, wenn sich diejenige Parthey, welcher eigentlich die Verbindlichkeit der Beweisführung im Proceß nicht oblag, sondern die den Beweis von ihrem Gegner hätte erwarten können, dennoch freiwillig der Eidesdelation bedient hätte, der Gegner auch den Eid angenommen hat, aber vor der Ableistung desselben stirbt? Man sollte glauben, daß in diesem Falle der Eid ohne Unterschied für abgeschworen zu halten sey, weil hier der Defeferent ein besonderes Vertrauen in die Gewissenhaftigkeit seines Gegners gesetzt zu haben scheint ²²⁾. Allein, genau

erwo

19) L. 23. in *fn. D. de div. reg. iur.*

20) C. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. a. E. S. 179.

21) C. GÖNNER'S Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXIX. §. 6.

12) Dies ist auch Hrn. Prof. MALBLANCS Meinung in seinem klassischen Werke *de iureiur.* §. 56. pag. 202.

ertwogen, hat dieser Grund zu wenig Gewicht, um von den vorgetragenen Grundsätzen in diesem besondern Falle abzuweichen. Denn es kann ja überhaupt von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es möglich ist, daß, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann²³⁾. Wer also sich der Eidesdelation bedient, setzt allemal ein besonderes Zutrauen in die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden, und glaubt, er werde sein Gewissen bedenken, und keinen falschen Eid schwören, besonders wenn den Deficienten zum Eidesantrage gar keine Noth trieb. Wie kann also aus diesem Grunde der Eid pro praestito gehalten werden, wenn der Acceptant vor der Ableistung verstirbt²⁴⁾?

§. 803.

II) Zurückziehung des Eides, und deren Folgen.

Will derjenige, welchem der Eid gerichtlich beferlet worden ist, ihn nicht annehmen, so kann er auch erklären, daß er die Forderung seines Gegners für gegründet annehmen wolle, wenn dieser den Eid selbst schwören würde, das heißt, er kann den Eid zurückziehen²⁵⁾. Es kommt hier auf zwei Fragen an.

1) Wenn

23) E. Grolman Theorie §. 92. S. 170.

24) Man vergleiche hier des Dr. Adam Seyfried oben angef. Diff. resolv. quaestion. Num iuram. delatum in iudicio acceptatumque, interven. morte accept. haberi pro praestito queat? §. 46.

25) In der L. 25. §. 1. D. de constit. pecun. wird gesagt: Nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ut ipse iuret.

1) Wenn findet die Zurückschlebung des Eides Statt? Da auch die Zurückschlebung des Eides eine Art der Eidesdelation ist ²⁶⁾; so kann sie nur unter den Bedingungen geschehen, unter welchen überhaupt die Eideszuschlebung zulässig ist ²⁷⁾. Sie findet also nur dann Statt,

a) wenn der Deferent von der Sache, worüber ihn der Eid zurückgeschoben worden, Wissenschaft haben kann, oder haben muß, und es ist übrigens gleichviel, die Handlung, welche den Gegenstand des zu schwörenden Eides ausmacht, mag eine gemeinschaftliche, das ist, eine solche seyn, woran beyde Partheyen, sowohl der Deferent als Referent, gleichen Antheil genommen haben, oder eine fremde ²⁸⁾. Ist daher der Eid dem Gegner über desselben eigene Handlung zugeschoben worden, wovon nur er aus eigener Wissenschaft unterrichtet seyn kann, z. B. es ist bey einer Injurienklage der Eid über die Absicht zu beleidigen deferirt worden, oder die Eideszuschlebung betrifft sonst ein dem Delaten Schuld gegebenes eigenes Verbrechen; so findet keine Zurückschlebung Statt, und es ist der Deferent auch nicht einmal den Eid des Glaubens zu schwören verbunden ²⁹⁾. Ulpian sagt *L. II. §. I. D. rer. amot.*
Qui

26) Cit. *L. 25. §. 1. D. de pecun. constit.*

27) *S. Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Diff. de relatione iurisiurandi. *Tub. 1674. §. 12.* und *Ge. Lud. BOEHMERI* Diff. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum relatumque §. 17.

28) *S. LAUTERBACH* cit. Diff. §. 43. und besonders *Joh. Lub. Schmidts* hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Band Nr. XXXI. §. 1. u. 2.

29) *S. LAUTERBACH* cit. Diff. §. 72. de COCCEJI iur. civ. controvers. h. t. Qu. 39. *Pütters* auserlesene Rechtsfälle 1. Bds Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th. X 4. Th.

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogitur aduersarius iurare: *nihil divortii causa amotum esse*: und §. 3. fügt er hinzu: Si quis delatum sibi iusiurandum *referre velit*, non videtur Praetor permisisse; womit noch *L. 12. eodem* zu verbinden, wo Paulus sagt: Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit. In der *L. 13. D. eodem* bestätigt Ulpian seine Meinung noch durch die Auctorität des Labeo, wenn er sagt: Ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum, *referre iusiurandum*: et ita Edictum ordinatum videtur. Wenn nun gleich alle diese Stellen zwar nur von einer eigenen unerlaubten Handlung des Delaten reden, so ist es doch keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch bey einer eigenen erlaubten Handlung desselben das Nämliche Statt finde, wenn nämlich nur der Delat, nicht aber der Deferent davon hinlänglich unterrichtet ist³⁰⁾. Wie aber, wenn die eigene Handlung des Gegners z. B. des Beklagten, so beschaffen wäre, daß der Kläger hiervon eine gleiche Wissenschaft hätte, würde nicht in diesem Falle eine Zurückziehung des Eides Statt haben? Es scheint mir darauf anzukommen, ob die eigene Handlung des Beklagten, welche den Gegenstand der Eidesdelation ausmacht, eine erlaubte, oder unerlaubte sey. In dem ersten Falle hat die Zulässigkeit der Zurückziehung nicht den mindesten Zweifel

4. Th. Decis. CLXXVI. Nr. 2. BOEHMER cit. Diff. §. 17. Gebr. Ober des Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 9. Band. Medit. 450. S. 129. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. a. E.

30) S. BOEHMER cit. Diff. §. 17. in fin. und SCHMIDT'S hinterlassene Abhandlungen. 2. B. Nr. 41. §. 3.

Zweifel ³¹⁾. In dem letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden. Der Kläger hat entweder dem Beklagten über die ihm Schuld gegebene eigene Handlung den Eid deferirt, oder der Beklagte hat dem Kläger darüber den Eid zugeschoben. Im ersten Falle findet keine Zurückziehung Statt. Alle die oben angeführten Gesetze sagen dieses einstimmig. Gemeiniglich setzen zwar die Rechtsgelehrten den Grund darin, weil der Beklagte am besten wissen müsse, ob er schuldig oder unschuldig sey, welches hingegen der Kläger nicht immer mit vollkommener Gewißheit behaupten könne; sie wollen daher, wenn das letztere wirklich der Fall seyn sollte, auch sogar dem Beklagten über das ihm Schuld gegebene eigene Verbrechen die Zurückziehung des Eides gestatten ³²⁾. Allein alle oben angeführten Gesetzstellen sagen ausdrücklich, daß der Beklagte den ihm über sein eigenes unerlaubtes Factum zugeschobenen Eid abzuschwören schuldig, und demselben die Zurückziehung durchaus nicht zu gestatten sey. Eben dieses bestätigt auch noch eine deutliche Stelle des canonischen Rechts, *cap. ult. princ. X. b. t.* wo es heißt: *Nec liceat convento famosa actione referre huiusmodi iuramentum.* Der Grund scheint also vielmehr darin zu liegen, weil der Beklagte, welcher in einem Falle, wo er in Gefahr ist, seinen guten Namen zu verlieren, dennoch das ihm selbst an die Hand gegebene Mittel, wodurch er sofort

X 2

alle

31) LAUTERBACH *Diff. cit.* §. 75.

32) *C. Hug. DONELLUS* in *Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 21. pag. 1321.* BRUNNEMANN *Commentar. ad L. 11. D. rerum amotar. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXV. Tit. 2. Nr. XVIII. not. h. pag. 79.*

alle Gefahr abwenden, und seine Ehre retten konnte, ausschlägt, und die Entscheidung der Sache auf den Eid des Klägers ankommen lassen will, durch die Zurückschlebung des Eides offenbar den Verdacht eines bösen Gewissens wider sich erweckt ³³), der Kläger ist daher den ihm zurückgeschobenen Eid um so weniger zu schwören schuldig, je unbilliger es überhaupt seyn würde, ihn zu nöthigen, daß er über ein fremdes Factum schwöre ³⁴). Ganz anders würde sich hingegen die Sache verhalten, wenn der Beklagte dem Kläger über eine ihn gravirende Behauptung seines Klagegrundes, z. B. daß der Kläger es selbst gesehen, daß der Beklagte ihm seine Sache entwendet habe, den Eid zugeschoben hätte. Daß in diesem Falle der Beklagte dem Kläger den Eid zuschieben könne, leidet keinen Zweifel. Es läßt sich dieses aus einer Stelle des Paulus klar beweisen, wo es heißt ³⁵): Item POMPONIUS ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iuravit, non statim etiam conditionis causam nancisci. Zwar ist hier eigentlich nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede, wie daraus erhellet, daß gesagt wird, der Eid begründe hier nicht schlechterdings die *condictio furtiva*, weil diese nur dem Eigenthümer zusteht ³⁶). Es muß aber eben dieses auch bey einem gerichtlichen Eide Statt finden, weil hier der Kläger sich auf eigene Wissenschaft gründet ³⁷). Daß

nun

33) S. LAUTERBACH cit. Diff. §. 66. 67. et 68. und Gonzalez de Tellez Commentar. in Decretal. ad cap. ult. X. de iureiur. Tom. II. pag. 616.

34) L. 11. §. 2. D. *Reverum. amotar.*

35) L. 21. §. 9. D. *b. t.* Add. L. 9. §. 2. D. *eodem.*

36) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXV. not. I.

37) S. SETSER de iurament. Lib. IV. cap. 6. nr. II.

nun aber in diesem Falle der Kläger befugt sey, dem Beklagten den Eid zurückzuschieben, läßt sich darum nicht bezweifeln, weil hier dem Kläger weder ein Gesetz entgegensteht, noch auch der Grund hier eintritt, aus welchem die Gesetze dem Beklagten die Zurückschreibung des Eides nicht erlauben³⁸⁾. Die Zurückschreibung des Eides setzt ferner

b) voraus, daß der Deferent auch fähig sey, den Eid abzulegen, und der Delat die Fähigkeit habe, den Eid zurückzuschreiben. Denn auch die Befugniß, den Eid zurückzuschreiben, hängt von der freien Disposition über seine Rechte ab. Wer also einen Eid zu deferiren nicht fähig ist, kann auch einen zugeschobenen Eid nicht referiren³⁹⁾. Nur darin unterscheidet sich die Zurückschreibung von der Eidesdelation, daß der Zurückschreibende keinem Eide für Gefahrde ausgesetzt ist⁴⁰⁾.

2) Worin besteht die Wirkung der Zurückschreibung des Eides? Man unterscheide. Die Zurückschreibung war entweder

A) in einem solchen Falle geschehen, wo sie zulässig ist. Dann hat sie

a) auf Seiten des Deferenten, dem der Eid zurückgegeben worden ist, die Wirkung, daß dieser den Eid schlechterdings schwören muß, und ihn weder referiren,
 § 3 noch

38) LAUTERBACH Diss. cit. §. 68.

39) S. LAUTERBACH Diss. cit. §. XII. sqq.

40) L. 34. §. 7. D. b. t. Sed nec iusiurandum de calumnia referenti deferitur: quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

noch sein Gewissen mit Beweis vertreten kann, wenn er nicht beweisfällig werden will ⁴¹⁾. Denn derjenige, welcher fordert, muß doch überzeugt seyn, daß er ein Recht zur Forderung habe, dahingegen derjenige, von welchem gefordert wird, sehr wohl in dem Fall seyn kann, daß er weder von der Rechtheit der Forderung, noch von dem Gegentheil überzeugt ist. Er kann also wohl den Eid zurückgeben, aber nicht der Defereut, denn dieser muß nun schlechterdings auch dafür sorgen, daß seine Forderung glaubhaft werde. Dieses bestätigen auch klare Gesetze. Justinian sagt L. 12. §. 1. Cod. de reb. cred. et iureiur.

Sed iuramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum: vel ex auctoritate iudicis cuicumque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc praestetur, vel referatur: *necessitate ei imponenda, cui iure refertur, relationis sacramentum subire: vel si hoc recusaverit, quasi illato sacramento praestito, causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo.* Quis enim ferendus est, ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit?

Verweigert also der Defereut die Ableistung des ihm zurückgeschobenen Eides, und er ist der Kläger, so wird der Beklagte absolvirt, ist er der Beklagte, so wird er verurtheilt, und es wird in dem einem, wie in dem andern Falle so angesehen, als ob der Eid von dem Referenten wäre

41) de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 32. LAUTERBACH cit. Diff. de relatione iurisiurandi §. 106—108. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

wäre geschworen worden. Eben dies lehrt auch Ulpian L. 34. §. ult. D. h. t. wo er sagt: *Ex relatione, non iurante actore, iudex absolvit reum.* Sollte jedoch der Defereent unterdessen neue Beweise gefunden haben, und beschweigen oder eidlich erhärten können, daß er von denselben vorher keine Wissenschaft gehabt habe, so kann er mit diesem Beweise noch zugelassen werden ⁴²⁾. Stirbt der Defereent vor der Ableistung des ihm zurückgeschobenen Eides, so kann deswegen der Eid an sich nicht für abgeleistet angenommen werden, sondern es gilt hier eben das, was oben in dem Falle bemerkt worden ist; wenn der Delat vor der Ableistung des angenommenen Eides stirbt ⁴³⁾.

b) Auf Seiten des Defereenten entsteht die Frage, ob er die Zurückziehung widerrufen, und den Eid noch selbst schwören, oder die Gewissensvertretung noch ergreifen könne? Die Rechtsgelahrten sind hierüber verschiedener Meinung. Einige ⁴⁴⁾ unterscheiden, ob der zurückgeschobene Eid bereits acceptirt war, oder nicht. Nur in dem letztern Falle lassen sie die Revocation zu, aber nicht in dem ersten. Andere ⁴⁵⁾ hingegen läugnen unbedingt, daß es

X 4

dem

42) S. Grolmans Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung. I. Bandes 2. Heft S. 143.

43) Anderer Meinung ist MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203.

44) LAUTERBACH cit. Diss. §. 101. et 102. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. und BIENER Systema process. iudicial. Tom. I. §. 104. in fin.

45) MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 57. MÜLLER ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 312. Daus Grundf. des ordentlichen Processes §. 379. und HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4523.

dem Referenten noch freystehe, die geschehene Zurückschlebung zu widerrufen. Sie nehmen bloß den Fall aus, wenn derselbe neuen Beweis gefunden hätte, und bescheinigen oder eidlich erhärten könnte, daß er von demselben vorher keine Wissenschaft gehabt habe. Die richtigste Meinung ist wohl die, daß dem Referenten die Zurücknahme des referirten Eides in eben der Maße zu gestatten sey, wie dies dem Defertenten erlaubt ist ⁴⁶). Denn beide Theile müssen hierin gleiche Rechte haben, nachdem einmal in der *L. 11. C. de reb. cred.* der Satz aufgestellt ist, daß die Zurücknahme eines defertirten Eides bis zur Ableistung desselben nach Willkühr Statt haben solle.

B) Die Zurückschlebung des Eides ist in einem solchen Falle geschehen, wo sie unzulässig ist. Hier zieht sie die Defertion des zugeschobenen Eides nach sich, und der Delat wird *pro iurare nolente* gehalten ⁴⁷).

Uebrigens muß die Zurückschlebung des Eides in eben der Maße geschehen, wie der Eid angetragen ward, nur aber freilich in der umgekehrten Form der Zuschlebung ⁴⁸). Jedoch können zuweilen die besondern Umstände der Sache oder die besondern Verhältnisse der Personen eine Aenderung nothwendig machen ⁴⁹). Zuweilen ist auch der referirte Eid nur sein Glaubenseid, denn der

46) LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. II. Specim. CXXXIX. Cor. 2. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 30. nol. h. und THIBAUT *Syst. des P. R.* 3. B. §. 1164.

47) Danz *Ords. des ord. Processus* §. 378. Anderer Meinung ist jedoch Delke in der *Anleitung zur gerichtl. Praxis* §. 242. S. 371. lit. cc.

48) Martin *Lehrbuch des bürgerl. Processus* §. 216.

49) *L. 34. §. 8. D. b. t.*

Deferent leistet den Eid nach dem Grade seiner möglichen Wissenschaft von der Sache ⁵⁰⁾.

§. 804.

III. Gewissensvertretung. Ursprung und Wirkung derselben.

Derjenige, welchem ein Haupteid im Prozeß ist zugesprochen worden, wenn er den Eid weder selbst schwören, noch denselben zurückschieben will, kann jetzt beides dadurch abwenden, wenn er bereit ist, die Unwahrheit des Beweis-Satzes welche er beschwören sollte, durch andere Beweismittel darzutun. Dies nennt man sein Gewissen mit Beweis vertreten ⁵¹⁾. Ob diese Gewissensvertretung schon in dem römischen Rechte gegründet sey, oder bloß der Praxis ihren Ursprung verdanke, ist streitig. Das Letzte behaupten die meisten ⁵²⁾. Nur wenige sind mir bekannt, welche das Erste zu behaupten gesucht haben ⁵³⁾. Die erste Meinung verdient auch unstreitig den Vorzug, weil die Beweise für die Letzte auf einem nichtigen oder unsichern Grunde

50) LAUTERBACH Diff. de relat. iurisiur. §. 79.

51) GRIEBNER Diff. de probationum, quae iurisiurandi declinandi causa suscipiuntur, ambagibus recidendis. in Opusc. Tom. IV. Nr. 9. Car. Ebr. BOERNER D. de probatione pro exoneranda conscientia. Erf. 1731.

52) BAUER Pr. de defensione conscientiae per probationem iure communi fundata. Lipsiae 1753. (in Opusc. Tom. I.) Danz Erdf. des ordentl. Processes §. 380. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1164. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1233. u. a. m.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. MALBLANC de iureiur. §. 58. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. not. f.

beruhen. Denn daß die Eidesdelation nach dem römischen Rechte nur ein subsidiarisches Beweismittel sey, setzt Voet ganz unrichtig voraus. Das Zeugniß des Quinctilians⁵⁴⁾ hingegen, worauf sich Herr Professor Malblanc beruft, beweist zwar, daß die Gewissensvertretung durch Beweis sich nach der Vernunft wohl rechtfertigen lasse, weil sie dem Redlichgesinnten dazu dienen könne, um sich von allem Verdacht zu befreien, dem man nicht immer entgeht, wenn man sein Recht nur einem Eide, und folglich seiner eigenen Moralität, und dem Glauben der Welt an dieselbe verdankt. Allein daß sie in den römischen Gerichten eingeführt gewesen sey, läßt sich schwerlich daraus erweisen. Wie unsicher der Beweis sey, der aus den Schriften und Declamationen der römischen Redner, insonderheit aber des Quinctilians, zur Begründung dessen, was bey dem Römern wirklich geltendes Recht war, genommen wird, haben schon längst andere bemerkt. Abraham Wieling⁵⁵⁾ sagt sehr richtig: Frustra ex declamationibus Rhetorum auctoritatem iuris peti. Und Oiselius⁵⁶⁾ wirft mit

54) *Institut. orat.* Lib. V. cap. 6. Is, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium iudicem faciat, et eum, cuius cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno iureiurando stare, quam suo malit. Quo difficilius recusatio est, nisi forte res est ea, quam credible sit, notam ipsi non esse. *Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quae affirmet, quam dubium cuiquam relinquere, an peierarit.*

55) *Lectio. iuris civ.* Lib. II. cap. 22. pag. 197.

56) *ad Caji Institutiones* Lib. I. Tit. 4. Not. 3. (in SCHULTING *Jurisprud. Antejussiz.* pag. 33.)

mit Recht die Frage auf: Quis adeo hospes est in bonis litteris, ut ignoret liberam illam confingendi licentiam, quam sibi Veteres in eiusmodi scholasticis exercitationibus sumserunt? Ja wer sollte nicht Püttmanns⁵⁷⁾ Urtheil unterschreiben, wenn er sagt: Haud fortasse erraverim, si Rhetoribus haud minus, quam poetis atque pictoribus, quidlibet audendi fingendique aequam semper potestatem fuisse dixerim? Daß dies hier wirklich der Fall sey, scheint fast keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Denn man erwäge nur, daß in dem ganzen römischen Gesetzbuche von dieser Gewissensvertretung auch nicht die geringste Spur zu finden ist. Ueberall, wo von der Eidesdelation, als einem gerichtlichen Beweismittel, die Rede ist, wird zwar dem Delaten, der nicht selbst schwören will, erlaubt, den Eid zurückzuschleichen, aber nirgends wird ihm zur Abwendung des Eides der Beweis des Gegentheils erlaubt⁵⁸⁾, vielmehr sagt der Prätor in seinem Edict: *Eum, a quo iusiurandum petetur, IURARE COGAM, nisi iusiurandum referre malit*⁵⁹⁾. Wie verdächtig erscheint dagegen das Zeugniß des Redners! Schon Duaren⁶⁰⁾, dem die Stelle Quinctilians nicht unbekannt war, fühlte die Trügllichkeit dieses Beweises, und hielt die entgegengesetzte Meinung dem Geiste des römischen Rechts gemäßer, und

Roch

57) Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 16. pag. 124.

58) L. 34. §. 6. et 7. D. b. t. L. 38. D. eodem L. 25. §. 1. D. de constit. pecun. L. 9. Cod. de reb. credit. et iureiur.

59) L. 34. §. 6. et 7. D. b. t.

60) Commentar. in Tit. I. Libri IV. Cod. Cap. 3. in eius Operib. pag. 361.

Roch ⁶¹⁾ hat dies vollends außer allen Zweifel gesetzt. Daß übrigens die Analogie des kanonischen Rechts für die Rechtmäßigkeit der Gewissensvertretung spreche, leidet keinen Zweifel. Denn wenn derjenige, welcher bewiesen hat, nach einer bekannten Verordnung des kanonischen Rechts ⁶²⁾ mit einem Eide nicht weiter beschwert werden darf, so ist es wohl der Consequenz gemäß, auch denjenigen, welchem ein Eid zugeschoben war, damit zu verschonen, wenn er sich bereitwillig erklärt, daß er den Beweis der zu beschwörenden Sache über sich nehmen wolle ⁶³⁾. Es bringt überdem auch schon die Rechtsgleichheit der Parthenen die Zulassung dieses Beweises mit sich. Denn da der Beweisführer die Freiheit hat, ob er sich der Eidesdelation oder eines andern Beweismittels bedienen wolle, so muß es auch demjenigen, welchem der Eid zugeschoben worden, erlaubt seyn, ob er schwören, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Auf solche Art läßt sich die durch den Gerichtsgebrauch eingeführte Gewissensvertretung vollkommen rechtfertigen.

Es ist jedoch nöthig, die Beschaffenheit derselben näher kennen zu lernen, um den richtigen Standpunct nicht zu verfehlen, aus welchem die Gewissensvertretung angesehen werden muß. Wer die Gewissensvertretung wählt, läßt sich vor der Hand auf die Eidesdelation, als solche,
noch

61) Progr. de probatione pro exoneranda conscientia in foro Romano ignota. Gissae 1783. 4.

62) Cap. 2. X. de probat.

63) C. Sönners Handbuch des deutschen gemeinen Proceßes 2. Band Nr. XLVIII. §. 1. S. 494.

noch gar nicht ein, sondern versucht zuvörderst, durch andere Beweise dem ihm zugeschobenen Eide auszuweichen⁶⁴⁾. Durch diesen Versuch, wenn er auch misslingen sollte, geht daher der Beweis durch den Eid nicht verloren, sondern er wird nur suspendirt⁶⁵⁾. Es findet nun also eine ganz neue Beweisführung Statt⁶⁶⁾, welche jedoch als ein Gegenbeweis⁶⁷⁾ darum nicht betrachtet werden kann, weil dieser jederzeit einen Hauptbeweis voraussetzt, welcher aber von dem Deferenten durch die bloße Eideszuschreibung noch nicht vollführt worden ist; sondern es wird vielmehr die unternommene Beweisführung der Vollführung des Beweises durch den Eid gleichsam, wie Gönner⁶⁸⁾ sagt, als eine Präjudicialfrage entgegengestellt, von deren Ausgang es abhängen soll, ob die Vollführung des Beweises durch einen Eid nothwendig sey oder nicht. Der übernommene neue Beweis muß nun auch gehörig angetreten, und dabei durchaus nach den Regeln der Beweisführung verfahren werden. Da er zur Abwendung des zugeschobenen Eides dienen soll, so muß er auch nothwendig auf eben die Punkte gerichtet werden, worüber hat

ge

64) S. BOEHMER Diss. de auct. iudicis circa iusiur. in iud. delatum relatumque. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678.

65) Martins Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 217.

66) GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. nr. 3. S. 413.

67) Dies ist eine falsche Ansicht bey SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. M. 3. Cap. V. §. 13. BAUER Progr. cit. in *Opusc.* T. I. pag. 383. und Claproth im ord. Process §h. 2. §. 327. Nr. III.

68) Handbuch des gemeinen Processes 2. B. Nr. XLVIII. §. 4. S. 498.

geschworen werden sollen ⁶⁹⁾. Wird der Beweis durch Zeugen geführt, so sind auch Fragstücke auf die übergebenen Beweisartikel erlaubt, und dürfen solche, als ein Vertheidigungsmittel des Deferenten, von dem Richter nicht abgeschnitten werden ⁷⁰⁾. Eben deswegen findet auch bey der Gewissensvertretung ein Gegenbeweis Statt ⁷¹⁾. Viele ⁷²⁾ sind zwar anderer Meinung. Sie sind aber durch unrichtige Ansicht der Sache zu falschen Resultaten verleitet worden. Denn sie betrachten entweder die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis, welches sie doch nicht ist, wie GÖNNER ⁷³⁾ ganz überzeugend dargethan hat,

69) Nicht auf Einreden, welche des Deferenten Behauptung entgegenstehen. S. Westphals Rechtsgutachten 1. Band h. t. §. 21.

70) Claproth ord. bürgerl. Proceß §. 327. und Danz Grundsätze des ordentl. Processus §. 380. Das Gegentheil behaupten zwar STRYK in Caut. iuramentor. P. III. Sect. II. Cap. 5. nr. 92. und Knorr in der Anleit. zum bürgerl. Proceß Hauptst. XIII. §. 27. Allein man sehe der Gebr. Dverbet Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 536.

71) SCHENK van NYDEGGEN Diss. de probatione contra exonerationem conscientiae per probationem. Duisburgi 1797. GÖNNER im angef. Handbuch II. 48. und die Gebr. Dverbet in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 11. Band Medit. 553. haben dieses hinlänglich bewiesen. Ihnen stimmt auch MARTIN im Lehrbuch des bürgerl. Processus §. 217. Not. p. beq.

72) Ausser den noc. 67. angeführten auch MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 58. pag. 211. Derselbe Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 215. Danz Grunds. des ord. Processus §. 380. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. A. 8. und THIBAUT im Syst. des P. R. 3. B. §. 3164.

73) a. a. O.

hat, oder sie soll ein Surrogat des Eides seyn, da doch durch die Gewissensvertretung der angetragene Eid suspendirt wird, und eine neue Beweisführung eintritt, wovon der dem Deferenten der Gegenbeweis um so weniger versagt werden kann, da er ein nothwendiges Vertheidigungsmittel ist, und zu mehrerer Aufklärung der streitigen Sache dient. Man kann auch nicht sagen, der Deferent habe sich durch die Eideszuschlebung aller andern Beweise begeben; denn dies wäre nur dann der Fall, wenn die Sache durch wirkliche Ableistung des Eides wäre beendigt worden. So aber ist ja nun der Stand der Sache geändert, und der Delat Beweisführer geworden. Sollte denn dies nur dem Delaten erlaubt, der Deferent aber vom rechtlichen Vertheidigungsmittel wider den Beweis seines Gegners ausgeschlossen seyn? Wie läßt sich eine solche Ungleichheit der Rechte unter den Parthenen rechtfertigen? Die Antretung des Beweises geschieht übrigens binnen eben der Frist, welche dem Delaten gesetzt war, um sich über den Eid zu erklären, sonst muß ihm dazu ein peremptorischer Termin gesetzt werden ⁷⁴⁾.

Die Wirkung dieser Gewissensvertretung besteht nun darin.

1) Hat der Gewissensvertreter einen vollkommenen Beweis hergestellt, so fällt nun die Eidesdelation als überflüssig weg.

2) Hat

74) *C. Mart. Jac. FABER* Diss. de eo, quod iustum est, si conscientiam probatione defensurus in probatione defecerit. *Goettingae 1775. Cap. III. §. 17.* und *Martin* im Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 217. not. 9.

2) Hat er einen unvollständigen Beweis geführt, so wird nach Verschiedenheit der Umstände auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt ⁷⁵⁾).

3) Hat er nichts bewiesen, entweder

a) weil er sich am Beweise versäumt hat; so ist nicht allein die Gewissensvertretung nunmehr für desert, sondern auch der Eid für verweigert zu erklären ⁷⁶⁾. Oder

b) weil der Beweis gegen ihn ausgefallen ist; so ist gleichfalls ein verdammendes Urtheil die Folge ⁷⁷⁾. Ist hingegen

c) der Beweis zwar nicht gegen ihn, aber auch nicht für ihn ausgefallen, so kann er nun den zugeschobenen Eid noch immer annehmen oder zurückschieben ⁷⁸⁾.

Denn

75) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. V. §. 14.

76) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 559. FABER cit. Diff. Cap. III. §. 21. Martin Lehrbuch des bürg. Proc. §. 217. not. q.

77) Danz Gedr. des ord. Processus §. 381.

78) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. Ge. Lud. BOZNER cit. Diff. §. 18. in *Elect. iur. civ.* Tom. II. pag. 678. FABER cit. Diff. §. 19. et. 20. MALBLANC de iureiur. §. 58. pag. 211. Gönner a. a. O. II. S. 498. Martin im Lehrbuch des bürgerl. Processus §. 217. Das Gegentheil behaupten zwar viele. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. §. 33. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 25. LAUTERBACH Diff. de relatione iurisiur. §. 20. LEYSER Specim. CXXXIX. cor. 3. Allein man sehe der Gebr. Dverbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. Band Medit. 537.

Denn durch die Gewissensvertretung wurden diese beiden Erklärungsarten über den Eid nur suspendirt, gelangen also für den Gewissensvertreter, im Falle seines verfehlten Zwecks, auf keine Weise verlohren.

§. 805.

Ausführung des Beweises durch Eideszuschreibung. Schwörungs-Termin. Folgen des Ungehorsams.

Ist der zugeschobene Eid angenommen, oder zurückgeschoben, auch gegen die Statthastigkeit der Zurückschreibung rechtlich nichts erinnert worden; so muß nun der Richter die Eidesformel normiren. Die Fassung selbst hängt von der Form ab, in welcher der Eid ist zugeschoben worden, und richtet sich nach dem Grade der möglichen Wissenschaft, welche derjenige, der den Eid leisten soll, von der Sache hat ⁷⁹⁾. Anders ist daher die Formel bey einem Eide der Wahrheit, anders bey einem Glaubens-eide zu fassen ⁸⁰⁾. Ueberall muß jedoch die Eidesformel mit solcher Vorsicht abgefaßt werden, daß keine reservatio mentalis dabey Statt finden kann. Daher muß dieselbe zuvor den Partheyen mitgetheilt werden. Können sich die streitenden Theile über die Abfassung derselben nicht vereinigen, so sind sie mit ihren Erinnerungen dagegen in einem eigenen Verfahren zu hören, worüber alsdann der Richter zu entscheiden hat ⁸¹⁾. Der Richter kann und muß auch

79) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4522. in fin.

80) S. DAN; Grundf. des ord. Processes §. 371. Not. d. MARTINS Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 218. not. v.

81) L. 34. §. 5. D. h. t. Si de qualitate iuramenti inter partes dubitatum, conceptio eius arbitri iudicantis est. S. VOET Glück's Erläut. d. Pand. 12. Th. D Comm.

auch schon von Amtswegen an der Zuschlebung alle erhebliche Mängel verbessern, zumal wenn sie auf unerhebliche oder nicht auf alle erhebliche Umstände gerichtet seyn sollte⁸²⁾. Aus diesem Grunde hat er das Recht, die Eidesformel nach dem Zweck, für welchen der Eid als Beweismittel gebraucht wird, dem Zustande der Sache gemäß zu bestimmen; es wollten denn die Parthenen durch eine ausdrückliche Uebereinkunft ihr Recht von Beschwörung eines Umstandes abhängig machen, welcher auf die Merkmale ihres Streits keinen Einfluß hat⁸³⁾. (§. 795. S. 211. f.) Ist nun die Eidesformel normirt, so wird ein Schwörungstermin anberaumt, jedoch muß in dem Falle, da einer moralischen Person der Eid deferirt worden ist, vor Ansetzung des Termins der Gegner noch mit seiner Erklärung über die zur Ableistung des Eides vorgeschlagenen Mitglieder gehört werden⁸⁴⁾. Auf diesen Termin sind beyde Parthenen, theils um den Eid zu schwören, theils um zu sehen, wie er abgeleistet werde, vorzuladen. Wäre etwa der Gegner zur Benwohnung der Eidesleistung nicht besonders vorgeladen worden, so entsteht daraus keine Nichtigkeit, wenn nur sonst die Eidesleistung vorschriftsmäßig vorgenommen

Comm. ad Pand. h. t. §. 13. und von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. 51. S. 798.

82) S. MALBLANC de iureiur. §. 60. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLIX. §. 7. und Klein's merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen: Fakultät. 3. Band. Nr. VI. S. 139.

83) Gönnert im Handbuch 1. Band Nr. X. §. 26.

84) Martins Lehrbuch §. 218. not. y. und dieser Commentar §. 795. S. 221. ff.

men worden ist, weshalb dem Gericht immer die Vermuthung der Legalität zur Seite steht⁸⁵). Denn die bloße Vorladung des Beweisführers ad videndum iurari, wenn er nicht etwa, was der Gegentheil verlangen kann, zuerst den Eid für Gefährde schwören soll, ist nur eine monitorische, deren Unterlassung keine Nichtigkeit erzeugt⁸⁶). Bleiben beyde Theile in dem anberaumten Termine aus, so ist der Termin circumducirt, und die Citation verliert ihre Wirkung. Bleibt aber nur ein Theil aus, so war dieser entweder bloß, um zu sehen, wie der Haupteid abgeschworen werde, citirt, oder er war selbst zur Eidesleistung vorgeladen. Im ersten Falle wird, seines ausbleibens ohngeachtet, die Eidesleistung vorgenommen⁸⁷). In dem andern Falle hingegen war entweder die Citation eine bloß dilatorische, oder eine peremptorische. Denn an sich ist auch hier die erste Ladung nicht gleich peremptorisch⁸⁸). Das Ausbleiben in dem ersten Falle hat nur die gemeine Strafe des Ungehorsams zur Folge. War hingegen die Citation peremptorisch, so wird der Ungehorsam dessen, welcher in diesem Termin den Haupteid schwören sollte, mit der Strafe des verweigten Eides, das

Y 2

ist,

85) S. Kleins angef. Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Fakultät. 3. Band Nr. VI. S. 142. besonders auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 103.

86) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 199. Nr. 1. S. 412.

87) L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. Danz Grundf. des ord. Processus §. 383. a. E.

88) Danz a. a. D. §. 382. und Martin a. a. D. §. 218. Not. 2.

ist, mit dem erdichteten Geständniß der Unwahrheit seiner Behauptung, geahndet⁸⁹⁾; dahingegen beim Außenbleiben dessen, welcher den Eid für Gefährde vor dem acceptirten Haupteide des Delaten ableisten sollte, der Haupteid für geleistet angenommen wird⁹⁰⁾. Erscheinen aber beide Partheien der Ladung gemäß, so muß bey einem zugeschobenen Eide, zu dessen Abschwörung der Delat bereit ist, der Deferent vorerst den Eid für Gefährde leisten. Eher kann er die Ableistung des Haupteides von seinem Gegner nicht verlangen⁹¹⁾. Jedoch kann dieser auch dem Deferenten das iuramentum calumniae erlassen, so wie auch solches vom Richter aus Gründen von Anits wegen verworfen werden kann⁹²⁾. Denn der Eid für Gefährde ist der Auctorität des Richters ganz vorzüglich untergeordnet⁹³⁾. Ist aber dieser Eid dem Deferenten auferlegt, und er verweigert dessen Ableistung, so wird der Haupteid für erlassen erklärt, und der Proceß ist für den

89) L. 38. D. h. t. Martin §. 219.

90) L. 37. D. h. t.

91) L. 34. §. 4. D. eod. Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur; deinde sic ei iurabitur. L. 11. §. 1. D. rerum amotar. L. 9. Cod. de reb. credit. L. ult. Cod. de fideicomm.

92) G. MALBLANC de iureiur. §. 54. pag. 194. Elaprotch Einleit. in den ordentlichen bürgertl. Proceß. 2. Th. §. 328. u. Danz Grundf. des ord. Proceßes §. 376. Man übersehe jedoch dabey nicht Gönner's Anmerkung zu Not. d. G. 537.

93) L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat. Hoc iusiurandum auctore Praetore defertur.

den Deferenten verloren ⁹⁴⁾. Bey dem zurückgeschobenen Eide fällt hingegen der Eid für Gefahrde ganz weg ⁹⁵⁾. Wird der Haupteid nicht geleistet, so ist er entweder von dem, welcher ihn antrug, erlassen, oder von dem, welcher ihn zu schwören schuldig war, verweigert worden. Im ersten Fall hat dies eben die Wirkung, als wenn der Eid wäre abgeleistet worden ⁹⁶⁾. Jedoch kann eine solche Erlassung nur von dem geschehen, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, mithin von keinem Pupillen ⁹⁷⁾. In dem andern Falle hingegen kommt es darauf an, ob die Eidesleistung aus einem rechtmäßigen Grunde verweigert wird oder nicht. In dem letztern Falle muß dem Eidespflichtigen die Eidesleistung unter der Androhung auferlegt werden, daß widrigenfalls der Eid für verweigert erklärt werden solle. Die Realisirung dieser Drohung besteht nun darin, daß bey dem zugeschobenen Eide, das, was durch denselben erwiesen werden sollte, für erwiesen, bey dem

§ 3

346

94) L. 37. D. b. t. Si non fuerit remissum iusiurandum ab eo, qui detulerit, sed de calumnia non iuratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio. Sibi enim imputet, qui processit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iuravit: ut sit iste remittenti similis.

95) L. 34. §. 7. D. b. t. Der Eid für Gefahrde fällt auch dann weg, wenn der Gegner, welcher den zugeschobenen Haupteid schwören sollte, in dem Schwörungstermin nicht erscheint. S. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 77.

96) L. 6. L. 9. §. 1. D. b. t. L. 1. et 8. C. de reb. credit. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

97) L. 32. D. b. t. MALBLANC de iureiur. §. 61. pag. 219.

zurückgeschobenen aber für nicht erwiesen erklärt wird ⁹⁸⁾. Ist endlich der Haupteid abgeschworen, so besteht nun die Wirkung darin, daß dasjenige, was durch denselben versichert wird, von dem Richter, als juristisch gewiß betrachtet, und darum, als solches, seinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muß ⁹⁹⁾. Gegen ein solches Erkenntniß, welches sich auf einen geleisteten Eid gründet, findet aber so wenig eine Appellation Statt ¹⁰⁰⁾; als daß solches aus dem Grunde neu aufgefundenener entgegengesetzter Beweise angefochten und wieder aufgehoben werden könnte ¹⁾. In Absicht auf das Erkenntniß über die Kosten sind jedoch die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige ²⁾

98) *L. 34. §. ult. D. b. t. Cum res in iusiurandum demissa sit, iudex iurantem absolvit, referentem audiet, et, si actor iuret, condemnet reum. Nolentem iurare reum, si solvat, absolvit, non solventem, condemnat. Ex relatione non iurante actore, absolvit reum.* GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 200.

99) *L. 5. §. 2. D. b. t. Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; remissa quaestione, an debeatur, quasi factis probatum sit.*

100) *L. 12. §. 3. C. de reb. cred. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III §. 4524.*

1) *L. 31. D. b. t. L. 1. C. de reb. credit. L. 19. Cod. de Transact. L. 56. D. de re iudic. L. 4. C. eod. VOET c. l. und Westphals Rechtsgutachten h. t. §. 20. Durch die L. ult. Cod. de reb. cred. ist dieses nicht aufgehoben, wie oben §. 798 b. S. 250. ff. ausführlich gezeigt worden ist. Anderer Meinung ist jedoch GROLMAN in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95.*

2) REINHARTH Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. III. Obs. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit.

nehmen zur Regel an, daß der sachfällige Theil, wider welchen der Eid geschworen worden, die Kosten tragen müsse. Denn da der gerichtliche Eid als ein Beweismittel betrachtet wird, so habe der Beweisführer, der sich desselben bediente, nicht nur nichts bewiesen, wenn sein Gegner den Eid geschworen hat, sondern es sey auch nun durch den Eid das Gegentheil rechtlich dargethan worden. Jedoch nimmt man folgende Fälle aus; 1) wenn derjenige, dem eigentlich den Rechten nach die Last des Beweises nicht oblag, freiwillig seinem Gegner den Eid deferirt hätte, um desto kürzer aus der Sache zu kommen; 2) wenn ein zurückgeschobener Eid geleistet worden; und 3) wenn der Deferent eine nicht geringe, obwohl zum Erfüllungseide nicht zureichende Probabilität für sich hat. Hier müßten die Proceßkosten compensirt werden. Andere ³⁾ hingegen halten die entgegengesetzte Meinung der Natur und Beschaffenheit des zugeschobenen Eides angemessener. Denn da dieser Eid, wenn er acceptirt und abgeschworen wird,

§ 5

die

II. *Andr. Mart.* HOEGER Diff. de³ expensis litis victori refundendis a victo ex iuramento iudiciali et litis decisorio. *Altorfi* 1757. und MALBLANC de iureiur. §. 66.

- 3) VORT. Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XLII. Tit. i. §. 22. Ferd. Christ. HARPPRECHT Disp. de expensis victoriae, praestito iureiurando, adiudicandis, vel compensandis. *Tüb.* 1686. (*Dissertation. acad.* Vol. II. Diff. LXII. §. 23. sqq. pag. 799.) Claprotz Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 342. Westphal in den Rechtsgutachten 1. Band h. v. §. 20. Christ. Frid. BOHL Diff. de indole iurisiurandi in iudicio delati §. 11. und besonders Jac. Fried. Ge. Emmrich über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation 1. Th. §. 36. und 37.

die Stelle eines wirklichen Vergleichs vertreten, und überdem, unsern Gesetzen nach, nur das äußerste Mittel sey, den Grund unserer Angabe ins Licht zu setzen ⁴⁾, so könne er bloß bey dunkeln und zweifelhaften Thatfachen Statt haben. Hieraus folge nun von selbst, daß die Proceßkosten ordentlicher Weise gegen einander aufgehoben werden müßten, wenn der Rechtsstreit durch den zugeschobenen Eid entschieden worden sey. Noch andere ⁵⁾ verwerfen die Compensation der Kosten schlechterdings, und wollen daher die Verurtheilung des sachfälligen Theils in die Kosten auch der Regel nach in den von den Vertheidigern der ersten Meinung ausgenommenen Fällen nicht Statt finden lassen, weil der Eid, wenn er einmal geleistet ist, nach Vorschrift der Gesetze eine förmliche Wahrheit wirke ⁶⁾, und folglich der Richter ein für allemal verbunden sey, dasjenige, als wahr und ausgemacht, im Wege Rechts zu behandeln, was einmal mittelst Eides bestärkt ist. Er müsse mithin auch nun die Folgen eben so bestimmen, wie es in jedem andern Falle, wo Thatfachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Nach meiner Einsicht kann man allerdings zum Grundsatz annehmen, daß der unterliegende Theil zur Erstattung der Kosten rechtlich verbunden sey, und daß nur schuldlose Unwissenheit, oder verzeihlicher Irrthum des Sachfälligen in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewis-

heit

4) Nov. LXXIII. Cap. 4.

5) E. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. §. 12.

6) L. 5. §. 2. D. h. t.

helt gesetzt ist, ein die Kosten vergleichendes und gegen einander aufhebendes Erkenntniß rechtfertigen könne 7). Dies ist nun aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus der Verbindlichkeit, welche dem sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblag, näher zu bestimmen. Man unterschede also folgende Fälle. Der Sachfällige hatte den Eid entweder über sein eigenes, oder über ein gemeinschaftliches, oder über ein fremdes Factum dem Gegner zugeschoben. Im ersten und andern Falle ist er, wenn sein Gegner den Eid geleistet hat, nach der dadurch bewirkten förmlichen Wahrheit, unstreitig als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium oder commune fälschlich behauptet oder bestritten hat. Er verdient daher keine Nachsicht, und muß billig alle Folgen seines Verschuldens tragen. In dem dritten Falle hingegen kommt es darauf, ob dem Sachfälligen der Beweis dessen oblag, worüber er den Eid deferirte, oder dem Sieger. Im ersten Fall fällt ihm zur Last, daß er auf fremde Thatsachen, die er am Ende nicht erweisen konnte, einen Anspruch gründete. Er verdient also auch hier keine Nachsicht 8). In dem letzten Falle hingegen kann er sich mit der Unwissenheit entschuldigen, und er ist daher mit der Erstattung der Proceßkosten billig zu verschonen.

¶ 5

Ob

7) Vergl. GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 58. 2. Nr. III. S. 83. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati novissimi. Tom. II. §. 1238.

8) L. 42. D. de div. regulis iur. Nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligentem explorare, et tunc ad agendum procedere.

Ob übrighens der verlierende Theil der Defeferent oder Refe-
rent ist, darauf kommt an sich gar nichts an. Denn nicht
immer hat die Zurückschlebung des Eides religiöse Den-
kungsart zum Grunde, sondern oft auch Furcht vor einem
Meineide.

§. 806.

Wo ist der Eid zu leisten? Kann er auch durch einen Bevoll-
mächtigten geschworen werden?

Der Eid muß ordentlicher Weise an der gewöhnlichen
Gerichtsstelle geschworen werden. Jedoch kann aus beson-
dern Ursachen, z. B. wegen Krankheit oder vornehmen
Standes des Schwörenden eine Ausnahme Statt finden.
In welchem Falle eine Gerichtsdeputation erkannt wird⁹⁾.
Ein jeder Eid muß ferner von demjenigen, dem er deferirt
worden, der Regel nach in eigener Person geschworen
werden¹⁰⁾. Ausnahmweise kann jedoch die Eidesleistung
zuweilen auch durch einen Anwalt geschehen¹¹⁾. Schon das
römische Recht gestattet sie in folgenden Fällen.

1) Wenn

9) *L. 19. D. h. t. Ad personas egregias, eosque qui valetudine
impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.* Man ver-
gleiche damit *L. 108. D. de verbor. Signif.* und *Herr. HILDE-
BRAND Diss. de personis egregiis earumque iuribus. Altorfi 1693.*

10) *L. 12. §. 4. Cod. de reb. credit. et iureiur. Nov. CXXIV.
cap. 1.* Man sehe auch den 5. Theil dieses Commentars §.
397. S. 268.

11) *S. Nic. Christoph. LYNCKERI Diss. de iureiurando mandata-
rii in animam principalis. Ienae 1692. et rec. Halae 1736.
HENRICI VI. Iun. Lin. RUTHENI COMITIS Diss. de iureiurando
per procuratorem in causis privatis et publicis. Ienae 1729. 10.
Flor.*

1) Wenn der Eid dem Procurator von dem Gegner seiner Parthei freiwillig ist angetragen worden, und jener ihn angenommen hat. Hier kann der Anwalt, wenn er will, den Eid auch über eine fremde Handlung im Namen seines Principals leisten, und er erwirbt dadurch dem letztern eine Klage oder Einrede.

L. 9. §. 6. D. b. 2. Iusiurandum *defensoris* vel *procuratoris*, ei ab adversario delatum, prodesse, exceptionemque domino parere, IULIANUS scribit. Idem ergo dicendum erit, etsi datus ad petendum *procurator*, reo deferente, iuraverit, *dari mihi oportere*: nam actionem mihi parit.

L. 42. §. 2. D. eodem. Sed et si, actore deferente, *defensor* absentis vel praesentis iuravit, eum, quem defendit, *dare non oportere*, exceptio iurisiurandi ei, *cuius nomine* iurandum fuerit, dari debet.

2) Wenn der Eid einer Corporation oder moralischen Person angetragen ist. Das römische Recht hat zwar nur den Fall, wenn der Eid zur Bedingung eines Vermächtnisses gemacht worden ist.

L. 97. D. de *condit. et demonstrat.* Municipibus, si iurassent, legatum est: haec conditio non est impossibilis. PAULUS: Quemadmodum ergo pareri potest? per eos itaque iurabunt, per quos *municipii res geruntur*.

Der

Flor. RIVINI Disputat. de iureiurando in alterius animam. Lipsiae 1725. Gundling vom Eide durch Bevollmächtigte, oder von dem Eidschwur in des andern Seele; in *Gundlingianis*. IV. Stück Nr. 3. und Ios. Lud. Ern. PÜTTMANN de iureiurando vicario. in *Electis* cap. IV.

Derselbige Grund, weil eine Corporation, als moralische Person, nicht selbst schwören kann, tritt jedoch auch im Fall eines gerichtlich angetragenen Eides ein ¹²⁾

3) Wenn wegen eines haufälligen Hauses im Namen eines andern *cautio damni infecti* gefordert wird, und bloß von einem Eide für Gefahrde die Rede ist.

L. 13. §. 13. *D. de damno infecto*. Si alieno nomine caveri mihi damni infecti postulem, iurare debeo, non *calumniae causa* id eum, cuius nomine cautum postulo, fuisse postulaturum.

Es erhellet also aus diesen Stellen, daß das römische Recht die Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten (*iuramentum vicarium*) nicht schlechterdings mißbillige, wie Johann Jacob Wissenbach ¹³⁾ Anton Schulting ¹⁴⁾ Just. Henning Böhmer ¹⁵⁾ und Malblanc ¹⁶⁾ haben behaupten wollen. Nun hat zwar Justinian in einem neuern Gesetz verordnet, daß der Eid von demjenigen, welchem er zugeschoben worden, in Person geschworen werden solle, wenn er gleich abwesend wäre, und die Führung des Processes einem Procurator übergeben hätte. Denn so heißt es L. 12. §. 4. *Cod. de reb. credit. et iureiur.*

Si

12) S. Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 219. S. 303.

13) Exercitat. ad Pand. Disput. XXIV. Th. 32. und in Comment. in Codic. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. §. 3.

14) Thesium controversar. Decad. XXXVIII. §. 8.

15) Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 5.

16) Doctr. de iureiur. §. 94.

Si persona praefens non inveniatur, cui sacramentum illatum est, lite forte per procuratorem ventilata, necesse est, vel ipsam principalem personam, datis certis induciis ad iudicem venire, ut ea, quae de sacramentis statuta sunt, impleat; vel (si iudex existimaverit) in provincia, ubi degit, sub actorum testificatione iuramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recusari, hoc procedere: ut singulis casibus eventus iam definitus imponatur.

Allein es erhellet nicht aus dieser Constitution, daß Justinian dadurch jene älteren Verordnungen des Pandectenrechts habe aufheben, und den Eid durch einen Anwalt schlechterdings habe verbieten wollen, besonders wenn der Deferent darein williget ¹⁷⁾. Denn auch der gerichtlich defedirte Eid hat doch immer in Hinsicht seines Entstehungsgrundes etwas Vergleichähulliches beh behalten, wenn er auch zum Zweck eines dem Richter zu führenden Beweises gebraucht wird. Offenbar aber würde es dem Gesetz und der Natur des zugeschobenen Eides entgegenstreiten, wenn man die Abschwörung desselben durch einen Procurator wider den Willen des Deferenten in einem solchen Falle gestatten wollte, wo der persönlichen Ableistung desselben kein unüberwindliches Hinderniß im Wege steht ¹⁸⁾. Es kann daher nie zur Regel angenommen werden, was Danz ¹⁹⁾ behaupten will, daß jeder Eid durch einen

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Deltzens Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 254. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 332.

18) S. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. II. Band Medit. 573.

19) Grundsätze des ordentl. Proceßes §. 369. a. E.

einen besonders Bevollmächtigten abgeschworen werden könne. Denn die Gesetzstellen ²⁰⁾ welche er anführt, enthalten theils nur die oben von mir selbst angegebenen Ausnahmen, theils sprechen sie vom iuramento calumniae, bey welchem sowohl die canonischen Rechte ²¹⁾ als die deutschen Reichsgesetze ²²⁾ die Ableistung durch einen besonders Bevollmächtigten namentlich gestatten. Dabey darf aber die Regel, welche die justinianische Verordnung enthält, um so weniger übersehen werden, je weniger überhaupt Eide durch Bevollmächtigte zugelassen werden sollten ²³⁾. Man unterscheide also nach dem noch jetzt geltenden gemeinen Rechte, ob von Ableistung eines Haupteides, oder nur von

20) L. 9. §. 6. L. 42. §. 2. D. b. t. Cap. 6. et 7. X. de iuram. calumn. Cap. 3. eodem in 6to. Cap. 2. de testib. in 6to. §. Reichsabfch. §. 43.

21) Cap. 3. de iuram. calumniae in 6to. „Nullam tibi iudex iniuriam fecisse censetur, qui procuratorem tui adversarii, constitutum ad causam, habentem super hoc speciale mandatum, admittit ad praestandum in ea calumniae iuramentum.“

22) Reichsabfch. v. J. 1654. §. 43. „Ueber dieses verordnen Wir und wollen, daß eine jede Parthey, wie auch deren Procuratores und Advocaten, davon jedoch der Churfürsten und Ständen verpflichtete wirkliche Räte, soviel ihrer Herren Rechtfertigungs-Sachen betrifft, zu excipiren, entweder in eigener Person, oder vermittelst eines Special-Gewalts durch dero Procuratoren, wenn es entweder die Parthey begehrt, und der Richter es darauf erkennt, oder auch von selbst, in welcherley Theil des Gerichts von Amtswegen auferlegt, das iuramentum calumniae dahin zu erstatten schuldig seyn etc.“

23) Man sehe hier vorzüglich Just. von Schmidt genannt Whiseldel über den Eid §. 19. S. 85. ff. und MALBLANC de iureiur. §. 94. S. 387.

von einem die Hauptsache nicht betreffenden Eide für Gefahrde die Rede ist. Der letzte kann von demjenigen, dem er obliegt, rechtmäßig auch durch einen Sachwalter abgelegt werden. Erster hingegen anders nicht, als wenn entweder der Gegner dazuein williget, oder sonst die persönliche Ableistung des Eides nicht wohl möglich ist. Dahin gehört 1) wenn langwierige Krankheit, oder nothwendige Abwesenheit und weite Entfernung desjenigen, welcher den Eid schwören soll, die persönliche Eidesleistung nicht erlaubt. 2) Wenn wegen der besondern Qualität derjenigen Parthen, welche den Eid schwören soll²⁴⁾, oder nach den besondern Regeln des Ordens, welchem dieselbe zugethan ist²⁵⁾, die Eidesleistung nicht in Person geschehen kann.

Wie

24) Wie z. B. bey Corporationen und Collegien. Ein bloßer Streitgenoff kann jedoch nicht in die Seele des andern schwören. S. PUPENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obl. 123.

25) Ein Beyspiel aus der ältern Römischen Geschichte erzählt LIVIUS Lib. XXXI. cap. 50. Comitii aediles curules creati sunt forte ambo, qui statim occipere non possent: nam C. Cornelius Cethegus absens creatus erat, cum Hispaniam obtineret provinciam; C. Valerius Flaccus, quem praesentem crearunt, quia flamen Dialis erat, iurare in leges non poterat: magistratum plus quinque dies, nisi qui iurasset in leges, non licebat gerere. Petente Flacco, ut legibus solveretur, Senatus decrevit, ut si aedilis, qui pro se iuraret, arbitrato consulum daret, consules, si eis videretur, cum tribunis plebis agerent, uti ad plebem ferrent. Datus, qui iuraret pro fratre, L. Valerius Flaccus, praetor designatus, tribuni ad plebem tulerunt, plebesque scivit, ut perinde esset, ac si ipse aedilis iurasset. In der Folge unter dem Kaiser Tiberius und Caligula konnte jedoch ein Flamen dialis selbst schwören. DIONYSIUS Lib. 59. pag. 646. Posthaec Caligula, iterum Consul, Iovis Fla-

minem

Viele ²⁶⁾ sind auch der Meinung, daß fürstliche Personen in ihren Rechtsstreitigkeiten, besonders wenn sie mit ihren Unterthanen den Proceß führen, den ihnen zugeschobenen Haupteid persönlich abzulegen nicht schuldig wären, sondern solchen, auch wider Willen des Gegentheils, durch einen Anwalt zu leisten die Befugniß hätten ²⁶⁾. Allein diese Meinung ist ganz ungegründet ²⁷⁾. Denn fürstliche Personen müssen sich in ihren Privatangelegenheiten nach den gemeinen in Teutschland eingeführten fremden Rechten richten lassen, insofern nicht in den Reichsgesetzen, und deren Analogie, oder durch das Herkommen, Verträge und Privilegien ein anders eingeführt ist ²⁸⁾. Nun kommen zwar in den deutschen Reichsgesetzen einzelne Fälle vor, in welchen die Fürsten von der persönlichen Eidesleistung be-

minem veruit in Curia iurare; hi enim, ut sub *Tiberio* etiam, seorsum tum iuramentum inibant. *S. Theod. Regner. de Bassen de iureiur. Veterum in primis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 235.* Ein neueres Beyspiel von einem Ritter und Commandeur des Ordens des heil. Geistes, Erzengel Michael, und heil. Hubertus führt *PÜTTMANN Elector. Cap. 4. an.*

26) *Pütter's Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts* I. Band Nr. 10. S. 457. ff. *Claproth's Einleitung in den ord. bürg. Proceß* §. 332. *MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 94. u. a. m.*

27) *S. Job. Burkhard Seigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen.* 3. Band Nr. XXI. S. 165. ff.

28) *PÜTTERI primae Lineae iuris privati Principum speciatim Germaniae* §. 2. und *HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. V. medit. 2.*

befreyt seyn sollen ²⁹). Allein in keinem derselben ist von dem Haupteide im Proceß die Rede ³⁰). In solchen Fällen nun, wo der Eid durch einen Anwalt in die Seele seines Principals abgeschworen werden soll, wird erfordert, daß der Procurator mit einer Specialvollmacht versehen seyn müsse, worin nicht nur der ganze Inhalt des Eides, sondern auch die Clausel enthalten ist, daß der Gewaltgeber gar wohl wisse, und überzeugt sey, daß ein Eid, der von seinem Anwalt in seine, des Principals, Seele geschworen worden, eben dieselbe Kraft und Wirkung habe, als wenn er von ihm selbst wäre geschworen worden ³¹). Es wird also, wenn ein Eid in die Seele eines Andern mit verbindlicher Kraft abgeleistet werden soll, schlechterdings erfordert, daß auch derjenige, welcher eigentlich den Eid abzulegen hätte, darein willige, und kann daher gegen dessen Willen nie geschehen ³²).

§. 807

29) R. Abschied vom J. 1521. Tit. 7. §. 10. Cammer's Ger. Ordn. vom J. 1515. II. Th. Tit. 10. §. 5. R. Abschied vom J. 1555. §. 58. R. Absch. v. J. 1654 §. 43. u. 117.

30) S. Geigers Abh. Fürstl. Personen können nicht verweigern, den ihnen zugeschobenen Haupteid in eigener Person zu schwören, wenn es der Gegentheil verlangt. In den angeführten Rechtsfälle n. 3. B. Nr. 41. §. 5.

31) Ein Formular siehe bey Deltze in der Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 254. Nach der Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 10. Tit. §. 314. ist bey Eidesleistungen die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht anders, als mit ausdrücklicher Bewilligung des Gegentheils, zulässig.

32) S. MALBLANC c. l. pag. 388. und von Bülow und Hagemanns prakt. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelchrbarkeit. I. B. Erört. XLIX. S. 253.

Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th.

II. Nothwendige Eide. 1) Eid für Gefährde.

Von dem freiwilligen oder angetragenen Eide kommen wir nun auf den nothwendigen Eid, welchen der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auferlegt. Es giebt verschiedene Arten desselben, welche oben (S. 796. S. 227. f.) im Allgemeinen angezeigt worden sind. Hier ist nun von diesen einzelnen Arten ausführlicher zu handeln. Unter diesen verdient

1) der Eid für Gefährde (*iuramentum calumniae*) unsere nähere Betrachtung ³³⁾. Man versteht darunter denjenigen Eid, wodurch der Schwörende versichert, daß er, von der Rechtlichkeit seines Vorhabens überzeugt, nicht aus Schickane gegen die andere Parthey handle ³⁴⁾. Dieser Eid hat also Unterdrückung der Schikanensucht im Prozeß zum Zweck, und geht hauptsächlich auf vier Punkte; nämlich 1) daß der Schwörende eine gerechte Sache zu haben glaube, also der Kläger nicht ohne Grund Klage erhebe, der Beklagte nicht ohne Grund dagegen erkläre; 2) daß er sich keiner falschen Beweismittel bedienen wolle; 2) keine unnöthige Fristen zum Nachtheil des Gegners
für

33) Io. Strauch *Diss. de iuramento calumniae Ienae 1668.* Io. Ern. FLOERCKE *Diss. de iuram. calumniae. Ienae 1731.* und Io. Aug. GERSTAECKER *Diss. de iureiurando calumniae secundum principia iuris Rom. german. canonici et saxonici. Specim. l. ex iure Romano. Lipsiae 1795.*

34) S. GROLMANS *Theorie des gerichtl. Verfahrens* §. 69. Die Bedeutung des Wortes *Calumnia* ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 5. Theil §. 427. S. 386.

suche; und 4) dem Richter weder etwas gegeben oder versprochen habe, noch etwas geben oder versprechen wolle, um ihn für die Sache zu gewinnen³⁵⁾. Man theilt den Eid für Gefährde ein in den allgemeinen, (*iuramentum calumniae generale*) und den besondern, (*iuramentum calumniae speciale*), je nachdem er entweder in Hinsicht auf den ganzen Proceß, oder nur in Hinsicht auf einzelne processualische Handlungen abgeleistet wird. Durch jenen wird betheuert, daß der Schwörende seine Sache überall für gerecht halte, und während des Laufs des Processes den Gegner nicht schikaniren wolle. Durch letztere aber wird nur versichert, daß man eine gewisse bestimmte Handlung im Proceß blos in der Absicht vornehme, weil die Verfolgung unseres Rechts sie erfordert, und nicht um den Gegner ungebührlicher Weise damit zu belästigen. Der allgemeine Eid für Gefährde wird insgemein für eine Erfindung des Kaisers Justinian gehalten, daß aber der besondere älter sey, geben alle zu³⁶⁾. Allein beyde Eidesarten scheinen schon längst vor Justinian im Gebrauch³⁷⁾ gewesen zu seyn. Das iura-

§ 2

men-

35) L. 44. §. 4. D. fam. ercisc. L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat. L. 6. §. 2. D. de edendo. L. 13. §. 3. D. de damno inf. L. 15. D. ad exhib. L. 9. C. de reb. credit. L. 2. pr. Cod. de iureiur. propt. calumn. Nov. XLIV. cap. 3. pr. und Nov. CXXIV. c. 1.

36) C. MALELANC Doctr. de iureiur. §. 89.

37) C. Corn. van BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. c. 9. Franc. BROEUS Exposition. in Iustin. Institut. Lib. IV. Tit. 16. ad §. Ecce enim pag. 852. Ev. OTTO Comm. ad §. 1. l. de poen. temere litig. Em. MERILLIUS in Comm. ad eund. §. 1.

mentum calumniae generale wurde zuerst von den Römern entlehnt³⁸⁾, war jedoch nur hauptsächlich in peinlichen Fällen üblich³⁹⁾. Der Ankläger mußte gleich Anfangs schwören, daß er die peinliche Anklage nicht aus Schikane anstelle⁴⁰⁾. Dieser Eid kam aber in der Folge außer Gebrauch, als die *inscriptio in crimen* bey peinlichen Anklagen eingeführt wurde⁴¹⁾. Denn schon Kaiser Antonin gedenkt dieses Eides nicht mehr⁴²⁾. Im Eivilproceß schwur hauptsächlich nur der Kläger, wenn es verlangt wurde, nämlich daß er nicht *calumniae causa* einen Proceß anfangen, sondern seine Sache für gerecht halte. Allein bey den Theilungsklagen mußten beyde Theile schwören, mithin auch der Beklagte, daß er nicht *calumniae cau-*

cau-

§. I. I. pag. 544. und *Const. Iac. van RENESSE* Diff. de coercionem accusatorum. *Traj. ad Rben.* 1724. Cap. II. §. 1. (in *Ger. OELRICHS* *Tbes. novo Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 588 sqq.)

38) POLLUX *Onomast. Lib. VIII. cap. 6.* PETITUS in *Legg. Attic.* pag. 320.

39) LIVIUS *Lib. XXXIII. c. 47.* SENECA *Lib. III. Controv. c. 19.* In der *Lex Servilia* von J. der C. Roms 663. bey SIGONIUS *Lib. II. de iudic. c. 27.* heißt es: *Qui pecuniam ab altero petet, is eum, unde petet, ex praetoribus, qui in eum annum lecti erunt, ad iudicem in eum annum, quae ex H. L. factus erit, in ius educito, nomenque eius deserto, si de iuraverit, calumniae causa non postulare.*

40) CICERO *Lib. VIII. Ep. 8. ad Famil.*

41) van RENESSE c. I. pag. 591. und *Ant. MATHAEUS* de criminib. *Tit. de accusationib. c. 8.*

42) *L. 1. Cod. ad Sctum Turpill.*

causa iaugne ⁴³). Paulus läßt keinen Zweifel übrig, wenn er L. 44. §. 4. *D. Famil. ercisc.* sagt. *Qui familiae erciscundae, et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei: et ideo iurare debent, non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire.* Viele ⁴⁴) glauben zwar, daß diese Stelle vom Tribonian interpolirt sey. Allein diese Meinung widerlegt sich schon dadurch von selbst, daß die Verordnung des Kaisers Justinian, wegen der Gefährde Eide L. 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* neuer ist, als die Pandecten; denn die erstere wurde im J. 534., die letzteren aber schon im Jahr 533. promulgirt, die erste konnte also in die letzteren keinen Einfluß haben ⁴⁵). Es läßt sich auch nicht behaupten, daß die Stelle des Paulus zu den Fällen des besondern Eides für Gefährde gehöre. Bey andern Klagen, als den Theilungsklagen, denn nur bey diesen hatte man mehr, als bey andern, Schikane zu befürchten Ursache, scheint in der Folge der allgemeine Gefährdeeid nicht mehr gewöhnlich gewesen zu seyn; sondern hatte der Kläger einen ungerechten Proceß erhoben, so habete er mit der *actio calumniae ex stipulatu* für den zehnten Theil dessen, was er ohne rechtllichen Grund gefordert

43) S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten, und der Erbtheilungsklage. §. 675.

44) CIPHANIUS Exposit. ad L. 2. C. de iureiur. propt. calumn. GALVANUS de Usufructu. Cap. 31. pag. 402. edit. Tübing. WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. 2. pag. 31. u. n. III.

45) S. Io. wyBO Diss. de Triboniano ab emblematis WISSENBACHII liberato. Cap. II. §. 8.

hatte, zur Strafe seiner Calumnle ⁴⁶⁾. An die Stelle dieser Klage, die ohnehin zu Justinians Zeiten, wie er selbst sagt ⁴⁷⁾, wieder außer Gebrauch gekommen war, führte Justinian den allgemeinen Eid für Gefährde wieder ein ⁴⁸⁾, jedoch mit dem Unterscheide, daß vermöge seiner Verordnung ⁴⁹⁾, in jedem Civilproceß nicht nur beyde Par-

then,

46) *L. ult. Cod. Hermogen. de calumniator.* GELLIUS Noct. Attic. Lib. XIV. c. 2. CUJACIUS Observat. Lib. VII. c. 5. CAR. BRETUS ordo perantiqu. iudicior. civ. c. 30. et 48. und EV. OTTO in Comm. ad §. 1. I. de poen. tem. litig.

47) §. 1. I. de poena temere litig. Item actoris quoque calumnia coeretur. Nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat. S. THEOPHILI Paraphras. graec. ad h. §.

48) S. VINNII Comment. ad §. 1. I. de poena temere litigant. nr. 1.

49) *L. 2. pr. C. de iureiur. propt. calumn.* Necessarium duximus praesentem legem ponere, per quam sancimus, in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsum, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praesentent, ipsae principales personae subeant iusiurandum: et actor quidem iuret, non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando bonam causam habere: reus autem non aliter suis allegationibus utatur, nisi prius et ipse iuraverit: Quod putans se bona instantia uti, ad reluctandum pervenerit; et postea utriusque partis viros disertissimos Advocatos, secundum quod iam dispositum est a nobis, iuramentum praestare, sacrosanctis videlicet Evangelii ante iudicem positus.

thenen, sondern auch deren Anwälte gleich Anfangs bey der Einlassung sich von allem Verdacht einer Schikane reinigen sollten. Dieser Eid sollte nur einmal für den ganzen Proceß geschworen werden⁵⁰⁾, und dann der besondere Eid für Gefährde nicht weiter gefordert werden können⁵¹⁾. Es soll auch keiner Parthey dieser Eid erlassen werden⁵²⁾. Kaiser Justinian hatte dabey die gute Absicht, die Parthenen gegenseitig vor unerlaubten Schikanen zu sichern, und folglich dadurch dem Proceß einen geschwindern, und von muthwilligen Verzögerungen freyen Gang zu geben. Der

3 4

Pabst

50) *Nov. XLIX, cap. 3. in fin.*

51) *Auth. Hoc sacramentum Cod. de iureiur. propter calumn.* In einem gewissen Falle hat jedoch Justinian den besondern Eid für Gefährde beybehalten. *Nov. LXXIII. cap. 7. S. GERSTAECKER cit. Diff. §. 8. in fin.*

52) *L. 2. §. 4. C. de iureiur. propt. calumn.* Sed quia veremur, ne forsitan quidam collusionem aliqua utentes remittere videantur inter se huiusmodi sacramentum, et ex praedicta dissimulatione nostram sanctionem deludant; sancimus, omnes iudices, licet ex compromisso cognoscant, vigorem suum exercentes, (quia non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate praesentem legem posuimus) minime pati tale sacramentum remitti; sed omnino hoc et ab actore, et a fugiente exigere: ne paulatim videatur huiusmodi res defraudari, et sacramentum vel principalium personarum, vel advocatorum ex quacumque parte mutilari. Beym iuramento calumniae generali finden daher auch die Ausnahmen, welche die Gesetze beym iuram. calumniae speciali machen, *L. 8. §. 5. D. Qui satisd. cog. L. 7. §. 3. D. de obsequ. parent. praest. u. L. 13. §. 14. D. de Damno inf.* keine Anwendung. Denn die *Nov. 49. cap. 3. pr.* sagt ausdrücklich: *et hanc communem posuimus legem contra omnem personam.* *S. GERSTAECKER cit. Diff. §. 9.* Anderer Meinung ist *de coccej* in *iur. civ. controv. h. t. Qu. 48.*

Pabst Bonifacius VIII. hat jedoch nachher den besondern Eid für Gefahrde, unter dem Namen des iuramenti malitiae, wieder hergestellt, und stellt es der Willkühr des Richters frey, auch nach abgeleistetem allgemeinen Eide für Gefahrde, so oft es ihm beliebt, -noch den besondern den Partheyen aufzuerlegen⁵³⁾. Die teutschen Reichsge-
 setze haben gleichfalls beyde Eide bestätigt⁵⁴⁾. Jedoch weichen dieselben darin von der Vorschrift des römischen Rechts ab, 1) daß der allgemeine Eid für Gefahrde nicht mehr absolut wesentlich ist, sondern nach Befinden erlassen werden kann; 2) daß er in jedem Theile des Processus ge-
 fördert und auferlegt werden kann⁵⁵⁾. Die heutige Praxis verwirft den allgemeinen Eid für Gefahrde fast durchaus, weil er völlig überflüssig und unnütz ist, wie schon von meh-
 reren ganz deutlich gezeigt worden ist⁵⁶⁾. Er kann wenig-
 stens nie anders verlangt werden, als wenn der Richter, im Falle eines sich äußernden begründeten Verdachts einer
 Chikane, denselben zu erkennen für nöthig findet⁵⁷⁾. Häu-
 figer

53) *Cap. 2. de iuram. calumn. in 6to.* In omnibus autem causis, nedum ante, sed etiam post quam lis fuerit contestata, sive de veritate sive de calumnia sit iuratum in ipsis, potest iudex a partibus exigere iuramentum malitiae, quoties viderit expedire.

54) Jüngst. R. Absch. §. 43.

55) Dan; Grds. des ordentlichen Processus §. 366. und GROL-
 MAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 69.

56) S. MALBLANC doctr. de iureiur. §. 90. und Just. von
 Schmidt genannt Wisfelders über den Eid. §. 4. S. 13. ff.

57) Nur in diesem Falle läßt ihn noch die Preuß. Gerichts-
 ordnung 1. Th. Tit. 22. §. 38. zu.

figer ist dagegen noch jetzt das iuramentum calumniae speciale. Die Fälle, in welchen dieser Eid nach dem römischen Recht verlangt werden kann, sind folgende.

1) Wenn eine Parthey ihrem Gegner den Eid defertirt ⁵⁸).

2) Wenn Jemand von einem Argentarius oder Banquier die Vorlegung seiner Rechnungsbücher verlangt ⁵⁹).

3) Wenn Jemand um die Erlaubniß nachsucht, einen ihm gehörigen Schatz, der in einem fremden Grundstück verborgen liegt, graben zu dürfen ⁶⁰).

4) Wenn Jemand gerichtlich darauf anträgt, daß seinem Gegner die unbefugter Weise unternommene Errichtung eines ihm nachtheiligen Werks verboten werde. (novi operis nunciatio) ⁶¹).

5) Wenn wegen eines haufälligen Gebäudes die cautio damni infecti gefordert wird ⁶²); und

6) wenn der Beweissführer zur Abwendung der eidlichen Abläugnung einer producirten Urkunde den Beweis der Richtigkeit derselben durch Vergleichung der Handschriften führen will ⁶³).

3 5

Nach

58) L. 34. §. 4. D. b. t.

59) L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edendo. S. den 4. Theil dieses Commentars §. 286. b. S. 39. ff.

60) L. 15. D. ad exhib. S. den 11. Theil dieses Commentars §. 743. S. 224. ff.

61) L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.

62) L. 13. §. 3. D. de damno inf.

63) Nov. LXXIII, cap. 7.

Nach heutigen Rechten kommen noch folgende Fälle hinzu.

7) Wenn eine Parthey zur Führung ihres Beweises bereits zwey Fristen erhalten, und um die dritte Dilation bittet ⁶⁴).

8) Wenn gegen den Ablauf der Nothfristen oder gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß, wegen gefundener neuer Beweise, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht wird ⁶⁵).

9) Wenn dilatorische Einareben erst nach der Uriconstatation vorgebracht werden ⁶⁶).

10) Bey Appellationen muß sich der Appellant mittelst dieses Eides reinigen ⁶⁷). Auch

11) bey dem Rechtsmittel der Revision ⁶⁸).

12)

64) Jüngst. R. Absch.

65) S. RIVINI Diss. de iuramento documentorum noviter reperi-
torum. *Lipsiae* 1749. und MALBLAC doctor. de iureiur. §. 90.
not. 499.

66) Cap. 4. X. de except. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom.
III. §. 4531. not. e.

67) Jüngst. R. Absch. vom J. 1654. §. 117. u. 218. S. 10.
Car. KOENIG Diss. de iuramento appellationis. *Marb.* 1745.
LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 41.

68) Deput. Absch. v. J. 1600. §. 145. Jüngst. R. Absch.
§. 125. Godofr. Dan. HOFFMANN de iuramento revisorio ca-
merali. *Tüb.* 1769.

12) Das iuramentum dandorum und respondendorum bey Positionen, sind als besondere Arten des Eides für Gefährde schon oben ⁶⁹⁾ vorgekommen.

§. 809.

Wenn findet der Eid für Gefährde Statt? Wem kann dieser Eid auferlegt werden? Wer ist davon befreuet?

Der Eid für Gefährde hat nur dann Statt, wenn der Richter darauf erkennt ⁷⁰⁾. Ulpian sagt: Hoc iuramentum auctore Praetore defertur ⁷¹⁾. Der Richter legt nun diesen Eid entweder von Amtswegen auf, oder auf Verlangen der Gegenparthen ⁷²⁾. Der Richter kann aber auch diesen Eid erlassen, wenn er gleich von dem Gegner verlangt worden wäre, weil kein hinreichender Grund des Verdachts vorhanden ist ⁷³⁾, es müßte denn dieser Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels seyn ⁷⁴⁾. Es kann übrigens jeder, er sey Parthen, oder derselben Stellvertreter, ohne Rücksicht auf Stand und andere Verhältnisse,

69) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 747. S. 294. und Ge. Christoph. NELLER Diss. de iuramentis dandorum et respondendorum. in eius *Opuscul.* Tom. I. P. II. Nr. 15. pag. 409. sqq.

70) S. FLOERCKE Diss. cit. §. 9.

71) L. 5. §. 14. D. de novi oper. nunciat.

72) Jungst. R. Absch. §. 43.

73) BOEHMER Iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 7. §. 7. et 8. Danz Erdf. des ordentl. Processus §. 366.

74) GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens, §. 69. Not. e, S. 107.

nisse, mithin auch ein Geistlicher ⁷⁵⁾ so gut, wie ein Weltlicher, desgleichen Vormünder und Curatoren, Sachwalter und Advocaten, wenn sie selbst der Verdacht trifft ⁷⁶⁾, zu jeder Zeit, sowohl in der ersten als zweiten Instanz, dazu gezwungen werden.

Einige sind jedoch von diesem Eide frey. Zellfeld rechnet dahin

1) diejenigen, welche von Amtswegen klagen. Allein dies läßt sich nicht so allgemein behaupten. Der Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 43. befreyet nur der Churfürsten und Stände verpflichtete wirkliche Räthe, soviel ihrer Herren Rechtsfertigungssachen betrifft, von der Ableistung des iuramenti calumniae generalis, weil bey solchen Personen, die kein eigenes Interesse bey der Rechtsache haben, deren Ausführung ihnen vermöge ihres Amtes obliegt, eine schon im
An.

75) Die Verordnung des Pabsts Honorius II. im *cap. 1. X. de iuram. calumn.* erläßt zwar den Geistlichen diesen Eid, in Beziehung auf eine Verordnung des Kaisers Marcian, der darin irrig Marcus genannt wird (*L. 25. §. 1. C. de Episcop. et Cleric.*) und des Kaisers Heinrich II. (in *Legib. Longob. Lib. II. Tit. 47. c. 10.* bey LINGENBROG in *Cod. Legg. antiquar. Frfii. 1613. pag. 509*) Allein nach *Cap. 5. et 7. X. eod.* können sie den Eid nicht ablehnen. S. *Iust. Henn. BOEHMERI ius eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 7. §. 4.* und *Ge. Christpb. NELLER Repetitio discursiva Cap. 1. X. de iuram. calumniae. in Opuscul. Tom. I. P. II. Nr. 12. pag. 251. sqq.*

76) *L. 2. §. 2. C. de iureiur. propt. calumn.* S. *FLOERCKE cit. Diff. §. 10.* und *Tob. Iac. REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. V. Obl. 29. pag. 39.*

Anfang des Processes eintretende calumnia generalis nicht wohl denkbar ist. Aus gleichem Grunde behauptet man, daß auch herrschaftliche Justizale von dem Eide für Gefährde befreuet sind, weil sie aus Amtspflicht handeln ⁷⁷). Allein wenn man dies auch von dem allgemeinen Eide für Gefährde gelten läßt, so ist doch eine Ausnahme in Ansehung solcher Officialen vom iuramento calumniae speciali nicht erweislich; sie können daher von diesem Eide wider den Willen der Gegenparthey um so weniger befreuet werden, weil in den Fällen, wo die Gesetze diesen Eid vorschreiben, nur höchst selten der Richter im Stande ist, über das wirkliche Daseyn der Gefährde mit einiger Zuverlässigkeit zu urtheilen ⁷⁸). Jedoch sollen

2) von dem besondern Eide für Gefährde, Eltern und Patrone frey seyn, wenn sie mit ihren Kindern und Freigelassenen Prozesse führen, weil es die schuldige Ehrfurcht beleidigen würde, von solchen Personen zu verlangen, daß sie sich von dem Verdacht der Chikane reinigen sollen. Nach den deutlichen Stellen des römischen Rechts, welche hiervon handeln, ist dieß auch außer Zweifel. Denn so sagt Paulus L. 8. §. 5. D. Qui satisdare cog. Iubetur iurare de calumnia, ne quis vexandi magis adversarii

77) Arg. L. 5. §. 13. D. de his, quae ut indign. MEVIUS P. VI. Dec. 138. GAIL Observat. Lib. I. Obl. 90. FLOERCKE cit. Diff. §. 12.

78) Ge. Henr. AYRER Diss. de necessitate officii a iuramento calumniae non liberante. Goettingae 1747. SCHORCH Consil. Erfordiens. Nr. CCXCIV. n. 26. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Band. Erört. XV.

sarii causa forsitan, cum Romae possit satisdare, in municipium evocet. *Sed quibusdam hoc iusiurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus et patronis.* Dieses Vorzugs der Eltern und Patrone gedenkt auch Ulpian bey der Eidesdelation *L. 16. D. de iureiur.* Si patronus deferat iusiurandum libertae suae, *de calumnia non debet iurare;* und *L. 7. §. 3. et 4. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis.* Nec deferentes iusiurandum *de calumnia iurant.* Necnon et si ventris nomine in possessionem calumniae causa missa dicatur Patrona, libertus hoc dicens non audietur: quia de calumnia patroni queri non debet. *His enim personis etiam in caeteris partibus Edicti honor habebitur.* Ferner bey der cautio damni infecti. *L. 13. §. 14. D. de damno inf.* Sed si eius nomine postulem, qui, si ipse postularet, iurare non compelleretur (*veluti patronus vel parens*) dicendum est, locum iuriiurando non esse: de quo enim ille non iuraret, nec, qui vice eius postulat, in hac stipulatione debet iurare. Gleichwohl sagt eben dieser Ulpian *L. 34. §. 4. D. h. t.* nach der florentinischen Lesart: Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur: deinde sic ei iurabitur. *Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur.* Nach dieser Lesart steht nun aber freilich dieses Fragment mit den vorhin angeführten Stellen dieses Rechtsgelehrten in einem offenbaren Widerspruche. Da sich jedoch ein solcher Widerspruch in den Fragmenten des nämlichen Rechtsgelehrten nach den Regeln der Hermeneutik nicht wohl annehmen läßt, so haben die Ausleger des röm. Rechts hier mancherley Versuche gemacht,

den

denselben zu heben. Gerhard Noodt ⁷⁹⁾ glaubt, Ulpian lasse sich sehr gut mit sich selbst vereinigen, wenn man zwischen den Worten des Edicts, welcher dieser römische Jurist L. 34. b. 2. erklärt, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach der Allgemeinheit der erstern seyen auch nicht einmal Eltern und Patrone von dem iuramento calumniae zu befreien, wenn sie den Eid deserirren. Allein da doch der Prätor in andern Fällen seines Edicts die diesen Personen gebührende Ehrfurcht schont, so sey aus diesem Grunde auch bey dem Eide für Gefährde nach dem Geist desselben in Ansehung der Eltern und Patrone eine Ausnahme zu machen. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Ausnahme nicht sowohl in den Worten des Edicts, welches keinen Unterschied macht, als vielmehr in einer Auslegung der röm. Rechtsgelehrten gegründet sey, wie auch Hr. Oberappellationsrath Kind ⁸⁰⁾ sehr gründlich bemerkt hat. Allein gerade deswegen hätte man hier, wo Ulpian das Edict des Prätors erklärt, am wenigsten erwartet, daß er blos bey den Worten des Edicts würde stehen geblieben seyn, da er in allen übrigen von ihm angeführten Fragmenten die Eltern und Patrone von dem besondern Eide für Gefährde ausnimmt. Jedoch ist diese Erklärung immer weit wahrscheinlicher und sinnreicher, als die divinatoire Interpretation des Hubert Giphanius ⁸¹⁾ welcher glaubt, daß Tribonian diese Stelle in Gemäßheit der L. 2. C. de iuram. propter calumniam interpolirt habe,

und

79) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 285.

80) Quaestion. for. Tom. I. cap. 71.

81) Explanat. difficilior. Legum Cod. ad L. 2. de iureiur. propt. calumn. pag. 130.

und daß also dieselbe von dem neuen iuramento calumniae zu verstehen sey. Es widerlegt sich aber dieses vermeintliche Emblem, wie schon Cornelius van Bynkershöt⁸²⁾ sehr richtig erinnert hat, aus Ulpian's Fragment von selbst. Denn es heißt darin, der Eid für Gefahrde solle geschworen werden, si hoc exigatur, da doch das iuramentum calumniae, wovon L. 2 §. 4. *Cod. de iureiur. propt. calumn.* redet, nicht von dem Willen der Parthenen abhängt, und selbst vom Richter nicht erlassen werden soll. Uebers dem ist die L. 2., wie ich schon oben (§. 808.) bemerkt habe, ein Jahr später, als die Pandecten, gegeben worden. Ergone Tribonianus, sagt daher Bynkershöt, Pandectis inseruit, quod nondum erat constitutum, sed constitutum iri praevidebat, spiritu forte prophético agitatus? Ich übergehe die eben so unwahrscheinlichen, als erzwungenen Erklärungen eines Wilhelm Sornetius⁸³⁾, Justus Meier's⁸⁴⁾, Abraham Wielings⁸⁵⁾, und Bernhard Heinrich Reinolds⁸⁶⁾, welche schon Everhard Otto⁸⁷⁾, und Carl Friedrich Walch⁸⁸⁾ näher geprüft haben. Es ist wohl unläugbar,

82) *Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 214. edit. Heinecc.*

83) *Lib. II. Selection. cap. 4. in Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. II. pag. 49.*

84) *Colleg. iuris argenterat. Tom. I. h. t. §. 16. pag. 753.*

85) *Iurisprud. restituta. Tom. II. pag. 212.*

86) *Ad. MERCERII Conciliator. not. 90. pag. 57.*

87) *Praefat. ad Tom. II. Thes. iuris Rom. pag. 15.*

88) *Ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 51. pag. 46. und §. 283. pag. 519. sq.*

bar, daß die Lesart in der L. 34. fehlerhaft sey, und daß statt *neque patrono, neque parentibus* vielmehr *aeque patrono atque parentibus* gelesen werden müsse. Hierin stimmen auch die meisten Ausleger⁸⁹⁾ überein. Diese Emendation hat nicht nur die Auctorität der Basiliken⁹⁰⁾ für sich, in welchen die Stelle so lautet: Ο ἐπάγγελτος πρῶτος ὁμνῶσι τὸν περὶ τυκοφαντίας, εἰάν ἀπατηθῆ, ὄντι ὁμνῶσι πατρὶς ἢ πατέρων. i. e. *Qui iusiurandum defert, prior de calumnia iurat, si exigatur, quod non iurat pater aut patronus*; sondern sie wird auch durch eine große Anzahl von Manuscripten unterstützt, dergleichen Lud. Charon=

89) *Iac. Cujacius* Observation. Lib. IX. cap. 37. *Ant. Faber* Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t. *Franc. Duarenus* de iureiur. cap. 4. in *Operib.* pag. 207. *Hug. Donellus* Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. c. 21. *Io. Leunclavius* Notator. Lib. II. in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 1513. *Guil. Barclaius* Comm. ad h. Tit. bey *Otto* Tom. III. pag. 946. *Elb. Leoninus* Emendat. lib. V. c. 20. *Io. Voet* Comment. ad Pand. Lib. III. Tit. 6. §. 4. *Ant. Schulting* Thes. Controv. Decad. XXXX. Th. 3. *Ev. Otto* cit. Praef. *Pothier* Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. *Siegm. Reich. Jauch* Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. cap. 17. *Eckhard* Hermeneut. iur. Lib. I. §. 51. not. *. et §. 283. de *Cocceji* iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *Io. Lud. Conradi* Observation. iuris civ. Vol. 1. (*Marburgi* 1782. 8.) pag. 54. sq. u. a. m. Unter den Practikern stimmen besonders *Carpzov* Iurispr. for. P. I. Constit. XII. Def. 24. *Wernher* Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 392. *Leyser* Meditat. ad Pand. Specim. CXL. Cor. 2. und *Kind* Quaest. for. Tom. I. Cap. 71. für diese Lesart.

90) Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 128.

rondas⁹¹⁾, Valent. Wilhelm Forster⁹²⁾ und Georg Obrecht⁹³⁾ anführen, denen ich nach unsern Erlanger Cod. Dig. vet. beifügen kann, welcher *hoc iusiurandum de calumnia aequae patrono parentibusque remittitur*, liest. Man findet diese richtigere Lesart auch bei Stephan⁹⁴⁾, Haloander⁹⁵⁾, Baudoza⁹⁶⁾, Jacob Marehall (in non 1525.)⁹⁷⁾ und in mehreren andern Ausgaben der Pandecten, welche Forster⁹⁸⁾ angeführt hat.

3) Wegen des genauen auf wechselseitige Treue gegründeten Verhältnisses zwischen Lehnherrn und Vasallen wird auch diesen der Eid für Gefährde gegenseitig erlassen⁹⁹⁾.

§. 810.

91) Edit. Pand. Antwerp. 1575. pag. 153.

92) De iuris interpretat. Lib. I. cap. 2. nr. 14. (in *Thef. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 961.)

93) Tr. de iuramento calumn. Cap. V. nr. 20.

94) Man sehe Brenemanns Note ad L. 34. h. t. in dem Gebauerischen Corp. iur.

95) Haloander liest *aequae patrono et parentibus*.

96) Baudoza hat *aequae patrono parentibusque*.

97) Diese Ausgabe führt OTTO in praefat. ad Tom. II. *Thef. I. R. p. 15. an*, sie soll *aequae patrono atque parentibus* lesen.

98) Cit. loc.

99) II. Feud. 33. §. 1. II. F. 58. pr. BITSCH Commentar. ad 2. Feud. 33. §. 1. pag. 588. FLOERCKE D. de iuram. calumn. §. 12. pag. 26. Wenn Vasallen unter sich streiten, so sind sie vom Eide für Gefährde nicht frey. Ludovici Lehnprotect. Kap. 12. §. 4. HORN Iurisprud. feud. Cap. XXV. §. 19.

Wirkung des Eides für Gefährde.

Ist der Eid für gefährde abgeleistet, so wird dadurch zwar der Verdacht der Bosheit und Eiskane, aber nicht der Vorwurf eines muthwilligen Streitens aus dem Wege geräumt. Es kann daher die Parthen, welche diesen Eid geschworen hat, doch noch als verlierender Theil in die Proceßkosten verurtheilt werden ¹⁰⁰⁾. Einige der ältern Rechtsgelahrten ¹⁾ haben zwar die Leistung des Eides für Gefährde als einen günstigen Grund der Kostenvergleichung ansehen wollen. Allein diese Meinung rührt offenbar aus dem Irrwahn her, daß derjenige, welcher diesen Eid geschworen hat, für einen solchen gehalten werden müsse, der eine wahrscheinlich gerechte Ursach zum Streit gehabt habe, und ist von andern schon längst widerlegt, und mit Recht verworffen worden ²⁾.

A a 2

Wird

100) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 78. §. 2. D. de legat. II. L. 4. D. Quod vi aut clam.*

1) BERLICH *Pract. Conclus. Vol. I. Concl. 78. nr. 43. CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 31. Def. 30.*

2) LAUTERBACH *Diff. de expensis victoriae §. 46. in EIUSD. Dissertat. academ. Vol. II. Diff. 80. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. II. Claproth's ord. bürg. Proceß. 2. Th. §. 203. Deltze Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 287. Weber über die Proceßkosten §. 12. Rot. 6. S. 122. Emmrich über die Proceßkosten 1. Th. §. 74. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4531. in fin. und besonders Job. Lud. Schmidt in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener practischen Rechtsmaterien 2. Band Nr. CXVI.*

Wird der Eid für Gefahrde nicht geleistet, so kommt es darauf an, ob er aufgelegt war, oder nicht. In dem letztern Falle ist nach dem neuern römischen Recht das ganze Proceßverfahren nichtig, weil die Ableistung dieses Eides zur wesentlichen Förmlichkeit des Processus gehört, welche unnachlässlich vorgeschrieben ist ³⁾. Dieß fällt nun aber heutiges Tages weg ⁴⁾. In dem ersten Fall hingegen, da der Eid aufgelegt worden, aber verweigert wird, ist jetzt wieder zu unterscheiden, ob es entweder der allgemeine oder der besondere Eid ist. Jener war entweder einer Parthey selbst, oder ihrem Anwalt auferlegt. Bey dem letztern hat die Verweigerung der Ableistung Versagung des weitern Zutritts zur Folge. In dem ersten Falle hingegen wird der Kläger abgewiesen, der Beklagte hingegen als Geständiger verurtheilt ⁵⁾. Wird der besondere Eid für Gefahrde verweigert, so ist Verlust des Vortheils, den man mittelst Abschwörung dieses Eides ziehen konnte, ja zuweilen auch Verlust der ganzen Sache die Folge davon ⁶⁾.

§. 811.

2) Erfüllungseid; 3) Reinigungseid.

Außer dem Eide für Gefahrde, welcher ein bloßer Nebeneid ist, sind 2) noch die nothwendigen Haupt- oder

3) L. 2. pr. et §. 4. C. de iuram. propt. calumn. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 3. GUEDELINUS de iure noviss. Lib. IV. c. 8. nr. 20. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. n. 62.

4) Cap. 1. §. 1. de iur. calumn. in 6to. MEVIUS P. VI. Decis. 247.

5) L. 2. §. 6. Cod. de iuram. propt. calum. Cap. 7. §. 1. X. eod.

6) L. 37. D. b. t. Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 726.

oder Entscheidungseide einer besondern Betrachtung würdig ⁷⁾. Zu diesen gehört vorzüglich der Erfüllung-, oder Ergänzungs- eid, (*iuramentum suppletorium*) und der Reinigungseid, (*iuramentum purgatorium*) ⁸⁾. Beide Eide setzen den Fall voraus, daß diejenige Parthey, welcher der Beweis oblag, solchen zwar nicht gänzlich verfehlt, aber doch nur unvollkommen geführt hat, und die Möglichkeit einer andern Beweisführung nicht vor Augen liegt ⁹⁾. Hier kann der Richter, wenn durch den geführten Beweis eine dringende Vermuthung für den Beweissatz begründet worden ist, noch von dem Beweisführer eine eidliche Erhärtung desselben verlangen, um dadurch den noch vorhandenen Zweifel zu entfernen, und dem geführten unvollständigen Beweise den zur Entscheidung der Sache erforderlichen Grad der juristischen

A a 3

schen

- 7) Io. Dan. BARTHOLOMAEI Exercit. de iuramento necessario. Ulmae 1754. und Franc. ALEF Diss. de usu iuramenti necessarii. (in EIVS Dieb. academ. s. Opuscul. Nr. XII.)
- 8) Christ. Frid. Ge. MEISTERI Triga Observation. practicar. de iuramentis suppletorio et purgatorio. (in EIVS Exercitat. academ. Nr. 4.) Lud. WIESS Diss. de iuramento suppletorio. Lugd. 1646. Io. STRAUCH Diss. de iuram. supplet. Ienae 1655. Christph. Lud. CRELLII Observat. de iureiurando suppletorio, quod sine probatione decernitur. Vitembergae 1751. (in EIVS Dissertat. Fasc. X.) Io. Gottl. HEINECCIUS Diss. de lubricitate iurisiurandi suppletorii. in Opuscul. Nr. XVI. J. E. Berner über die rechtliche Zulässigkeit des Erfüllung-, und Reinigungseides. (in dem Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak. 6. Bandes I. St. Nr. III. S. 45. ff.)
- 9) L. 31. D. h. t. L. 3. C. de reb. credit. Cap. 2. X. de probation.

ſchen Evidenz zu geben. Dieſer Eid wird deswegen der **Ergänzungs-** oder **Erfüllungseid** genannt. Iſt hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz ſchwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welchen ſonſt nach den allgemeinen Regeln des Proceſſes der Ergänzungseid obliegen würde, aus beſondern Gründen nicht zur Ableiſtung deſſelben gelaffen werden, ſo kann der Richter von der Parthe, gegen welche der Beweis geführt worden, verlangen, daß ſie ſich von dem gegen ſie vorhandenen Verdachte eidlich rethige. Dieſer Eid wird daher der **Reinigungseid** genannt, und hat gänzliche Aufhebung des unvollſtändigen Beweiſes zum Zweck. Ueber den Urfprung dieſer beiden Eidesarten ſind die Rechtsgelehrten verſchiedener Meinung. Daß der Ergänzungseid ſchon in dem römischen Rechte gegründet ſey, behaupten zwar die meſten ¹⁰⁾. Für dieſe Meinung ſtreiten auch folgende Geſetzſtellen.

*L. 31. D. b. t. wo Cajuſ ſagt: Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iuſiurandum exactum per-
mitti conſtitutionibus Principum ex integro cauſam
agere, ſi quis nova inſtrumenta ſe inveniſſe dicat, qui-
bus nunc ſolis uſurus ſit. Sed hae conſtitutiones tunc
videntur locum habere, cum a iudice aliquis abſolu-
tus*

10) *S. Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 44.
VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 28. Ian. a COSTA Prae-
lection. ad illuſtrior. quosd. Titulos locaq. ſelecta iuris civ. pag.
156. ſq. Franc. ALEP cit. Diff. Cap. I. §. 11. ſqq. in Dieb.
academ. pag. 401. ſqq. MALBLANC doct. de iureiur. §. 69. et
70. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1165.*

tus fuerit: *solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuraverit.*

L. 3. Cod. de reb. credit. et iureiur. worin die Kaiser Diocletian und Maximian einer gewissen Severa rescribiren: In bonae fidei contractibus nec non in ceteris causis, inopia probationum, per iudicem iureiurando, causa cognita, res decidi oportet.

Es erhellet zugleich aus diesen Stellen, daß der Ergänzungseid schon längst vor Justinian, ja schon zu den Zeiten des Kaisers Hadrian, unter welchem Cajus lebte, im Gebrauch gewesen sey. Dessen ungeachtet läugnen viele Rechtsgelehrten¹¹⁾, daß der heutige Ergänzungseid in dem römischen Recht gegründet sey. Sie geben zwar zu, daß auch schon nach demselben dem Richter erlaubt sey, in zweifelhaften Fällen zur Entscheidung der Sache auch ohne den Antrag einer Parthen auf den Eid zu erkennen, allein daß dieser Eid bey mangelhaften Beweisgründen dem Richter zur Entscheidungsnorm gedient habe, finde sich nirgends. Vielmehr stelle das röm. Recht den Grundsatz auf: *actore non probante, absolvendum esse reum*¹²⁾. Einen unvoll-

Na 4

ständig

11) Franc. DUARENUS Anniversar. Disputat. Lib. II. cap. 33. und in Comm. ad h. t. cap. 7. Hug. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 11. Ant. FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XIX. Err. 1—3. und in Rational. ad L. 31. D. de iureiur. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 287. (Oper. Tom. II.) und Probabil. Lib. III. cap. 6. HEINECCIUS cit. Diss. de lubricit. iurisiur. suppletor. §. 8—19. und WERNHER in lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 27.

12) L. 10. D. de testib. L. 2. Cod. de probat. L. 4. Cod. de edendo. L. 9. Cod. de except.

ständigen Beweis kenne das römische Recht gar nicht ¹³⁾, und ein Zeuge sey so gut, wie gar kein Zeuge ¹⁴⁾. Eine *inopia probationum* heiße also hier nicht mangelhafter Beweis, nein, gerade das Gegentheil, *nimia probationum utrimque concurrentium copia atque abundantia*, quae iudicem turbet, et consilii in eligendo inopiam pariat! Um diesen Sprachgebrauch zu beweisen, beruft man sich auf das Zeugniß des Apulejus ¹⁵⁾, welcher sagt: *Psyche, aspectu Cupidinis dormientis accensam, et nimia voluptatis copia turbatam, inopia fruendi laborasse*; und glaubt ihu vollends durch die *L. 1. C. de Quaest.* außer Zweifel zu setzen, wo die Kaiser Sever und Antonin sagen: *In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse, manifestum est*: wenn man damit die *L. 20. D. eodem* vergleicht ¹⁶⁾. Nach dieser Erklärung sey also eine *cau-*
sa

13) *L. 19. pr. et §. ult. D. de probat. L. 26. §. ult. D. depositi. L. ult. Cod. de rei vindicat. L. 9. C. de obligat. et action.* Daher werde das Wort *implere* in den Gesetzen sehr häufig für *probare* genommen. *L. 23. D. de probat. L. 1. C. eodem. L. 1. C. de condict. ob turp. caus. L. 3. C. de non num. pecun.*

14) *L. 9. §. 1. Cod. de testib.* Sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat.

15) *Metamorph. s. de asino aureo Lib. V. pag. 100. (edit. Altenburg. 1778. 8.)*

16) *Henr. BRENCMAN* in *Disput. de Legum inscriptionibus §. 29.* (in *WIELING Iurisprud. restituta Tom. II. pag. 175.*) will an diesem Beispiel zeigen, wie nöthig es bey der Erklärung der Röm. Gesetze sey, den Sprachgebrauch des Zeitalters zu kennen. *Videlicet*, sagt er, *ICi libellos agentes sub Imp. quo-*

sa dubia, welche den Richter nach dem röm. Recht berechtigt, auf den Eid zu erkennen, nur dann vorhanden, wenn zwar der Producent seiner Seits vollständig bewiesen hat, dieser Beweis aber durch den ebenfalls an sich vollständigen Gegenbeweis des Producten in eine solche Lage gesetzt worden, daß der Richter nun ungewiß ist, für wen er sprechen soll. Hier könne der Richter der Parthen den Eid auflegen, deren Morallität er zu trauen die meiste Ursache hat, und für diese sprechen, wenn sie den Eid geschworen hat. Ich übergehe die Stellen, die man noch zur Unterstützung dieser Erklärung aus Cicero, Horaz und Terenz, besonders von der *coena dubia*, (*risum teneatis amici*) anzuführen pflegt. Denn schon längst haben Vinnius¹⁷⁾, Crell¹⁸⁾, Alet¹⁹⁾ und Malblanc²⁰⁾, das höchst Unwahrscheinliche, Gezwungene, und offenbar Irrige in dieser Erklärung lichtvoll dargestellt. Das Wort *inopia* bedeutet sowohl nach dem Sprachgebrauch der Classiker, als der röm. Juristen nichts anders als Mangel, Schwäche, Unvollkommenheit, und wird dem Wort *copia*, Vorrath, Reichthum, Ueberfluß, entgegengesetzt. Man schlage nur Briffon²¹⁾,

A a 5 ner

rum est L. 1. C. de Quaest. et L. 3. C. de reb. credit. Apulejum imitati videntur, ut floridi et elegantis (eo inprimis tempore) styli Scriptorem.

17) Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 44.

18) Diff. cit. de iureiur. suppletorio. Obl. 5.

19) Diff. cit. de usu iuram. necessarii Cap. I. §. II. sqq.

20) De iureiur. §. 70.

21) Opus de Verbor. Signif. v. *Inopia*.

ner ²²⁾ und Scheller ²³⁾ nach, um sich davon zu überzeugen. In dieser Bedeutung kann daher der Ausdruck *inopia probationum* nichts anders heißen, als Mangel an hinlänglichen Beweisen, oder eine solche Unvollständigkeit des Beweises, welche noch einen Zweifel übrig läßt, ob die Forderung oder der Anspruch des Producenten gleich wohl gegründet sey, und daher noch einer Stütze bedarf, wenn für ihn erkannt werden soll ²⁴⁾. Denn nach einer bekannten Regel der Hermeneutic muß man so lange die Worte eines Gesetzes dem gemeinen Sprachgebrauche gemäß erklären, bis man Grund hat, zu glauben, daß der Gesetzgeber davon abgewichen sey. Nun läßt sich doch wohl im Ernst nimmermehr glauben, daß der Conscript der *L. 3. C. de reb. credit.* bey der *inopia probationum* an den goldnen Esel des Apulejus, und desselben schwärmerische Liebesgeschichte gedacht habe! gewiß eben so wenig, als daß Cajus bey seinen *causis dubiis* in der *L. 31. D. h. i.* die *coena dubia* bey Terrenz ²⁵⁾ im Sinne gehabt haben sollte. Und dennoch will man deswegen vom gemeinen Sprachgebrauche abgehen? *Itane vero APULEJI delirio potius, quam candidae Iurisconsultorum simplicitati credendum? non putem*, sagt Ales, dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen.

Illius

22) Thef. linguae latinae h. v.

23) Lat. teutsch. Wörterbuch h. v.

24) Dies erhellet auch deutlich aus folgenden Gesetzstellen. *L. 9. L. 18. §. 4. D. de Quaest. L. 12. C. eod. L. 7. D. de testib. L. 7. D. de probat. PAULUS Sent. recept. Lib. V. Tit. 14. §. 2.*

25) *Pbormio. Actu II. Sc. II, v. 28.*

Illius erat, suavi verborum lusu risum excitare spectatorum; horum, gentes docere, earumque actionibus apertam praescribere normam. Illi applausus populi lucro fuit; his gentium salus et curae et cordi erat. Ille tropos metaphorasque, hi (quod necesse erat) sermonis affectabant simplicitatem. Neque, si APULEJO fidem adhibere in materia iuris fas esset, NOODTIUM iuvat: ut enim ille (relege verba) non voluptatum, sed fruentis queritur inopiam, ita contra Imperatores DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS in *cit. L. 3.* non iudicis, sed probationum inopiam sua tangunt oratione; de hac, non illa, statuentes, iuramento necessario locum facere.

Gesetzt aber, man wollte auch nach jener Erklärung den Fall annehmen, daß Beweis und Gegenbeweis collidiren, und beyde Beweise gleich vollständig sind; wie kann hier der Richter in die Verlegenheit kommen, auf den Eid zu erkennen? Ein Beweis hebt ja den andern auf, und es muß daher wider den Beweisführer erkannt werden, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug vor dem Gegenbeweis verdient ²⁶⁾. Wie kann also hier eine causa dubia seyn, welche erst durch den Eid entschieden werden mußte? Wohl aber kann dies der Fall seyn, wenn noch kein hinlänglicher Beweis vorhanden ist. Hier ist es den angeführten Gesetzen

26) S. Guil. BARCLAI Comm. ad L. 31. D. h. t. (in Ev. OTTONIS *Thef. iuris Rom.* Tom. III. pag. 957.) KOCH *Diss. de eo, quod iustum est circa delationem iuram. litis decisorii* §. 30. und GÖNNERS *Handbuch des gemeinen Processes* 2. Band Nr. XLI. §. 11.

setzen gemäß, daß der Richter den noch vorhandenen Zweifel dadurch heben kann, daß er dem Beweisführer den Eid auflegt, um dadurch den geführten unvollständigen Beweis zu ergänzen. In welche Verlegenheit oft der Richter gerathen kann, wenn die Frage davon ist, ob der beygebrachte Beweis vollständig sey oder nicht, erhellet aus dem Rescript des Kaisers Hadrian an den Valerius Verus, welches Callistratus L. 3 §. 2 D. de testib. anführt, und folgendermaßen lautet: *Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiti potest. Sicut non semper, ut saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* Daß das römische Recht den unvollständigen Beweis gar keine andere Wirkung belege, als die, den Beklagten frey zu sprechen, ist offenbar falsch. Die bekannte Rechtsregel: *Actore non probante, reus absolvitur*, kann nur von dem Falle gelten, wo der Kläger entweder nicht das geringste Begründungsdatum, oder wenigstens nicht so viel Beweisgründe für seinen Anspruch bezubringen vermochte, um bey dem Richteramte dadurch vernünftige Vertrauungsmotive in seine Gewissenhaftigkeit zu erregen. Als Beleg zu dieser Wahrheit kann der Fall bey Gellius ²⁷⁾ dienen, wo derjenige, welcher eine Geldforderung einklagte, die Schuld *neque tabulis neque testibus* erweisen konnte, sed

argu-

27) Noct. Attic. Lib. XIV. cap. 2.

argumentis admodum exilibus utebatur. Hier war es freylich nach dem röm. Rechte keinem Zweifel unterworffen, *quod absolvendus feret reus, quem accepisse pecuniam nulla probatione solemnī doceretur.* Sicher würde aber der Beklagte nicht frengesprochen worden seyn, wenn der Kläger nur wenigstens die eidliche Aussage eines klassischen Zeugen für sich gehabt hätte. Zwar sagt Paulus ²⁸⁾: *unius testimonio non esse credendum,* und Kr. Constantin ²⁹⁾ verordnet, *ut unius omnino testis responsio non audiat.* Allein damit hat keinesweges gesagt werden wollen, daß ein Zeuge gar nichts beweise, sondern der Sinn gehet offenbar nur dahin, daß einem Zeugen allein noch nicht derjenige Glaube und diejenige Beweiskraft bezulegen sey, welche erfordert wird, um ein Definitiv-Erkenntniß darauf zu bauen, wenn nicht noch andere Beweisgründe hinzutreten ³⁰⁾. Hierzu kann nun aber der Eid des Producenten um so mehr dienen, weil auch der Erfüllungseid als ein Beweismittel anzusehen ist. Daß zur Ergänzung eines mangelhaften Beweises der Richter auch schon nach dem röm. Rechte auf den Eid erkennen könne, erhellet, auffer den oben angeführten Stellen, auch noch insonderheit aus *L. 1. §. 40. D. depositi*, wo Ulpian sagt: *Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem an et pondus complecti debeat? Et magis est, ut utrumque complectatur: scyphum forte vel lancem vel pateram dicendo, et materiam et pondus addendo: salvo eo, ut si de quantitate ponderis incertum est,*

i u-

28) *L. 20. D. de Quasfion.*29) *L. 9. Cod. de testib.*30) *S. CRELLII Diff. cit. Obs. 4.*

iuranti succurratur. Selbst Anton Faber kann nicht läugnen, daß hier vom Ergänzungseide die Rede sey, wenn er sagt: *At succurritur ei, qui deposuit, cum admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, ut suam intentionem probet ac impleat, non deferente adversario iusiurandum.* So wäre denn wohl der römische Ursprung des Ergänzungseides außer Zweifel gesetzt³²⁾. Ob aber auch der Reinigungseid schon den Römern bekannt gewesen, oder aus welchem Rechte sonst desselben Ursprung herzuleiten sey, ist ebenfalls sehr streitig. Einige³³⁾ wollen wirklich Spuren von diesem Eide in dem röm. Rechte entdeckt haben³⁴⁾. Andere³⁵⁾ leiten den Ursprung desselben

31) Rational. in L. 1. §. 44. D. depositi.

32) Man sehe noch J. H. BOEHMERI *ius eccles. Protest.* Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 69 et 70.

33) Hug. DONELLUS *Commentar. iuris civ.* Lib. XXIV. cap. 10. Rad. FORNERIUS *Rer. quotidianar.* Lib. V. cap. 19. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 271.) Ant. FLORIVINUS *Iurisprud. polem.* pag. 51. und Mich. God. WERNHER *lectissim. Commentationes in Pand. h. t.* §. 31.

34) Man führt gewöhnlich an L. 31. D. h. t. wegen der Worte: *cum a iudice aliquis absolutus fuerit.* Allein daraus folgt noch lange nicht, daß der Beklagte den Reinigungseid geschworen habe. — L. 5. pr. D. de public. iudic. L. 6. Cod. ad Leg. Corn. de fucar. L. ult. in fin. Cod. de abolit. Allein diese Gesetze reden zwar von einer purgatione innocentiae, aber nicht von einem iuramento purgationis, wie schon Io. Van de WATER in *Observat. iur. Rom.* Lib. II. cap. 10. pag. 171. bemerkt hat. — L. 13. §. 2. L. 28. §. 5. D. h. t. L. fin. §. 10. C. de iurè delib. L. fin. §. 5. C. de iure dom. impetr. L. 26. in fin. C. de Usur. Allein alle diese Stellen reden vom iuramento delato. — L. 6. §. 4. C. de his, qui ad eccles.

ben aus dem canonischen Recht her. Noch andere ³⁵⁾ eignen ihn den Sitten der Teutschen zu. Die mittlere Meinung verdient wohl unstreitig den Vorzug, wie Böhmer

confug. wo die Worte: *Sicubi depositae vel commodatae dicuntur* (sc. *res eorum, qui ad ecclesiam confugerunt*) *inquirendi talem volumus esse cautelam: ut si sola suspicione apud aliquem adferantur absconditae, de sua etiam conscientia satisfacere auctoritate venerabilis Antistitis iubeatur*; von einem Reinigungseide erklärt werden, aber gewiß eben so wenig davon verstanden werden können, als das *iuramentum manifestationis* dahin zu rechnen ist. Denn es ist dort von Gläubigern die Rede, denen die gebührende Befriedigung durch Execution aus den Gütern solcher Schuldner nicht vorenthalten werden soll, welche sich in eine Kirche geflüchtet haben; diese können daher auch den Eid von denen fordern, welche die von ihren Schuld- nern mit sich genommenen Sachen zur Verwahrung erhalten haben. Endlich *Nov. 124. cap. 2.* oder *Autb. Novo iure Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit.* wo es heißt: *Si autem litigator donationem vel promissionem* (sc. *iudici factam*) *probare non potuerit, persona, quae donationem vel promissionem accepisse dicitur, iuret, se nec per se nec per aliam personam quid vel accepisse, vel promissum esse; eoque iureiurando praestito, libera sit.* Allein die Novelle handelt vom *iuramento calumniae*, wie schon *Iust. Henn. BOEHMER* in *Diss. de usu iuramenti purgatorii in criminalib. §. 5.* gezeigt hat. Das *iuramentum purgationis*, so wie es jetzt üblich ist, läßt sich also aus dem Röm. Recht nicht wohl beweisen. Man sehe auch *Ant. MATTHAEI Commentar. de criminib. Lib. XLVIII. Tit. 15. Cap. 7.*

35) MALBLANC *de iureiur. §. 108.* THIBAUT *Syst. des P. R. 3. B. §. 1165.*

36) HEINECCIUS *Elementor. iuris Germ. Tom. II. Lib. III. §. 354.*

mer³⁷⁾, gründlich gezeigt hat. Der Reinigungseid trat bekanntlich an die Stelle der ehemaligen Gottesurtheile oder Ordallen³⁸⁾, und wird daher *purgatio canonica*³⁹⁾, ja auch selbst *iudicium divinum*⁴⁰⁾ oder *iudicium iustum*⁴¹⁾ genannt.

Um nun aber näher zu bestimmen, wenn ehe auf den Ergänzungseid, und wenn auf den Reinigungseid zu erkennen sey, so unterscheidet man gewöhnlich folgende Fälle.

1) Der Producent hat mehr als halb, und beynahe vollständig bewiesen. Hier ist dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen.

2) Der Producent hat nicht einmal einen halben Beweis beigebracht. Hier wird dem Producten der Reinigungseid aufgelegt⁴²⁾.

3) Es

37) Iur. eccles. Protestant. Tom. V. Lib. V. Tit. 34. §. 7. sqq. pag. 559. sqq.

38) Pet. GALLADE Diss. de iuramento purgatorio reiectis ordaliis per canones et leges stabilito. Heidelbergae 1758. Paul Ios. a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. § 275. Ge. Aug. Hof von den Ordallen oder Gottesurtheilen. Mainz 1784. 8.

39) Vid. Tit. Decretal. V. 35. de purgatione canonica.

40) Can. 25. *Caus. II. Qu. 5.* S. BOEHMER cit. loc. §. 12. pag. 565. Feudor. II. 27. §. 3. Io. Van de WATER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 11.

41) Can. 1. C. XXXIII. Qu. I. verglichen mit Cap. 1. et 5. X. de frigid.

42) Cap. 36. §. 1. X. h. t. Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit, obtinere. Praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam iuramentum, nisi iudex inspectis personarum et causae circumstantiis illud actori videat deferendum.

3) Es ist gerade ein halber Beweis vorhanden. Hier ist es streitig, auf welchen von beiden Eiden zu erkennen sey. Die meisten glauben, daß hier der Erfüllungseid Statt finde ⁴³⁾. Allein andere ⁴⁴⁾ ziehen den Reinigungseid vor, weil der Richter immer geneigter seyn müsse, frey zu sprechen, als zu verurtheilen, überdem könne ein, wenn gleich eidlich bestärktes Zeugniß, was der Producent in seiner eigenen Sache ablegt, nie die Kraft eines halben Beweises haben. Es müsse also immer ein mehr als halber Beweis vorhanden seyn, wenn auf den Erfüllungseid solle erkannt werden können. Noch andere ⁴⁵⁾ überlassen hier alles dem richterlichen Ermessen, nach der bessern Sachkenntniß des einen oder andern Theils, oder nach der höhern Glaubwürdigkeit, welche der eine Theil vor dem andern verdient, oder nach der mehreren Rechtsbegünstigung, welche für eine von beiden Partheyen spricht, zu bestimmen, welcher

43) *Ev. Christoph. CANZ* Tr. de probabilitate iuridica. *Tubingae* 1751. 4. §. 221. sqq. *MEVIUS* P. IV. Decis. 155. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 74. *HEINECCIUS* cit. Diff. §. 20. sqq. *HOFACKER* Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4527. *Ge. Lud. BOEHMER* Princip. iur. canon. §. 815.

44) *ALEX* Diff. cit. de usu iuram. necessari. Cap. II. §. 20. *LEYSER* Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 2. *MALBLANC* Doctr. de iureiur. §. 72. *MÜLLER* Observat. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 317.

45) *Danz* Grds. des ordentlichen Processes §. 365. *Martin* Lehrbuch des gem. bürg. Processes §. 179. *SCHNEIDERS* vollständige Lehre vom rechtl. Beweise §. 400—403. *Wesphals* Rechtsgutachten. I. Th. h. t. §. 22. *Hier. Frid. SCHORCH* Diff. de officio iudicis in imponendo iuramento vel suppletorio vel purgatorio. *Erfordiae* 1737.

cher von beiden Eiden zu erkennen sey. Diese letztere Meinung verdient zwar allerdings den Vorzug, doch bleibt es immer in vorkommenden Fällen ein schwieriges Problem, wenn ehe der Beweis für einen halben zu halten, und wenn noch weniger als ein halber Beweis vorhanden sey? Man sucht zwar die nach der gemeinen Theorie angenommene Gradation durch das Beispiel vom Zeugenbeweise anschaulich zu machen. Wenn nämlich, sagt man, die übereinstimmende Aussage zweier unverdächtiger Zeugen zu einem vollständigen Beweise erfordert werde, so müsse folglich ein unverdächtiger Zeuge gerade die Hälfte, ein nicht ganz unverdächtiger Zeuge weniger als die Hälfte, und ein glaubwürdiger Zeuge neben einem nicht ganz unverdächtigen mehr als die Hälfte ausmachen. Allein nicht zu gedenken, daß die Aussage eines classischen Zeugen gewiß einen höhern Grad von Wahrscheinlichkeit bewirkt, als die dem dadurch bewiesenen Factum entgegenstehende negative Rechtsvermuthung⁴⁶); so läßt sich auch der Maasstab vom Zeugenbeweise auf Urkunden, desgleichen auf die künstlichen Beweise nicht füglich anwenden. Der Richter hat also vielmehr in vorkommenden Fällen eines unvollständigen Beweises alle zusammentreffende individuelle Umstände an sich selbst sowohl, als in ihrer Verbindung mit einander sorgfältig zu prüfen, und hiernach zu beurtheilen, ob daraus ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit hervorgeht, der eine dringende Vermuthung für den Beweisleiter begründet, oder nicht⁴⁷). Dabey kommt es denn allerdings
auch

46) S. GÖNNER'S Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XXXVII. §. 24.

47) S. GROLMAN'S Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 83.

auch darauf an, welcher von beyden Theilen eine bessere Sachkenntniß sowohl, als auch an sich eine stärkere Vermuthung der Glaubwürdigkeit für sich hat. Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Wenn im Falle eines unvollständigen Beweises der eine Theil sich sowohl wegen seines bisherigen unbescholtenen Lebenswandels und seiner bekannten Gewissenhaftigkeit, als auch Irsonderheit bey der Verhandlung des Processes durch vollständige und genaue Angabe des Zusammenhangs der Sache eines vorzüglichen Zutrauens würdig gemacht hat, als der andere; so ist jenem der Eid aufzulegen, er sey der Erfüllung, oder der Reinigungseid ⁴⁸⁾. Auf den Unterschied der Religion hingegen, welcher der eine oder andere Theil zugethan ist, kommt an sich nichts an, und es kann daher hiernach allein der höhere oder mindere Grad der Glaubwürdigkeit nicht beurtheilt werden. Wenn demnach einige ⁴⁹⁾ behaupten wollen, daß ein Jude wider einen Christen nicht zum Erfüllungseide zu lassen sey, sondern dem Christen in einem solchen Falle der Reini-

B b 2

gungseid

48) SCHNEIDER vom rechtl. Beweise. §. 402. *Ant. FABER* Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. I. Def. 44.

49) STRYK *de cautel. iuramentor.* P. III. Sect. III. Cap. 6. nr. 44. BERGER *Oecon. iuris* Lib. IV. Tit. 25. Th. II. not 4. WERNHER *Observat. for.* Tom. I. P. I. Obs. 193. PUFENDORF *Observat. iuris univ.* Tom. I. Obs. 110. BORHMER *Iur. eccles. Protest.* Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 9. STRUBEN *rechtl. Bedenken* 3. Th. Bed. 67. de CANNGIESSER *Decision.* Hasso-Castell. Tom. I. Decis. 136. nr. 14. de COCCEJI *iur. civ. contr. h. t.* Qu. 45. *Io. Sieg. THIEL* *Princip. iurisprud. iudic. cae* §. 390.

gungseid zuerkannt werden müsse; so ist dies eine gegen alles Recht und Billigkeit streitende Meinung, welche schon von mehreren ⁵⁰⁾ gründlich widerlegt, und mit Recht verworffen worden ist ⁵¹⁾).

2) Wenn bey gleichen Gründen der Wahrscheinlichkeit, welche für oder wider den Beweisführer streiten, der eine Theil de veritate, der andere aber nur de credulitate schwören kann, so ist der erste Eid dem letztern vorzuziehen ⁵²⁾).

3) Wenn für eine von beyden Partheyen die mehrere Rechtsbegünstigung spricht, so ist auf denjenigen Eid zu erkennen, welcher dieser Rechtsbegünstigung am meisten entspricht ⁵³⁾).

Wende

50) de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. P. I. Obs. 507. Io. Aug. Lud. MENCKEN Diss. de iudaeo iurisiurandi suppletorii haud incapace. Vitemb. 1732. HEINECCIUS in Diss. de lubricitate iurisiur. suppletorii §. 26. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 350. Heislers Abb. Ob die Zulassung eines Judeineides wider einen Christen bedenklich sey? in derselben jurist. Abhandl. Th. 3. Nr. 3. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4527. not. i.

51) Man beruft sich gewöhnlich auf L. 21. C. de haeret. Nov. 45. c. 1. Can. 26. C. II. Qu. 7. Allein man sehe dagegen BOEHMER ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 3.

52) I. H. BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 71. LEYSER Specim. CXLII. medit. 4. Strubens rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 130. und MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 110. pag. 480.

53) L. 85. L. 125. D. de Reg. iur. L. 47. D. de obligat. et act. 3. B. wenn die Sache ein Heyrathsgut betrifft. In ambiguis pro dote respondere melius est.

Beide Eide sind übrigens in allen bürgerlichen Rechts-
sachen, selbst unter den Protestanten, wenn sie die Tren-
nung einer Ehe bezwecken sollten, zulässig. In Ansehung
der Ehesachen sind zwar viele anderer Meinung. Ein-
ige ⁵⁴⁾ läugnen hier gänzlich die rechtliche Zulässigkeit des
Erfüllungseides. Andere ⁵⁵⁾ unterscheiden, ob der Eid
für oder wider die Ehe geschworen werden soll; und lassen
nur in dem ersten Fall den Eid zu, wenn mehr als ein
halber Beweis vorhanden ist; auf keine Weise aber in dem
letzten Falle. Allein Leyser ⁵⁶⁾ hat schon längst diese
Meinungen widerlegt. Es treten hier eben die Gründe ein,
aus welchen auch die Eidesdelation in solchen Sachen für
rechtlich zu halten ist ⁵⁷⁾. In wiefern in petulischen Sa-
chen auf diese Eide erkannt werden könne, ist streitig. Den
Reinigungseid lassen zwar alle zu, ob sie wohl in Absicht
auf den eigentlichen Gebrauch desselben verschiedener Mei-
nung

B b 3

54) *Ant.* FABER in Cod. Definit. for. Lib. IV. Tit. I. Def. 44.
HEINECCIUS in Diff. de lubricit. iurisiur. suppletor. §. 27. LAU-
TERBACH Coll. Pand. h. t. §. 77.

55) BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. Th. II. nol. 3. WERN-
HER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 642. CARP-
ZOV Iurispr. for. P. I. Const. 22. Def. 3. Dan; Grundsätze
des ordentl. Processus §. 365. a. E.

56) *Meditat. ad Pand.* Vol. III. Specim. CXXI. medit. 4.

57) Selbst das Canonische Recht läßt ja Beschwörung des eheli-
chen Unvermögens zum Zweck der Ehetrennung zu. *Can. 2.*
Caus. XXXIII. Qu. 1. Cap. 1. 5. et 7. X. de frigid. C. I.
H. BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24.
§. 75 — 80. und diesen Theil des Commentars §. 799. nr. 5.
S. 270. ff. Gleicher Meinung ist THIBAUT *Syst. des P. R.*
3. Th. §. 1165.

nung sind ⁵⁸⁾. Denn es läßt sich freylich der Gebrauch desselben in peinlichen Sachen nur unter sehr großen Einschränkungen rechtfertigen ⁵⁹⁾. Was hingegen den Erfüllungseid anbetrifft, so ist zwischen dem Anklags- und Untersuchungsproceß zu unterscheiden. Ist von dem Anklagsproceß die Rede, so ist es nach den Gesetzen ⁶⁰⁾ sowohl, als vermöge des Gerichtsgebrauchs eine unbestrittene Wahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungseid Statt finden könne ⁶¹⁾. Ob aber nicht wenigstens der Angeklagte bey vorhandenen starken Vermuthungen, die entweder für seine gänzliche Schuldlosigkeit, oder wenigstens für den Mangel des Vorsatzes streiten, zum Erfüllungseide gelassen werden könne, ist streitig. Quistorp ⁶²⁾ hat dieses aus mehreren Gründen zu erweisen gesucht. Allein mit Recht hat schon Malblanc ⁶³⁾ dagegen erinnert, daß der Eid in diesem Fall kein anderer als der Reinigungseid sey. Im Untersuchungsproceß pflegt zwar ein Angeschuldigter, sofern kein Meineid zu besorgen ist, zur eidlichen Erhaltung seiner Unschuld zugelassen zu werden. Es ist aber auch dieser Eid mehr für einen Reinigungseid, als für einen Erfüllungseid zu achten ⁶⁴⁾.

§. 812.

58) S. I. H. BOEHMERI Diss. de usu iuram. purgatorii in causis criminal. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III. Exercit. 48.)

59) S. GROLMANS Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 505.

60) L. 25. C. de probat.

61) BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 24. §. 74.

62) Beiträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien Nr. 29.

63) Doctr. de iureiur. §. 75. not. 384.

64) S. Westphal's Criminalrecht Anmerk. 146. §. 13.

§. 812.

Der Erfüllung; und Reinigungseid sind nothwendige Eide.
Wirkung derselben.

Beide Eide, von denen bisher gehandelt worden, sind nothwendige Eide, und zwar 1) auf Seiten des Richters, weil Niemand für verbunden erklärt werden kann, gegen welchen nicht vollkommen bewiesen ist. Sobald nun der Richter, in Ermangelung anderer und befriedigenderer Ergründungsmittel des Wahren, Ueberzeugungsgründe erhalten hat, daß er der Gewissenhaftigkeit einer von beiden Partheyen trauen könne, so bleibt ihm zur Entscheidung der Sache kein anderes Mittel übrig, als der Eid ⁶⁵⁾. Der Richter muß daher unaufgefordert auf den Eid erkennen, und darf ihn auch den Partheyen nicht erlassen, weil er zur Vollendung seiner eignen rechtlichen Ueberzeugung dient ⁶⁶⁾. 2) Auf Seiten der Parthey, welcher ein solcher Eid auferlegt wird, ist er darum nothwendig, weil dessen Ableistung von derselben nicht verweigert werden darf. Es findet daher hier keine Zurückschlebung Statt ⁶⁷⁾. Ob aber diese Eide auch nicht durch Gewissen-

B b 4

wissens-

65) Von der rechtlichen Nothwendigkeit dieser Eide handelt sehr gründlich WERNER in der oben Not. 8. angeführten Schrift. S. Archiv des Criminalrechts 6. B. S. 66. ff.

66) L. 3. Cod. de reb. credit. Arn. VINNIUS select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 43. und ALEF cit. Diss. de usu iuram. necessarii. Cap. III. §. 29 — 33.

67) MALBLANC de iureiur. §. 75. VINNIUS c. l. Durch die L. 12. §. 1. C. de reb. credit. sind zwar manche verleitet worden, zu behaupten, daß auch bey einem zuerkannten nothwendigen Eide der Parthey, welcher ein solcher Eid auferlegt worden,

wissensvertretung vermieden werden können, ist unter den Rechtsgelehrten streitig ⁶⁸⁾. Einige ⁶⁹⁾ läugnen dieses schlechthin. Viele ⁷⁰⁾ hingegen wollen die Gemissensvertretung zwar bey dem zuerkannten Reinigungselde zulassen, läugnen aber, daß sie bey dem Erfüllungselde Statt finde, es müßte denn etwa neuer Beweis beygebracht werden können.

den, freystehe, die Ableistung desselben von ihrem Gegner zu verlangen. S. *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. XIX. Tit. 7. und *ENGEL* Diss. de relatione iuramenti a iudice iniuncti. Lipsiae 1735. Allein wenn gleich in der angeführten Stelle von beyden Eiden, sowohl dem nothwendigen, als dem freywillig angetragenen, die Rede ist, so ist doch dasjenige, was das Gesetz von der Relation verordnet, nach einer richtigern Erklärung bloß vom iuramento delato zu verstehen. Auf diesen paßt auch nur der Grund, welcher in dem Gesetz angeführt wird.

Quis enim ferentius est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit? Noch deutlicher aber erhellet dieß aus den Basiliken, in welchen T. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 134. die Worte so lauten: αὐτὸς γὰρ ὡσπερ ἑαυτῷ δικάσας, καὶ τὸν ὄρκον ἐπενευκίων, εἶτα παραιτησάμενος, τὸν ἐκ τῆς ἀντεπιφορᾶς ὄρκον παρέχειν, οὐκ εἰς φορητὸς ἐπὶ τὴν τῆς ἐκκλήτου κατατρέχειν βοήθειαν. i. e. ipse enim quasi sui ipsius iudex, et iusiurandum deferens, ac deinde sacramentum relationis subire recusans, ferendus non est ad appellationis confugiens auxilium. Man sehe noch *VOET* Commentar. ad Pand. h. t. §. 30.

68) S. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 46.

69) MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 480.

70) DAN; Grundsätze des ordentlichen Processes §. 363. HOR-
ACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4519. et not. h. pag. 964.
MALBLANC c. I. §. 75.

nen. Andere ⁷¹⁾ lassen auch nicht einmal in Ansehung des Letztern wegen neu aufgefundenener Beweismittel die Gewissensvertretung zu, wenn die Beweisfrist einmal verstrichen ist. Noch andere ⁷²⁾ nehmen zum Grundsatz an, daß beyde Eide nur dann, wenn die Beweisfrist nicht verstrichen ist, durch die Gewissensvertretung vermieden werden können. Allein da dies fast nur bey dem Reinigungseide der Fall seyn kann; so ist hierdurch bey dem Erfüllungseide, die Gewissensvertretung so gut, wie abgesprochen. Daher lassen andere ⁷³⁾ ohne Unterschied, ob der Bewelstermin bereits verstrichen ist, oder nicht, die Gewissensvertretung zur Abwendung des erkannten nothwendigen Eides um so mehr zu, weil ja selbst nach schon abgeschwornen Erfüllungs-, oder Reinigungseide noch das Gegentheil erwiesen werden kann ⁷⁴⁾. Da beyde Eide blos subsidiarische Beweismittel sind, welche nur dann Statt finden, wenn eine vollständige Beweisführung nicht möglich ist, so ist wohl diejenige Meinung für die richtigste zu halten, nach welcher die Ableistung derselben noch immer durch die Gewissensvertretung mit Beweis vermieden werden kann, wenn noch andere Beweismittel übrig sind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil sie entweder neu aufge-

B b 5

funden

71) CARPZOV P. I. Const. XIV. Def. 21. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iud. Lib. I. Sect. I. Membr. IV. Cap. 2. §. 9.

72) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1165.

73) MEVIUS P. IV. Decif. 296. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 26. Neben Anleitung zum gerichtl. Proceß 1. Th. §. 324. a. E. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 9. Band Medit. 466.

74) L. 31. D. h. t.

funden worden, oder weil ihr Gebrauch an keine bestimmte Frist gebunden ist, oder endlich weil die bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist ⁷⁵⁾).

Die Wirkung dieser Eide besteht darin, daß

1) für diejenige Parthe gesprochen werden muß, welche den Eid geschworen hat ⁷⁶⁾. Ist daher der Eid von dem Kläger geschworen worden, so hat er die Verurtheilung des Beklagten zur Folge. Denn war es der Erfüllungseid, so ist nun der ihm aufliegende Beweis für vollkommen geführt zu achten. Hat er hingegen den Reinigungseid geschworen, so ist dadurch der Beweis des Beklagten aufgehoben. Ist hingegen der eine oder der andere Eid von dem Beklagten geschworen worden, so ist Absolution desselben die rechtliche Folge dieser Eidesleistung. Wird aber

2) die Ableistung des zuerkannten Eides verweigert, so hat der Producent so gut, als nichts bewiesen, wenn ihm der Ergänzungseid zuerkannt war. Der Product hingegen,

75) S. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 93. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 46. not. 7.

76) L. 31. D. b. t. Viele wollen den aufgelegten Eid auch dann für abgeleistet halten, wenn die Parthe, welcher er aufgelegt worden, vor der Ableistung gestorben ist, STRYK Ul. mod. Pand. h. t. §. 42. MEVIUS P. IV. Decis. 262. et P. V. Dec. 46. MALBLANC de iureiur. §. 56. pag. 203. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 56. HILLIGER ad Donellum Lib. XXIV. Cap. II. lit. y. der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. Band. Medit. 246. und BIENER Syst. process. iudicial. Tom. I. §. 170. Obs. pag. 334.

gen, welcher den ihm zuerkannten Reinigungseid abzuschwören beharrlich verweigerte, muß nun den Beweis seines Gegners als vollkommen wider sich geführt anerkennen⁷⁷⁾. Es findet jedoch

3) wider das auf einen solchen Eid erkennende oder folgende richterliche Urtheil nicht nur die Appellation Statt⁷⁸⁾, sondern es kann auch dasselbe, wenn es schon in die Rechtskraft übergegangen seyn sollte, wegen neu aufgefundenen Beweise angefochten, und der abgeschworne Eid wieder aufgehoben werden⁷⁹⁾. Ob aber der Beweis gegen den geschwornen Eid nur durch neu aufgefundene Urkunden, oder auch durch Zeugen geführt werden könne, ist streitig. Viele⁸⁰⁾ wollen das letztere aus dem Grunde bezweifeln, weil Cajus L. 31. D. b. t. ausdrücklich sagt: *Si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit.* Sie glauben, dem Beweise durch Zeugen stehe metus subornationis entgegen, und berufen sich auf Novelle 90. Kap. 4. Darum gedenke das Gesetz der Zeugen nicht. Allein dagegen haben andere⁸¹⁾ mit Recht

erinn

77) SCHNEIDERS Lehre vom rechtl. Beweise §. 405 u. 406. und Ge. Steph. WIESAND Diss. de vi et effectu iurisiurandi purgatorii. Vitemb. 1796.

78) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30.

79) L. 31. D. b. t.

80) SETSER de iurament. Lib. IV. Cap. 17. nr. 9. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 650. besonders Mich. God. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 30.

81) STRYK Uf. mod. Pand. h. t. §. 40. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXIV. Th. 36. LEYSER Meditat. ad Pand.

erinnert, daß der Ausdruck *instrumenta*, welchen Cajus braucht, auch Zeugen unter sich begreife⁸²⁾. Paulus sagt *L. 1. D. de fide instrum. Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.* Sodann legen ja die Gesetze⁸³⁾ dem Beweise durch Zeugen mit dem Beweise durch Documente gleiche Wirkung bey. Diesem ist auch die Novelle 90. nicht entgegen, welche nur davon redet, daß nach Publication der Zeugen Aussagen keine neuen Zeugen weiter productet werden sollen. Ob aber zwey Zeugen hinreichend sind, um den durch den Eid bewirkten Beweis zu entkräften, ist eine andere Frage. Malblanc⁸⁴⁾ läugnet dies aus dem allerdings erheblichen Grunde, weil zwey Zeugen dem bereits vorhandenen Beweise das Gleichgewicht halten würden. Er erfordert daher drey unverwerfliche Zeugen, oder es müssen, ausser den zwey neuen Zeugen, noch andere Gründe vorhanden seyn, welche dem neuen Beweise das Uebergewicht geben. Ueberhaupt können freylich, wie Grolman⁸⁵⁾ sehr richtig be-

Pand. Vol. III. Specim. CLXV. medit. 2. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien IX. Band Medit. 465.

82) In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 5. pag. 127. wird der Ausdruck *δικαιώματα* gebraucht, worunter alle rechtliche Beweisgründe verstanden werden.

83) *L. 15. Cod. de fide instrumentor.* Man vergleiche auch Ern. Gottfr. Christ. KLÜGEL Diss. de testibus noviter repertis. Vitemb. 1775.

84) *Doctr. de iureiur.* §. 65. pag. 244.

85) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 95. S. 176.

bemerkt, nur solche Beweismittel, welche entweder morallische Gewißheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengesetzten in sich vereinigen, die Kraft haben, daß durch sie nicht nur die aus dem abgeleiteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, sondern auch die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde.

4) In Absicht auf den Kostenpunct ist zu unterscheiden.

a) Ist von dem Producten der Reinigungseid geschworen worden, so findet der Regel nach eine Compensation der Proceßkosten Statt. Denn der Reinigungseid setzt doch wenigstens einen nicht unbedeutenden Verdacht wider den Producten voraus. Es kann folglich den Producenten der Vorwurf eines muthwilligen Streltens, oder Mißbrauchs der richterlichen Hülfe nicht treffen, wenn er doch soviel durch seinen Beweis bewirkt hat, daß sich der Gegner eidlich reinigen mußte; vielmehr gereicht es ihm immer zur Entschuldigung, daß er ohne richterliche Hülfe den Grund seines nicht unwahrscheinlichen Verdachts nicht entdecken konnte ⁸⁶). Ausnahmen finden jedoch Statt, 1) wenn der Product durch seine eigene Schuld gegründeten Anlaß zu dem Verdacht gegen sich erregt hat, von welchem er sich reinigen mußte. 2) Wenn der Producent durch scheinbare Gründe einen Verdacht wider seinen Gegner so wahrscheinlich zu machen wußte, daß sich der Richter den

Reinigung

86) Anderer Meinung ist zwar Herr Prof. Weber über die Proceßkosten §. 12. S. 129. ff. man vergleiche aber dagegen Emmrich über die Proceßkosten 1. Th. §. 40. Man sehe auch Ferd. Christpb. HARPPRECHT Diss. de expensis victoriae, praestito iureiurando, adiudicandis vel compensandis. §. 30. (in RIVS *Dissertat. academic.* Vol. II, pag. 806.)

Reinigungseid zu erkennen bewogen fand; nach Ableistung desselben aber sich findet, daß die ganze Klage bloß aus Schikane angestellt worden ⁸⁷⁾.

b) Ist der Erfüllungseid geschworen worden, so ist zu unterscheiden.

1) Der obliegende Theil hat durch den Eid eine solche Thatsache in Gewißheit gesetzt, welche in Ansehung seines Gegners eine fremde Handlung war. Hier werden die Proceßkosten billig compensirt. Denn der verlierende Theil war befugt, einen vollständigen Beweis zu erwarten, und brauchte sich dem Gesuche seines Gegners nicht eher zu fügen, als bis er von dessen Rechtmäßigkeit überzeugt wurde. Kann ihm daher mit Grund nicht vorgeworfen werden, daß er wissentlich die Wahrheit geläugnet, oder zu verdunkeln gesucht habe, so kann er wegen der Vermuthung einer nicht ungerechten Proceßführung, die er bey zweifelhaften Thatsachen, welche der Erfüllungseid seiner Natur nach voraussetzt, für sich hat, mit Recht auf die Compensation der Proceßkosten Anspruch machen ⁸⁸⁾.

2) Die Sache, die durch den Erfüllungseid ausser Zweifel gesetzt worden ist, betrifft eine eigne Handlung des sachfälligen Theils. Z. B. Er läugnete eine ihm geschehene Zahlung, oder einen Contract, den er mit dem Kläger selbst geschlossen hat. Hier ist er billig in die Kosten zu ver-

87) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. LXXXVIII. medit. 6. und Emrich a. a. O. §. 41.

88) S. Emrich §. 39. S. 208.

verurtheilen, da er eine Sache bestritten hat, in deren Hinsicht er sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann ⁸⁹⁾).

c) Hat derjenige, welchem ein nothwendiger Eid zu leisten aufgelegt war, sich geweigert, denselben abzuschwören, so ist die Verurtheilung in die sämmtlichen Proceßkosten eine ganz natürliche Folge ⁹⁰⁾).

89) *Weber* über die Proceßkosten §. 12. C. 133. Not. 18.

90) *Emmrich* §. 41. a. E. und *MALBLANC* de iureiur. §. 110. pag. 482.

Lib. XII. Tit. III.
De in litem iurando.

§. 813.

Begriff und Natur des Würderungseides.

Zu den entscheidenden Haupteiden, welche der Richter in bürgerlichen Rechtsfachen auferlegt, gehört auch der Würderungs- oder Schätzungseid, (*iuramentum in litem*) ⁹¹⁾. Er unterscheidet sich aber von den übrigen

91) Hiervon handeln vorzüglich *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* Disp. de iureiurando in litem. (In *Collect. Disputat. eius* Vol. II. nr. 144.) *Io. Phil. SLEVOGT* Disput. de vera iurisiurandi in litem indole et natura. *Ienae 1707.* *Io. Laur. DORN* Diff. de iureiurando in litem pretii affectionis figmento liberato. *Altorfi 1730.* *Io. Ulr. CRAMER* Diff. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Marburgi 1736.* *EIUSDEM* Diff. de iuramento in litem singularis interesse. *Ibid. 1741.* *Luc. vom KAMPE* Diff. de iuramento in litem. *Traj. ad Rben. 1741.* *Ad. Ignat. TURIN* Progr. de iuramento in litem. *Erfordiae 1775.* adj. Diff. inaug. *Christoph. GROENINGER* de aestimatione quanti plurimi. *Ib. eod.* *Frid. Lud. MEIER* Diff. de iuramento in litem affectionis et veritatis. *Goetting. 1805.* *F. K. L. DRUMMER* Theorie des Würderungseides. *Bamberg u. Würzbug 1806.* 8. *Franz. Lud. WIRSCHINGER* Versuch einer neuen Theorie über das iuramentum in litem oder den Würderungseid. *Landsbut 1806.* 8. und *Joh. Bernh. Müller* Versuch über den Schätzungseid. *Jena u. Leipzig 1806.* 8.

gen notwendigen Eiden darin, daß er als eine Rechtswohlthat für den Kläger anzusehen ist, vermöge welcher derselbe in Ansehung eines ihm von dem Beklagten zugefügten Schadens den Beweis von dem Quantum des Erfasses auf sein Verlangen durch seinen eignen Eid in einem solchen Falle führen kann, da dem Beklagten deshalb ein unerlaubter Vorsatz, oder ein grobes Versehen zur Last fällt⁹²⁾. Ueber die Natur dieses Eides sind die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung. Viele⁹³⁾ wollen ihn für nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides halten. Allein mit Recht widersprechen dieser Meinung andere⁹⁴⁾. Denn der Würderungseid vertritt ja die Stelle alles weitern Beweises, der Erfüllungseid aber setzt einen schon vorhandenen, wenn gleich mangelhaften, Beweis voraus, der durch den Eid ergänzt werden soll. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen nun zwar darin überein, daß der Würderungseid so gut, wie ein jeder anderer Haupteid, für ein Beweismittel

92) Das Wort *lis* hat hier eine solche Bedeutung, daß es nicht nur in dem gewöhnlichen Sinn den Gegenstand des Rechtsstreits, sondern auch das *id, quod interest*, umfaßt. Cujas sagt in seinen Recitation. solemnib. in Cod. ad Tit. de in litem iur. *Litem* dicimus rem in iudicium deductam, vel id, quod interest. *Iusiurandum in litem* igitur est iusiurandum, quo aestimatur *lis*, id est, id quod interest, sive res, de qua agitur, quod idem est.

93) von Levenat Theorie der Beweise im Civilprozeß 2 Abschn. 3. Kap. S. 128. nach der neuen Auflage von Jurn. Magdeburg 1803. MALBLANC de iureiur. §. 73. pag. 280. sqq. GROLMAN Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 94. SCHNEIDER Lehre vom rechtlichen Beweise §. 408. ff.

94) THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

mittel zu halten sey. Allein ihre Ansichten sind dennoch ganz von einander abweichend, wenn es auf die Frage ankommt, worin das Eigenthümliche dieses Eides bestehe? Viele⁹⁵⁾, denen auch Zellfeld beistimmt, glauben dasselbe bloß in dem Gegenstande, der dadurch beschworen wird, das ist, in dem Affectionswerthe, anzutreffen. Schon Anton Faber⁹⁶⁾ sagt: fieri non posse, ut unquam iuret in litem, quin iurantis affectioni indulgeatur. Nach dieser Vorstellung soll also der Schätzungseid im eigentlichen Sinn des röm. Rechts derjenige Eid seyn, wodurch der Kläger den ihm durch des Beklagten Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zugefügten Schaden nach dem eigenthümlichen Werthe beschwört, den er der Sache aus einer besondern Vorliebe beylegt. Andere⁹⁷⁾ hingegen läugnen schlechterdings, daß der Kläger die Befugniß habe, durch diesen Eid den Werth der besondern Vorliebe zu beschwören, sie halten ihn vielmehr für ein außerordentliches Mittel, vermöge welchen der Kläger durch einseitige Taxation des Schadens das Quantum des Streits, nach seinem be-
sondern

95) Io. Iac. WISENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXIV. Th. 44. Utr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. IV. Cap. II. §. 20. TURIN cit. Progr. de iuram. in litem. und MÜLLER in dem angef. Versuch über den Schätzungseid §. 1.

96) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. et 13. und De errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 8.

97) Guil. MASIVS in Tract. de rei debitae aestimatione. Lovanii 1653. 4. P. II. Cap. 6. pag. 53. sqq. DORN Diss. cit. de iurando in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. sqq. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuch einer neuen Theorie über das iuram. in litem. §. 53. ff.

sondern Interesse, in einem solchen Falle bewelsen kann, wo die Unmöglichkeit, das Schadensquantum auf die gewöhnliche Art auszumitteln, durch den Dolus oder eine culpa lata des Gegners herbeigeführt worden ist. Fast eben so ist Webers ⁹⁸⁾ Ansicht, nur daß dieser richtiger dafür hält, daß durch diesen Eid der Affectionspreis keinesweges ausgeschlossen werde. Allerdings könne der Kläger nun auch bei diesem Eide auf alles Rücksicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der besondern Vorliebe, den gewisse Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, - kurz auf sein persönliches Interesse in seinem ganzen Umfange. Ganz von diesen Vorstellungsarten abweichend, und völlig neu ist dagegen diejenige Ansicht, nach welcher der Würdigungseid als ein iuramentum calumniae dargestellt wird. Die subjective Ueberzeugung des Klägers von der Größe des Werthes der herauszugebenden Sache, sagt der scharfsinnige Urheber dieser neuen Idee ⁹⁹⁾, sey das nächste Object unsers Eides. Dieser Eid wäre demnach gar nicht auf den wahren und wirklichen Werth der Sache, als sein primitives und unmittelbares Object, gerichtet. Dies könnte nur dann der Fall seyn, wenn ein vom Richter zu entscheidender Streit über die Größe des Preises obwaltete. Wenn nun jener Eid, dessen primitives und unmittelbares Object Ueberzeugung des Schwörenden ist, als Glaubenseid ausgesprochen werden muß, so charakterisire sich der Eid der Würdigung in Rücksicht seines Objects als eine

C c 2

Art

98) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß
Abchn. IV. S. 344. ff.

99) DRUMMER Theorie des Würdigungseides §. 23. ff.

Art des Glaubenseides. Hieraus folge von selbst, daß der Zweck dieses Eides nie Beweisen seyn könne. Denn da, wo der Richter einen Glaubenseid fordert, sey es ihm einzig darum zu thun, sich der bonae fidei einer Parthey in einer gerichtlichen Handlung zu versichern, und zwar vorzüglich alsdann, wenn er ihr die Ausübung eines Rechts zugestehen muß, in welcher die Gegenparthey gefährdet erscheint. Man erinnere sich nur der Eide, welche Justinian für das Beginnen eines Processus L. 2. Cod. de iur. propt. calumniam dando selbst sanctionirt hat. Nun sey aber die Ausübung des Würdungsrechts eine Handlung des Klägers, in welcher der Beklagte mehr, als irgend in einer andern, darin gefährdet ist, daß sein Gegner dieses Recht entweder blind, oder willkürlich, oder sogar mit Schikane auszuüben vermöge. Wenn nun jener Eid, dessen Grund oder Zweck Sicherung der Gegenparthey gegen die Gefahr einer möglichen Schikane ist, Calumnieneid genennet wird; so charakterisire sich der Eid der Würdigung in Rücksicht seines Zwecks als eine Art der Calumnieneide. Das Eigene des Würdigungseides gehe also aus folgendem Begriff hervor. *Würdigungseid* ist eine gesetzliche Anordnung zur Elision des dolosen Ungehorsams von Seite des Beklagten in der Herausgabe eines streitigen Objects, vermöge welcher der Kläger dadurch Schadensersatz erhält, daß ihm unter der Bedingung der Ablegung eines eigenen Calumnieneides das Recht gestattet wird, seinen Verlust selbst zu würdern. Allein so gut auch diese Idee motivirt ist, so stehen ihr doch erhebliche Zweifel entgegen. Offenbar ist nicht Ueberzeugung des Klägers von der Größe des angegebenen Werths des streitigen Gegenstandes
Object

Object des Eides; nein! indem der Kläger den Würderungseid schwört, verschafft er dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit des behaupteten Werths, den die zu schätzende Sache für ihn hat. Folglich ist dieser Eid vielmehr das den richterlichen Ausspruch bestimmende *Beweismittel*. Dies ergiebt sich auch daraus, weil die Geseze¹⁰⁰⁾ sogar noch nach abgeschwornen Würderungseide einen Gegenbeweis zulassen. Sodann ist ja der Calumnieneid ein bloßer Nebeneid, der Würderungseid aber gehört zu den entscheidenden Haupteiden, wie aus der Ordnung des Titels, in welchem davon in den Pandecten gehandelt wird, und aus der Verbindung mit *L. 1. D. iureiur.* erhellet. Eine wesentliche Verschiedenheit beyder Eide aber besteht insonderheit darin, daß des erstern Leistung zu den Verbindlichkeiten, die des letztern hingegen zu den Rechten einer Parthy gehört. Um jedoch die Natur des Würderungseides näher kennen zu lernen, ist folgendes zu bemerken.

1) Der Schätzungseid ist ein Eid, auf welchen der Richter erkennen muß, wenn er Statt finden soll. Zwar hat dieser Eid das Eigene, daß sich der Kläger dazu erbie- ten, und hierdurch eine ihm obliegende Beweisführung bewerkstelligen kann. Allein ohne vorhergegangenes Erkennt- niß des Richters darf die Ableistung desselben nie gesche- hen. Der Richter kann auch das Quantum moderiren, und ein gewisses Maximum bestimmen, bis auf welches ge- schworen werden soll. Denn es kommt zugleich auf das richterliche Ermessen an, ob und in wie fern dieser Eid ge- schworen werden soll, oder nicht. Der Richter kann daher

Et 3

auch

100) *L. 4. §. 3. L. 5. §. 1. et 2. D. h. t. C.* die Sammlung merkwürdiger am kais. Reichs-Kammergerichte entschiedener Rechtsfälle. 1. Th. (Lemgo 1789. S.) 2. Rechtsfall §. 6. ff. C. 95. ff.

auch das Anerbieten des Klägers aus hinreichenden Gründen abschlagen; so wie denn auch durch Gegenbeweis die Ableistung desselben nicht nur hintertrieben, sondern sogar wieder aufgehoben werden kann. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 4 §. 1. D. b. t. Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: caeterum si alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum sit, nulla erit religio; nec ullum iusiurandum. Et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri et Divi patris eius.

L. 4. §. 2. D. eod. Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.

L. 4. §. 3. D. eodem. Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est? Et magis est, ut ex magna causa, et postea repertis probationibus possit.

L. 5. §. 1. et 2. D. eodem. Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim et a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere, vel minoris condemnare.

Diese Stellen werden in der Folge noch ihre Erläuterung erhalten.

2) Der Würdigungseid setzt immer auf Seiten des Klägers eine erlittene Verletzung voraus, welche durch ei-
nen

nen dolus oder culpa lata des Beklagten verursacht worden ist. Er findet daher Statt,

a) wenn der Beklagte die ihm vom Richter auferlegte Restitution oder Herausgabe des streitigen Objects so hartnäckig verweigert, daß diese auch nicht durch Execution erzwungen werden kann. Die Gesetze verbinden damit den Fall einer aus Ungehorsam verweigerten Exhibition. Denn beide lösen sich wegen der Identität ihrer Folgen in einen Begriff auf. Der Unterschied liegt blos darin, daß Restitution unmittelbare Herausgabe ist, die Exhibition hingegen blos mittelbar zur Rechtsertlangung führt; ja zuweilen ist Exhibition im rechtlichen Sinn nichts anders, als Restitution der Sache selbst¹⁾. Dieser erste Fall macht ohne Zweifel die hauptsächlichste Voraussetzung des Würderungsseides aus, aber bey weitem nicht die einzige, wie Drummer²⁾, und schon vor ihm Cujaz³⁾ und Stryk⁴⁾ haben behaupten wollen. Es wird sich dies aus den folgenden Fällen näher ergeben, die sich gar nicht auf Ungehorsam beziehen, oder wenigstens sehr gezwungen, als Aeußerung des Ungehorsams, dargestellt werden. Für den ersten Fall verdienen hier folgende Gesetzstellen einen Platz.

L. 1. D. b. t. Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

§ c 4

L. 2.

1) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 741.

2) Theorie des Würderungsseides §. 10.

3) Recitation. solemn. in Cod. h. t.

4) Ul. mod. Pand. h. t. §. 1.

L. 2. §. 1. D. eodem. Interdum quod interfit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur: *cum vero dolus aut contumacia* 5) *non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.*

L. 8. D. eodem. Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: Quaero, utrum, quanti res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debet? Respondi, non est aequum, pretio (id est, quanti res est,) litem aestimari: *cum et contumacia puni- enda sit*; et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

L. 10. D. eodem. In instrumentis, quae quis non exhibet, actori permittitur *in litem iurare*, quanti sua interest, ea proferri: ut tanti condemnatur reus.

L. 1. Cod. eod. Adversus heredes tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis instrumenta ad puberem pertinentia restitui desiderabis. *Quodsi dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit.*

L. 4. C. eod. Tutor inventarium caeteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum adversus se potest admittere.

L. 18.

5) Diese Stelle scheint zwar den *dolus* von der *contumacia* zu unterscheiden. Allein daß *dolus* vom Ungehorsam nicht wohl zu trennen sey, lehrt L. 199. D. de div. reg. iuris. Non potest dolo carere, sagt daselbst Javolen, qui imperio magistratus non paruit. In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 6. pag. 204. geschieht bloß des *dolus* Erwähnung, worunter also auch die *contumacia* begriffen wird. Es heißt daselbst: *εἰ δὲ κατὰ δόλον, εἰς ὅσον ὁμώσει ὁ ἐνάγων.*

L. 18. pr. D. de dolo malo. Ideo autem et hic, et in metus causa actione certa quantitas non adiicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione, taxatione iurisiurandum refrenari.

L. 3. §. 2. D. ad exhibendum. Praeterea in hac actione norandum est, quod reus contumax per. in litem iurisiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante.

b) Wenn sich der Besitzer die Restitution oder Exhibition der Sache in Natur durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit selbst unmöglich gemacht hat. Ein solches doloses desinere possidere kann zwar auch einen Ungehorsam desjenigen zum Grunde haben, welchem die Herausgabe der Sache bereits vom Richter auferlegt war, wie aus L. 68. D. de Rei vindicatione erhellet, wo Ulpian sagt: Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur. Si vero non potest restituere: si quidem dolo fecit, quominus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinium iuraverit, damnandus est. Allein die Unmöglichkeit der Restitution der Sache in Natur konnte sich auch schon vor entstandenem Proceß ergeben haben. Hier würde es doch gewiß gegen allen Begriff eines Ungehorsams⁶⁾ streiten, wenn man das desinere possidere auch für eine Aeußerung des Ungehorsams erklären wollte. Von diesem Falle reden folgende Stellen.

C c 5

L. 25.

6) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 252. und vergleiche damit des 3. Theils 1. Abth. §. 586. S. 207. f.

L. 25. §. 10. *D. de heredit. petit.* Tam adversus eum, qui dolo fecit, quominus possideat, quam adversus possidentem, in litem iuratur.

L. 27. §. 3. *D. de rei vindicat.* Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex *Senatusconsulto* colligi potest, quo cautum est, ut dolo praeteritus in hereditatis petitionem veniat.

L. 5. §. 2. *D. ad exhib.* Idem *Iulianus* scribit, emtorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem iuravero; sed ibi adiicit, si emtor possideat, aut dolo fecit, quominus possideat.

L. 16. §. 3. *D. de pignor. et hypoth.* Si dolo quidem desit possidere, summa antem ope nisus, non possit rem ipsam restituere: tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit.

Es erhellet hleraus, daß der Schätzungseid nicht nothwendig eine rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zur Restitution oder Exhibition der Sache in Natur voraussetzt. Denn die Klage kann wegen der Unmöglichkeit der Restitution gleich anfangs auf Entschädigung gerichtet seyn, und der Kläger sich zum Würderungseide er bieten. Hier kann doch die Sentenz des Richters nicht auf Herausgabe der Sache gehen, die nicht mehr existirt. Ich kann daher auch nicht in den Begriff einstimmen, wenn man sagt ⁷⁾, der Schätzungseid sey im ächt römischen Sinn ein Eid, wodurch von der siegenden Parthen in einem Rechtsstreite der Nachtheil geschätzt wird, welcher ihr durch eine

7) S. *Martins* Lehrbuch des bürgerlichen Proccesses §. 221.

aus Bosheit oder der größten Schuld der beslegten nicht erfüllte Verbindlichkeit erwächst.

c) Wenn ein rechtlich erwiesener, oder wenigstens dafür anzunehmender dolus des Beklagten den Abgang der ordentlichen Beweismittel, und dadurch eine Ungewißheit in factu veranlaßt hat. Z. B. ein Vormund läßt es an der Errichtung eines Inventariums fehlen, und setzt dadurch den Pupillen außer Stand, sein Vermögen zu beweisen; oder der Gegner hat die Urkunden, welche gegen ihn zum Beweis hätten gebraucht werden sollen, arglistig auf die Seite geschafft⁸⁾. Hier kann der Kläger den Gegenstand seines Rechts durch seinen Eid bestimmen. Auf eine contumacia läßt sich dieser Fall wohl nicht immer reduciren. Die Gesetze sagen auch dieses nicht. In der *L. 7. pr. D. de administrat. et peric. tutor.* heißt es: Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest: quod ex iureiurando in litem aestimatur.

d) Wenn sich der Beklagte, ob er wohl die in Anspruch genommene Sache weder besitzt, noch jemals besessen hat, dennoch boshaft in den Rechtsstreit einläßt, so kann er verurtheilt werden, nicht anders, als ob er wirklich Besitzer wäre, und der Kläger kann sein Interesse eidlich

8) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 346.

lich bestimmen. Es sind bekannte Regeln, welche uns Ulpian⁹⁾ giebt: *dolo facere eum, qui se offert petitioni, und omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* In Gemäßheit derselben sagt nun Celsus¹⁰⁾: *Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus; et, qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Ferner Ulpian¹¹⁾: *Is, qui se obtulit rei defensionis sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus.* Nicht minder Paulus¹²⁾: *Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti se obtulerit, — omnimodo condemnandus est.* Daß diese *condemnatio* auf eine Leistung das Interesse nach dem eiblichen Anschlage des Klägers gehe, leidet darum keinen Zweifel, weil der Schätzungseid auch bey Realklagen die gewöhnliche Strafe des Dolus ist¹³⁾. In *actionibus in rem*, et in *ad exhibendum in litem iuratur*, sagt Marcian L. 5. pr. D. b. t. Wie läßt sich dieser *dolus* aus einem Ungehorsam erklären?

e) Auch

9) L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.

10) L. 45. D. eodem.

11) L. 25. D. de rei vindicat.

12) L. 27. pr. D. eodem.

13) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 205. und Sönners Handbuch des gemeinen Processes 1. Band Nr. XVI. §. 6.

e) Auch der durch eine heimliche oder gewaltthätige Handlung gestörte Besitzstand, giebt dem Würderungselde Raum, wie Ulpian lehrt, wenn er *L. 15. §. 7. et 9. D. Quod vi aut clam* sagt: *Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi, neque clam factum esset. — Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.* Hier ist zwar von einer Wiederherstellung des vorigen Zustandes, allein auch nicht entfernt von einem Ungehorsam des Gegners in Herausgabe einer streitigen Sache die Rede; und doch findet der Schätzungseid Statt.

Endlich und überhaupt,

f) wenn die Verletzung des Klägers durch irgend eine unerlaubte Handlung geschehe, woben dem Beflagten eine Arglist oder grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, wenn es auch nur ein *dolus praeteritus* ist ¹⁴⁾).

L. 1. §. 25. et 26. D. Depositum. *Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: quia semel dolo fecisti, cum venderes. In depositi quoque actione in litem iuratur.*

L. 9. D. b. t. *Cum furti agitur, iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cum furtum factum sit, non adiaci, eo, plurisve, quia, quod res pluris est, utique tanti est.*

L. 9.

14) *C. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.*

L. 9. §. 1. D. ad exhibendum. Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? POMPONIUS scribit, *comperere actionem ad exhibendum si dolo pecus immisi, ut glandem comederet.* Et placet nobis POMPONII sententia.

L. 5. D. h. t. In omnibus in rem, et in ad exhibendum, et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.

Diejenigen, welche nur einzig den Ungehorsam des Beflagten in der Restitution, als positiven Grund des Würderungseides, annehmen, setzen uns zwar die *L. 18. pr. D. de dolo* entgegen, wo Paulus sagt: Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et, *nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est.* Ideo autem et hic, et in metus causa actione, certa quantitas non adiicitur, *ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit.* Man argumentirt hieraus auf folgende Art. Wird selbst bey der actio doli nicht anders, als im Falle eines eingetretenen Ungehorsams, die Würderung dem Kläger gestattet; so kann wohl Arglist allein, oder die derselben gleichgeachtete culpa lata, an sich kein Würderungsrecht begründen. Dieser Fall müsse für alle sprechen¹⁵⁾. Ich verkenne den Scharfsinn dieses Arguments nicht, glaube aber doch nicht, daß es der Meinung des Thibaut, welche ich hier zu der meinigen mache, zuwider sey. Denn man darf nicht vergessen, daß die actio doli eine actio arbitraria ist, bey welcher der Beflagte aller weitem

Con

15) E. DRUMMERS Theorie des Würderungseides §. II. S. 17. ff.

Condemnation dadurch entgehen konnte, wenn er der vorläufigen Sentenz des Richters, welche ihm die Entschädigung des Klägers auflegte, gutwillige Folge leistete. Geschahe dieses nicht, so konnte nachher der Kläger durch seinen Eid bestimmen, auf welche Art nun der Beklagte zu verurtheilt sey. So war freylich der Würderungseid auch bey der *actio doli* eine Strafe des Ungehorsams, und man hat gar nicht nöthig, mit Anton Faber ¹⁶⁾ diese Stelle für unächt und interpolirt zu halten, wie auch schon Bachov ¹⁷⁾, Meier ¹⁸⁾ und Dompierre ¹⁹⁾, aus Gründen gezeigt haben, welche die Aechtheit derselben ausser Zweifel setzen. Allein deswegen denke man nicht, als ob bloß Ungehorsam des Beklagten bey der *actio doli* ein Würderungsrecht gebe. Denn es giebt ja Fälle, wo das *arbitrium iudicis* wegfällt, weil keine Restitution möglich ist. Hier kann sogleich die Condemnation geschehen, und es ist unbegreiflich, warum hier der Kläger nicht eben so gut befugt seyn sollte, seinen Schaden gegen den Betrüger selbst zu würdern. Paulus lehrt dieses selbst nicht un deutlich, wenn er *L. 18. §. 1. D. de dolo malo* sagt: *Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio* ²⁰⁾ *iudicis dandum est*

16) *Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.*

17) *Tract. de Actionib. Disputat. VII. Th. 15. et adv. Fabrum Decad. XCII. Error. 4.*

18) *Ενδοξών Iustinianeor. Decad. II. Cap. 5.*

19) *Specim. de Restitutionib. in integrum Tit. III. §. 36. pag. 188.*

20) So liest die Florentine. Haloander, und Baudouza lesen richtiger *arbitrium*. Hiermit stimmt auch unser *Coä. Pand. Erlang. überein.*

est²¹⁾: quid enim si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit, ideoque protinus condemnari debeat in id, quod interfit actoris²²⁾. Noch ein anderes Beispiel führt er §. 4. an: Dolo cuius²³⁾ effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: TREBATIUS ait, de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit, id non esse factum; ne aliter observantibus lex circumscribatur. Es ist hier von dem Dolus eines Dritten die Rede, welcher von dem Gegner desjenigen, dem die verjährte Klage zustand, verschieden ist, wie auch schon die Glosse ganz richtig bemerkt hat. Die in diesem Falle gestattete actio doli geht nicht auf Restitution der erloschenen Klage, sondern auf Leistung des Interesse nach der eiblichen Würderung des Klägers²⁴⁾. Da hier der Beklagte weder als Besitzer, noch als ein solcher behandelt werden kann, welcher auf eine dolose Art zu besitzen aufgehört hat, so leuchtet in
die

21) Statt *dandum* will Th. MARCILIUS ad §. 32. l. de Act. standum lesen. Allein diese Aenderung entstellt offenbar den Sinn, welcher dahin geht, daß bey der actio doli nicht immer ein arbitrium iudicis nöthig sey. S. MEIER Ερδοξων cit. loc. §. 10.

22) Daß auch hier das iuramentum in litem Statt finde, behaupten BACHOVIVS de Actionib. c. l. Th. 15. in fin. pag. 73. und FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 3. nr. 27.

23) Cuius ist hier soviel als alicuius. In den Basiliken ist τῶος gebraucht. S. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. pag. 25.

24) S. DOMPIERRE de JONQUIERES Specim. de Restitutionib. in integrum Tit. 3. §. 18. pag. 159. sq.

die Augen, daß hier das Würdungsrecht des Klägers nicht durch Ungehorsam in der Restitution begründet werde. Aus dem allen ergibt sich,

3) daß der Würdungsseid, als bloßer modus, das Interesse des Klägers auszumitteln, überall Statt findet, wo das Würdungsrecht begründet ist, es mag von einer Restitution, oder Exhibition, oder Tradition, oder von irgend einer Entschädigung des Klägers die Rede seyn, so fern das Entschädigungs-Quantum nur durch diesen Eid fixirt werden kann²⁵⁾; die Klage, welche dem Beschädigten zusteht, sey ein actio in rem²⁶⁾ oder in personam, eine actio bonae fidei²⁷⁾, oder stricti iuris²⁸⁾, eine petitio

25) S. WIRSCHINGERS Versuch einer neuen Th. über das iuram. in litem §. 77. ff.

26) L. 68. D. de Rei vindic. — Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet. Das iuramentum in litem findet namentlich Statt, bey der hereditatis petitio. L. 25. §. 10. D. de hereditat. petit. bey der rei vindicatio. L. 46. L. 68. D. de rei vindicat. bey der actio confessoria und negatoria. L. 7. D. Si servitus vindicet. und bey der actio hypothecaria. L. 16. §. 3. D. de pignor. et hypoth. L. 21. §. 3. D. eodem. Anderer Meinung ist zwar Ant. FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 15. und de Errorib. Pragmat. Decad. XCII. Err. 10. welcher die L. 16. cit. für interpolirt hält. Allein man sehe Reinh. BACHOVII Tract. de Actionib. Diff. VII. Th. 16. und Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 290.

27) L. 5. pr. D. b. t.

28) L. 5. §. 4. et L. 6. D. eodem. L. 60. §. 1. D. ad Leg. Falcid. S. Lud. CHARONDAS Verisimil. Lib. I. cap. 12. (Tom. I. Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th. D d Thes.

torische oder possessorische ²⁹⁾ Klage; sie mag aus einem Contract ³⁰⁾ oder Delict ³¹⁾ entspringen. Jedoch sind nicht alle Rechtsgelehrten hierin einverstanden. Viele ³²⁾ wollen den Würderungseid nur bey der Restitution, nicht aber bey der Tradition zulassen. Sie läugnen daher, daß er bey der Klage aus dem Kaufcontract (actio emti) Statt finde, wenn der Verkäufer sich durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit außer Stand gesetzt hat, die Sache dem Käufer zu übergeben. Denn der Würderungseid setze immer voraus,

Thef. Otton. pag. 710.) und *Christ. THOMASII* Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. *Halae 1701. Cap. III. §. 24—27.*

29) *L. 68. D. de Rei vindicat. L. 15. §. 7. et 9. D. Quod vi aut clam. L. 3. §. 11. D. Uti possidet. L. 8. §. 4. D. de precario.*

30) Namentlich bey der actio commodati. *L. 3. §. 2. D. Commodati. Actio depositi. L. 1. §. 26. D. depositi. Actio locati. L. 48. §. 1. D. locati. Actio tutelae. L. 7. pr. D. de admistr. et peric. tutor.*

31) *L. 9. D. b. t. L. 8. §. 1. D. Rerum amotar.*

32) *Hug. DONELLUS* Commentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 8. *Io. VOET* Comm. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVII. Err. 9. *Ger. NOODT* Comment. ad Dig. h. t. Oper. Tom. II. pag. 291. *STRUV* Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 64. *de COCCEJI* iur. civ. controuv. h. t. Qu. 4. *Franc. DUARENUS* Comm. ad Tit. Pand. de in litem iur. §. 23. sqq. *Operum* pag. 220. *Pet. de GREVE* Exercit. ad Pand. loca difficil. Exercit. XI. §. 18. *Io. Frid. EISENHART* Diss. de iuramento in litem affectionis in emtione venditione cessante. (in *Opuscul. Halae 1771. edit. nr. V.*) *HOFACKER* Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4534. et not. h. *Müller* im Versuch über den Schätzungseid §. 6. u. a. m.

voraus, daß Jemand eine Verletzung in Hinsicht auf sein schon wirklich erworbenes Vermögen erlitten habe. Nun aber habe die *actio emti* eine Sache zum Gegenstande, welche der Kläger vor der Uebergabe noch nicht zu dem rechtlich Seinen zählen kann. Zwar könne der Käufer bey nicht erfolgter Uebergabe auf das Interesse klagen³³⁾, allein dies sey von demjenigen ganz verschieden, welches der Kläger durch den Würderungseid erhält. Man sieht aus dem allen, daß man hier von dem Grundsatz ausgeht, der eigentliche Würderungseid sey ein Affectionseid. Allein kann gleich durch den Schätzungseid auch der Affectionswerth beschworen werden, so ist es doch eine sehr unbefriedigende Vorstellung, wenn man die wesentliche Eigenthümlichkeit dieses Eides bloß darin setzen will, da derselbe vielmehr überhaupt das Mittel seyn soll, das singuläre Interesse des Klägers auszumitteln, und zur Gewißheit zu bringen. Nun wird nicht nur *L. 5. pr. D. b. t.* überhaupt die Regel gegeben, daß der Würderungseid in *bonae fidei iudiciis* Statt habe; sondern die Gesetze räumen auch insonderheit dem Käufer das Recht ein, sein singuläres Interesse, sogar *ultra rei pretium*, zu würdern, wenn ihm die Sache nicht tradirt wird. Ulpian sagt *L. 1. pr. D. de actionib. emti venditi*. *Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur: hoc est, quod rem habere interest emtoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emta est;* und *L. 21. §. 3. D. eodem* sagt Paulus: *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam*

33) *L. 4. et 10. Cod. de act. emti vend.*

rem consistit. Mit Recht wird daher von andern ³⁴⁾ der Würderungseid auch bey der Klage aus dem Kaufcontract zugelassen.

Man streitet ferner darüber, ob dieser Eid bey der actio Legis Aquiliae Statt finde? Mehrere ³⁵⁾ läugnen dieses aus dem Grunde, weil die Klage des Aquillischen Gesetzes eine Pönalklage sey, welche auf Erstattung des höchsten Werths gehe, den die beschädigte Sache in dem letztern Jahre oder in den letztern dreßsig Tagen gehabt hat. Da nun auch der Würderungseid eine Strafe des Dolus sey, so würde der Beklagte unbilliger Weise wegen des nämlichen Vergehens eine doppelte Strafe leiden. Ueberdem sage Paulus L. 33. pr. D. ad Legem Aquil. ausdrücklich, daß bey der Klage des Aquillischen Gesetzes der Schade nur nach dem gemeynen, und nicht nach dem Affectionis-

- 34) MÜLLER ad *Struvium* c. 1. not. 2. WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 347. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Meditat. CXLVI. Cor. 2. *Christ.* THOMASIUS in Diff. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Cap. III. §. 21—23. *Io. Aug.* DONNDORFF Commentat. de iureiurando in litem affectionis in emtione venditione non cessante. *Quedlimburgi* 1776. WALCH Introd. in contro. iur. civ. p. 600. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praef. §. 65. not. 23. p. 414. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. not. g. WIRSCHINGERS angef. Versuch §. 78. u. f. m.
- 35) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVII. Err. 5. in fin. THOMASIUS in Diff. de pretio affectionis in res fungib. non cad. Cap. III. §. 28—30. CRAMER Diff. de iuramento in litem affectionis et veritatis §. 45 et 46. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. p. 324. *Henr. Lud. Car.* EULER Diff. sistens observationes quasdam de eo, quod interest. praef. *Iul. Frid.* MALBLANC def. Tüb. 1801. §. 20.

fectionswerthe geschätzt werde ³⁶). Allein diese Gründe scheinen mir nicht hinreichend zu seyn, um das iuramentum in litem bey der actio Legis Aquiliae gänzlich auszuschließen. Denn daß sich Erstens der Würderungseid mit der Pönalqualität einer Klage wohl vertrage, beweist die actio furti ³⁷), doli und quod metus causa ³⁸) bey welchen dieser Eid Statt findet. Ueberdem fällt die Pönalqualität bey der actio L. A. nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ohnehin weg ³⁹). Sodann braucht ja nicht gerade der Werth der Vorliebe durch den Würderungseid beschworen zu werden. Nun geht die actio Legis Aquiliae nicht bloß auf den Werth der beschädigten Sache, sondern auch auf alles übrige Interesse, und insonderheit auch auf den entgangenen Gewinn ⁴⁰).

D d 3

Fast

36) C. den 10. Theil dieses Commentars §. 702. C. 344.

37) L. 9. D. b. 1. Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar diese Stelle von der conditione furtiva verstehen. So BALDUINUS in Iurisprud. Mutiana pag. 285. Iac. LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. III. §. 1. in WIELING Iurisprud. restituta T. II. pag. 71. Ios. FINESTRES in Hermogeniano pag. 615. und Iac. GOTHOFREDUS Animadversion. iuris cap. 1. Allein man sehe Ant. FABER de Errorib. Pragmaticar. Dec. XVII. Err. 5. und van de WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 265. sq.

38) L. 18. pr. D. de dolo malo.

39) C. den 10. Th. dieses Commentars §. 705.

40) L. 21. §. 2. L. 22. L. 23. pr. D. ad Leg. Aquil. §. 10. l. eodem. Mit mir stimmt auch WEHRN in Doctr. iuris explicat. principior. et causar. damni praestandi §. 65. not. 23. pag. 414.

Fast alle ⁴¹⁾ sagen endlich, daß das iuramentum in litem auch nicht Statt habe bey den actionibus contrariis. Diese Meinung scheint auch an der *L. 5. pr. D. Depositi* eine vorzügliche Stütze zu haben. Denn da heißt es ausdrücklich: *Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur: in quo iudicio merito in litem non iuratur; non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.* Hier wird also gesagt, daß bey der actio depositi contraria der Würderungseid darum nicht Statt finde, weil es hier nicht so, wie bey der actio depositi directa, einer gebrochenen Treue gelte, sondern blos von einer Entschädigung die Rede sey. Aus diesem Grunde sage auch Ulpian *L. 6. §. ult. D. de his, qui not. infam.* *Contrario iudicio damnatus non erit infamis. Nec immerito: nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.* Allein immerhin mag hier der Fall des eintretenden Würderungseides seltner seyn, als bey den directen Contractsklagen; daß er deswegen bey den conträren Klagen ganz auszuschließen sey, sagen dennoch die angeführten Gesetze nicht. Wie wenn das Entschädigungs-Quantum nicht anders, als durch den Eid des Klägers ausgemittelt werden könnte? oder wenn auch hier der ungewöhnliche Fall der gebrochenen Treue eintreten sollte? Man denke sich doch nur einmal den Fall, von welchem Ulpian *L. 22. §. 3. D. de pignerat. act.* spricht. *Si post distra-*

41) VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 64. MÜLLER ad *Eundem* not. B. BORCHOLT Tr. de in litem iurando §. 20. Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 6. S. 45. u. a. m.

distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur. Nun stelle man sich den Fall vor, der Schuldner verweigere hartnäckig die Herausgabe des Pfandes, oder durch eine dolose Handlung sey ihm dieselbe unmöglich geworden; warum sollte hier nicht der Würderungseid Statt haben? Daß auch bey der actio contraria die gebrochene Treue, so gut, wie bey der directa die Infamie zur Folge haben könne, lehrt Ulpian, wenn er L. 6. §. 5. *D. de his, qui not. infam.* sagt: *Mandati condemnatus: verbis Edicti notatur, non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat: utputa, fideiussi pro te, et solvi, mandati te si condemnvero, famosum facio.* Mit mir stimmen auch mehrere sowohl theoretische als practische Rechtsgelehrten ⁴²⁾ überein.

4) Durch den Würderungseid bestimmt der Kläger den Gegenstand seines Rechts nach seinem Interesse; und zwar wollen die Gesetze die ihm zu leistende Entschädigung durchaus so regulirt wissen, daß er in jenem Zustande erscheine, in welchem er sich befände, wenn er die Verletzung nicht erlitten hätte. Ganz in diesem Geiste spricht Ulpian die Nothwendigkeit des Würderungseides beim *Interdicto Quod vi aut clam aus*, wenn er sagt: *Officio*

dd 4

autem

42) WERNHER *select. Observat. for.* Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 354. et 375. CARPZOV P. I. Const. 23. nr. 12. *Conr. Willb.* STRECKER *Diss. de iuramento in litem. Erfordiae 1724.* §. 18. WEHRN *Doctr. iuris explicatr. principior. et causar. damni praest.* §. 65. pag. 415. not. 31. UND WIRSCHINGER in dem angef. Verſuche §. 79.

autem iudicis ita oportere fieri restitutionem, iudicandum est, ut in omni causa eadem sit conditio actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset; und Papinian lehrt noch insonderheit, worauf man zu sehen habe, um dem Kläger wegen des erlittenen Dolus seines Gegners die vollste Befriedigung zu verschaffen, wenn er in der energischen Stelle L. 78. D. de reg. iur. sagt: Generaliter, cum de fraude disputatur, non, quid habeat actor, sed, quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est. Es entsteht nun also hierbey die eben so schwierige als bestrittene Frage, nach welchem Maasstabe die Entschädigung des Klägers durch den Würderungseid auszumitteln sey? Darf bey der Schätzung des streitigen Objectis nur der gemeine Maasstab des Marktpreises, oder der des singulären Interesse, oder gar der Affection angelegt werden? Es ist nöthig, im Allgemeinen Folgendes vorausgehen zu lassen. Wenn von der Bestimmung des Werthes eines gewissen Objectis die Rede ist, so muß dabey immer auf ein Bedürfniß für dasselbe Rücksicht genommen werden, welches den letzten Grund des Werthes ausmacht. Dieses Bedürfniß kann aber von doppelter Art seyn. Es offenbart sich nämlich entweder als Bedürfniß der Seele, durch Affection zum geliebten Gegenstande; oder es ist Bedürfniß des Körpers durch Brauchbarkeit des Objectis. Wird der Werth nach dem Bedürfniß der Seele durch Affection bestimmt, oder wie Javolen sagt L. 36. in fin. D. de bonis libertor. si res animo potius et affectu, quam aliorum computatione aestimatur; so nennt man diesen Preis den Affectionswerth. Wird hingegen der Werth eines Objectis durch die Brauchbarkeit desselben bestimmt, so ist es ein Tauschwerth.

wert. Dieser letztere läßt sich wieder nach zwey verschiedenen Maasstäben bestimmen. Man betrachtet nämlich den Werth eines Objects entweder an sich, ohne auf die individuellen Verhältnisse eines Subjects Rücksicht zu nehmen; oder der Werth eines Objects wird gerade nur an dem individuellen Bedürfniß eines Subjects gemessen. In dem ersten Falle ist der Preis, der blos nach dem gemeinen Bedürfniß für das Object bestimmt wird, nur ein gemeiner oder Marktpreis. Man nennt diesen Werth auch das *Interesse commune*, weil er, als Aequivalent, an und für sich jedem, statt des Objects, gelten kann ⁴³). Im zweiten Falle wird der Preis, der nach den individuellen Bedürfnissen eines Subjects bestimmt wird, das *Interesse singulare*, oder in der Sprache der Gesetze das *Interesse* im eigentlichen Sinn genannt. Denn fast immer wird in den Gesetzen ⁴⁴) die *aestimatio rei*, welche durch die Formel: *quanti ea res est*, angedeutet wird, dem *id, quod interest* entgegengesetzt, und unter dem letztern das *Interesse singulare*, oder der Werth verstanden, den eine Sache nach den besondern Verhältnissen eines Individuums,

D d 5

und

43) L. 3. §. ult. D. *Uti possidetis* sagt: In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest.* Und L. 68. D. de *Rei vind.* heißt es: non pluris, quam res est, id est, *quanti adversarii interfuit.*

44) L. 1. §. 20. D. de *tut. et rationib. distrab.* L. 11. §. 18. D. de *act. emti vend.* L. 21. §. 2. L. 22. D. ad *Leg. Aquil.* L. 193. D. de *Verb. Signif.* E. den 4. Th. dieses Commentars §. 332.

und folglich nach den individuellen Bedürfnissen desselben hat. So gewiß es ist, daß die angegebenen drei verschle- denen Maasstäbe der Schätzung, nämlich Affection, gemeines Bedürfniß, und besonderes Interesse in den Gesetzen genau unterschieden werden⁴⁵⁾; so streitig ist es, ob sie auch alle drei bey dem Würderungseide zulässig sind. Darüber sind alle einig, daß der Verletzte sein singuläres Interesse beschwören könne. Denn nach der *L. 1. D. b. t.* soll es dem Kläger erlaubt seyn, den streitigen Gegenstand *ultra rei pretium* zu schätzen; und *Marcellus* unterscheidet *L. 8. D. eodem* genau zwischen dem gemelnen Werth, *quanti res est*, und dem Werth, den er Verletzte nach seinem individuellen Interesse bestimmen kann, (*pretium arbitrio domini statuendum, potestate petitori in litem iurandi concessa.*) Nicht minder deuten die Worte des *Callistratus L. 10. D. eodem* actori permittitur in litem iurare, *quanti sua interest*, auf ein singuläres Interesse des Klägers; und bey dem *Interdicto quod vi aut clam*, bey welchem namentlich der Würderungseid gestattet wird⁴⁶⁾, sagt *Ulpian L. 15. §. 7. D. Quod vi aut clam*: *Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest*, id opus factum esse. Nur in einigen wenigen Fällen wollen die Gesetze, daß der Werth der Sache an sich, und also der Marktpreis zum Regulativ des Schätzungseides dienen soll. Dies war nämlich der Fall

1) bey

45) *L. 33. D. ad Leg. Aquil.* sagt: *Pretia rerum non ex affectione — nec utilitate singularum — sed communiter fungi.* Eben so sagt *L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid.*

46) *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.*

1) bey den Klagen des strengen Rechts. Marcian sagt L. 5. §. 4. *D. b. t. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti si promissor Stichus moram fecerit, et Stichus decesserit: quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi* ⁴⁷⁾, *non potest rem, quae non extat.* Hier erlaubte es die Natur der Klage nicht, das volle Interesse des Klägers als Maasstab der Würderung zuzulassen ⁴⁸⁾. Nur die Sache an sich durfte geschätzt werden, wenn nicht das Interesse auf den Fall der Nichterfüllung des Versprechens in der Formel des Contracts ausdrücklich ausbedungen war. Denn die mora des Promittenten hatte hier keine andere Wirkung, als die der Perpetuirung der Verbindlichkeit ⁴⁹⁾. Auch sollte hier der Würderungseid nur dann zugelassen werden, wenn ohne denselben der Richter die Sache zu schätzen nicht im Stande war. Uebrigens beweist diese Stelle zugleich, was ich oben bemerkt habe, daß der Würderungseid nicht bloß bey der Restitution, sondern auch bey der Tradition Statt hatte. Der Maasstab des singulären Interesse fiel

2) auch bey denjenigen Klagen weg, in welchen der Römer das Mehrfache (*duplum, quadruplum*) als *Aequi-*

47) i. e. sine relatione. Die Worte *deferre*, und *referre iurandum* werden öfters verwechselt. Beispiele liefern L. 24. *D. de iureiur.* L. 12. *D. rer. amotar.* S. NOODT *Comm. ad Dig. h. t.* pag. 292.

48) VOET *Comm. ad Pand. h. t.* §. 5. EMMINGHAUS *ad Cocceji ius civ. controv. h. t.* Qu. 5. und besonders DRUMMER in der angef. *Theorie des Würderungseides* §. 16.

49) L. 23. *D. de Verb. obligat.* Ant. FABER *de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI, Err. 8.*

Äquivalent des zu ersetzenden Schadens statuirte. Denn bey diesen ersetzte schon das Mehrfache des reellen Preises den Preis des Interesse vollkommen. Javolen wendet diesen Grundsatz bey der *actio furti* an, wenn er *L. 9. D. h. t.* sagt: *Cum furti agitur, iurare ita oportet, tantum fuisse, cum furtum factum sit.* Daß hier blos von dem reellen Preis, den die gestohlene Sache an sich selbst hat, die Rede sey, ohne alle Rücksicht auf das individuelle Interesse des Bestohlenen, beweist nicht nur der Zusammenhang, wenn man damit die unmittelbar vorhergehende *L. 8. h. t.* verblindet; sondern es giebt auch Ulpian hierüber den vollkommensten Aufschluß, wenn er *L. 50. pr. D. de furtis* sagt: *In furti actione non, quod interest, quadruplatur, vel duplatur: sed rei verum pretium. Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur: nihilominus condemnatio facienda est. Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit: eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse, verius est.* Alles dieses sind indessen nur Ausnahmen von der Regel, welche im Würderungseide den Maasstab des singulären Interesse fordert, und wenn gleich bey uns die Gründe für jene Ausnahmen hinwegfallen⁵⁰⁾, so liefern sie uns doch immer noch einen bündigen Beweis gegen die irrige Ansicht derer, welche den Würderungseid für einen bloßen Affectionseid halten

50) Anderer Meinung ist zwar *de cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 5.* Allein man sehe *EMMINGHAUS ad Eundem Tom. II. pag. 177.* und *DRUMMER* in der angeführten Theorie §. 16.

ten wollen. Es ist nun aber überhaupt noch die Frage, ob auch der Affectionswerth von dem Kläger, welcher in litem schwört, in die Würderung aufgenommen werden dürfe? Viele ⁵¹⁾ wollen dieses gänzlich läugnen. Sie sagen, ausdrücklich sey es auch nicht in einem Gesetz bestimmt, daß der Kläger seine Affection würdern dürfe; vielmehr stehe allenthalben klar geschrieben, *ut iuret actor, quod sua interfuit*⁵²⁾. Es lasse sich auch aus keinem sichern Princip die Zulässigkeit des Maasstabes der Affection erweisen. Denn wollte man von dem allgemeinen Grundsatz ausgehen: die Würderung tendire dahin, das Aequivalent eines zu ersetzenden Schadens abzuwägen; so müßte man auch für das Würderungsrecht das allgemeine Princip des Römern gelten lassen: im Schadensersatze darf von Affection nie die Sprache seyn. Paulus lehre dieses ausdrücklich, wenn er *L. 33. D. ad L. Aquil.* sagt: *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles,) sed quanti omnibus valeret.* — *Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiozem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In Lege enim Aquilia damnnum consequimur, et amississe dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogi-*

51) Man vergleiche hier besonders *Io. Laur. DORN* Diss. de iure iur. in litem pretii affectionis figmento liberato. §. 37. sqq. und *DRUMMER* in der angef. Theorie. §. 14.

52) *L. 2. §. et 10. D. b. t.* — *L. 68. D. de rei vindic.* — *L. 7. pr. D. de administr. et peric. tutor.*

cogimur. legt man aber auch das dem Würdigungseide elgene Princip zum Grunde, welches derselbe Paulus L. 9. D. de act. rer. amotar. in den Worten darstellt: *Non enim aequum est, invitum suo pretia res suas vendere*; so erscheine jetzt der Kläger in der Qualität eines freien Verkäufers. So wenig nun aber ein Verkäufer nach seiner Affection den Preis seiner Waaren bestimmen könne, eben so wenig könne im Würdigungseide Affection als Maasstab gebraucht werden. Hierzu komme, daß nach der Meinung der Gesetze der Richter dem Kläger eine bestimmte Größe des Werthes vorlegen könne, innerhalb welcher der Kläger erst würdern dürfe. Sed iudex, sagt Marcian L. 5. §. 1. D. b. t. potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur; und Paulus stelle L. 18. pr. D. de dolo den Grundsatz auf: *Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari*. Nun sey Affection, an welcher doch diese Summe präfinirt werden müsse, etwas absolut Subjectives, und folglich von der Natur, daß sie sich in Rücksicht desselben Objectes bey verschiedenen Subjecten in verschiedene Grenzen, ja sogar ins Unendliche erstrecken kann. Wie und wornach könnte nun da der Richter seine Fundamentalgröße berichtigen? Um aber vollends zu beweisen, daß der Affectionswerth in den römischen Gesetzen schlechterdings verworfen werde, beruft man sich auf folgende Gesetzstellen:

L. 1. §. 15. D. Si quid in fraudem patroni. Et alias videamus, si dicat patronus, rem quidem iusto pretio venisse, verumtamen hoc interesse sua, non esse vendatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic
edu.

educatus sit, vel parentes sepulti, an debeat audiri, volens revocare? *Sed nullo pacto erit audiendus, fraus enim in damno consistit pecuniario.*

L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid. Pretia rerum non ex affectu, sed communiter funguntur.

L. 36. D. de bonis libertor. wo Javolen ea, quae affectione aestimanda sunt, denjenigen entgegensetzt, quae pretio sunt aestimanda.

Allein so scharf diese Gründe durchdacht zu seyn scheinen, so lassen sie doch noch manchen erheblichen Zweifel übrig, der dadurch nicht gelöst wird. Denn Erstens leuchtet jedem Unbefangenen in die Augen, daß in allen diesen Stellen kein Verbot enthalten sey, den Affectionswerth bey Bestimmung des Entschädigungs-Quantums zu berücksichtigen. Die actio Legis Aquiliae verstattete freylich, als eine Pönalklage, nicht, daß der Kläger seine Affection wüßern durfte, weil er schon ohnehin den höchsten Preis erhielt, welchen der getödete Sklave in dem letzten Jahre hatte, und noch überdem das Interesse extra rem in Anschlag bringen konnte. Denn man setze, der getödete Sklave wäre der Hauptsänger bey einem Corps von Mustern gewesen, welches nun dadurch am Werth verlohren hätte, wie *L. 23. D. ad L. Aquil.* unter andern dieses Beispiel giebt. Eben so zweckte die actio Faviana sowohl als die Calvisiana, worauf sich die *L. 1. §. 15. D. Si quid in fraud. patr.* bezieht, nur dahin ab, daß der Patron den ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlassenschaft seines Freigelassenen erhalte. Man sehe also hier nicht auf Affection gegen das Individuum, sondern blos auf den gemeinen Werth desselben, wenn sich der Patron über eine ihm

ihm zum Nachtheil geschehene Veräußerung beschwerte. Konnte nun der Patron selbst nicht läugnen, die Veräußerung sey pro iusto pretio geschehen, so konnte man nicht sagen, das Vermögen seines Freigelassenen sey dadurch zu seinem Nachtheil vermindert worden; folglich konnte dem Patron seine Affectio zur veräußerten Sache kein Recht geben, die Veräußerung anzufechten. Immerhin aber mochte den präterirten Patron nach der angeführten *L. 36. D. de bonis libertor.* seine Affectio bestimmen, die *bonorum possessio contra tabulas* zu suchen, wenn schon die Erbschaft seines Freigelassenen sehr verschuldet war; weil sich im Nachlaß desselben ein Grundstück befand, welches die ihm werthen Gräber seiner geliebten Ahnen in sich faßt. *Non enim ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius, quam aliorum computatione bona liberti aestimat.* Dahingegen verstand sich's von selbst, daß bey der Berechnung und Ausmittelung der Falcidischen Quarte, von welcher in der *L. 62. und 63. D. ad L. Falcid.* die Rede ist, die vorhandenen Erbschaftsachen nicht nach der Affectio des Erblassers, sondern nach demjenigen wahren Werthe taxirt werden müssen, den sie zur Zeit seines Todes haben⁵³⁾. Daraus folgt nun aber überall nicht, daß der Verletzte sein Würdungsrecht nicht auf den Affectionswerth erstrecken dürfe. Das Gegentheil ist nicht schwer zu erweisen. Denn der Römer geht hier von dem Grunde

53) In der *L. 62. §. 1. D. ad L. Falcid.* wird das *pretium verum* dem *pretio formali* entgegengesetzt, und unter dem letztern unstreitig kein anderer, als der Affectionswerth verstanden, wie sich aus *L. 63. seq.* ergibt. *S. Jac. VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam Cap. VIII. §. 19. pag. 183.*

Grundsatz aus, der Verletzte soll den Preis selbst nach seiner Willkühr bestimmen, wenn ihm ein Anderer die Herausgabe seiner Sache hartnäckig vorenthält, oder ihn boshaft um das Seinige gebracht hat, wenn er sich nur den Werth zu beschwören getraut. Marcellus sagt ausdrücklich L. 8. D. b. t.

Non est aequum pretio (id est, quanti res est) litem aestimari: cum et contumacia punienda sit; et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

Daß dieser Eid nicht schlechterdings an das Interesse des Klägers gebunden seyn soll, lehrt Paulus eben so deutlich L. 2. §. 1. D. b. t.

Interdum, quod interfit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

Der Maasstab für die Culpa, wird hier von dem Maasstabe der Würderung für den dolus und Ungehorsam unverkennbar unterschieden. Nun kannte aber der Römer nicht nur einen Affectionswerth der Dinge⁵⁴⁾, sondern er verknüpfte

54) Man sehe auffer der L. 63. D. ad L. Falcid. noch L. 54. D. de Legat. II. wo gesagt wird: *Si cui fundus, centum dignus legatus fuerit, si centum heredi vel cuilibet alii dederit: uberimum videtur esse legatum, nam alias interest legatarii fundum potius habere, quam centum. Saepe enim confines fundos etiam supra iustam aestimationem interest nostra acquirere.*

knüpfte auch mit der Affection rechtliche Folgen. Die Verletzung derselben konnte Veranlassung zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geben, und konnte selbst Klagen begründen. Folgende Stellen werden dies alles ausser Zweifel setzen.

L. 35. D. de minorib. Si in emtionem penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emtam ab eo rem fuisse adprobetur; veluti, quod maiorum eius fuisset: ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori⁵⁵).

L. 6. pr. L. 7. D. de servis exportand. Si venditor ab emtore caverit, ne serva manumitteretur, neve prostituatur, et aliquo facto, contra quam fuerit exceptum, evincatur, aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur: doli exceptionem quidam obstaturam putant; SABINUS, non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si, ne manumitteretur, exceptum est. — Caeterum si, ne prostituatur, exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adferit, et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam laeserit: etenim alias, remota quoque stipulatione, placuit ex vendito esse actionem.

Quodsi, ne poenae causa exportaretur servus, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur.

L. 54

55) Man sehe über diese Stelle Ios. FINESTRES Commentar. in Hermogenianum pag. 246. seqq.

L. 54. pr. D. Mandati. Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus, ut venditor, et affectus ratione mandati agetur⁵⁶⁾. Finge filium naturalem, vel fratrem esse. Placuit enim Prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.

Soll also bey den Klagen, wo es auf Billigkeit ankommt, auch auf Affection Rücksicht genommen werden, so läßt sich nicht füglich annehmen, daß die Römer bey dem iuramento in litem, bey einem Institute, dessen Hauptzweck volle Entschädigung des Verletzten ist, den Affectionswerth ganz ausgeschlossen haben sollten. Das iurare in infinitum, wozu die Gesetze⁵⁷⁾ den Kläger berechtigen, überzeugt uns vom Gegentheile. Diese Worte erhalten nur dann erst einen richtigen Sinn, wenn man damit die Behauptung verbindet, daß auch der Affectionswerth in den Würderungseid aufgenommen werden dürfe⁵⁸⁾. Ueberdem sagt die *L. 8. D. h. t.* ganz allgemein,

E e 2

daß

56) Die Rechtsgelehrten sind zwar bey der Erklärung dieser Stelle sehr verschiedener Meinung. Man sehe *Ant. FABER* Rational. in Pand. ad h. L. *POTHIER* Pand. Justin. Tom. I. Lib. XVII. Tit. I. Nr. VII. not. f. et g. *DORN* cit. Diff. §. 33. und *DRUMMER* in der angef. Theorie §. 14. S. 31. Doch kann Niemand läugnen, daß nach diesem Gesetz die Affection eine Klage begründen könne.

57) *L. 4. §. 2. D. h. t.* *L. 68. D. de Rei vindicat.*

58) *S. Ulr. HUBER* Eunom. Rom. Lib. XII. ad *L. 4. D. h. t.* pag. 496.

daß beim Schätzungselde der Werth der Sache arbitrio domini zu bestimmen sey. Der Einwand, daß es dem Richter unmöglich werde ein Maximum zu bestimmen, sobald der Verletzte sein Würdungsrecht auch auf den Affectionswerth erstrecken dürfe, kann uns nicht treffen. Denn gerade hier, wo die Willkühr des Klägers leicht die Grenzen einer vernünftigen Affection überschreiten kann, ist es nöthig, das richterliche Ermessen eintreten zu lassen. Ueberdem lag die Taxatio iudicis ursprünglich offenbar nicht im Geiste des Instituts. Sie scheint ein späterer Nachtrag zu seyn, den selbst Ulpian noch nicht für unbezweifelhaft ansah, und ihn deshalb durch Gründe zu rechtfertigen suchte. Man erwäge nur folgende Worte: Iurare autem in infinitum licet, sagt Ulpian L. 4. §. 2. D. h. t. Dies ist also Grundsatz beim Würdungselde. Nun wirft dieser römische Jurist die Frage auf: Sed an iudex modum iuriiurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuretur, ne, arrepta occasione, in immensum iuretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat. An igitur, qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriiurando adlicere, quaeritur? *Arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.* So ward also ein Theil des Würdungsrechts dem Richter zurückgegeben, um Willkühr durch Willkühr zu beschränken, und er übt dies Recht aus, indem er nicht nur bey der Würdigung des Klägers luxuriam et delicias von iustis affectionibus unterscheidet, wie sich Ulpian an einem andern Orte ⁵⁹⁾ ausdrückt, sondern auch der iustae affectioni,

59) L. 16. D. de manumiss. vindicta.

ctioni, durch Bestimmung eines Maximum, nach den Umständen, ein gewisses Ziel setzt. Dies bringt die richterliche Billigkeit mit sich. Wollte man hingegen zum alleinigen Maasstabe bloß das Interesse des Klägers annehmen, wo sollte nun der Richter die Gränze abstecken, ohne entweder in das Rechtsgebiet des Verletzten einzugreifen, oder dem Schwörenden ein Recht zu geben, das dieser zu benutzen nicht befugt wäre? Ich glaube daher nicht ohne Grund die Meinung des großen Duarens ⁶⁰⁾ unterschreiben zu dürfen, wenn dieser sagt: *Iusiurandum in litem sibi videri sic ad iurantem utilitatem referendum, ut ipsius quoque affectio nunquam attendenda sit. Nam, ut aliorum argumenta praetermittam, quod dicitur, in venditione pretium rei arbitrio domini statuendum esse, dubium non est, quin generaliter accipiendum sit, adeo ut si rem a domino emere volens, praeter iustum et commune pretium grandem et pecuniam offerat, ad compensandum id, quod interest ipsius, re sua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum sit, quae quidem in equis, canibus, rebusque aliis non ita valde necessariis, aut utilibus, immodica plerumque conspicitur; ac qui modus est in his rebus cupiditatis, (ut ait CICERO) id et aestimationis esse solet. Nihil etenim iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur restringaturve. Quod cum ita sit, idem in hoc iureiurando utique observabitur: nisi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantem affectionem, taxatione adiecta, moderandam esse arbitratus fuerit.*

Aus allem erhellet also sogleich, daß es ein iusiurandum in litem affectionis und veritatis giebt, einen Wür-

60) Comm. ad h. Tit. Dig. nr. 8. Operum pag. 217.

berungseid, der bald den Affectionswerth, bald bloß das eigentliche Interesse, und zwar entweder das gemelne oder singuläre geltend macht. Zellfeld verwirft zwar diese Eintheilung, und nimmt bloß den Affectionseid, als die einzige wahre Gattung des Würderungseides, an. Das *iuramentum in litem veritatis* hält er für eine Art des Erfüllungseides, auf welches dann zu erkennen sey, wenn die Forderung des Klägers an sich ihre Richtigkeit habe, und nur lediglich über die Größe derselben oder die eigentliche Summe gestritten wird, wie er sich darüber §. 818. näher erklärt hat. Auch Anton Faber ⁶¹⁾ nimmt durchaus kein *iuramentum veritatis* an, und Caspar Schifordegher ⁶²⁾ sucht besonders diese Meinung gegen die Einwürfe einiger Antagonisten des Fabers zu rechtfertigen. Neuere Rechtsgelehrten ⁶³⁾ läugnen hingegen, daß es ein *iuramentum in litem affectionis* gebe. Sie nehmen nur ein *iuramentum in litem* an, welches aber weder den Benschuß *veritatis* vertrage, weil es die Ausmittelung des gemelnen Werths einer Sache nie unmittelbar bezwecke; noch den Benschuß *affectionis*, insofern man hierunter einen durch bloße individuelle Neigung begründeten, und außerhalb der Spähre des gesetzlichen Begriffs von Interesse liegenden Werth verstehe. Allein die meisten, auch neuere Rechtsgelehrten ⁶⁴⁾, vertheidigen die angeführte Eintheilung.

61) Coniectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13.

62) Ad Anton. FABRUM Lib. I. Tract. 24. Qu. 7.

63) WIRSCHINGER im angef. Versuche §. 82. vergl. mit §. 66. u. 68. und DRUMMER in der angef. Theorie §. 14. und §. 18.

64) Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45. Hug. DONELLUS Commentar.

lung. Sie sind nur darin von einander abweichend, worin der eigentliche Grund dieser Eintheilung beruhe. Die meisten suchen ihn in den Voraussetzungen, unter welchen die Gesetze überhaupt in litem schwören lassen. Sie sagen, der Affectionseid setze immer einen dolus oder culpa lata voraus; das iuramentum in litem veritatis aber habe auch wegen geringerer Versehen Statt, wenn es dem Kläger an andern Beweisen fehle. Hier sey also der Schwärungseid nur ein subsidiarisches Beweismittel. Man sagt ferner, der Affectionseid werde auch über das Duplum des wahren Werthes gestattet, aber nicht der Würderungseid des bloßen Interesse; hier dürfe die in der *L. un. Cod. de sentent, quae pro eo, quod interest, prof.* gesetzlich bestimmte Größe nicht überschritten werden⁶⁵⁾. Die folgenden Paragraphen werden mir Gelegenheit geben, diese Meinungen näher zu prüfen. Hier bemerke ich nur noch,

5) daß es in Rücksicht des streitigen Object's Bedingung sey, daß der Preis desselben einer Bestimmung durch Würderung bedürfe. Ist also dieser Gegenstand von der Art, daß desselben Preis ein für allemal fixirt

E e 4

steht,

mentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 6. *Ant.* SCHULTING Thes. controversiar. Dec. XLI. Th. I. sqq. *de COCCEJI* in iure civ. controuv. h. t. Qu. 6. *Cbr. Wilb.* WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causarum damni praest. Cap. VI. §. 65. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4534. UND THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166,

65) *S.* DONELLUS c. I. cap. II. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. h. t. §. 67 not. §.

steht, wie z. B. beim Gelde in gemeinen Sorten, so findet hier der Würdigungseid nicht Statt. Ulpian sagt dies L. 3. D. b. t. ausdrücklich:

Nummis depositis, iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod sua interfuit: cum certa sit nummorum aestimatio.

Es ist jedoch auch hier der Fall auszunehmen, wenn ein singuläres noch unbestimmtes Interesse des Klägers vorhanden wäre. Z. B. wenn der Deponent einen besondern Schaden dabei leidet, daß er eine deponirte Geldsumme nicht zur gehörigen Zeit zurück erhalten kann. Daß alsdann auch bey dem Depositum einer bestimmten Geldsumme der Würdigungseid zulässig sey, sagt Ulpian ebenfalls am angeführten Ort, in den Worten:

Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse. Quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est ⁶⁶⁾?

Das Nämliche gilt auch von andern fungiblen Sachen ⁶⁷⁾. Sonst mag das Object immerhin eine körperliche oder unkörperliche ⁶⁸⁾, eine bewegliche oder unbewegliche Sache seyn ⁶⁹⁾

In

66) S. Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 11.

67) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 9.

68) L. 7. D. Si servit. vindicet.

69) LAUTERBACH Colleg. Pand. theor. pract. h. t. §. 16. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. MÜLLER ad Struvium h. t. §. 63. not. 2. WIRSCHINGER §. 81. DRUMMER §. 30.

In Ansehung der unbeweglichen Sachen sind zwar mehrere Rechtsgelehrten ⁷⁰⁾ anderer Meinung. Das Gesetz, worauf sie sich berufen, ist die *L. 48. §. I. D. Locati cond.* wo Marcellus sagt: Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit, damnabitur. Nun läßt sich zwar nicht läugnen, daß bey unbeweglichen Sachen ihrer Natur nach der Würderungseid aus dem Grunde größtentheils wegfällt, weil hler die Restitution des Objects an den Kläger durch die executive Gewalt der Justiz sehr leicht erzwungen werden kann. Allein sind denn dadurch auch schon die entzogenen Ueilitäten desselben restituirt? Nun soll ja nach *L. 68. D. de rei vindicat.* der Besizer auch die Früchte vergüten, und *omnis causae nomine* verurtheilt werden ⁷¹⁾. Wegen solcher Nebenemolumente kann also allerdings der Würderungseid Statt finden. Zuweilen aber auch wegen der Sache selbst. Man setze, es habe Jemand das Gebäude boshaft in Brand gesteckt. Diesem ist auch das angeführte Fragment nicht entgegen. Zwar wage ich es nicht, die Worte *non immobilem* mit Thibaut ⁷²⁾ geradezu wegzuwurffen, welches mir darum bedenklich zu seyn scheint, weil die Florentine sie hat, und auch die *Ba*

E e 5

fllh

70) *Ant. FABER* in Rational. in Pand. ad *L. 48. §. I. D. locati. Ger. NOODT* Commentar. ad Dig. h. t. pag. 290. *THOMASIVS* in Diss. de pretio affectionis etc. Cap. III. §. 33. und *WALCH* Introduct. in controversi. iuris civ. pag. 766.

71) Was *omnis causa* heißt, ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. den 8. Theil dieses Commentars §. 588.

72) *Syst. d. P. R. 3. B. §. 1166. not. h. pag. 90.*

silken⁷³⁾ diese Lesart bestärken, nicht minder die meisten und besten Ausgaben, z. B. die Haloandrinische, die des Bandoza, des Zugo a Porta und mehrere andere hietin übereinstimmen. Dagegen dünkt mir der Grund zu schwach zu seyn, daß jene Worte in einigen Manuscripten fehlen, ob ich dieses gleich von unserm Erlangischen Pandecten-Manuscript selbst bezeugen muß. Allein man kann der Schwierigkeit abhelfen, ohne zu dieser violenten Critic schreiten zu dürfen. Mag doch immerhin die L. 48. von beweglichen Sachen reden; es folgt ja daraus noch nicht, daß deswegen bey unbeweglichen Sachen der Schätzungseid auszuschließen sey⁷⁴⁾. Wenn Marcian L. 16. §. 3. *D. de pignor.* lehrt, daß bey der hypothekarischen Klage der Würderungseid eben so, wie bey den übrigen dinglichen Klagen, Statt habe, so führt er sowohl vorher, als nachher meist lauter Beispiele von verpfändeten Grundstücken an. Man vergleiche §. 2. et §. 4. dieses Fragments. Merkwürdig ist insonderheit, was Marcian §. 4. sagt:

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus

73) Tom. II. Lib. XX. Tit. I. Const. 47. pag. 433. Ὁ μισθωτάμενος κινήτων, ἢ αυτοκίνητων, καὶ μὴ ἀποδίδους αὐτὸ, τῷ ἐνδίκῳ ἔργῳ ὑπόκειται. i. e. *Qui rem mobilem, vel se moventem conduxit, nec restituit, iuriiurando in litem subiicitur.*

74) Mit Recht sagt LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16. L. 48. *cit. nihil aliud dici, quam quod contra illum, qui servum vel aliam rem non immobilem restituit, in litem iurari possit; unde non sequitur, quod non idem dicendum de re immobili. Argumentum a contrario sensu contra alios textus generales non procedit.*“

ctibus condemnet. Quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi extent, et res non sufficit.

Wer sollte also nun noch die Zulässigkeit des Würderungseides bey unbeweglichen Sachen bezweifeln?

§. 814.

Ist der Würderungseid nur ein subsidiarisches Beweismittel?
Wer wird zu diesem Eide zugelassen? Ist der Kläger den ihm zuerkannten Eid zu schwören schuldig?

Ob der Schätzungseid als ein blos subsidiarisches Mittel anzusehen, und daher nur dann zulässig sey, wenn der Kläger den Werth des streitigen Gegenstandes nicht auf andere Art beweisen könne, ist sehr streitig.

Zellfeld stellt den Satz auf: *Iuramentum in litem est remedium subsidiarium. Hinc in eo solum casu locum habet, si aestimatio aliunde per testes, arte peritos, vel ex officio haberi nequeat.*

THIBAUT ⁷⁵⁾ hingegen läugnet, daß man diesen Eid als subsidiarisch betrachten könne. Nur gegen den, welcher geringere Versehen begleng, müsse der Schaden, wo möglich, erwiesen werden. Kann dieses nicht geschehen, so sey der Verletzte subsidiarisch auch zum Schätzungseide zu lassen, aber auf allen Fall nur, um sein gemeinsames Interesse zu beschwören.

Drummer ⁷⁶⁾ verwirft beyde Meinungen, und hat sie ausführlich zu widerlegen gesucht. Nach seiner neuen

An

75) Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

76) Theorie des Würderungseides §. 20.

Ansicht ist und kann der Würdigungseid auf keinen Fall subsidarisch seyn. Denn er ist ihm kein Beweismittel, sondern eine Gattung des Calumnieneides.

Soviel ist wohl gewiß, daß die Gesetze den Grundsatz, den Zellsfeld aufstellt, nicht kennen. Es ist vielmehr leicht zu beweisen, daß er den Gesetzen und der Natur des Eides zuwider sey. Denn offenbar könnte doch durch die ordentlichen Beweismittel nur der wahre Werth der Sache dargethan werden. Allein die Gesetze sagen, der Kläger könne durch diesen Eid die Sache auch *ultra rei pretium* würdern⁷⁷⁾. Ja sie halten es nicht einmal für billig, daß der Beklagte, welcher aus Ungehorsam dem Kläger die ihm gehörige Sache nicht herausgeben will, bloß den gemeinen Werth ersetze, wenn dieser auch bewiesen werden könnte. Um den Ungehorsam zu bestrafen, müsse man es vielmehr dem Kläger anheim stellen, den Werth nach seiner Willkühr zu bestimmen, so hoch er sich denselben zu beschwören getraut. *Non est aequum* sagt L. 8. D. b. t. *pretio* (id est, quanti res est) *litem aestimari; cum et contumacia punienda sit; et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.* Und die L. 9. D. de act. rer. amotar. giebt davon den Grund an: *Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere;* welcher in der L. 70. D. de Rei vindicat noch weiter dadurch motivirt wird: *ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.* Erwägt man nun noch insonderheit, daß nach Zellsfelds Idee der Würdigungseid

77) L. 1. D. b. t. *Res ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.*

derungsgeld ein bloßer Affectionsgeld ist, so erscheint sein ganzer Satz als offenbar ungereimt. Denn wie kann Affection, als etwas schlechterdings Subjectives, durch andere Beweismittel, als durch den Eid, dargethan werden? Es ist wenigstens immer ein auffallender Pleonasmus, die Zulässigkeit des Würdungsgeldes durch den Fall des unmöglichen Gegentheils zu bedingen. Um jedoch die Hypothese der Hellsfeldischen Subsidiarität vollends zu zernichten, füge ich noch einen Beweis aus L. 60. §. 1. D. ad L. falcid. hinzu, wo gesagt wird: *Legato petito, cum in litem iuratum est, ratio Legis Falcidiae non eius summae, in quam legatarius iuravit, sed eius, quanti revera id fuit, quod petitum est; nam id, quod poenae causa adcrevit, in Legem Falcidiam non incidit.* Hier wird doch nun deutlich genug der beschworne Werth von dem wahren Werthe unterschieden, der bey der Berechnung der Falcidie zum Grunde gelegt werden soll. Also muß dieser doch auch da zu bestimmen gewesen seyn, wo gleichwohl der Legatar wegen des Ungehorsams des Erben zum Würdungsgelde gelassen wurde.

Erwiesen wäre also, daß der Schätzungsgeld kein bloß subsidiarisches Beweismittel sey, indem vielmehr das dem Kläger eingeräumte Recht der eigenen eidlichen Würdung des streitigen Objects als Strafe für den Dolus oder den Ungehorsam des Beklagten angesehen wird.

Allein sollte es deswegen nicht Fälle geben, wo dieser Eid doch nur subsidiarisch zugelassen wird? Ich glaube, daran läßt sich nicht zweifeln, so sehr auch DRUMMER das gegen streitet. Denn man erwäge nur, was Ulpian L. 4. §. 3. D. b. t. sagt:

Item videndum, an possit iudex, qui detulit ius iurandum, non sequi id: sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam iuratum est? Et magis est, ut ex magna causa, et postea repertis probationibus possit.

Kann nun der Richter nach bereits abgelegtem Würderungseide, wegen nachher gefundener Beweise, das beschworne Quantum mindern, so hätte wohl, wenn diese Beweise vor Ablegung des Eides vorhanden gewesen wären, der Eid schwerlich vom Richter erkannt werden können. Zwar bin ich davon lebhaft überzeugt, daß, wenn Ungehorsam des Beklagten in der Restitution des streitigen Gegenstandes dem Kläger das Recht gab, den Werth desselben nach seiner Willkür und Affectlon zu bestimmen, gegen den einmal abgeleisteten Eid kein Gegenbeweis zulässig sey, weil hier klare Gesetze dem Kläger erlauben, auch über den wahren Werth zu würdern⁷⁸). Allein daß dieses nicht der einzige Fall sey, in welchem der Würderungseid Statt findet, ist schon oben gezeigt worden. Es giebt Fälle, wo der Kläger durch den Würderungseid nur den gemeinen Werth, oder das gemeine Interesse beschwören darf; oder wo der Kläger darum zum Würderungseide gelassen wird, weil der Abgang der ordentlichen Beweismittel durch den Dolus des Beklagten verursacht worden ist.

78) Es kommt hier noch der Grund in Betrachtung, daß ein Contumax, wegen neu gefundener Beweise, eben so wenig contra rem iudicatam restituirt werden kann, als ihm gegen eine solche Sentenz die Appellation gestattet wird. L. 13. §. 4. C. de iudic. L. 1. Cod. Quorum appellat. L. 73. §. 3. D. de iudiciis.

ist. In solchen Fällen ist doch wohl unstreitig der Würderungseid als ein bloß subsidiarisches Beweismittel anzusehen. Marcian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er L. 5. §. 4. D. b. t. sagt:

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti, si promissor Stichus moram fecerit, et Stichus decesserit, *quia iudex aestimare, sine relatione (i. e. delatione) iurisiurandi, non potest rem, quae non extat.*

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo nach der Natur der Klage nur der gemeine Werth zum Maasstabe angenommen werden konnte, wie bereits oben (S. 425.) näher gezeigt worden ist. Hier soll nun der Würderungseid ausnahmsweise darum zugelassen werden, weil ohne denselben der Richter die Sache nicht schätzen kann, die nicht mehr ist. Wird hierdurch der Eid der Würderung nicht ausdrücklich als ein subsidiarischer Eid erklärt? Man wendet zwar dagegen ein, daß hier nicht sowohl der Würderungseid, als vielmehr das Würderungsrecht subsidiarisch sey, und folglich die subsidiarische Natur des Eides nichts anders, als der bloße Reflex der subsidiarischen Natur des Würderungsrechtes sey⁷⁹⁾. Allein man betrachte nur die Worte des Gesetzes näher, um sich zu überzeugen, daß von dem Würderungseide selbst die Rede sey, nicht zu gedenken, daß sich ja kein Würderungseid, ohne ein Würderungsrecht, gedenken läßt.

Hieraus ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob der Richter dem Kläger die Befugniß der Würderung vorenthalten,

79) S. DRUMMER in der angef. Theorie §. 21. S. 55. f.

halten, somit denselben vom Eide der Würderung ausschließen könne? Diese Frage ist zu verneinen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen es dem Kläger erlaubt ist, den Werth seiner Sache nach seiner Willkühr zu bestimmen. Hier mag der Richter schätzen können, oder nicht; der Kläger mag den Werth der Sache auf andere Art beweisen können, oder nicht; immer bleibt es der Willkühr des letztern anheim gestellt, sich des Eides der Würderung zu bedienen. Unbedingt räumt diese Befugniß die oben wörtlich angeführte *L. 8. D. h. t.* dem Kläger ein. Auf diesen Fall können also die Worte *Ulpian's L. 4. §. 2. D. h. t. Et quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne*, nicht gezogen werden ⁸⁰). Denn der Richter ist nie befugt, einer Parthey Eigenthum wider ihren Willen zu verkaufen. Wo es hingegen bloß auf die Ausmittelung des gemeinen Interesses ankommt, und der Würderungseid also nur ein subsidiarisches Beweismittel ist, da hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, ob und in wiefern er den Eid für nothwendig hält. Er kann ihn daher auch abschlagen, wenn sich der Schade auf andere Art taxiren läßt.

In Rücksicht desjenigen, welcher zum Würderungseide zugelassen zu werden verlangt, ist zu bemerken, daß nur der Beschädigte, welchem das Würderungsrecht zusteht, wodurch das *iuramentum in litem* bedingt ist, zu diesem Eide gelassen wird; und zwar muß der Kläger in eigenem Namen sein Recht verfolgen, er sey dann Eigenthümer, oder nicht ⁸¹). Denn auch der Pfandgläubiger wird

80) *S. VINNIUS Select. iuris Quæstion. Lib. I. cap. 45.*

81) *Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15.* irrt offenbar, wenn er behauptet, daß nur der Eigenthümer zum Würde-

wird zum iuramento in litem gelassen, wenn der Besitzer des Pfandes entweder die Herausgabe desselben hartnäckig verweigert, oder das Pfand arglistig zu besitzen aufgesöhrt hat. Ein bloßer Procurator hingegen, wosfern er nicht in rem suam vor Gericht handelt ⁸²⁾, wird nicht zu diesem Eide zugelassen, wenn er auch mit einer Specialvollmacht versehen wäre ⁸³⁾, weil es hier der Würderung eines eigenen und individuellen Interesse des Klägers gilt ⁸⁴⁾. Ganz deutlich sprechen dieses folgende Gesetze aus.

L. 7. D. b. t. Vulgo praesumitur, alium in litem non debere iurare, quam dominum litis ⁸⁵⁾. Denique ⁸⁶⁾ PA-
PINIA-

Würderungseide gelassen werde. Ihn hat deshalb ausführlich widerlegt BACHOV in Tr. de Actionib. Disput. VII. Th. 16. pag. 74. sq. Man sehe auch Müllers Versuch über den Schätzungseid. §. 5.

82) L. 13. §. 1. D. de pact. L. 25. D. de procurat. S. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Ex. XVII. Th. 61. not. 2.

83) S. de COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 3.

84) S. Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 292. Nach dem Gerichtsgebrauche kann jedoch ein Sachwalter den Würderungseid in die Seele seines Principals ablegen. S. MÜLLER ad Struvium c. l. de COCCEJI c. l. und Müller a. a. D.

85) i. e. ad quem lis ea pertinet, sive per se, sive per procuratorem in lite substituit. S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

86) Das Wort *denique* soll hier eine Folge aus dem Vorbergehenden bezeichnen. Es ist soviel als *Ideo*; in welcher Bedeutung es schon mehrmalen vorgekommen ist. S. den 11. Th. dieses Commentars §. 743. Not. 35. S. 212.

Glücks Erläut. d. Pand. 12. Th.

§ f

PINIANUS ait, alium non posse iurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est ⁸⁷).

L. 16. §. 3. D. de pignorib. et hypoth. In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. — Sin vero dolo quidem desit possidere, summa autem ope nifus, non possit rem ipsam restituere; tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit; sicut in caeteris in rem actionibus ⁸⁸). Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur.

Es ist merkwürdig, daß auch ein Dieb und Räuber zu dem Würderungseide zugelassen wird, wenn er die gestohlene oder geraubte Sache einem Dritten geliehen, oder in Verwahrung gegeben hat, sofern ihm die Sache durch den Dolus des Dritten nicht restituirt wird. Denn daß auch einem Diebe oder Räuber die actio depositi oder com-

87) Durch diese Worte giebt Ulpian deutlich zu erkennen, daß Procuratoren, wenn sie auch nach dem röm. Recht als domini litis betrachtet werden, dennoch von dem Würderungseide ausgeschlossen seyn sollen. *Non enim suo, sed domini mandantis nomine litem contestantur*, wie VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. hier ganz richtig bemerkt. In den Basilicis Tom. III. pag. 205. Const. 7. heißt es: Μόνος ὁ ἡδῖω ὀνόματι ἐναρχῶν, ὁμῶσι τὸν ἔρκινον ὄρκιον. i. e. *Solus in litem iurat, qui suo nomine agit.*

88) Was der Gläubiger über den wahren Werth der Sache erhalten hat, giebt er, so weit es über die Forderung hinausgeht, dem Schuldner heraus. L. 21. §. 3. D. de pignorib. C. Westphals Pfandrecht. §. 267. Rot. 297. C. 387.

commodati in diesem Falle zustehe, ist bekannt⁸⁹⁾. Nun paßt zwar hier der Grund nicht, aus welchem sonst wegen verweigerter Restitution des streitigen Gegenstandes dem Kläger der Würdetungsgeld gestattet wird: *Quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat*⁹⁰⁾; oder wie Paulus sagt⁹¹⁾: *Non enim aequum est, invitum suo pretio res suas vendere*. Allein weil doch der Dieb dem Eigenthümer verantwortlich bleibt, und daher auch ihm daran liegt, den höchst möglichen Werth der Sache zu erhalten, den der Eigenthümer fordern könnte⁹²⁾; überdem die von Seiten des Beklagten gebrochene Treue in den Augen der Gesetze darum nicht minder strafwürdig erscheint, weil die Sache eine gestohlene ist: *Nemo enim ex alieni delicti causa novam et propriam delinquendi occasionem capere debet*⁹³⁾; so läßt sich nun jenes Problem wohl auflösen, welches in den Worten Ulpian's zu liegen scheint, wenn er L. 64. pr. D. de iudiciis sagt:

Non a iudice doli aestimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo, quod in litem iuratur. Denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem, non dubitatur.

§ f 2

Uebri.

89) L. 1. §. 39. D. depositi. L. 16. D. Commodati.

90) L. 25. §. 1. D. Solutio matrimonii.

91) L. 9. D. de act. rer. amotar.

92) L. 1. §. 39. D. depositi führt den Grund selbst an: *nam interest eorum, eo quod teneantur.*

93) S. Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 64. pr. D. de iudiciis und POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. pag. 361.

Uebrigens wird nun freylich vorausgesetzt, daß der Kläger, welcher zu diesem Eide zugelassen werden will, überhaupt auch fähig sey, einen gerichtlichen Eid zu schwören. Daher wird ein Unmündiger nicht zu diesem Eide gelassen. Jedoch kann der Vormund, wenn er will, für seinen Mündel schwören, nämlich sofern er Kenntniß von dem streitigen Gegenstande hat. *Nam tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet,* sagt Paulus L. 27. D. de administrat. tutor. Es versteht sich aber, daß der schwörende Vormund nicht sein eigenes, sondern das Interesse seines Mündels, zum Maasstabe nimmt. Eben dieses gilt auch von andern Curatoren, wegen der übernommenen Pflicht, das Vermögen ihrer Pflegebefohlenen zu erhalten. Der Vormund darf also schwören, wird aber nicht dazu gezwungen. Die Mutter des Pupillen hingegen kann nicht für ihn schwören, wenn sie gleich dazu bereitwillig wäre. Ist sie aber nicht wenigstens alsdann zuzulassen, wenn sie Vormünderin ist? Voet⁹⁴⁾ läugnet dieses aus dem Grunde, damit sie nicht aus allzugroßer Liebe zu ihren Kindern einen Meineid zu begehen veranlaßt werden möge. Ihm stimmt auch Witschinger⁹⁵⁾ bey. Allein als Vormünderin hat die Mutter gleiche Rechte mit andern Vormündern, und kein Gesetz schließt sie in diesem Falle aus⁹⁶⁾. Ein Minderjähriger kann selbst schwören

94) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

95) Versuch einer neuen Theorie über das I. i. l. §. 75. S. 139. not. c.

96) S. Io. Balb. L. B. a WERNHER Select. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obl. 151. num. 325. 199. Io. Henr. BERGERI Resolution. Legg. obstant. h. t. Qu. I. de COCCEJI iur. civ. con-

schwören, sobald er mündig ist. Dies alles faßt folgende Stelle Ulpian's zusammen.

L. 4. pr. D. b. t. Videamus in tutelari causa, quis iurare et adversus quem possit? Et quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset iurare, Divi Fratres rescripserunt ⁹⁷⁾. Grave enim videbatur,

§ f 3

et

controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ulr. CRAMER* Diff. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 73. et 74. und besonders *Conr. Wilb. STRECKER* Diff. de iuramento in litem et inprimis, quod pro pupillo mater eius ad iurandum in litem etiam admittenda sit. *Erfordiae 1724.* §. 13.

97) Diese Stelle redet freylich ganz allgemein. Allein man bedenke den wahren Grund, warum die Mutter nach dieser Stelle nicht für ihr unmündiges Kind schwören sollte. Dieser war theils, weil sie nicht als *domina litis* betrachtet werden konnte, theils weil sie zu Ulpian's Zeiten auch noch von der Vormundschaft ihrer Kinder ausgeschlossen war. *L. 1. Cod. Quando mulier tutoris off. fungi.* Denn zu diesen Zeiten standen Frauenspersonen selbst noch unter einer perpetuirlichen Vormundschaft. *S. ULPIANI Fragm. Tit. XI. §. 24.* (benschULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 602.) Diese hörte erst in spätern Zeiten auf, und durch die Verordnungen der Kaiser *Valentinianus*, *Theodosius* und *Justinian* wurde ausnahmsweise einer Mutter erlaubt, die Vormundschaft über ihre Kinder zu führen. *L. 2. C. eodem. Nov. 94. und Nov. 118. cap. 5.* Daher sind die *L. 16. und L. ult. D. de tutelis* unstreitig von *Tribonian* interpolirt, wie *Ios. FINESTRES* in *Hermogeniano Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutorib.* §. 6. pag. 547. gegen *Bynkershöf* gezeigt hat. *WEHRN* in *Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi* §. 65. pag. 413. be,

et ignorantes, et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento, etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem iurare, rescriptis Imperatoris nostri et D. Patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo, vel adolescenti tutores vel curatores praestare volunt, auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi: non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelae ratio postuletur. Adolescens vero, si velit, iurare potest.

Nach der Analogie dieses Gesetzes kann auch der Vater für seine noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder das iuramentum in litem schwören, wenn die Sache das Peculium derselben betrifft. Denn verwaltet der Vater das Peculium der Kinder vermöge der väterlichen Gewalt, so kann er nach der Verordnung des Kaisers Constantin⁹⁸⁾ vor Gericht in eigenem Namen, und auf eine solche Art handeln, tanquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset. Wenn er es aber auch nur als gesetzlicher Curator verwaltet, so kann er wegen der ihm in dieser Eigenschaft obliegenden Pflicht, das Vermögen der
Kin

behauptet, daß heutzutage eine Mutter, auch wenn sie nicht Vormünderin ist, für ihre unmündige Kinder schwören könne, wenn sie mehr Kenntniß von dem streitigen Gegenstande hat, als der Vormund.

98) L. 1. Cod. de bonis matern. Man vergleiche auch L. 3. Cod. de bonis, quae liberis.

Kinder im Stande zu erhalten, so gut, wie jeder anderer Curator, in litem schwören⁹⁹⁾.

Daß dem Erben, so gut, wie seinem Erblasser, den er repräsentirt, das Recht der eidlischen Würderung zustehe, leidet keinen Zweifel. Geschehe die Beschädigung sogar erst nach angetretener Erbschaft, so tritt der Erbe im vollsten Sinn als dominus auf, und macht nun, als solcher, sein Würdungsrecht durch das iuramentum in litem geltend¹⁰⁰⁾.

Da übrigens der Würderungseid als eine Rechtsbegünstigung des Klägers anzusehen ist, so ist derselbe nicht schlechterdings verbunden, den Eid, wenn ihm der Richter solchen zuerkennt, zu schwören, sondern er kann auch die Schätzung des Schadens bloß dem richterlichen Ermessen überlassen, wenn gleich das Urtheil, wodurch dem Kläger der Eid ist auferlegt worden, schon in die Rechtskraft übergegangen wäre. Es müssen nur dem Richter in sol-

§ f 4

chem

99) S. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. et causarum damni praestandi §. 65. pag. 412. und BERGER Oeconom. iuris. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 6.

100) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 316. Mich. Godofr. WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 6. WEHRN a. a. O. S. 413. und WIRSCHINGER in dem angef. Versuche. §. 75. S. 140. Viele behaupten sogar, daß wenn der Erblasser den ihm vom Richter angetragenen Würderungseid vor seinem Tode schon angenommen hatte, derselbe für abgeleistet zu achten sey. GAIL Lib. I. Obs. 43. HAHN Observat. ad Wesenbec. h. t. nr. 4. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XVII. Th. 61. in fin. und MÜLLER ad Eundem not. g. Allein BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disputat. XXI. Th. 12. lit. E. verwirft diese Meinung mit Recht.

chem Falle noch andere Mittel zu Gebote stehen, um selbst schätzen zu können¹⁾). Folgende Gesetzstellen verdienen hier besonders bemerkt zu werden.

L. 71. D. de Rei vindicat. Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res fit, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.

L. 2. Cod. de in lit. iur. Is, qui rationem tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest: sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult.

Dieser ist nicht entgegen, wenn Paulus *L. 11. D. h. t.* sagt: De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere. Denn diese necessitas iuris geht eigentlich auf den Richter, der unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Eid erkannt hat, wie Sazber²⁾ und Vinnius³⁾ diese Stelle ganz richtig erklären. Nur in dem Falle würde der Kläger den Eid nicht ablehnen können, wenn der Richter zu schätzen auf keine Weise im Stande ist. Sazber sagt: *Uno tamen casu hoc iusiurandum in litem omnimodo praestandum est, nempe cum defertur, non tantum ex iuris, sed etiam ex facti necessitate,*
id

1) LEYSER *Meditat. ad Pand.* Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 4. PUFENDORF *Observat. iuris univ.* Tom. III. Obs. 124. WERNHER *lectiss. Commentat. ad Pand. h. t.* §. 4. und WEHRN *Doctr. cit.* §. 65. pag. 421.

2) *Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.*

3) *Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 45.*

id est, cum impossibile est, iudicem aliter, quam per actoris iusiurandum, aestimare rem, quae non extat.

§. 815.

Giebt es ein iuramentum in litem veritatis für den Fall geringer Versehen? Gegen wen hat der Würderungs Eid Statt?

Die gesetzliche Voraussetzung der Zulässigkeit des Würderungseides ist beharrlicher Ungehorsam, oder ein rechtlich erwiesener, wenigstens dafür anzunehmender dolus des Beklagten. Dem dolus ist bekanntermaßen eine culpa lata gleichzuachten ⁴⁾. Ob aber auch wegen einer culpa levis jene eidliche Würderung des Klägers Statt habe, ist streitig. Viele ⁵⁾ behaupten, hier trete das iuramentum in litem veritatis ein, wenn sonst kein anderes Beweismittel vorhanden ist. Allein wenn gleich auch in solchen Fällen, wo dem Beklagten weder ein actenkundiger Ungehorsam, noch sonst ein widerrechtlicher Vorsatz, oder eine demselben gleichzuschätzende culpa lata, als rechtlich erwiesen, zur Last fällt, sondern ein geringeres Versehen des Beklagten, als Veranlassungsgrund der verletzenden Handlung desselben, anzusehn ist, das Würderungsrecht des Klägers so gut, wie in jenen erstern, begründet ist; so ist doch, wegen verminderter Imputabilität des Beklagten,

§ f 5

ten,

4) L. 226. D. de Verb. Signif. Magna culpa dolus est.

5) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVII. Th. 68. MÜLLER ad Eundem. not. γ. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. de COCCEJI iur. civ. CONTROV. h. t. Qu. 6. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 484. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4535. Müller in dem Versuch über den Schätzungseid. §. 8. u. a. m.

ten, die Würdungsart hier ganz verschieden. Daß für diesen Fall der Würdungseid nicht Statt habe, sondern das Würdungsrecht des Klägers nur auf dem ordentlichen Wege der Beweisführung durch den Ausspruch des Richters reallirt werden könne, beweisen folgende Gesetze buchstäblich.

L. 2. §. 1. D. b. t. Interdum, quod interfit agentis, solum aestimatur, *veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur*: cum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

L. 4. §. 4. D. eodem. Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum, constat: sed aestimationem a iudice faciendam.

L. 5. §. 3. D. eodem. Sed in his omnibus *ob dolum solum* in litem iuratur, non etiam *ob culpam*: haec⁶⁾ enim iudex aestimat.

L. 2.

6) Ich muß hier bemerken, daß das *haec* dem großen holländischen Critiker Gerb. NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 291. ein Vorstoß gegen die Regeln der Grammatic zu seyn scheint. Schon die Sache erfordere, daß man ohne weiteres Bedenken *HANC sc. culpam* lesen müsse. Allein ihm entgieng hier, was er selbst an einem andern Ort Lib. I. Observation. c. 4. und in Tr. de Pactis et Transact. cap. 1. sehr gründlich erinnert hat, daß unter *culpa* und *dolus* im Styl der röm. Rechtsgelehrten sehr häufig *ea, quae culpa vel dolo fiunt*, verstanden werde. Io. Guil. MARCKART Interpretation. receptarum iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 20. §. 4. und Ger. ORLICHs in Diss. de vita, studiis, honoribus et scriptis Aelii Marciani ICI. Trajecti ad Rhen. 1754. Cap. IV. §. 5. haben diese Construction durch viele Stellen aus den röm. Klassikern und andern Fragmenten

L. 2. Cod. de in litem iur. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus beredis convincitur, OMISSA IURISIURANDI FACULTATE, iudex de veritate cognoscet: quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

Ueberall wird hier die Würdigung des Klägers durch seinen eigenen Eid der richterlichen Schätzung entgegen gestellt. Jenes Recht zu würdigen wird dem Kläger ausdrücklich nur unter der Bedingung zugesichert, wenn die erlittene Verletzung einen dolus, oder culpa lata, oder contumacia des Beklagten zum Grunde hat. Die letztere hingegen soll dann lediglich entscheiden, wenn der Schaden durch eine culpa im eigentlichen Sinn, so fern sie dem dolus entgegen gesetzt wird, das heißt, durch eine culpa levis des Beklagten verursacht worden ist. Soll also hier der Richter urtheilen, so ist damit zugleich ganz klar ausgesprochen, daß der gerichtliche gewöhnliche Gang zur Ausmittelung einzuschlagen sey. Bey so klaren Stellen der römischen Gesetze darf man nun auch die zur Unterstützung der gemeinen Meinung angeführten Gesetzstellen nicht sehr fürchten. Es sind folgende

L. 5. §. 4. D. b. t. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est; veluti; si promissor Stichus moram fecerit, et Stichus decesserit: quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat.

Hier

menten der röm. Rechtsgelehrten bestärkt, und somit die Wichtigkeit der Lesart vollkommen gerechtfertiget. Es ist nun also auch nicht nöthig, mit *Franc. DUARENUS* in *Comment. in hunc Tit. Pand. §. 35. Operum. pag. 222.* statt haec, hic zu lesen.

Hier ist von der *mora die* Rede. Daß diese durch jede, auch geringe *Culpa*, verursacht werden könne, ist ohne Beweis bekannt. Sollte diese aber auch hier gemeint seyn? Auf keine Weise. Daß auch hier ein widerrechtlicher *dolus* vorauszusetzen sey, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn unmittelbar vorher wird ja ausdrücklich gesagt, daß nur wegen eines *Dolus*, aber nicht wegen einer bloßen *Culpa*, der *Würderungseid* zulässig sey.

Die weiter angeführte *L. 1. §. 40. D. depositi* ist schon von mir an einem andern Orte (*S. 379.*) erläutert, und gezeigt worden, daß darin vom *Ergänzungseide* die Rede sey. Gesezt aber man wollte diese Stelle vom *Würderungseide* verstehen, so ist ja ohnehin bekannt, daß bey der *actio depositi* nur der *dolus* des *Depositars* in Betrachtung kommt. Dagegen verdient erwogen zu werden, daß selbst bey dem *Interdictio quod vi aut clam*, wo in der Regel nur auf das *Factum* der Besitzstörung gesehen, und bloß dessen Daseyn, ohne Rücksicht auf *dolus* oder *culpa*, beachtet wird, das sonst dabei zulässige *iuramentum in litem* für den Fall der Schätzung einer bloß *culpösen* Beschädigung ausdrücklich versagt wird. *Ulpian*, welcher *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam* sagt: *Sed, quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit: aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est; hält es für nöthig, gleich nachher §. 11. zu bemerken: Culpam quoque in hoc interdicto venire; quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.* Aus diesen Gründen eiferte schon der große *Cuias* ⁷⁾ gegen den *maximum errorem eorum*, wie er sich ausdrückt, *qui existimant, ob levem cul-*
cul-

7) *Recitar. Solemn. in Tit. Cod. de in litem iurando.*

culpam deferri iusiurandum in litem. In seine Fußstapfen traten Woodt⁸⁾, Duaren⁹⁾ und Anton Schulting¹⁰⁾, und unter den neuern Rechtsgelehrten darf ich einen unseres ersten Civilisten, einen Adolph Dieterich Weber¹¹⁾, nicht mit Stillschweigen übergehen, den ich mit Recht jenen Triumviris an die Seite setzen kann. Man ist auch in den erschienenen neuern Versuchen über diese Lehre¹²⁾ hler mit vollkommen einverstanden.

Hieraus erklärt sich nun auch, gegen wen der Würdigungseid zuzulassen sey? Er kann nur eigentlich gegen den erkannt werden, welcher sich der dolosen Handlung schuldig machte, wodurch die Verletzung des Klägers entstand¹³⁾. Gegen die Erben hat daher der Würdigungseid in der Regel nicht Statt, es wäre denn, daß schon bey Lebzeiten des Erblassers *lis contestata*, und folglich die Verschuldigung der dolosen Handlung gegen den Erblasser bereits

8) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 291.

9) Comm. ad h. Tit. Dig. n. 31. sqq. *Operum* pag. 221. sq.

10) Thef. controvers. Dec. XXXI. Th. 6.

11) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 347.

12) S. WIRSCHINGERS Versuch einer n. Th. über das iuram. in litem §. 59. u. 60. und DRUMMERS Theorie des Würdigungseides. §. 12.

13) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 14. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Tom. I. Exercit. XVII. Th. 62. not. *a* et *β*. Viele machen auch sogar in der Person der Eltern keine Ausnahme, und lassen diesen Eid selbst gegen den Landesherrn zu, weil die Gesetze keinen Unterschied machen. S. CRAMER Diss. de iuramento in litem affectionis et veritatis. §. 42 — 44. und M ü l l e r s Versuch über den Schätzungseid. §. 6.

reits vor Gericht gebracht worden ¹⁴⁾; oder daß sich der Erbe erst selbst der dolosen Verletzung schuldig gemacht hätte. Denn hier haftet er für seine eigene Handlung.

L. 5. Cod. h. t. Licet adversus heredes ob non factum inventarium iusiurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen datum, velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum, adversus eos ferre sententiam convenit.

Nach diesem Gesetz sollen zwar die Erben für den dolus ihres Erblassers haften, allein der Kläger muß hier seinen Schaden durch andere Beweise, als durch seinen Eid, darthun ¹⁵⁾.

L. 4. C. eod. Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium, caeteraque instrumenta si non proferat in litem, iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibet. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis: transferentibus vobis in heredes eius actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit, non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

Hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch überein ¹⁶⁾ Es ist noch zu bemerken, daß auch gegen den Bürgen wegen

14) *L. 20. D. de accusat.* S. DRUMMER in der angeführten Theorie §. 32. S. 81.

15) S. CUJACII Recitation. solemn. in Codicem ad Tit. de in litem iurando.

16) S. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obl. 88. BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. 25. §. 3. Not. 8.

gen des dolus desjenigen, für welchen er gut gesagt hat, das iuramentum in litem nicht Statt habe ¹⁷⁾. Hoc enim non debet imputari fideiussoribus, sagt Paulus L. 73. D. de fideiuss. quod ille propter suam poenam praestitit, pro quo fideiussit.

§. 816.

Voraussetzungen des iuramenti in litem affectionis.

Daß der Affectionswerth, wenn er auch nicht als das charakteristische Merkmal des Würdigungseides angenommen werden kann, doch von diesem Eide nicht auszuschließen sey, ist schon oben gezeigt worden. Hierin stimmen auch die meisten neuern Rechtsgelehrten überein ¹⁸⁾, obgleich freylich einige ¹⁹⁾ sich sehr nachdrücklich gegen die Zulaf

17) VOET. Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

18) S. Joh. Heint. Gottl. Herrmann Ueber den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt, und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. Leipzig 1798. S. 1. ff. Weber Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 347. SCHNEIDER Lehre vom rechtl. Beweise. §. 410. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtl. Beweises. 2. Th. 5. Abschn. §. 8. S. 113. und SCHOEMANS Lehre vom Schadenser satze. 2. B. S. 154.

19) S. Leonh. Gottl. Stiehler Noch etwas über den Werth der besondern Vorliebe zu gewissen Sachen, deren Ersatz rechtlich geklagt und geschätzt werden soll. In dem Archiv merkwürdiger Actenstücke. 2. Bändchen. S. 218. ff. und J. Nic. Fr. Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon und die großherzogl. Bad. bürgerl. Gesetzgebung. 3. Band (Karlsruhe 1810.) Bemerk. 70. S. 94. Unter den ältern

Zulässigkeit des Affectionswerthes beim Würdungsseide erklärt haben. Ich bleibe hier bloß bey dem Römischen Rechte stehen. Nach diesem läßt sich bey den oben angeführten deutlichen Stellen nicht mit Grund bezweifeln, daß der Beschädigte, welcher zum Schätzungseide gelassen wird, auch den Werth der besondern Vorliebe in die bloß seiner Willkühr überlassene Würdigung aufnehmen dürfe. Es wäre wenigstens der sonderbarste Zufall, daß nur beim iureiurando in licem, und nirgends, wo sonst von der Leistung des Interesse die Rede ist, das Object der zu bestimmenden Entschädigung in Ausdrücken bezeichnet wird, welche durch die ihnen eigne Bedeutung, man denke an das *iurare in infinitum*, in den schon oben angeführten Gesetzen, nothwendig auf etwas besonderes schließen lassen, was von dem sonst gewöhnlichen Entschädigungs-Princip abweicht. Es kommt nun aber noch auf folgende Fragen an.

1) Ist nicht durch die *L. un. Cod. de Sentent., quae pro eo, quod interest, proferuntur*, verboten worden, den Affectionswerth bey Bestimmung des Entschädigungs-Quantums zu berücksichtigen? Einige ²⁰⁾ wollen in dieser Verordnung wirklich ein solches Verbot entdeckt haben. Justinian sagt nämlich: *Sancimus, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus, et omnibus contractibus*

tern Rechtsgelehrten gehört hierher *Io. CORASIVS* Miscellaneor. Lib. VI. cap. I. et 2. den aber *THOMASIVS* in *Diss. de pretio affectionis* Cap. III. §. 6. schon widerlegt hat.

20) Unter den ältern Rechtsgelehrten verteidigte vorzüglich diese Meinung *Bartholus*. Unter den neuern *Hein. Lud. Car. EULER* in *Diss. sist. Observationes quasdam de eo quod interest, praef. Iul. Frid. MALBLANC def. Tubingae 1801. §. 19.*

ctibus hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur; ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat. Allein schon Hubert Giphart²¹⁾ hat sehr richtig bemerkt, daß diese Verordnung blos von dem Falle rede, wo der Richter das Interesse des Klägers durch seinen Ausspruch schätzt. Hier soll der Richter mit aller Genauigkeit, mit allen ihm zu Gebote stehenden Hülfsmitteln, den Anschlag des Klägers prüfen, und den wahren Betrag des Schadens ausmitteln. Nun wird ja aber von dem Falle, wo richterliche Schätzung eintritt, der Fall der eidlichen Würderung des Klägers ausdrücklich unterschieden, wie aus L. 2. §. 1. D. et L. 2. Cod. b. t. ganz klar erhellet. Es kann also jene Verordnung hierauf nicht bezogen werden, weil man sonst auch eben so gut behaupten könnte, es sey dadurch überhaupt der Würderungseid aufgehoben worden²²⁾. Mit Recht sagt

21) Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. VII. ad L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest. pag. 260.

22) Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das Preussische Landrecht überein, wo es Th. 1. Tit. 6. §. 94—97. heißt: Ist der Schade aus Vorsatz oder groben Versehen verursacht worden, so muß der Beschädigte auch zur eidlichen Bestärkung eines höhern Wertes, nach richterlichem Ermessen, zugelassen werden. Doch darf auch dieser höhere Wert den doppelten Betrag des von den Sachverständigen angegebenen mittlern Betrages nicht übersteigen.
 Glück's Erläut. d. Pand. 12. Th. G g Werth

sagt daher Franz Duaren ²³⁾, dem auch Eduard Caldera ²⁴⁾ beistimmt: *Quod si BARTOLO et eius sectatoribus assentiamur, fateri necesse est, actorem ad rem suam vendendam, si minus iusto pretio, at certe duplo iusti pretii compelli posse, Quod quidem iniquum esse, supra testati sumus. Hinc apparet, IUSTINIANI constitutionem ad hunc casum non pertinere.* Und Augustin Strauch ²⁵⁾ giebt die Regel: *Quotiescunque interesse provenit ex dolo adversarii, aequum est, aestimationem eius duplum excedere posse, ne alioquin contra iuris regulam ex delicto meliorem causam suam fecisse dicatur* ²⁶⁾.

2) Welches sind die Bedingungen der Würderung nach dem Werth der besondern Vorliebe?

a) Der Beschädigte muß Eigenthümer der Sache seyn.

b) Der

Werths niemals übersteigen. Ist aber von dem Werthe der besondern Vorliebe die Rede, so findet dergleichen Rücksicht auf das Verhältniß zwischen dem von den Sachverständigen bestimmten, und dem von dem Beschädigten angegebenen Werthe keine Statt. Vielmehr muß alsdann das richterliche Ermessen den von dem Beschädigten eidlich zu erhaltenden Werth nur nach der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, festsetzen und ermäßigen.

23) Commentar. ad h. Tit. Dig. num. 28. Oper. pag. 221.

24) Variar. Lection. Lib. IV. Cap. I. nr. 19. (in Ger. MEERMANI Thes. iuris civ. et can. Tom. III. pag. 648.)

25) Diff. ad L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interprofer. §. 39. (Vitemb. 1659.) Man vergleiche auch WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praest. §. 65. p. 424.

26) L. 134. §. 1. D. de div. regul. iuris.

b) Der Gegenstand muß an sich eine Sache von Werth, und von der Art seyn, daß sie eine Schätzung nach Affection zuläßt, sie mag eine lebendige oder leblose Sache seyn. Auch fungible Sachen, wenn man sie auch gleich insgemein von dieser Classe der Sachen auszuschließen pflegt ²⁷⁾, können zuweilen ein Gegenstand des Affectionseides seyn, insofern man nämlich nicht gerade verzehrbare Sachen darunter versteht, sondern solche Sachen, welche zwar sonst durch andere von derselben Art ersetzt werden können, allein die der Eigenthümer unter solchen Umständen besaß, daß er ihnen nach seiner Zuneigung einen mehr, als gewöhnlichen Werth, mit Grund beylegen konnte. Denn auch Perlen, Corallen, Edelgesteine können, sofern sie vertretbare Sachen sind, zu den fungiblen gerechnet werden ²⁸⁾.

c) Die Affection des Klägers muß auf einem vernünftigen Grunde beruhen, welches der Richter aus der besondern Beschaffenheit der Umstände und Verhältnisse, worauf der Beschädigte diese Vorliebe gründet, beurtheilen muß. Dahin gehört z. B. außerordentliche Seltenheit einer Sache, vorzügliche Achtung der Person, von der die Sache herrührt, u. d. Eine blos wollüstige Zuneigung kann keinen solchen Affectionswerth begründen, weshalb der Richter auf den Eid erkennen dürfte. In dieser Hinsicht sagt Ulpian L. 4. §. 2. D. h. t. mit Recht: *In arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum, nec ne, constat.*

§ 2

d) Die

27) S. Christ. THOMASII Diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente. Halae 1701.

28) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 778.

d) Die Verletzung des Klägers muß durch Ungehorsam des Beklagten in Herausgabe der Sache oder sonst durch eine dolose Handlung des Beklagten verursacht worden seyn ²⁹⁾. Ulpian L. 1. und Marcellus L. 8. D. h. t. reden ausdrücklich nur von einer *contumacia non restituentis*, wenn sie dem Kläger das Recht gestatten, die ihm vorenthaltene Sache bloß nach seiner Willkür *ultra rei pretium* zu würdern. Daß aber auch der *Dolus*, wodurch sich der Beklagte außer Stand gesetzt hat, die Sache zu restituiren, den Kläger berechtige, *sine ulla taxatione in infinitum* zu schwören, lehrt ebenfalls Ulpian L. 68. D. *de rei vindicat* ³⁰⁾. Endlich

e) muß auch dem Richter schon bewiesen seyn, was denn eigentlich dem Kläger restituirt werden müsse.

§. 817.

29) *C. Ed. CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. Cap. I. nr. 20.* bey MEERMAN Tom. III. pag. 648. und *Ge. FRANTZKIUS Commentar. in Dig. h. t. nr. 16.*

30) Diese Grundsätze bestätigt auch das Preussische Landrecht 1. Th. 6. Tit. §. 87. wo es heißt: „Für den Werth der besondern Vorliebe haftet der Beschädiger nur alsdann, wenn die Beschädigung vorsätzlich zugefügt worden ist.“ Wir haben hier zugleich einen wichtigen Beweis für den heutigen Gebrauch des *iuramenti in litem affectionis*, welchen einige mit MÜLLER in *Observat. pract. ad Leyserum* Tom. II. Fasc. 1. Obs. 331. ohne Grund bezweifeln. Man sehe vielmehr Nettelbladt's Versuch einer Anleitung zur pract. Rechtsgelehrtheit §. 398. Claprot's bürgerl. Proceß 2. Th. §. 444. und THIBAUT *Syst. des P. R. 3 B. §. 1166. a. E.*

§. 817.

Ueber die Bestimmung der Gränzen des Würdungsrechts nach Affection. Was heißt *in infinitum iurare*? Was *in immensum*?

Scheinbarer Widerspruch zwischen *L. 68. D. de Rei vindic.*
und *L. 4. §. 2. D. b. t.*

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß bey der Bestimmung des Affectionswerthes keine gewisse Taxe Statt haben könne. In dieser Hinsicht sagt Ulpian ³¹⁾ ganz recht, daß es hier dem Kläger erlaubt sey, *in infinitum* zu schwören, und zwar sogar *sine ulla taxatione* ³²⁾, weil hier, wie auch Marcellus ³³⁾ bemerkt, die Schätzung einzig der Willkühr des Klägers überlassen werden muß. Gleichwohl lehrt Ulpian ³⁴⁾: *Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari*; der Richter könne daher *modum iuriurando statuere, ut intra certam quantitatem iuretur, ne, arrepta occasione, in immensum iuretur* ³⁵⁾. Sollten denn diese Stellen nicht in einem offensbaren Widerspruche stehen? Die Bestimmung des Werthes soll dem arbitrio actoris, und doch auch dem arbitrio iudicis überlassen seyn; soll taxatione iudicis, und auch sine ulla taxatione geschehen; der Kläger soll nicht in immensum, aber er soll doch in infinitum schwören dürfen! Die Ausleger haben hierbey viel Schwierigkeiten gefunden. Die Glosse resolvirt den Widerspruch so, das Gesetz bestimme dem Kläger keine Taxe, sondern er-

§ 3

laube

31) *L. 4. §. 2. D. b. t.*

32) *L. 68. D. de Rei vindicat.*

33) *L. 8. D. b. t.*

34) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

35) *L. 4. §. 2. D. b. t.*

laube ihm so hoch zu schwören, als er wolle; das heiße *sine ulla taxatione in infinitum iurare*, wovon L. 68. D. de Rei vind. spreche. Allein der Richter könne eine gar zu übertriebene Schätzung durch Festsetzung einer gewissen Summe, das *iurare in immensum*, beschränken. Anton Faber ³⁶⁾ hält hingegen die ganze L. 68. für einen Tribonianismus; er meint, man müsse sie als eine *imperatoria constitutio* ansehen, in cuius interpretatione quaerendum sit, non quid ratio iuris suggerat, sed quid legislatoris voluntas constituat. Das Resultat seiner Erklärung geht nun dahin: Non puto dubitandum, quin ita ius constitutum videri debeat, ut nullus taxationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur, qui rem petitori adiudicatam dolo desit possidere. Also die Entscheidung der L. 68. beschränke sich blos auf den Fall, wenn sich der Beklagte des Besitzes der Sache boshaft entäußert hat, zu dessen Herausgabe er war verurtheilt worden. Hier finde keine richterliche Ermäßigung Statt. Ulrich Zuber ³⁷⁾ trägt zwar Bedenken, die ganze Stelle für ein Emblem zu halten; allein die Worte *sine ulla taxatione* scheinen ihm wenigstens ein unächter Zusatz zu seyn, welchen er einer durch Unwissenheit in den Text aufgenommenen Randglosse zuschreibe. Allein mit Recht hat schon Wilhelm Masius ³⁸⁾ bemerkt, daß durch die

L. 68.

36) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 17. pag. 580.

37) Eunom. Rom. Lib. VI. ad L. 68. D. de Rei vind. §. 9. pag. 315. et Lib. XII. ad L. 4. et 5. D. de in lit. iur. p. 496.

38) Tr. de rei debitae aestimatione (Lovanii 1653. 4.) P. II. Cap. XVI. n. 6. et 7. pag. 95.

L. 68. die richterliche Taxation nicht ausgeschlossen werde. Quare magis est, sagt er, ut dicamus, id, quod ULPIANUS ait: *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, dammandum esse*; ita esse accipiendum, ut idem contineat, quod L. 4. D. de in lit. iur. fuit responsum, licere scilicet in infinitum iurare; et cum ita iuratum fuerit, absque eo, quod iudex in deferendo huiusmodi iuramento taxationem adjecerit, debere iudicem iuramentum huiusmodi, quod in infinitum sine ulla taxatione factum fuit, in condemnatione sequi, nec debere minoris condemnare. Itaque ULPIANI sententia non in eo versatur, ut praescriberet modum iurandi, sed definiret, condemnationem debere esse conformem iuramento.

Auch Leyser ³⁹⁾ meint, daß die angeführten Stellen wohl zu vereinigen wären. Die L. 68. sey freylich an sich mangelhaft, sie erhalte aber durch die L. 2. §. 4. D. b. i. ihren richtigen Sinn, und müsse daraus ergänzt werden. Der in den Gesetzen vorkommende Ausdruck: *in infinitum*, habe nicht die Bedeutung von etwas Gränzenlosen, dies heiße *immensum*, sondern er bezeichne nach dem Sinne jener Gesetze ein Etwas, dessen Größe in keinem Gesetz bestimmt werden kann. Nach der L. 68. sey es nun zwar dem Kläger erlaubt, wider denjenigen, welcher sich des Besizes der Sache, zu deren Herausgabe er war verurtheilt worden, arglistig entäußert hat, in *in infinitum*, d. i. ohne bestimmte Schranken der Schätzung, in litem zu schwören; allein der Richter könne nach L. 4. b. i.

§ 4

dem

39) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 3.

dem Schwörenden nach seinem billigen Ermessen ein gewisses Ziel setzen, und das zu beschwörende Quantum moderiren; und wenn er von dem Gegenstande der Schätzung keinen ausreichenden Aufschluß in den Acten findet; so müsse er deshalb eine Beaugenscheinigung der Sache anstellen, und bey der Ermäßigung Sachverständige zu Rathe ziehen.

Aller Widerspruch fällt weg, wenn man mit DRUMMER ⁴⁰⁾ die Grenzen der Concurrency zweyer Functionen, der des Richters, und der des Klägers unterscheidet. Dem Kläger steht es zwar frey, die Sache nach seiner Neigung, in infinitum ⁴¹⁾ das ist, so hoch zu schätzen, als er will; und solange diese Würdigung einer humanen Affectio entspricht, muß es der Richter dabey lassen, und den Beklagten zu dem verurtheilen, was der Kläger auch ohne richterliche Taxation bloß durch seinen Eid erhärtet hat, wie L. 68. sagt ⁴²⁾. Allein sollte der Kläger seine Forderung übertreiben, und die Gränzen einer humanen Affectio dergestalt überschreiten, daß seine Schätzung nach allen Erfahrungssätzen schlechterdings nicht gerechtfertiget werden kann; so steht es dem Richter zu, ein Maximum, d. i. jenen letzten Grad des Preises zu fixiren, jenseits dessen

40) Theorie des Würdigungseides. §. 17.

41) Die Worte *in infinitum* deuten bloß auf etwas Unbestimmtes hin, dessen Uebertreibung durch richterliche Moderation in die Schranken einer vernünftigen Schätzung zurückgeführt wird. Fr. DUARENUS in Commentar. ad h. Tit. nr. 27. hat dies aus vielen Stellen erwiesen. S. auch BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Infinitus*.

42) Vergl. Ed. CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. I. nr. 19.

dessen die Schätzung des Klägers in Ungerechtigkeit ausarten würde. Daher sagt Ulpian *L. 4. §. 2. D. h. t. Arbitrio bonae fidei iudicis hoc congruit, taxationem iuriiurando adjicere, ne, arrepta occasione, in immensum iuretur*; oder wie er sich an einem andern Orte ⁴³⁾ ausdrückt: *Officio iudicis debet taxatione iusiurandum refrenari* ⁴⁴⁾.

§. 318.

Das iuramentum in litem veritatis ist keine Art von Erfüllungseide. Unterschied vom iuramento quantitatis.

Sobiel hiernächst das iuramentum in litem veritatis anbetrifft, so will Zellfeld dasselbe für nichts anders, als eine Gattung des Erfüllungseides halten, welches alsdann Statt finde, wenn zwar die Forderung des Klägers an sich unbestritten, allein die Größe derselben nicht genau zu erweisen ist. Allein man darf nur die von ihm angeführten Gesetzstellen ⁴⁵⁾ vergleichen, so wird man sich überzeugen, daß darin von dem iuramento in litem gar nicht die Rede sey. Offenbar wird hier das iuramentum quantitatis mit dem Würderungseide verwechselt. Denn jenes ist eine Art des Erfüllungseides, mittelst dessen der Gläubiger, wenn derselben Forderung von dem Schuldner entweder an sich nicht geläugnet wird, oder schon sonst hinlänglich bewiesen ist, und nur über die Größe derselben ein Streit obwaltet, zur eidlichen Erhärtung der letztern gelaß

43) *L. 18. pr. D. de dolo malo.*

44) *S. diesen Commentar Th. 8. §. 586. S. 209. Not. 17.*

45) *L. 1. §. 40. D. depositi. Cap. 32. X. de iureiur.*

gelassen wird ⁴⁶⁾. Es erhellet dies nicht nur aus den Worten der *L. 1. §. 40. D. depositi: Salvo eo, ut si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur*; sondern es ist noch deutlicher aus dem *cap. 32. X. de iureiur.* zu ersehen, wo es heißt: *Ex litteris vestris accepimus, quod super causa usurarum vobis pro G. contra E. ab apostolica sede commissa, non potuit per testes, ab ipsius G. parte productos, de sortis quantitate liquere, licet de obligatione pignoris constitisset: unde expedire videtis, quod exigatur de dicenda veritate a partibus iuramentum, cum ex fama quasi notorium, praefatum E. ex quadam terra ipsius G. sibi titulo pignoris obligata, sortem et amplius percepisse. Ne igitur ex huiusmodi iuramenti defectu iustitia, occulta veritate, succumbat; mandamus, quatenus (si est ita) partes ad praestandum huiusmodi iuramentum per censur. eccles. remota appellatione cogatis.* Dieser Eid setzt also voraus,

1) daß die Forderung des Klägers an sich ihre Richtigkeit habe, und nur blos über die Größe oder die eigentliche Summe der Forderung gestritten werde. Wäre also die Forderung selbst noch zweifelhaft, so kann der Gläubiger nicht zu diesem Eide gelassen werden, sondern er muß seine Forderung sowohl an sich, als deren Größe gehörig beweisen.

2) Daß

46) Von diesem Eide handeln Struben in den rechtlichen Bedenken 1. Th. Bed. 35. von Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. Th. Bem. 30. und Theod. Hagemann in den practischen Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band 4. Erdt.

2) Daß es an andern Beweisen fehle, um die Größe der Schuld mit Zuverlässigkeit darzuthun.

3) Daß der Mangel der nöthigen Beweise nicht dem eigenen Verschulden des Gläubigers bezumessen sey.

4) Die angegebene Summe an sich nicht unwahrscheinlich sey, vielmehr alle Umstände und Muthmasungen dem Kläger in Ansehung der angegebenen Größe seiner Forderung bestimmen; und endlich

5) daß der Gläubiger von unbescholtenem Character sey, wider welchen kein Verdacht wegen eines etwa zu begiehenden Meineides streitet. Dieser Eid hat auch gegen die Erben des Schuldners Statt. Denn er ist nicht, wie der Würderungseid, als eine poena doli anzusehen, sondern gründet sich in der Billigkeit, damit nicht der Kläger wegen bloßen Mangels sonst gewöhnlicher Beweismittel seine an sich unbestrittene Forderung verliere.

§. 819.

Iuramentum Zenonianum. Teutscher Minderungseid.

Noch ist von einer besondern Eidesart zu handeln übrig, welche von ihrem Urheber, dem Kaiser Zeno, der Zenonische Eid genennt, und von demjenigen, der durch Gewaltthätigkeit des Andern einen Schaden an seinen Sachen erlitten hat, geleistet wird⁴⁷⁾. Ueber die Natur dieses Eides sind eben

47) Von diesem Eide haben vorzüglich gehandelt *Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVIII. Err. 8. Balibaf. STEUDNER in Diss. de sacramento Zenoniano. Altorfi 1682. Casp. Henr. HORN Diss. de eod. argum. Vitemb. 1701.* und besonders *Tob. Jac. REINHARTH in select. Observation. ad Christi-*

ebenfalls die Rechtsgelehrten getheilter Meinung. Einige ⁴⁸⁾ halten den Zenonianischen Eid für eine bloße Art des Schätzungseides, und finden den Unterschied lediglich in einer gewaltsamen Ablation. Andere ⁴⁹⁾ sehen ihn als eine von dem Würderungseide ganz verschiedene und besondere Eidesart an. Noch andere ⁵⁰⁾ behandeln diesen Eid zwar als eine Unterart des Schätzungseides der Wahrheit, bemerken aber doch, daß in dem Wesen des Zenonianischen Eides selbst zwey Eide verborgen lägen, der eine bezwecke nämlich die Größe und Anzahl der verlohrenen Sachen; der andere hingegen den Grad oder das Maas der Schätzung. Dagegen behaupten andere ⁵¹⁾, daß dieser Eid kein bloßes iuramentum veritatis sey, sondern auch auf das *lucrum cessans* und *pretium affectionis* gerichtet werden könne. Endlich glaubt Wirsching ⁵²⁾, daß der Zenonianische Eid

Eid

naei Decision. Vol. I. Obl. 59. und Ferd. Gottb. FLECK in Diff. II. de remedio spoli. Lipsiae 1797.

48) DORN in Diff. de iureiur. in litem, pretii adfect. figmento liberato. §. 60. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXI.VI. medit. 7. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 73. p. 286. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1166.

49) STEUDNER cit. Diff. HORN cit. Diff. REINHARTH ad *Christinaeum* c. I. pag. 152. Ant. FABER c. I. und Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571. Fried. Carl von SAVIGNY Recht des Besizes §. 40. C. 448. und DRUMMER Theorie des Würderungseides. §. 33.

50) Müller im Versuch über den Schätzungseid §. 14. u. 15. und WERNHER in lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

51) WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praest. §. 65. not. 3. pag. 409.

52) Versuch einer n. Theorie über das I. in lit. §. 84.

Eid gar nicht als besondere Eideseart bestehe, sondern mit dem iuramento in litem eins sey, überdies aber durch die spätern Bestimmungen Justinians in seiner neuern Verordnung⁵³⁾ nunmehr den Anstrich einer bereits antiquarischen Modification gewonnen habe. Alles kommt auf das Grundgesetz des Zenonianischen Eidschwurs⁵⁴⁾ selbst an, welches wörtlich also lautet:

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta, pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare, et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

Fast unverändert ist diese Constitution auch in das Canonische Recht⁵⁵⁾ aufgenommen worden, welches sich auf folgende Art ausdrückt:

Super

53) *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod int. profer.*

54) *L. 9. Cod. Unde vi.* Einige Rechtsgelehrten, z. B. *LBYSER c. 1.* und *Müller a. a. D. §. 14.* glauben, dieser Eid habe seine Existenz schon lange vor dem Kr. Zeno gehabt, und durch denselben nur deutlichere Bestimmungen erhalten. Sie berufen sich deshalb auf *L. 18. pr. D. de dolo malo* und *L. 15. §. 9. D. Quod vi aut clam.* Allein man findet diese Meinung ausführlich widerlegt in *REINHARTHS Observat. select. ad Christianaeum Vol. I. Obs. 59.* Der Irrthum liegt darin, daß sie den Zenonianischen Eid für ein bloßes iuramentum in litem gehalten haben, welches er doch nicht ist.

55) *Cap. fin. X. de his, quae vi metusve causa.*

Super eo, quod adversarius vester se cōquerebatur a vobis per violentiam spoliatum, arbitramini contra vos iniuste processum, cum non nisi proprio iuramento probaverit singula, quae amisit. Verum postquam de violentia per testes, et de amissis rebus per ipsius constiterit sacramentum: potuit iudex taxatione ab ipso facta, pro personarum ac negotii qualitate, vos in aestimatione rerum amissarum, iuramento adversarii declarata, rationabiliter condemnare.

Prüfen wir nach diesen gesetzlichen Verordnungen den Zenonianischen Eid näher, so wird es nicht schwer seyn, Eigenheiten zu entdecken, welche diesen Eid als eine besondere, von dem iuramento in litem ganz verschiedene Eidesart, darstellen. Er setzt nämlich

1) auf Seiten des Klägers einen durch die gewaltsame Handlung des Beklagten erlittenen Verlust voraus. Diese Gewaltthätigkeit muß zuvor von dem Kläger gehörig erwiesen werden, wenn dieselbe nicht etwa durch das eigene Geständniß des Beklagten außer Zweifel gesetzt ist. Der Eid selbst kann darauf nicht gerichtet werden. Das Gesetz sagt ausdrücklich: *Si quando vis in iudicio fuerit patefacta*. Den Würderungseid hingegen kann ein jeder erwiesener dolus, ja schon eine culpa lata des Beklagten begründen.

2) Der Kläger muß die einzelnen Gegenstände seines Verlustes nicht zu erweisen im Stande seyn. Das Gesetz sagt: *Si non potuerit, qui vim sustinuit, singula, quae perdidit, comprobare*. Kann also der Verlust auf andere Art erwiesen werden, so wird der Kläger zu diesem Eide nicht

ge

gelassen ⁵⁶⁾. Der Zenonianische Eid characterisirt sich demnach als ein bloß subsidiarisches Beweismittel. Dahingegen hat der Würderungseid Statt, wenn auch der Werth des streitigen Gegenstandes auf andere Art erwiesen werden könnte.

3) Der Zenonianische Eid dient nicht bloß zur Ausmittlung des Werths der verlohrenen Sachen, sondern entscheidet auch über den Verlust selbst. Diese Eigenschaft, welche in den Worten des *cap. fin. X. de his, quae vi metusve causa*: *Postquam de violentia per testes, et de amissis rebus per ipsius constiterit sacramentum*, potuit iudex, taxatione ab ipso facta, — *vos in aestimatione rerum amissarum, iuramento adversarii declarata*; condemnare, so deutlich ausgedrückt wird, zeichnet den Zenonianischen Eid, als eigene Eidesart, wesentlich aus, und unterscheidet ihn unverkennbar von dem iuramento in litem, welches bloß den Werth der geforderten Sache betrifft, alles andere aber, als bewiesen, voraussetzt ⁵⁷⁾. Dieses wahre Verhältniß der Sache klärt Anton Faber ⁵⁸⁾ sehr richtig auf, wenn er sagt: *Non tractat L. 9. C. unde vi de iureiurando, quod interponatur ad aestimandam rem debitam, sed ad probandam quantitatem rerum per vim subtractarum: quod aliud iurisiurandi genus est, veteribus Iureconsultis incognitum, et ea primum Constitutione introductum. Antea enim probandum erat per testes, quid quantumque*
sub-

56) C. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 93.

57) C. von Savigny Recht des Besizes §. 40. C. 448.

58) Conjectur. iuris civ. Lib. XVI. cap. 13. pag. 571.

subtractum fuisset, quamvis eo probato, quanti res furtiva tempore furti valuisset, ex ipsius actoris iure iurando aestimaretur. *L. 9. D. de in lit. iur.* Hodie vero ipsa etiam rerum subtractarum et amissarum quantitas per iusiurandum probari potest: hoc tamen ex iure veteri retento, ut probatione quantitatis sic facta, possit aestimatio probari per iusiurandum, quemadmodum et si species debita post moram perempta proponeretur. Nec tamen duplex iusiurandum hoc casu interponendum est, unum ad probandam quantitatem et qualitatem rerum subtractarum, alterum ad probandam earum aestimationem: sed placet unum sufficere, adeoque temperandum et refrenandum per iudicem ab initio taxata quantitate, ad quam usque iurare concedatur: quia facile alioquin res abiret in infinitum, si actori pro arbitrio et ex adfectione permetteretur iurare non solum de rerum debitarum aestimatione, sed etiam de ipsarum quantitate. Eben diesen Unterschied zwischen dem Zenonianischen und dem alten Würdungselde zeichnet auch besonders Hugo Donellus⁵⁹⁾ aus, wenn er sagt: Nam si is, qui deiectus est, quaedam in ea vi sibi erepta, aut amissa, aut corrupta esse dicat, et damnum ad certam summam aestimet; placet huic iuranti credi non solum de aestimatione earum rerum, quas prius fuisse, ac per vim amissas esse constabit, sed etiam de ipsis rebus, numero et conditione earum, quamvis aut non doceat, se prius habuisse, aut cum haberet, per eam causam amisisse. — Iusiurandum autem in litem de aestimatione scilicet rei petitae, quam rem prius praestari

59) Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 6.

stari debere constat, solum veteribus cognitum, prius introductum est constitutione Zenonis adversus eum, qui vi aliquem de possessione deiecit. Und Reinhardt ⁶⁰⁾ zieht hieraus die ganz richtige Folge: Quod pinguius sit hoc nostrum illo in litem iureiurando, quippe in hoc posteriori pretium, sive aestimatio tantum rei per vim ablatae sive extortae, vel alia ratione extinctae, non item ipsa eiusdem damni existentia respicitur, atque, ut de re ipsa aliunde iam constat, praesupponitur. Diese wichtige und wesentliche Differenz ist in den neuern Versuchen, besonders von Drummer, ganz übersehen worden.

4) Der Richter muß hier immer den Betrag des Schadens nach der Beschaffenheit der Personen und des Vorfalles taxiren, und ein Maximum bestimmen, welches der Kläger nicht überschreiten darf ⁶¹⁾. Der Eid der Würdigung aber kann auch zuweilen nach L. 68. D. de rei vind. ohne vorgängige richterliche Taxation geschworen werden. Ueberhaupt war hier die Schätzung mehr dem Gut-

H h 2

dünken

60) Observat. select. ad *Christinaei* Decis. Vol. I. Obs. 59. nr. 13.

61) Die Formel der Sentenz, wenn auf den Zenonianischen Eid erkannt wird, lautet inßgemein also: Daß die angegebenen Schäden auf 150. Rthlr. zu moderiren, immaffen wir sie auf so hoch ermäßigen. Würde nun Kläger vermittelst Eides erhärten, daß die angegebenen Schäden ihm wirklich zugefügt worden, und unter obige moderirte Summe sich nicht belaufen; so ist Beklagter solche Summe dem Kläger zu erstatten schuldig. S. BERGERI *Electa Disceptat. forens. Tit. 31. Obs. 3.* und REINHARTH *Observat. select. ad Christinaeum* Vol. I. Obs. 59. nr. 27. p. 153.

dünken des Klägers überlassen, und diese Ungebundenheit des Klägers in der Würderung characterisirte vorzüglich das Wesen des Würderungseides. Es leidet übrigens

5) keinen Zweifel, daß der Kläger bey dem Zenonianischen Eide das volle Interesse, und mithin auch das *lucrum cessans*, in Anschlag bringen könne, insofern es eine unmittelbare Folge des positiven Schadens ist. Es hat auch der Zenonianische Eid das mit dem Würderungseide gemein, daß die Eidesdelation vom Richter geschieht, also dieser Eid ebenfalls zu den nothwendigen Eiden gehört, und eben so ist in beyden Eiden das schwörende Subject der Kläger.

Von ganz entgegengesetzter Art ist hingegen der, blos in Sächsischen Rechten gegründete, sogenannte Minderungs Eid (*iuramentum minorationis*)⁶²⁾. Zu diesem wird der Beklagte zugelassen, welcher den Schaden gestiftet hat. Der Kläger schätzt hier den gewaltsam erlittenen Schaden ohne Eid, und verlangt von dem Beklagten, daß derselbe die angegebene Summe bezahle, oder solche durch seinen Eid verringere. Der Richter muß aber auch auf diesen Eid erkennen⁶³⁾. Schilter⁶⁴⁾ leitet den Ursprung desselben aus den alten deutschen Sitten her. Es wird aber jedem von selbst einleuchten, daß dieser Eid seiner Natur nach nie allgemein werden, oder bleiben konnte.

62) S. Christ. Iust. WIEDEBURG Diss. de iuramento minorationis. Ienae 1757.

63) S. Delgens Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 282. S. 436. f.

64) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIII. §. 62. sqq.

konnte. Denn es ist fast nur eine Stimme, daß der Minderungs Eid auf keine Weise sich rechtfertigen lasse, ohne mit der Vernunft und Gerechtigkeit in Widerspruch zu gerathen ⁶⁵). Er ist daher auch in den neuern Sächsischen Prozeßordnungen ausdrücklich aufgehoben ⁶⁶), und statt desselben der weit vernünftigeren Zenonianische Eid eingeführt worden ⁶⁷).

Für eine Art des iuramenti in litem hält man gewöhnlich auch das *iuramentum expensarum*, wodurch der gewinnende Theil bey einem Rechtsstreite das Quantum seiner aufgewandten außergerichtlichen Kosten in dem Falle bekräftiget, da er dieselben durch Quittungen, oder auf andere Art nicht beweisen kann ⁶⁸). Justinian gedenkt dieses Eides L. 13. §. 6. *Cod. de iudic.*, wo er sagt:

Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa: omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit.

Allein

65) S. von Glöbig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit 5. Abschn. §. 8. S. 114. f.

66) S. Müllers Versuch über den Schätzungseid §. 17. S. 72. und Delke a. a. D. Not. e. S. 439.

67) Man läßt diesen Eid auch bey ungerechten Pfändungen zu, welche die Natur eines Spoliums haben. S. GAIL de Pignorat. Obs. 18. und LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 8.

68) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. num. 384. und Müller über den Schätzungseid §. 20.

Allein dieser Eid qualificirt sich vielmehr zum iuramento suppletorio quantitatis⁶⁹⁾, und ist überhaupt nicht sehr gebräuchlich, indem der Richter gewöhnlich die ihm übergebene Liquidation der Kosten nach der Billigkeit ermäßiget⁷⁰⁾.

69) Martins Lehrbuch des bürg. Processus §. 221. Not. n.

70) C. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXLVI. medit. 6.

Verbesserungen und Zusätze.

§. 56. Ueber die L. 16. Cod. Si certum petatur. hole hier noch die Erklärung Püttmanns in Var. iuris civ. Capitib. (Lipsiae 1766.) Cap. 5. nach. Dieser läugnet, daß es den Praesidibus provinciae nach diesem Gesetz verboten gewesen sey, Geld zu borgen. Sie hätten zwar kein Darlehn geben, wohl aber aufnehmen können. Dies beweise sowohl die L. 34. D. de reb. credit. als das Zeugniß des Harmenopulus in Promtuar. iur. civ. Lib. III. Tit. 5. §. 2. wo er sagt: 'Οι ἄρχοντες, ἐν ταῖς ἐπικρατείαις, αἷς ἀρχῶσι, κωλύονται δανείζειν, καὶ τοπιζειν, καὶ πραγματεύεσθαι: αὐτοὶ δὲ μᾶλλον ἐπὶ τῷ νόμῳ παρ' ἑτέρον δανείζονται: οἱ δὲ εἰς τὰς ὑπ' αὐτὰς τάξεις καὶ δανείζονται καὶ τοκίζονται. i. e. Praesides in iis, quas regunt, provinciis, mutuam dare pecuniam, foenus exercere, et negotiari prohibentur, sed ipsi potius ab aliis foenebrem sumunt pecuniam. Qui vero his subsunt magistratus, et mutuam et foenebrem dare nihil prohibentur. Der Grund, warum die Präsiden der Provinzen keine Gelder ausleihen durften, sey der gewesen, damit sie nicht unter dem Vorwande geliehenen Geldes improba lucra von den Provinzialen erpressen möchten. Dieser Grund fiel weg, wenn sie selbst Gelder aufnahmen, weil sie dadurch nicht andere, sondern sich selbst verbindlich machten. Dies sey durch

- die *L. 16. C. Si certum petatur* nicht abgeändert worden. Denn die Worte: *Si in provincia fuerit versatus*, giengen nicht auf den iudex, sondern auf den Darleiher, und wären so zu erklären: *Si, qui iudici foenebrem pecuniam mutuaverit, in provincia fuerit versatus quasi emtor legum atque provinciae, i. e. ut, obligato sibi Praeside, per eum leges, iura, atque provinciam nundinetur.*
- §. 107. Not. 56. sind noch hinzuzufügen der Gebr. Dörbke's Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band. Meidit. 273.
- §. 248. §. 14. ist statt erhält, enthält zu lesen.
- §. 354. Not. 39. §. 5. muß statt quae quei und
— — — — §. 6. statt de iuraverit deiuraverit gelesen werden.
- §. 360. Not. 64. ist hinzuzufügen §. 50.
— — Not. 65. ließ statt doctor, *Doctrina.*
— — Not. 67. statt § 18. 118.
- §. 362. Not. 75. statt LINGENBROG I. LINDENBROG.
- §. 363. Not. 78. ist noch hinzuzufügen *Ge. Henr. AYRERI Progr. de fiscalibus calumniis iudicisque circa illas eiurandas arbitrio. Goett. 1747.*
- §. 368. §. 2. ist statt nach noch zu lesen.
- §. 375. §. 17. vergleiche man noch über die Bedeutung des Wortes *inopia* *Iac. PERIZONII Animadversion. histor. (Altenburgi 1771. 8.) Cap. V. pag. 199.*
- §. 419. Not. 37. ist nach *van dewATER* noch hinzuzufügen *Ed. CALDERA Variar. Lection. Lib. IV. cap. I. nr. 25. in Ger. MEERMANI Thesauro nov. iuris civ. et canon. Tom. III. p. 651.*

Verzeichniß einiger Verlags-Artikel von J. J. Palm
in Erlangen

die umhengesetzte Preise durch jede gute Buchhandlung zu erhalten sind.

- U b i c h t, Job. Sch., die Lehre von Mohnung u. Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerl. Vergeltungsgerechtigkeit überh. und auf die Kriminalgesetze insbes., wie auch auf Moral, Theologie und Erziehungswissenschaft, 2 Bde gr. 8. 796. 97.
3 Rth 8 gr
- A u s z u g aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte, dann dem Serbis- und Cantonreglement, oder Handbuch für des preussische Militair, Beamte und Unterthanen, 8. 798.
12 gr 45 fr
- B e n s e n, Henr., de fundamento poenarum capitalium tam historice quam philosophice spectato, gr. 8. 794. 5 gr 20 kr
- — Versuch einer systemat. Entwicklung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung; für angehende Staatsbeamte, 2 Theile, gr. 8. 800. 802. 2 Rth 20 gr 4 fl 15 fr
- — Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten, gr. 8. 802. 1 Rth 20 gr 2 fl 45 fr
- — Materialien zur Polizei-, Kameral- und Finanz-Praxis für angehende praktische Staatsbeamten. 3 Bde. Auch unter dem Titel: Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften von Aug. Ludw. Schott, neue ganz umgearbeitete Ausgabe in 3 Bänden von Henr. Benzen, gr. 8. 800 — 803. jeder in 3 Heften, komplet 5 Rth 6 gr 8 fl 15 fr
- — über das Studium der sogenannten Kameralwissenschaften zur Beherzigung für Juristen und Kameralisten. Zugleich als Anhang zu dessen Materialien u. gr. 8. 808. 16 gr 1 fl
- B e n z e n, zur Geschichte der deutschen Justizpflege im 18n Jahrhundert, 4 Stücke, 4. 788 — 89. (à 10 gr od. 40 fr) 1 Rth 16 gr 2 fl 40 fr
- B u r k a r d, Mich. Vinc., Urgefetze des Staats und seiner nothwendigen Majestätsrechte, 1r Theil 3 Hefte, gr. 8. 806 — 808. 2 Rth 16 gr 4 fl
- (1r Heft: Metaphysik der Organisation des Staates im Allgemeinen; 806. 12 gr 45 fr. 2r Heft: Metaphysik der Criminalgesetzgebung im Staate; 807. 12 gr 45 fr. 3r Heft: System der Polizeigesetzgebung; 808. 1 Rth 16 gr 2 fl 30 fr)
- S c h o t t, J. über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodial-, Stamm- und altväterliche Güter nach Erlöschen des Mannsstammes, sowohl beim hohen als niedern Adel in Deutschland. gr. 8. 810. 22 ggr. 1 fl 24 fr.