

## Beweisaufnahme in römischem Recht

### I.

In einem Prozeß bildet der Tatbestand den Grund eines Urteils, d. h. es werden hinsichtlich der Entscheidung des Prozesses wichtige Tatsachen, bzw. Ereignisse, Geschehnisse und Umstände vom Gericht festgestellt. Das Urteil richtet sich nach dem Tatbestand, dessen Feststellung notwendigerweise dem Urteil vorangeht.

Der Tatbestand wird vom Gericht im Laufe der Beweisaufnahme festgestellt. So bildet die Beweisaufnahme im Prozeßverfahren einen durchaus wichtigen Teil, da das Gericht so in der Lage ist, den im Prozeß geltend gemachten Anspruch beurteilen zu können. Oft ist nicht selbst die anzuwendende Rechtsregel oder der Rechtssatz bestritten, sondern die Beweisaufnahme unzureichend. Treffend stellt Paulus fest: *saepe enim non jus deficit, sed probatio* (Dig. 25, 2, 3.). Quintilian<sup>1</sup> aber läßt die Bedeutung der Beweisaufnahme dadurch betonen, daß es keinen Prozeß ohne Beweisaufnahme gibt: *lis nulla est, cui probatione opus non sit* (V. 9.). In Betracht auf die außerordentliche Wichtigkeit der Beweisaufnahme hat man sich in der Rechtsliteratur immer gern mit Problemen der Beweisaufnahme beschäftigt, und die diesbezüglichen Untersuchungen haben sowohl die rechtliche Regelung als auch die Rechtspraxis gefördert.

Die Beweisaufnahme im römischen Recht — wie im allg. das Prozeßrecht von Rom — ist ein ziemlich vernachlässigtes Forschungsgebiet, die Rechtsgelehrten dieses Zweiges befassen sich vor allem mit materiellem Recht, und zwar mit dem Privatrecht der klassischen Zeitperiode.

Was die Beweisaufnahme angeht, sind in den Lehrbüchern des römischen Rechts (Institutionen) bloß einige allgemeine Feststellungen zu finden, wie z. B. daß das römische Recht dem sog. freien Beweissystem gefolgt d. h. der Richter die Beweise im Prozeß frei gewürdigt hat und erst später, in der Kaiserzeit sind Regeln erschienen, die auf das Erscheinen, bzw. der Verbreitung eines gebundenen Beweissystems hindeuten lassen. Die Handbücher geben sich auch im Zusammenhang mit den Beweismitteln mit allgemeinen Feststellungen zufrieden, es werden sogar mehrere Regeln bekanntgemacht, die in Quellen gar nicht vorzufinden sind. So kommt z. B. das in den Lehrbüchern erwähnte *visum repertum* (Augenschein) in den Quellen nicht vor, und das

<sup>1</sup> Marcus Fabius Quintilianus war Rhetor in Rom (35—96). Sein Hauptwerk ist das „*Institutio oratoria*“, ein Lehrbuch der Rhetorik, der Ausbildung des Rhetors, das auf Erfahrungen beruht. Bei Berufung auf ihn wird der Titel des Buches nicht, sondern nur die Buch- und Abschnittsnummer angegeben.

Wort *peritus* bedeutet nicht den Sachverständigen im Prozeß, wie auch der Ausdruck *notoria* (allbekannt) in den Quellen unbekannt ist.

Diese Studie hat das Ziel: denjenigen, die sich eine eingehendere juristische Ausbildung erwerben wollen, vor allem aber den Prozeßrechtlern eine allgemeine Information über die Beweisaufnahme im römischen Recht zu geben und auf jene Elemente des Beweisrechts hinzuweisen, die schon im römischen Recht vorhanden waren.

Bei der Arbeit schien mir die Methode am geeignetesten zu sein, die die betreffende Literatur des römischen Rechts durch eingehende Bekanntmachung der Quellen zeigen läßt. Allein die Entdeckung der Quellen kann zum Thema dieser Studie ein beglaubigtes Bild gewähren, da bezüglich der Beweisaufnahme im Mittelalter, sogar auch in der Neuzeit zahlreiche Thesen — in lateinischer Sprache — entstanden und bekannt geworden sind, die nicht aus dem römischen Recht stammen, höchstens darin wurzeln, oft aber nur Ergebnisse der späteren Rechtsentwicklung spiegeln.<sup>2</sup>

## II.

Das Verb *probare* hat im Latein mehrere Bedeutungen. Eine Bedeutung ist: etwas bejahen, für richtig halten, gutheißen. In diesem Sinne ist zu lesen: *ego semper Labeonis sententiam probavi existimantis...* (Dig. 23, 1, 9.) oder bei Pomponius: *si negotium a te quamvis male gestum probavero...* (Dig. 3, 5, 9.).

Die andere Bedeutung des Wortes: etwas beweisen, jemandem etwas glauben machen, jemanden von etwas überzeugen. Im juristischen Leben geht es wohl darum, daß die Partei den Richter von der Wahrheit ihrer Feststellungen zu überzeugen hat. In diesem Sinne sagt Cicero<sup>3</sup>: *His ego iudicibus non probabo, C. Verrem contra leges pecunias cepisse?* (In Verrem act. II. 1. 4.).

Dementsprechend bedeutet das Wort *probatio* einerseits bejahen, gutheißen, andererseits aber beweisen, es wird darüber hinaus zum Ausdruck des Beweises gebraucht, z.B. *evidentissimis probationibus* (Dig. 28, 7, 2.), ferner *probationibus instruere atque munire accusationem* (Dig. 48, 5, 8.).

Mit der Theorie der Beweisaufnahme haben sich die Juristen des römischen Rechts — wie auch mit theoretischen Fragen — nicht beschäftigt, in den Quellen sind nämlich keine diesbezüglichen Darlegungen zu finden, sie enthalten nur kasuistische Stellungnahmen, Lösungen. Wertvolle Angaben gibt aber Quintilian, der Aristoteles nach

1. die nicht künstlerische Beweisführung (*probatio inartificialis*), die vom Redner ohne rhetorische Kunst (*extra dicendi rationem*) gebraucht wird; hierzu gehören die Präjudizien, die Nachricht, Folter, Urkunden und Zeugen; ferner

2. die künstlerische Beweisführung (*probatio artificialis*), die der Redner selbst von der Sache nimmt, — unterscheidet.

Eine ähnliche Unterscheidung ist bei Cicero (De oratore, 2. 27.) zu finden, der sich im Zusammenhang mit der Beweisführung auf ein Material bezieht,

<sup>2</sup> Die lateinischen Rechtsregeln und Rechtssprüche hat neulich Detlef Liebs gesammelt: Lateinische Rechtsregel und Rechtssprichwörter, München, 1982.

<sup>3</sup> Marcus Tullius Cicero (v. u. Z. 106—43) war der grösste römische Redner.

das nicht vom Redner ausgedacht wird, sondern die durch äußere Tatsachen geliefert werden (wie z.B.: *tabulae, testimonia, pacta, conventa, leges, senatus consulta, res iudicata, decreta, responsa*), er erwähnt aber eine Beweisführung, wozu das Material durch den Talent des Redners, d.h. durch Aufzählen der Argumente und durch Widerlegung der Behauptungen des Gegners geliefert wird.

Diese Definitionen sind juristisch gesehen nicht bedeutend und legen eher auf rhetorische Gesichtspunkte Wert.

Unsere Kenntnisse über die Beweisaufnahme des römischen Rechts sind vor allem aus den Gesetzbüchern von Justinian entnommen. Die Quellen dazu:

Digesta XXII. 3:	<i>De probationibus et praesumptionibus</i>
Digesta XXII. 4:	<i>De fide instrumentorum et amissione eorum</i>
Digesta XXII. 5:	<i>De testibus</i>
Codex IV. 19:	<i>De probationibus</i>
Codex IV. 20:	<i>De testibus</i>
Codex IV. 21:	<i>De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his, quae sine scriptura fieri possunt</i>
Novellae XC:	<i>De testibus</i>

Zur Frage der Beweisaufnahme geben auch die römischen Schriftsteller, von denen neben genannten Cicero und Quintilian auch Aulius Gellius<sup>4</sup> hervorzuheben ist, wichtige Angaben.

### III.

Eine grundlegende Frage ist der *Beweisgegenstand*, d.h. es muß genau festgesetzt werden, was im Prozeß zu beweisen ist.

Aus dem Gesichtspunkt der Entscheidung eines Prozesses sind bedeutende Tatsachen zu beweisen, falls diese strittig geworden sind. Die (Haupt)Richtlinie der Beweisaufnahme wurde zwar für den Richter vom praetor bestimmt (*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere*), das läßt aber zahlreiche weitere Fragen offen: auf welchen Grund der Beklagte Schulden hat, wie und auf welchem Rechtstitel es zur Forderung des Klägers gekommen ist, wie groß die Summe ist usw. Gegen die vom Kläger verlangten Beweisführung ist ein Gegenbeweis möglich, in dessen Rahmen der Beklagte versucht, die Beweise des Klägers zu widerlegen. Den Beweisgegenstand bildet nun einerseits das materielle Rechtsverhältnis, das im Prozeß beurteilt wird, andererseits aber die Stichhaltigkeit, Glaubhaftigkeit dieser Beweise.

Im römischen Recht war die Beweisführung nur bei strittigen Tatsachen erlaubt. Quintilian drückt es wie folgt aus: *argumento, nisi in re controversia locus esse non potest* (V. 9.).

Die Rechtsregeln, die sich auf allbekannte Tatsachen und auf die Ablehnung der Beweisführung zu den Rechtsregeln beziehen (*notaria*<sup>5</sup> *non egent*

<sup>4</sup> Das Werk „Noctes Atticae“ in zwanzig Bänden von Aulus Gellius (125–175) ist eine Sammlung von Zitaten von Dichtern und von grammatischen, literarischen, historischen, juristischen und archäologischen Angaben.

<sup>5</sup> Das Wort *notoria* bedeutet in den Quellen schriftliche Anzeige (Cod. 9, 2, 7.)

*manifestatione, manifesta probatione non egent, iura novit Curia*) sind erst später, im Mittelalter entstanden.

Natürlich sollte es nicht bedeuten, daß der Prozeß bei den Römern mit allen möglichen Beweisführungen verschleppt werden konnte. Ulpian betont die Nutzlosigkeit des Überbeweizens: *quidquid satis demonstratae rei additur, frustra est* (Dig. 33, 4, 1.). Wilhelm Endemann weist auf die klare Auffassung des römischen Volkes hin, die die Beweisführung unwichtiger Umstände<sup>6</sup> vermeiden ließ.

Es gibt Tatsachen, die so offensichtlich sind, daß sie nicht bewiesen zu werden brauchen besagt *res ipsa loquitur*, Cicero (Pro Milone, 5, 3.).

Die sog. Präjudizien betreffen den Beweisgegenstand. Unter Präjudizien werden Beschlüsse der Behörde, vor allem Gerichtsurteile, bzw. durch diese entschiedene Fragen verstanden. Hinsichtlich der Beweisführung besteht ihre Bedeutung darin, daß dadurch die Befugnis zur Tatbestandaufnahme des Gerichts und damit auch die Beweisaufnahme eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden kann. Quintilian (V. 2.) macht zwischen den Gerichtsurteilen, die als *praejudicium* gelten, Unterschiede. Seines Erachtens gibt es

1. Urteile, die in ähnlichen Fällen (*in paribus causis*) gesprochen wurden, die aber eher als Beispiel dienen;

2. es gibt ferner Entscheidungen, die zu Fragen des Falles getroffen wurden (*iudicia ad ipsam causam pertinentia*);

3. und schließlich gibt es Urteile, die im gleichen Fall getroffen wurden (*quod in eadem causa pronuntiam est*).

Die Präjudizien haben ihre Beweiskraft teils dem Ansehen der entscheidenden Person, teils aber der Ähnlichkeit der Dinge zu verdanken. Diese zu widerlegen ist nur selten möglich, nur wenn sie offensichtlich fehlerhaft sind (*nisi forte manifesta in his culpa fuerit*). Jeder Richter ist dabei, das Urteil seines Vorgängers beizubehalten.

Quintilian gibt seinen Schülern auch Ratschläge dazu: bei der ersten Form der Präjudizien sind die abweichenden Züge beider Fälle hervorzuheben, während man sich in den anderen beiden Fällen auf die Unbeholfenheit der betroffenen Personen beziehen kann, oder aber darauf, daß die Zeugen im anderen Prozeß falsche Aussage gemacht haben. Der Richter muß aufmerksam gemacht werden, allein den Fall zu sehen und nicht anderen blind zu folgen.

Unter den Präjudizien werden *senatus consultum*, ferner die kaiserlichen und Magistratendekreta genannt. Dagegen ist nichts zu machen, höchstens wenn es gelingt, eine Abweichung zu finden, aufgrund deren man auf die Anwendung der genannten Bestimmungen verzichten kann und es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Gegenpartei eine später gefaßte Bestimmung von gegensinnigem Inhalt vorzeigen kann.

#### IV.

Die zweite Grundfrage ist die *Beweislast*. Wenn der Beweisgegenstand gegeben ist, läßt sich die Frage aufwerfen, wer zu beweisen hat.

Der Begriff der Beweislast (in den Quellen: *onus probandi, onus proba-*

<sup>6</sup> Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg, 1860, S. 77.

tionis) war auch im römischen Recht bekannt.<sup>7</sup> Eine allgemeine Regel hierzu ist es: wer etwas behauptet, hat es zu beweisen: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (Paulus, Dig. 22, 3, 2.).

Die Beweisführung belastet vor allem den Kläger durch seine Situation im Prozeß; er tritt mit Forderungen auf und er hat die Tatsachen zu beweisen, von denen er seine Forderungen ableiten läßt. Marcian formuliert wie folgt: *quia semper necessitas probandi incumbit ei, qui agit* (Dig. 22, 3, 21.).

Demzufolge hat der Gläubiger zu beweisen, das Geld dem Schuldner gezahlt zu haben, falls er so eine Forderung hat, während der Schuldner beweisen muß, daß er das Geld zurückgezahlt hat (Cod. 4, 19, 1.). Günstiger ist die Situation des Besitzers der Sache: er muß nicht beweisen, daß die Sache ihm gehört, sondern jener, der die Sache fordert, hat das Gegenteil zu beweisen (Cod. 4, 19, 2.).

Wenn der Kläger die Tatsachen zur Begründung seiner Klage nicht beweisen konnte, ist seitens des Beklagten die einfache Verneinung genügend: *actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit* (Cod. 2, 1, 4.). Der Beklagte ist also nicht verpflichtet, das Gegenteil der vom Kläger Gesagten zu beweisen, weil: *per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (Cod. 4, 19, 23.).

Paulus schildert geistvoll die Frage, wer in einem Prozeß, in dem die Forderung auf bezahlte Nichtschuld gerichtet ist, zu beweisen hat. Er macht die folgende Unterscheidung:

a) Behauptet jemand, der etwas angeblich ohne Entgeltung bekommen hat, nichts bekommen zu haben, wer aber dessen überführt worden ist, so hat er zu beweisen, ein ihm gebührendes Geld aufgenommen zu haben.

b) Wenn aber jemand von Anfang an anerkennt, das Geld aufgenommen zu haben, so spricht die Vermutung dafür, daß er seine gerechte Forderung aufgenommen hat. Die Vermutung begründet, daß niemand so nachlässig wäre, daß er sein Geld verschleudert oder es ohne Entgeltung ausgibt, besonders wenn es um *diligens homo* und *bonus paterfamilias* geht. Wenn aber ein *minor*, Pflegebeholfener, eine Frau, ein Soldat, Landbauer oder einfacher Mensch behauptet, ohne Entgeltung gezahlt zu haben, so hat jener, der das Geld bekommen hat, zu beweisen, daß er es berechtigt bekommen hat (*pecunias bene acceperit et debitas ei fuisse solutas*). — All diese Thesen lassen sich aber nur durchsetzen, wenn sich „ohne Entgeltung“ für die ganze Summe bezieht, denn sonst, wenn nämlich diese Behauptung nur die Teilsumme betrifft, hat derjenige zu beweisen, wer es behauptet. Wer die Beweislast hat, kann seinem Gegner den Eid in jedem Fall zuschieben.

Die genannte Aussage von Marcianus ist aber nur mit der Ergänzung richtig, wenn man berücksichtigt, daß der Beklagte diejenige Tatsachen zu beweisen hat, die der Einwendung zugrunde liegen, wie es Celsus sagt: *verum est, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur* (Dig. 22, 3, 9.). Dies begründet Ulpianus damit, daß der Beklagte die Einwendung betreffend als Kläger gilt; *agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est* (Dig. 44, 1, 1.). Ebenfalls Ulpianus sagt: *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere* (Dig. 22, 3, 19.).

<sup>7</sup> Mit der Frage der Beweiskraft beschäftigt sich Ernst Levy in seiner Studie „Beweislast im klassischen Recht“ (IVRA III. 1952, S. 155—179.) Eine eingehende Antwort auf die Studie enthält die Arbeit von Max Kaser: Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß (Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 71. (1954); 221—319.)

Unter den Beweisregeln der Einwendung gibt es eine Ausnahme: wenn der Schuldner entweder in dem von ihm eingeleiteten Prozeß die *querela non numeratae pecuniae* genannte Klage, oder aber in dem gegen ihn gerichteten Prozeß die *exceptio non numeratae pecuniae* erwähnt, d.h. sich damit verteidigt, daß der Kreditgeber den Kreditbetrag nicht bezahlt hat, hat der Kreditgeber zu beweisen, die Summe bezahlt zu haben, sonst wird seine Klage zurückgewiesen (Cod. 4, 30, 3.).

Die Einwendung muss natürlich nur dann bewiesen werden, wenn der Kläger seine Behauptung bewiesen hat (Diokletian, Cod. 8. 35. 9).

Zum Schluß wird die Beweispflicht zur Behauptung des Klägers bzw. zur Verteidigung des Beklagten an dem Beispiel von Celsus dargelegt (Dig. 22, 3, 12.). Laut Tatbestand hat der Erblasser in seinem Testament Titius 500 *sestertius* vermacht, dann ein *codicillus* gefertigt, in dem Titius ebenfalls 500 *sestertius* vermacht worden ist. Nach dem Tod des Erblassers hat Titius 1000 *sestertius* vom Erbfolger verlangt, und zwar 500 auf Grund des Testaments und 500 auf Grund des *codicillus*. Nach Meinung des Erbfolgers gebührt des Klägers nur 500 *sestertius*, weil es sich nur um einem einzigen Nachlaß handelt, das das Testament enthält und das der Erblasser nur als Beweis im Kodizill wieder erwähnt hat. Bestritten ist die Absicht des Erblassers: wollte er den Nachlaß verdoppeln oder hat es nur im Kodizill wiederholt genannt. Die Begründung bei Celsus heißt: Der Anspruch des Klägers ist dadurch begründet, daß ihm die beiden schriftlichen Testamente je 500 *sestertius* zukommen lassen. Wenn der Beklagte behauptet, daß das Kodizill keinen gesonderten Nachlaß enthält, sondern eine bloße Wiederholung oder Bekräftigung der früheren Nachlasses ist, so ist diese Verteidigung als eine Einwendung zu betrachten, deren Tatbestand er beweisen muß.

Im Zusammenhang mit der Beweislast ist die *Vermutung* (*praesumptio*) zu erwähnen. Die Vermutung als juristischer Begriff wurde schon im römischen Recht ausgebildet. Das Wesen davon ist: der Richter betrachtet den wahrscheinlichen Tatbestand als wahr, solange das Gegenteil nicht bewiesen ist. Das bedeutet, daß die Beweislast einer Vermutung gegenüber jene Partei hat, die einen von der Vermutung abweichenden Tatbestand behauptet, wie es in einem späteren — nicht aus den römischen Zeiten stammenden — Satz heißt: *probare debet, cui praesumptio adversatur*. Wenn die Beweisführung erfolgreich ist, ist die Vermutung widerlegt: *stabit praesumptio, donec probetur contrarium; praesumptio cedit veritati* (ebenfalls nicht in den Quellen vorzufindende Sprüche).

Beispiele für die Vermutung:

Wenn Vater und Kind in gemeinsamer Gefahr, z.B. beim Schiffsbruch ums Leben kommen, hat man zu vermuten, daß das volljährige Kind seinen Vater, der Vater aber das minderjährige Kind überlebt hat (Dig. 34, 5, 9.).

Im Falle des Kindes einer verheirateten Frau ist der Ehemann als Vater zu betrachten: *pater is est, quem nuptiae demonstrant* (Paulus, Dig. 2, 4, 5.). Es ist wieder Paulus, der — unter Berufung auf Hippokrates — aussagt, daß ein im siebenten Monat nach der Eheschließung geborenes Kind von Legitimität ist (Dig. 1, 5, 12.).

Die genaue Bestimmung der Empfangszeit findet man bei Ulpian (Dig. 38, 16, 3.), aus dessen Darlegung hervorgeht, daß ein 10 Monate nach Beendigung der Ehe geborenes Kind unter Berufung auf Erbfolge keinen Anspruch auf den Nachlaß des verstorbenen oder geschiedenen Vater stellen

kann, das am 182. Tag geborenes Kind kann aber erben.<sup>8</sup> Die Empfangszeit (180—300 Tage) betreffende Vermutung ist unwiderlegbar (*Praesumptio iuris et de iure*).

## V.

Den dritten Teil bei der Beweisführung bildet die Lehre über das *Be-weismaterial*, die sich mit der Beweisart und den Beweismitteln beschäftigt: wie und anhand welcher Beweise erfolgt die Beweisführung?

Gellius nach (XIV. 2.) wird die Hingabe des Darlehens im allgemeinen mit Zeugen (*testes*), Urkunden (*tabulae*), durch Ausweis der Einkommen und Ausgaben (*expensi ratione*) und einen Schuldbrief (*chirographum*) bewiesen. Wenn aber solche nicht zur Verfügung stehen, hat der Richter die Aussage der Parteien zu prüfen. Im Zusammenhang damit erzählt Gellius, daß er in einer Sache als Richter mitgewirkt hat, und der Kläger konnte das dem Beklagten abgezahlten Darlehen auf die genannte Weise nicht beweisen, war aber als ehrlicher, unbescholtener Mensch bekannt, während der Beklagte immer wieder finanzielle Schwierigkeiten hatte, ein ehrloses Leben führte und oft bei Lüge und Betrug ertappt wurde. Der Vertreter des Beklagten argumentierte damit, daß das Verfahren nicht vor dem censor verläuft, wo es um Moral geht, sondern die Rückzahlung des Darlehens den Prozeßgegenstand bildet und so hat es der Kläger zu beweisen, dem Beklagten Geld geliehen zu haben. Gellius konnte in der Sache nicht entscheiden und so wandte er sich an einen Philosophen Favorius, dem er über seine Bedenken sprach. Favorius teilte ihm mit, sich auf M. Cato beziehend, daß den Gebräuchen und Traditionen der Ahnen entsprechend der Richter in einem Prozeß, in dem es um eine bestrittene Tatsache geht, die sich weder durch Zeugen, noch durch ein Schreiben beweisen läßt, jener Partei recht geben muß die ehrlicher ist. Wenn aber beide Parteien gleichfalls ehrlich oder von schlechtem Ruf sind, so ist zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden.

Aus dieser Erzählung von Gellius geht hervor, daß allein die Aussage der Partei in der klassischen Zeit auch ohne Eid als Beweis diente, obwohl dies als Rechtsatz nicht ausgesagt war. Ein sprechender Beweis der freien Ermessung des römischen Richters war, daß er die alleinige Aussage der Partei annehmen konnte, wenn er von deren Wahrheit überzeugt war. Kaiser Constantin, die Wichtigkeit der Anhörung der Parteien anerkennend, schrieb sogar die wiederholte Anhörung der Parteien vor, da dies für die gründliche Untersuchung der Sache geeignet ist (Cod. 3, 1, 9.).

Constantin sagte ebenfalls, daß die Möglichkeit der Beweisführung nicht eingeschränkt werden darf (Cod. 1, 5, 21.). Aus dieser Quelle stammt der Spruch: *facultas probationis non est angustanda*.

Über die Beweisführung hinaus reichende Bedeutung hatte — wie man im späteren sehen wird — das Geständnis und der Eid der Partei, im übrigen waren die wichtigsten Beweise im Prozeß das Geständnis und die Urkunden.

In den modernen Verfahren kommt es unter den Beweismitteln nicht

<sup>8</sup> Ulpian bezieht sich auf Hyppocrates. Durchaus interessant ist, wie Gellius (III. 16.) im Zusammenhang damit die Meinungen der Ärzte und Philosophen des Altertums bekanntmacht.

<sup>9</sup> Max Kaser: Das römische Zivilprozeßrecht, München, 1966, S. 487.

seltèn zum Augenschein, in dessen Rahmen der Richter Personen, Gegenstände, Tatort in Sinneswahrnehmung zieht. Das ist eine einfache und natürliche Beweisart und nach allgemeiner Meinung hat auch der römische Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, obwohl in den Quellen keine Angaben hierzu zu finden sind.

Im Zusammenhang mit der Beweisführung des Experten ist in den Gesetzbüchern von Justinian nur über die Vermesser (*agrimensores*) die Rede. Ulpianus weist darauf hin, daß in Grenzstreiten der Vermesser hinzuschicken ist (Dig. 10, 1, 8.) und im rescriptum von Constantin ist vorgeschrieben, daß sich der Agrimensor an Ort und Stelle zu begeben hat (Cod. 3, 39, 3.). Ulpian sagt, daß gegen ein falsches Gutachten des Agrimensors (*si mentor falsum modum dixerit*) vom praetor *in factum actio* gegeben wurde (Dig. 11, 6, 1.). Die Tatsache, daß die Quellen über den Gutachter, über ein so häufiges Beweismittel, so mangelhaft sind, läßt sich damit erklären, daß im Falle, wenn Schätzung, Wertbestimmung und Berechnungen gemacht werden mußten, bzw. wenn es zur Entscheidung von Sachen kam, die wirtschaftlicher, architektonischer usw. Kenntnisse bedurfte, kein *index* sondern *arbiter* ernannt wurde<sup>10</sup>, der die zur Entscheidung der Sache nötigen Fachkenntnisse besaß und so die Anhörung des Gutachters unnötig machte.

Da bei den Römern die Beweisführung eher für die Aufgabe des Redners als die der Rechtswissenschaft gehalten war, ist es kein Wunder, daß die übrigen Beweismittel in den Quellen nicht vorzufinden sind, sondern wir können unsere Kenntnisse von Quintilian nehmen (V. 9.). Er beschäftigt sich eingehend mit den sog. Anzeichen (*signa*), die er als eine Art Beweis betrachtet. Solche sind z.B. blutiges Kleid (*cruenta vestis*), der Hilferuf (*clamor*), blaue Flecken (*livor*) am Körper.

Quintilian ist der Meinung, daß ein Teil der Anzeichen (*signa necessaria*) von direkter und zweifelloser Beweiskraft ist. Wenn z. B. eine Frau schwanger ist, beweist, daß sie einem Mann beigewohnt hat, oder wenn irgendwo geerntet wird, folgt daraus, daß dort auch gesät worden ist. Der andere Teil der Anzeichen (*signa non necessaria*) ist nicht von zwingender Gewißheit, wenn aber diese durch andere Umstände unterstützt sind, kann man mit diesen im Rahmen der Beweisführung große Wirkung erreichen. Die sachlichen Beweismittel werden von manchen Indicien oder Vestigen genannt und aus dem Gesichtspunkt der Beweisführung können diese von durchaus großer Bedeutung sein. Wenn z.B. jemand's Kleid blutbeschmiert ist, ist es noch kein Beweis dafür, daß er auch einen Mord begangen hätte. Werden aber weitere Tatsachen festgestellt, wie z.B. daß der Verdächtige am Tatort gewesen ist, mit dem Ermordeten in Fehde lag oder ihn bedroht hat, so kann das blutige Kleid zusammen mit den genannten Angaben bei Feststellung des Täters in einem Mordfall als Folgerungsgrund dienen.

Quintilian beschäftigt sich mit der Nachricht (*fama*) und mit dem Gerede (*rumores*). Einige haben diese als Äußerung der Öffentlichkeit (*fama*) und etwa als Beweis vom öffentlichen Glauben (*testimonium publicum*), andere dagegen als Geschwätz betrachtet, das aus Bosheit stammt und die Leichtgläubigkeit ernährt, dem schließlich ein jeder ausgesetzt ist.

Die Folter (*tormentum, questio*) gehört zum Bereich des Strafverfahrens, deren Beweiskraft nach Meinung von Quintilian strittig ist. Einige be-

<sup>10</sup> Friedrich Ludwig Keller: Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, Leipzig, 1876, S. 31.

trachten diese Beweisart als einen Zwang zur Wahrheitsliebe, andere sagen, daß die Folterung falsche Aussage zur Folge hat.

Quintilian erwähnt auch die Bezeugung der Götter (*divina testimonia*), wie auch die Antwort (*responsa*), den Orakelspruch (*oracula*) der Priester und das Vorzeichen (*omina*). Der Redner kann mit Aussagen der Zeichendeuter von Opfer, mit denen die Auguren (*augures*), die Traumdeuter (*conjectores*) und die Sterndeuter (*mathematici*) argumentieren, diese können aber selbstverständlich widerlegt werden. Manche Leute bauen auf Worte, die unter Einfluß von Wein, im Schlaf oder bei Tobsuchtsanfall gesprochen wurden oder die die Kinder gehört haben und sind der Meinung, daß diese Personen nicht zu lügen pflegen. Andere wiederum meinen, daß man diesen Aussagen keine Bedeutung zuschreiben sollte, weil diese von Menschen ohne Urteilsvermögen stammen. Man kann auch damit argumentieren, daß nach Meinung zahlreicher Philosophen die Götter sich in die Sache der Menschen nicht einmischen, so könnten die genannten Anzeichen nicht berücksichtigt werden.

## VI.

Im Kreis der Beweisführung ist das *Geständnis* von besonderer Bedeutung. Der Begriff „Geständnis zur Tatsache“ und „Anerkennung des Rechts“ wurde vom Prozessrecht erst später ausgearbeitet und der Unterschied zwischen den beiden Begriffen betont. Bei den Römern ist keine ähnliche Unterscheidung vorzufinden, das Wort *confessio* wird für beide Begriffe gebraucht, es ist zum Teil, daß zur Zeit der justinianischen Kodifikation diese Einteilung des Zivilprozesses in zwei Teile nicht mehr vorhanden war, im Gegensatz zum Formularprozeßverfahren, wo der Prozeß vor dem Praetor (*in iure*) eingeleitet und vor dem Richter (*in iudicio*) fortgesetzt wurde. Diese letzte Phase war aber nicht bedingungslos, soweit es Fälle gab, in denen das Verfahren schon vor dem Praetor beendet wurde. So war z.B. der Fall *confessio in iure*.

Das Geständnis vor dem Praetor (*confessio in iure*) ist von gleicher Wirkung als das Urteil. Mit dem Geständnis läßt sich der Beklagte selbst verurteilen: *confessus pro indicato est, qui quodammodo sua sententia dominatur* (Paulus, Dig. 42, 2, 1.); *confessus in iure pro indicatis haberi placet* (Cod. 7, 59, 7).<sup>11</sup>

Diese Regel existierte, schon zur Zeit des Zwölftafelgesetzes, das den Eingeständigen mit dem Verurteilten gleich betrachten ließ: *Aeris Confessis rebusque iure iudicatis XXX dies sunt*.

Im Falle des *in iure* Geständnisses standen bis zur Erfüllung 30 Tage zur Verfügung, danach konnte es zu Vollzugsschritten gegen den Schuldner kommen.

Die übrigen Regeln zur *in iure confession*: Das kann nicht zurückgezogen werden: *suis confessionibus acquiescere debeat* (Cod. 4, 30, 13.). Das Bekenntnis verpflichtet den Beklagten, auch wenn er bewußt eine nicht bestehende

<sup>11</sup> Es war gerade die Rede davon, daß der *in iure* Abschnitt des Prozesses im justinianischen Verfahren nicht mehr existierte, im Codex wird aber doch dieser erwähnt. Der Grund dafür ist, daß zahlreiche Aussagen und Ausdrücke der Rechtsgelehrten des Formularprozesses einfach übernommen wurden, als diese eigentlich schon überholt waren. In den Gesetzbüchern von Justinian sind ansonsten zahlreiche Widersprüche, sogar Anakronismen zu finden.

Schuld bekannt hat, wenn der gerechte Forderung sonst offensichtlich ist: *si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus est homo, ex confesso tenetur* (Dig. 42, 2, 4.). Das Bekenntnis ist auch geltend, wenn die vom Beklagten anerkannte Leistung unmöglich geworden ist, wie es aus der edictum-Erklärung von Ulpian hervorgeht: *qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litem contestationem decesserit, condemnandus est* (Dig. 42, 2, 5.).

Die Zitate deuten darauf hin, daß in den Quellen auf das Bekenntnis nur im Zusammenhang mit dem Beklagten hingewiesen wird.

Für das *confessio in iudicio*, d. h. für das Bekenntnis vor dem Richter gibt es kaum Angaben, aber der allgemeinen Meinung nach konnte so ein Bekenntnis die Urteilsfällung nicht unterlassen.<sup>12</sup>

## VII.

Dem *Eid* wurde bei den Römern eine durchaus große Bedeutung zugeschrieben und das ließ sich auf allen Gebieten des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens zeigen. Die Beamten haben einen Eid abgelegt, man ließ auch die Soldaten einen Eid leisten, und die internationalen Vereinbarungen wurde ebenfalls eidlich bestätigt usw. Diese Bedeutung des Eides läßt sich auch im Zivilprozeß zeigen, in dem der Eid die vertragsmäßige Erledigung des Streitfalles ist, es konnte aber auch auf Grund der richterlichen Entscheidung zum Eid kommen.

Der Eid fand in den dritten und vierten Abschnitten des XII. Digestenbuches unter dem Titel „*de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*“ und „*de in lite iurando*“, ferner im achtundfünfzigsten Abschnitt des Codexbuches unter dem Titel „*de iureiurando propter calumniam dando*“ Regelung.<sup>13</sup>

### Die Eidformen:

1. *iusiurandum voluntarium*: die Parteien vereinbaren sich, daß der Prozeß auf Grund des Eides der einer Partei entschieden wird.

Das aus Irrtum abgelegte Bekenntnis ist keine richtige Bekenntnis: *non fatetur, qui errat* (Ulpianus, Dig. 42, 2, 2.).

2. *iusiurandum necessarium*: die eine Partei konnte ihrem Streitpartner zuschieben, es zu beeiden, daß seine Forderung besteht, bzw. seine Schuld nicht besteht. Dieser zugeschobene Eid wurde *iusiurandum delatum* genannt. Die Streitpartei, der der Eid zugeschoben wurde, hat den Eid zu leisten oder ihn zurückzuschieben (*iurare aut iuramentum referre cogitur*), denn sonst wird er als geständig (*pro confesso*) betrachtet.

Der Eid wurde übrigens notwendig (*necessarium*) genannt, weil dessen Unterlassen bzw. das der Rückziehung Sachfälligkeit zur Folge hatte.

Die Vereinbarung der Parteien — den Eid betreffend —, sowie die Eidzuschreibung, bzw. ihre Zurückwälzung sind Reschtsgeschäfte, wobei vollwertige Handlungsfähigkeit erwünscht war, um so mehr, weil es eine mit

<sup>12</sup> Max Kaser: Das römische Zivilprozeßrecht, München, 1966, S. 480.

<sup>13</sup> Das Grundwerk zum Eid von Gustav Demelius: Schiedseid und Beweiseid im römischen Zivilprozeß, Leipzig, 1887.

Risiko verbundene Sache war. So eine Erklärung war auch dem Vormund und Pfleger zugelassen. Hatte die Eidleistung für die Partei eine günstige Folge (*meliolem facit conditionem*), so konnte der Eid auch von Personen mit beschränkter Handlungsfähigkeit, sog. *impuberes infantia maiores* abgelegt werden.

Der Eid hat größere Kraft als das Urteil: *Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata* (Paulus, Dig. 12, 2, 2.). Auch Ulpian betrachtet den Eid von gleicher Kraft als das Urteil: *iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet* (Dig. 44, 5, 1.). Hat der Kläger den Eid abgelegt, so hat er auf Grund dessen eine Vollzugsklage, der sog. *actio iudicati* ähnliche *in factum actio* erhalten, deren Wortlaut wie folgt war: *Si paret Aulum Agerium conditione delata iurasse, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna.*

Wenn der Eid vom Beklagten abgelegt wurde, hatte er künftig die Einwendung *exceptio iusiurandi*, die die gleiche Wirkungskraft als die *exceptio iudicati* hat.

3. *iusiurandum iudiciale*: im Laufe der Entwicklung ist es zu einer allgemeinen Regel geworden, daß auch der Richter die Eidleistung der einen Partei anordnen konnte, wenn er es zur Ergänzung der Beweise für nötig gehalten hatte.

4. *iusiurandum in litem*: d.h. der Schätzungseid, den der Kläger bei der sog. *arbitraria actio* zum Beweis der Größe seiner Forderung abgelegt hat.

5. *iusiurandum calumniae*: es wird auf Wunsch des Streitpartners abgelegt, um zu beweisen, daß er seine Sache als gerecht anerkannt und den Prozeß nicht böswillig führt. Die Unterlassung des Eides hat Sachfälligkeit zur Folge.

## VIII.

Die ältesten und im Laufe der Entwicklung am häufigsten unter den Beweismitteln sind die Zeugen.

In den Quellen gibt es keine Begriffsbestimmung für die Zeugen, aber Pomponius besagt, daß niemand in seinem eigenen Fall tauglicher Zeuge sein kann: *nullus idoneus testis in re sua intellegitur* (Dig. 22, 5, 10.), und im Codex ist zu lesen, daß das Gesetz immer ausgeschlossen hat, daß man in der eigenen Sache Zeuge wird: *omnibus in re propria testimonium facultatem iura submoverunt* (4, 20, 10.). Diese Aussagen machen deutlich, daß Zeuge nur eine andere Person als die Streitparteien sein konnte, die Partei durfte in ihrem eigenen Fall keine Aussage ablegen.

Der Zeuge war entweder Geschäfts- oder Prozeßzeuge. Die Geschäftszeugen waren schon im Sinne des Zwölftafelgesetzes gezwungen, im Prozeß Aussage abzulegen. Die Verletzung dieser Verpflichtung hatte Intestabilität zur Folge. Das Gesetz hierzu lautet Gellius nach wie folgt: *Qui se sieri testarier libripensve, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Wer nun bei einem feierlichen Rechtsgeschäft Zeuge oder Waagehalter war und die Aussage verweigert, ist *intestabilis* geworden. Das bedeutete, daß er seine Fähigkeit als Zeuge in Sachen von anderen verloren hat und in seinem Fall durften auch

die anderen keine Aussage ablegen. Eine intestabilis Person hat nun ihre Rechtsfähigkeit für Fälle verloren, die der Mitwirkung von Zeugen bedurften.<sup>14</sup>

In diesem Prozeß konnte nicht nur ein Geschäftszeuge der Zeuge sein, eine früher nicht geladene (*non rogatus*) Person konnte auch verhört werden (Dig. 22, 5, 11.).

Zeuge konnte aber nur ein Freier sein (Cicero: pro Quinctio 6, 25; pro Archia 4, 32; pro Roscio 14, 43.). In Straffällen durften auch Sklaven verhört werden, eventuell nach Folterung (Tacitus, Annales, II. 28.). Die Folterung war von Kaiser Severus wenigstens zum Teil verboten (Dig. 42, 18, 3.). Ohne die Verfahrensart (Zivil- und Strafverfahren) betreffende Unterscheidung schreibt Modestinus, die Aussage eines Sklaven ist auch zu beachten, wenn zur Aufdeckung der Wahrheit keine anderen Beweise zur Verfügung stehen: *servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est* (Dig. 22, 5, 7.).

#### Untaugliche Zeugen (*testes non idonei*):

1. Der Vater seinem Sohn und umgekehrt. Es ist fraglich, ob diese Regel nur die geschäftliche Aussage verbot oder sich auch auf die Beweisführung im Prozeß bezog. Angesichts der in der kaiserlichen Zeit herrschenden freien Beweisführung scheint das erste wahrscheinlich zu sein.<sup>15</sup>

2. Wem man befehlen kann, daß er Aussage ablegt: *quibus imperari potest, ut testes fiant* (Dig. 22, 5, 6.), d.h. die unter Gewalt stehenden, die zum domus gehörenden Personen, wenigstens zu Gunsten des Klägers; *testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non posse placuit* (Dig. 22, 5, 24.).

Die Streitparteien haben die Zeugen mitgenommen, d. h. sie hatten für die Zeugen zu sorgen. In Strafsachen konnte das Gericht von amtswegen die Vorladung der Zeugen verordnen. Auf diesem Grund unterscheidet Quintilian

a) freiwillige Zeugen (*testes voluntarii*), die freiwillig, meistens natürlich auf Ersuchen einer der Parteien erscheinen, ferner

b) die Zeugen, die in Strafsachen (*in iudiciis publicis*) der Richter vorladen läßt (V. 7.).

Die Alten, Kranken und Soldaten, ferner diejenige, die in Staatsangelegenheiten abwesend waren, waren nicht gezwungen, eine Aussage abzulegen (Dig. 22, 5, 7.).

Die allgemeine Aussagepflicht wurde erst durch die *constitutio* von Justinian eingeführt (Cod. 4, 20, 16.) und von dieser Zeit an könnte ein jeder verpflichtet werden, nicht nur in Straf-, sondern auch in Zivilprozessen zur Aussage gezwungen zu sein und diese mit Eid zu bestätigen. Diese Aussage hat sich darauf bezogen, was der Zeuge wußte oder was er nicht wußte. Diese Zwangsmöglichkeit betraf nicht diejenigen, denen gesetzswegen die Aussage verboten ist, und manche Prominente (*illustres*). Die Stadtbewohner müssen ihre Aussage mündlich vor dem Gericht ablegen, andere mußten ihre Aussage vor dem beordneten Kaiserbeamten (*procurator*) ablegen.

<sup>14</sup> Laut Meinung von Rudolf Ihering war sie „verkehrstot“. (Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1891, I. S. 142.) — Gellius nach (VII. 18.) waren die intestabilen Personen so verachtet, daß manche vor Scham Selbstmord verübt haben.

<sup>15</sup> Wilhelm Endemann: Die Beweislehre des Zivilprozesses, Heidelberg, 1860, S. 207.

Es konnten nicht zur Aussage verpflichtet werden:

1. Eltern gegen ihre Kinder und umgekehrt (Cod. 4, 22, 6.);
2. Schwiegervater, Schwiegersohn, Stiefvater, Stiefkind, Kusinen und nähere Verwandten, *patronus* und *libertus* gegen einander (Dig. 22, 5, 4.).

Nach Auffassung der Römer konnte in der klassischen Zeit die Aussage nicht nur mündlich, sondern auch schriftlich (*per tabulas*) gemacht werden. Im Zusammenhang damit weist Quintilian darauf hin, daß es leichter ist gegen schriftliche Aussagen zu kämpfen. Man kann die Echtheit einer Urkunde bezweifeln, die Aufmerksamkeit auf die Fälschungsmöglichkeit lenken, sich auf den Charakter des Zeugen beziehen, daß allein die Tatsache, daß der Zeuge nicht erschienen ist, verdächtig sei.

Quintilian sagt auch, daß die Vertreter der Parteien im Prozeß die Zeugen verwirren und versuchen, sie in die Falle zu locken. Deshalb war es gewohnt, daß die Zeugen für die zu erwartenden Fragen des Streitpartners im voraus vorbereitet waren. Quintilian empfahl seinen Schülern, den Zeugen auszukennen, d.h. zu erfahren, ob er gesprächig, nervös oder eitel ist und die Fragen dementsprechend zu stellen, um den Zeugen für sich gewinnen und so eine günstige Aussage bekommen zu können, die Zeugen des Streitpartners aber sollten sie bei ihrer Aussage verwirren. Es kam auch vor, daß unter den Zeugen des Streitpartners bezahlter Zeuge (*testis subornatus*) gesetzt war, der anfangs so tut, als würde er für den Streitpartner aussagen, später aber verwirrt sich bei seiner Aussage absichtlich, begann die Sache herumzureden, destruiert die Situation des Streitpartners und auch das Ansehen seiner weiteren Zeugen. Dieses herausfordernde Verhalten des Zeugen kann nicht nur sich selbst, sondern auch dem Streitpartner gegenüber Antipathie wecken.

Gellius beschwert sich wegen der grossen Anzahl falscher Aussagen und bedauert, daß der Beschluß des Zwölf Tafelgesetzes vergessen wurde, demnach derjenige, dessen die falsche Aussage überführt werden konnte (XX, 1.), mußte vom Fels Tarpei in die Tiefe gestoßen werden sein.

Die sich immer mehr verbreiteten Mißbräuche müssen die Kaiser dazu bewegt haben, daß sie den Aussagen gegenüber Bedenken hatten und die Richter auf die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen aufmerksam machten, ferner daß die Beweiskraft einer Aussage an Eid, später an bestimmte Zahl der Zeugen gebunden wurde.

Der Richter glaubt dem Zeugen und nicht der Aussage: *testibus, non testimoniis creditur* (Dig. 22, 5, 3.). Deshalb ist die Glaubwürdigkeit des Zeugen (*fides*) gründlich zu untersuchen. Die juristische Lage des Zeugen (*conditio*) ist aufzudecken, d.h. ob er decurio oder plebejischer Abstammung ist, ob er von unbescholtenem Lebenswandel (*honestae vel inculpatae*) oder vorbestraft (*notatus et reprehensibilis*), reich oder armselig (*locuples an egens*) ist, mit den Streitpartnern befreundet oder feindselig ist.<sup>16</sup> (Dig. 22, 5, 3.). Ebenda berichtet der Rechtsgelehrte Callistratus über die Stellungnahme von Kaiser Hadrian zu Vibius Varus, dem Legaten von Cilicia: der Kaiser überläßt ihm die Entscheidung, die Aussage welches Zeugen er annimmt und als Hinweis deutet er auf die Würde (*dignitas*) und Ehre (*existimatio*) der Zeugen hin, und macht den Legaten auch aufmerksam, daß er auch darauf zu achten hat, wie die Zeugen ihre Aussage machen: ob ihre Sprechart schlicht und ehrlich ist, oder es läßt sich merken, daß sie eine früher angelernte Rede vortragen, ob sie bei der Antwort ratlos sind oder die gestellten Fragen in der Eile beantworten.

<sup>16</sup> *Inimico testi credi non oportet* (Cicero pro Fonteio 7, 9.).

Glaubwürdiger war die Aussage eines Zeugen, der von den vorgetragenen Tatsachen unmittelbare Kenntnisse hatte, im Gegensatz zu einem Zeugen, der vom Ereignis nur gehört hatte: *magis veritas oculata fide, quam per aures hominum infingitur* (Dig. 22, 5, 6.); *plus est oculatus testis unus, quam auriti decem* (Plautus, Truculentus 489.).

Die Anzahl der Zeugen ist nicht festgesetzt. Arcadius weist auf ältere Gesetze hin, die den Verhör zahlreicher Zeugen ermöglicht hatten, in den Konstitutionen haben aber die Kaiser die Richter aufmerksam gemacht, daß die Zahl der Zeugen bis zum nötigen Maße vermindert werden sollte, damit es durch den Verhör der vielen Zeugen nicht zum Verzug des Prozesses und zur unnötigen Belästigung der Leute kommt (Dig. 22, 5, 1.). Ulpianus sagt, wenn im Gesetz die Zahl der Zeugen nicht bestimmt ist, sind zwei genügend. (Dig. 22, 5, 12.).

Eine Constitutio Kaiser Konstantin ließ 334 die Eidleistung des Zeugen von seiner Aussage verordnen. Ebenfalls hat er es den Richtern verboten, die alleinige Aussage eines Zeugen, wer immer auch er sei, anzunehmen: *sanzimus et ut unum testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatu admittere et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis non audiatu, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat* (Cod. 4, 20, 9.). Aus dieser Verordnung stammt der berühmte (berühmte) Spruch: *unus testis nullus testis*.

Diese Verordnung von Konstantin deutet schon auf die Verbreitung des gebundenen Beweissystems hin. Das beweisen auch die Verordnungen, die zum Beweis bestimmter Tatsachen Zeugen in festgesetzter Zahl erfordern. So konnte die in einer Urkunde festgestellte Schuldbezahlung nur auf Grund der Aussagen von 5 Zeugen als bewiesen betrachtet werden (Cod. 4, 20, 18 und Nov. LXX III. 8.). Die gebundene Beweisführung kam auch in jener Regel zur Geltung, in deren Sinne die Glaubwürdigkeit der Aussage eines Zeugen seinen gesellschaftlichen Stand entsprechend zu beurteilen war: *ut honestioribus potius fides adhibeatur* (Cod. 4, 20, 9.), aber auch in jener Verordnung, die den Kreis der Aussageunfähigen mit den Apostaten (Cod. 1, 7, 3.), ferner mit den Heiden und den Angehörigen einzelner Sekten (Manichäer) erweitert; Ketzler und Juden dürfen gegen einen Christen nicht aussagen, im Prozeß ihrer Glaubensgenossen ist aber ihre Aussage zugelassen (Cod. 1, 5, 21.).

## IX.

Die Bedeutung und Beweiskraft der Urkunden (*tabulae, instrumenta, scripturae*) war schon in den früheren Zeiten anerkannt.

Gaius nach waren diese Urkunden ausgestellt, um Ereignisse, Rechtsgeschäfte zu beweisen: *fiunt scripturae, ut quod factum est, per eas facilius probari possit* (Dig. 22, 4, 4.). Ein Vorteil des schriftlichen Notierens der Rechtsgeschäfte war, daß diese zuverlässigere und bleibendere Beweise sind, als die Zeugenaussagen. Der Zeuge merkt sich nur die von ihm für wichtig gehaltenen Sachen, an Einzelheiten, Worte erinnert er sich nicht, obwohl diese bei der Entscheidung des Prozesses von Bedeutung sein können. Das Gedächtnis des Zeugen wird übrigens mit der Zeit schwächer, der Beweis durch den Zeugen wird nach seinem Tod unmöglich, das Dokument dagegen bleibt behalten.

Das Erkennen dieser Umstände kommt bei Scaevola zum Ausdruck, wenn er sagt: *credenda est scriptura* (Dig. 32, 37, 5.).

Die Urkunde als Beweis wurde nach der Auffassung der Römer weder den Ausagewert noch die Beweiskraft betreffend geregelt.

Quintilians' Meinung nach (V. 4.) kann man sich gegen die Urkunden darauf beziehen, daß die Urkunde falsch oder verfälscht ist, und zur Entlarvung der Fälschung ist es genügend, die Urkunde einfach anzusehen (*inspectio*). Man kann ferner den Inhalt der Urkunde beanstanden und beweisen, daß es dem Willen des Vertragspartners oder der Parteien nicht entspricht, weil die Vorausgegangenen und die Tatsachen nach der Ausstellung der Urkunde dem Inhalt der Urkunde gegenüberstehen.

Wenn die Echtheit der Urkunde bezweifelt wurde, kam es zur Feststellung der Echtheit (*impositio fidei*). Die Echtheit hatte derjenige zu beweisen, der die Urkunde vorgezeigt hatte (Cod. 4, 19, 24.). Die Beweisführung konnte durch Zeugen oder durch Schriftvergleich erfolgen. Wenn die Beweisführung ohne Erfolg war, hat die Urkunde ihre Beweiskraft verloren: *nullas habet vires* (Cod. 4, 21, 3. und Nov. LXXIII. 4.).

Obwohl die Römer die Erfordernisse und Beweiskraft der öffentlichen und privaten Urkunden nicht bestimmt haben, kannten sie im Zusammenhang mit der letzteren den zwischen den beiden Urkundenformen notwendigerweise bestehenden Unterschied. Die Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius bekleidet die öffentlichen Urkunden mit ewiger Gültigkeit: *Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem, neque enim morte cognitoris perire debet publica fides* (Cod. 7, 52, 6.).

Einige Thesen zur Privaturkunde:

Die Privaturkunde allein ist kein Beweis für den Aussteller: *scriptura pro scribente nihil probat*, wie es im Spruch heißt, der aufgrund der im Codex (4, 19, 5.) vorhandenen Verfügung später entstanden ist. Genauso beweisen die rechnungsmäßigen Notizen (*rationes*) im Nachlaß der verstorbenen Person weder das Bestehen noch die Größe der Forderung des Erblassers (Cod. 4, 19, 6.).

Mehrere, einander widersprechende, von derselben Partei vorgezeigte Urkunden verlieren ihre Glaubwürdigkeit (Cod. 4, 21, 14.).

Wenn eine Urkunde auf eine andere hinweist, ist auch das Vorzeigen der letzteren notwendig, da ohne dies die Berufung nicht berücksichtigt werden kann (Nov. CXIX. 3.).

Justinian hat in seinen Gesetzbüchern, vor allem in den Novellen zahlreiche Verordnungen zu Ausstellung, Inhalt und Verwendung der Urkunden eingeführt, zu deren Bekanntmachung aber hier in dieser Studie keine Möglichkeit besteht.

## X.

Im bisherigen sind — angesichts der zur Verfügung stehenden Rahmen aber nur skizzenhaft — die Regeln der Beweisführung im römischen Recht zusammengefaßt worden.

Es kann festgestellt werden, daß das Recht der Beweisführung ein Gebiet ist, wo das römische Recht — wenigstens in der klassischen Zeit — das kanonische und germanische Recht überholt hat. Das Prinzip der formalen oder gebundenen Beweisführung, das sich in den genannten Rechten und später

als ihre Auswirkung auch im mittelalterlichen Recht anderer Völker durchgesetzt hat, steht mit der freien Beweisführung und mit dem römischen System der freien richterlichen Überzeugung im Widerspruch. Nicht umsonst wurde das *iudicium* mit einer *sententia* beendet, die eine Meinung, Anschauung bedeutet. Es ist von Bedeutung, weil nur einer eine Meinung haben kann, wer sie seiner Überzeugung entsprechend gestaltet hat.

Kaiser Hadrian sagt in seinem *rescriptum*, daß es nicht im voraus und allgemein bestimmt werden kann, welche Tatsache auf welche Weise bewiesen werden kann, bzw. aufgrund welcher Beweise eine Tatsache als bewiesen anzusehen ist. Der Richter darf sich nicht für irgendeine Beweisform (*ad unam probationis speciem*) verpflichten, sondern auf Grund der vorhandenen Beweise hat er seiner inneren Überzeugung entsprechend (*ex sententia animi*) zu beurteilen, was er akzeptiert und was für nicht genügend bewiesen hält (Dig. 22, 5, 21.).

Die freie Erwägung bedeutet natürlich keine richterliche Willkür. Das hat die Öffentlichkeit des Prozesses verhindert. Die freie Erwägung des Richters wurde durch sein Recht gesichert, daß er sich von Urteilspflicht hat entbinden lassen können, wenn er beeidet hatte, daß ihm die Sache nicht klar ist: *rem sibi non liquere* (Gellius XIV. 2.).

Was die Beweiskraft der einzelnen Beweismaterialien angeht, weist Marcellus auf ein *senatusconsultum* hin, demnach der *census* (die Liste der Bürger ihren Vermögenszustand betreffend) und die Monumente (staatliche Denkmäler, im allgemeinen staatliche Zeugnisse) kräftiger sind als die Aussagen: *census et monumenta publica potiora testibus* (Dig. 22, 3, 10.).

Abgesehen davon gibt es in der Beweiskraft der einzelnen Beweismaterialien prinzipiell keinen Unterschied. Ulpian läßt die Gegenbeweisführung ohne jede Unterscheidung zu (Dig. 1, 18, 6.). Die sog. Indizien können eine der Urkunde ähnliche Beweiskraft besitzen: *indicia non minorem probationis, quam instrumenta continent fidem* (Cod. 3, 32, 19.).

Konstantin hat noch die Beweiskraft der Zeugenaussage und der Urkunde für gleich gehalten (Cod. 4, 21, 15.), die Regel von Iustinian aber schließt schon den Beweis im Gegensatz zur Urkunde aus: *contra scriptum testimonium non scriptum non profertur* (Cod. 4, 20, 1.).

Wie gesehen, sind im Corpus Iuris entgegengesetzte Verordnungen zu den Regeln der Beweisführung zu finden und diese Regeln lassen eine historische Schichtung widerspiegeln. Nach den klassischen Traditionen sind Zeugenaussage und Schrift gleich, soweit sich die eine mit der anderen beweisen läßt. Dieses Gleichgewicht fällt zu Gunsten der Urkunde, die dann absolut und vorherrschend wird. Diese Überlegenheit der Schrift als Beweises stammt aus dem justinianischen Recht.<sup>17</sup>

Das in den Gesetzbüchern von Justinian geregelte Recht der Beweisführung ist — trotz der darin steckenden Widersprüche — zum weiteren Entwicklungsgrund geworden und viele Thesen kommen auch im modernen Recht zur Geltung.

<sup>17</sup> Auch angesichts der Beweisführung ist das Werk „Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess“, München, 1969, von Dieter Simon grundlegend.