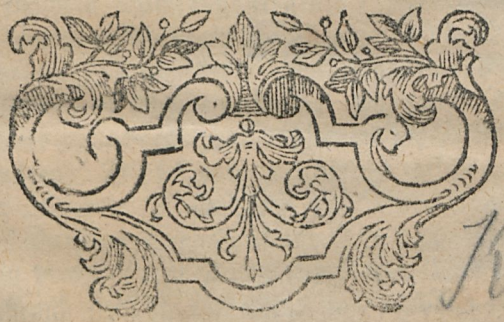
Schierschmied:
Allgemeine
Regel, wer
von den streu-
enden Par-
theyen ...
den Beweis
zu übernehmen.

I. I. Schierschmid.

Allgemeine Regel
wer von den streitenden Partheyen bey einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen.



Andere Auflage 1754.

ERLANGEN,
gedruckt von Johann Dietrich Michael Kammerer,
Universitäts Buchdrucker.

Allgemeine Regel
Wer von den streitenden Partheyen bey einem Rechtshandel den Beweiß zu übernehmen.

§. I.

Es ist eine ganz bekante Sache, daß dieienigen Gelehrten, welche den Grund zu dieser oder iener besondern Wissenschafft gelegt, anfänglich die allgemeinen Sätze per inductionem und durch verschiedene über besondere Fälle angestellte Betrachtungen entdeckt, ohne sich zu bekümmern, ob solche a posteriori angemerkte allgemeine Sätze auch aus der Sache selbst und aus andern höhern Grundsätzen begreiflich wären. Die folgende Gelehrten, welche an der Erweiterung einer besondern Wissenschafft gearbeitet, haben so lange denen erstern Stifftern derer Wissenschafften nachgeahmet, bis man endlich in denen neuern Zeiten angefangen die höhern Lehren derer Wissenschafften zu entdecken, und alsdann haben sich auch die Gelehrten Mühe gegeben, die von ihren Vorfahren angemerkte allgemeine Sätze aus deutlichen Begriffen, mit Zuziehung derer höhern Lehren, zu erklären.

§. II.

Wie aber nun ferner bekant, daß die Anwendung der so genannten unmittelbahren Folgen per inductionem incompletam uns nur eine Wahrscheinlichkeit gewehrt; So ist es öfters geschehen, daß die von denen Uhrhebern derer Wissenschafften gefundene Regel nicht allgemein gewesen, deswegen hat man nachhero Ausnahmen von diesen Regeln setzen müssen: Und weiln dieses endlich so viel geschehen; So hat man durch lange Erfahrung und ohne einen von andern geschehenen Wiederspruch ein besonderes Recht zu erhalten vermeint, von denen anfänglich entdeckten Regeln so viele Abfälle zu machen, als es der Sachen Beschaffenheit zu erfordern geschienen, und daher ist das brocardicum entstanden: Quod nulla regula tam firma sit, quae non aliquando admittat exceptionem.

§. III.

Endlich sind die Gelehrten dem Zwecke näher gekommen, und haben nicht allein für die so genannten allgemeinen Regeln, sondern auch für die angemerkten Abfälle höhere Regeln gefunden, aus welchen man so wohl die so genannten allgemeine Regeln, als auch die gemachten Ausnahmen als besondere Regeln erklärt.

§. IV.

Dergleichen Schicksahl hat besonders unsere Rechtsgelahrtheit in allen Theilen derselben gehabt; wie wohl man in einigen Theilen, die von unsern Vorfahren stärker und eifriger getrieben worden, dem Zwecke näher gekommen, in einigen ist man aber noch weiter davon entfernt.

§. V.

Ob nun gleich die Römische bürgerliche Rechtsgelahrtheit nicht allein von denen Römischen, sondern auch nach deren in

Teutschland

Teutschland geschehenen Reception von unsern teutschen Iuris durch den langen Gebrauch in denen meinen articuln sehr genau untersucht und die besondern Regeln unter die allgemeine gebracht, mithin von denen so genannten und aus Mängel derer höhern Lehren der Rechtsgelahrtheit eingeschlichenen Exceptionen ziemlich gesäubert worden; So sind doch noch viele dergleichen per inductionem entdeckte Regeln in derselben geblieben, die, wie man sagt, ihre besondere Abfälle haben. Zu denen letztern gehört auch die Regel, wodurch man bestimmt, welche von denen streitenden Partheyen bey einem Rechtshandel beweisen soll. Anfänglich haben so wohl die Römischen, als auch die Teutschen Rechtsgelehrten, dem Kläger den Beweiß dessen, worauf er seine Klage gegründet, und welches ihm von den Beklagten verneinet worden, zuerkannt. Und weilen der Beklagte durch seine vorgeschützte exceptiones dem Kläger ähnlich wird; So hat man den Beklagten den Beweiß dessen, worauf er seine beygebrachte Ausflüchte gegründet, und die ihm von den Kläger verneinet worden, auferlegt. Nachdem man in beyden Fällen wahrgenommen, daß der Kläger bey seiner Klage, und der Beklagte bey seinen entgegen gesetzten Ausflüchten gewisse Rechte wieder den andern behauptet; So hat man endlich die Sache zu verbessern und durch eine allgemeine Regel sich zu helfen gesucht, indem man nach den vorhergehenden vermeint, quod affirmanti incumbat probatio.

§. VI.

Weilen aber aus der Vernunft Lehre bekant, daß man eine propositionem affirmantem gar leicht in negatiuam aequipollentem verwandeln kan, wenn man nemlich das eine praedicatum oppositum für das andre setzt; So hat die eine von denen streitenden Partheyen, um der andern den Hals zu schieben, die propo-

 sitionem

sitionem affirmantem, worauf iene die Klage gegründet, in propositionem negatiuam aequipollentem verwandelt. Z. E. der Kläger setzte den Grund seiner Klage auf die Renunciation, so von den andern erzwungen worden; damit er nun der vorhergehenden Regel, quod affirmanti incumbat probatio, nicht erweisen dörfte: So verwandelte er die vorigen propositionem affirmantem in negatiuam aequipollentem, die Renunciation ist nicht freywillig geschehen. Oder einer solte seine Klage darauf gründen, daß der testator närrisch gewesen: So verwandelte er diese propositionem affirmatiuam in negatiuam aequipollentem. Der testator ist nicht sanae mentis gewesen. Auf die Art wurde man genöthiget, zu den in §. 2. berührten brocardico seine Zuflucht zu nehmen, und setzte zu der Regel, quod affirmanti incumbat probatio, folgende exception, daß alsdann dem affirmanti der Beweiß nicht könte auferlegt werden, wann er in der Sache, worauf er seine Klage oder Ausflucht gründete, praesumtionem iuris vor sich habe.

§. VII.

Ich hoffe also, den geneigten Lesern nicht verdrüßlich zu fallen, wann ich in diesen Blättern einen Versuch anstelle, eine allgemeine Regel, wer von denen streitenden Partheyen erweisen soll, zu bestimmen, und dieselbe aus den Begriff von Beweiß und andern höhern Grundlehren zu rechtfertigen. Sothane allgemeine Regel, welche ich anfänglich nach der Gewohnheit derer Alten per inductionem angemerkt, gründet sich auf die materie von denen praesumtionibus iuris: Da ich nemlich in meinen Natur und Völker Recht, die praesumtiones iuris erklärte; So fande ich, daß demienigen, so praesumtionem iuris in specie vor sich hat, kein Beweiß zuerkant würde. Weilen ich aber in eben

diesen

diesen meinen Elem. Iur. Natur. gezeigt, daß in dem Falle, wann der eine praesumtionem iuris in specie vor sich hat, wieder den andern praesumtio iuris et de iure, oder besser zu reden, praesumtio legis pro obligatione sua stritte, und mithin dem andern der Beweiß dessen, worauf er seine Klage oder Ausflucht gegründet, auferlegt würde. So fing ich bey meinen academischen Vorlesungen über die Digesta, und den Process, an die besondern Fälle, wo einen der Beweiß seiner Action oder exception zuerkant wird, fleissig in Betrachtung zu ziehen, und nahme wahr, daß in allen Fällen, wo einen der Beweiß auferlegt wird, wieder denselben praesumtio iuris et de iure stritte: Um deswillen schiene mir nach der Consequentia immediata per inductionem genugsamer Grund vorhanden zu seyn, dieses zur allgemeinen Regel bey den Beweiß zu machen, daß dieienige vor denen streitenden Partheyen, wieder welchen *praesumtio iuris et de iure* stritte, das Gegentheil zu erweisen habe. Und da ich nach der Hand auch den Beweiß dieser meiner Regel gefunden, anbey aber zugleich aus diesen Beweiß die Zweifel aus den Wege geraumt, welche vielleicht einen oder den andern dabey einfallen möchten. So bin ich dadurch desto mehr versichert worden, daß obige Regel allgemein, wodurch man in allen Fällen entscheiden kan, welcher von denen streitenden Partheyen erweisen müsse.

§. VIII.

Da sich aber diese meine Regel und der Beweiß derselben auf die materie de praesumtionibus iuris gründet, und ich Ursach gefunden, die dunklen und zum Theil falschen Begriffe, so man gemeiniglich von der praesumtione iuris et de iure hat zu verbessern; So sehe ich mich genöthiget, bey den zu übernehmenden

Beweiß obiger Regel, mit wenigen dieienige Begriffe, so ich von denen praesumtionibus iuris formirt, voraus zu setzen.

§. IX.

Ein ieder Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache nennt man eine Vermuthung. Nun kan dieser Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache entweder durch ein Gesetz angenommen und gutgeheissen worden seyn, oder nicht. Im ersten Fall entsteht, nach der Meinung aller Rechtsgelehrten, praesumtio iuris, oder vielleicht besser zu reden, praesumtio legis, im andern Fall aber praesumtio hominis.

§. X.

Weilen nun die Gesetze entweder eigendliche, oder uneigendliche, das ist, per consequentiam, Gesetze sind; Und man zu ienen die leges praeceptiuas et prohibitiuas, zu diesen aber den legem permisiuam rechnet; So muß auch die praesumtio iuris oder legis zweyerley seyn: Im letztern Fall heist es praesumtio iuris in specie, im andern aber praesumtio iuris et de iure.

§. XI.

Aus einen lege permisiua bekömmt einer unmittelbahr ein Recht auf den andern; und vermittels des Rechts, so dem einen daraus auf den andern zuwächst, wird bey dem andern eine Verbindlichkeit erweckt. Eben deswegen heist der lex permisiua nur per consequentiam ein Gesetz. Da nun die praesumtio iuris in specie ein Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache ist, welcher in dem lege permisiua angenommen und approbirt worden (§. 10.); So muß die praesumtio iuris in specie demienigen, für welchen solche streitet, eine praesumtionem pro iure sibi contra alterum competente gewehren. Nun ist ferner bekannt, daß ein hoher Grad

der

der Wahrscheinlichkeit in praxi die Stelle der Gewißheit verkritt, und mithin so lange für wahr gehalten wird, bis man das Gegentheil erweißt: Dahero muß das Recht dessen, der praesumtionem iuris in specie vor sich hat, so lange in praxi vor wahr gehalten werden, bis ein anderer das Gegentheil erweist, und mithin diesen Grad der Wahrscheinlichkeit per contrariam probationem elidirt. Eben um deswillen würde man praesumtionem iuris in specie besser praesumtionem legis pro iure alicui contra alterum competente nennen können.

§. XII.

Lex praeceptiua und prohibitiua kommen darinnen miteinander überein, daß beyde unmittelbahr einem eine obligation auferlegen, davon die erstere affirmatiua, die andere negatiua ist. Weilen aber praesumtio iuris et de iure ein Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache ist, so per legem aut praeceptiuam aut prohibitiuam angenommen und approbirt worden (§. 10.); So muß praesumtio iuris et de iure wieder denienigen, bey welchem solche statt findet, eine praesumtionem legis pro obligatione sua alter debita würken. Und mithin muß nach dem vorhergehenden §pho in praxi die obligatio dessen, der praesumtionem iuris et de iure wieder sich hat, so lange für wahr gehalten werden, und also derselbe dem andern obligat seyn, bis iener per contrariam probationem die wieder ihn streitende ptaesumtionem legis pro obligatione sua alteri debita von sich abgelehnet.

§. XIII.

Ein Recht, welches dem einen wieder den andern zukömmt, ist von der Verbindlichkeit des andern gegen den ersten untrennbahr, et vice versa. Solchergestalt muß auch die praesumtio

iuris

iuris in specie, die der eine pro iure suo sibi contra alterum competente hat, von der praesumtione iuris et de iure, oder von der praesumtione legis pro obligatione sua, so eben dieser andere wieder sich hat, untrennbahr seyn, (§. 10.). Mithin muß man allezeit von der praesumtione iuris in specie des einen, auf die praesumtionem iuris et de iure des andern schliessen können, et vice versa. Ein Kind, das wehrender Ehe gebohren, hat praesumtionem iuris in specie für sich, daß es auch aus der Ehe erzeugt worden: Mithin hat ein ieder Theil derer beyden Eheleute, oder auch ein fremder praesumtionem legis pro obligatione sua wieder sich, sothanes Kind, so wehrender Ehe erzeugt worden, vor legitim zu erkennen.

§. XIV.

Der Consensus praesumtus hält eine Art der Präsumtion in sich. Und daher kan der consensus praesumtus eben so, wie die praesumtion, in consensum praesumtum iuris et hominis, auch jener wieder in consensum praesumtum iuris in specie und in consensum praesumtum iuris et de iure eingetheilt werden (§. 9. und 10.). Bey diesen letztern kommen noch zwey Arten des consensus praesumti iuris et de iure vor, die ich aus der Ursach erklären muß, damit ich zugleich denen Einwürfen begegne, welche sonsten der Erklärung von der praesumtione iuris et de iure entgegen gesetzt werden können. Nemlich das obiectum lege determinatum, bey welchen der consensus praesumtus iuris et de iure ist entweder nur auf eine einzige erlaubte Art determinabel, oder es ist auch auf eine andere erlaubte Art, so von der ordentlichen unterschieden, determinabel. Im ersten Fall könte man diesen consensum praesumtum iuris et de iure quasi absolute necessarium, im andern Fall hypothetice necessarium nennen.

§. XV.

§. XV.

Was nur auf eine einzige Art determinabel ist, kan nicht anders seyn, dahero heist es eben absolut nothwendig per Princ. Ontol. Also kan das obiectum lege determinatum, bey welchen der consensus praesumtus iuris et de iure statt findet, wenigstens moraliter, et ciuiliter nicht anders seyn, und mithin *admittiret* der *consensus praesumtus iuris et de iure absolute quasi necessarius* keine *probationem contrarii*. Mir ist gar wohl bekannt, daß man gemeiniglich die praesumtionem iuris et de iure dieienige nennt, davon das Gegentheil zu erweisen unzulässig. Allein mir hat auch allezeit diese Erklärung dunkel geschienen; dieweil ja eine Ursach vorhanden seyn muß, warum bey der praesumtione iuris et de iure kein Beweis des contrarii zulässig. Vor die liebe lange weile aber, und ohne die geringste Ursach etwas für wahr zu halten, habe ich mich noch nicht gewöhnen können. Um deswillen habe ich mir viele Jahre bey denen Pandecten Mühe gegeben, wenigstens bey den besondern casibus, wo man den consensum praesumtum iuris et de iure statt finden läst, und keinen Beweis des contrarii zugiebt, die Ursach davon zu entdecken. Endlich habe ich obige Distinction gefunden, und aus derselben bey allen Fällen, wo consensus praesumtus iuris et de iure absolute quasi necessarius statt findet, den Grund anzeigen können, warum keine probatio des contrarii zulässig. Eben diese meine Erklärung hat in allen Fällen die Probe gehalten. Jetzo will ich nur einen erörtern. Eine Frau, die erfahren, daß ihr Mann mit einer andern Weibspersohn einen Ehebruch begangen, gleichwohl aber nachhero mit demselben cohabitirt, hat nach aller Rechtsgelehrten Meinuug Consensum praesumtum iuris et de iure

(absolute quasi necessarium) wieder sich, daß sie ihren Recht, von der Ehe abzugehen, renunciirt. In diesem Falle kan die Frau, wann sie mit ihrem Mann, nachdem sie den Ehebruch desselben erfahren, cohabitirt, entweder mit demselben, als ihren Mann, cohabitiren, oder denselben als einen Fremden ansehen. Von diesen beyden möglichen Fällen, ist allein der erstere in denen Gesetzen erlaubt, der andere aber nicht; einfolglich ist das obiectum lege determinatum, bey welchen auf seiten der Frau consensus praesumtus iuris et de iure statt findet, nur auf eine einzige erlaubte Art determinabel, und dahero ist derselben absolute quasi necessarius, mithin findet keine probatio contrarii statt.

§. XVI.

Weilen hingegen das obiectum lege determinatum, bey welchen der consensus praesumtus iuris et de iure hypothetice necessarius statt findet, auch auf eine andere erlaubte Art, so von der ordentlichen unterschieden, determinabel, So kan das obiectum lege determinatum bey diesen consensu praesumto iuris et de iure auch moraliter anders seyn: Und mithin hat zwar der eine contrahens consensum praesumtum iuris et de iure wieder sich, daß er in das obiectum lege determinatum, wie es gemeinniglich geschiht, consentirt habe; Allein es ist doch bey diesen consensu praesumto iuris et de iure hypothetice necessario die probatio contrarii zulässig. Hierher gehören die Naturalia contractuum, bey welchen auf seiten des promittentis consensus praesumtus iuris et de iure hypothetice necessarius statt findet, und von denenselben gilt einzig und allein die Regel: Contra eum est

facienda

facienda interpretatio, qui clarius loqui debebat, h. e. qui naturalia alicuius contractus mutata aut accidentalia determinata fuisse asserit über deren Erklärung sich verschiedene Rechtsgelehrten vergebliche Schwürigkeiten gemacht. Z. E. Es hat ein Studiosus eine Stube auf ein Jahr für 20. Thaler gemiethet, auch bezogen, nach einen Monath kommt der locator und verlangt den halbjährigen Stubenzins unter den Vorwand, daß seine inquilini allezeit praenumerirten, und der Studiosus ihn ebenfalls die praenumeration versprochen, der Studiosus schlägt die praenumeration ab, und leugnet, daß er dem locatori solche versprochen. Hier kommt es auf consensum praesumtum iuris et de iure an. Der Stubenzins kan entweder praenumerirt, oder erstlich nach einen halben Jahr bezahlt werden; Beydes ist erlaubt, das letztere aber geschiht gemeiniglich, folglich gehört es ad naturalia locationis conductionis; Dahero heist es: Contra locatorem, qui praenumerationem exigit, est facienda interpretatio, quia clarius loqui debebat. Dieser consensus praesumtus iuris et de iure auf seiten des locatoris, der die praenumeration fordert, ist hypothetice nothwendig, allein es ist probatio contrarii, daß der Studiosus in die praenumeration consentiret, zulässig.

§. XVII.

Die leges überhaupt, besonders aber die bürgerlichen, sind entweder communes oder speciales; Zu denen letztern werden auch die priuilegia gerechnet. Da nun ein Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache, welche durch ein Gesetze angenommen, und approbirt worden, praesumtio iuris genennt wird (§. 9.); So muß die *praesumtio iuris, vel generalis et communis, vel specialis* seyn: Jene gründet sich auf einen legem communem, diese aber

auf einen legem specialem seu ius singulare. Es ist diese distinction in der materie de praesumtionibus iuris eine der allerwichtigsten, weilen dadurch alle Einwürfe gehoben werden können, so wieder meine in den folgenden (§. 22.) erwiesene Regel sonsten können beygebracht werden.

§. XVIII.

Weilen aber überhaupt die praesumtio legis entweder praesumtio legis pro iure ist, oder praesumtio legis pro obligatione (§. 10.); So muß so wohl die praesumtio iuris generalis seu communis, als auch specialis, entweder praesumtio legis pro iure nostro, oder praesumtio legis pro obligatione nostra seyn. Also ist z. E. die praesumtio legis pro iure, so einer pro existimatione simplici, pro libertate naturali, so wohl bey dem iure reali als personali, für sich hat; ferner die praesumtio legis pro iure, so ein ieder Possessor ciuilis, quòd in bona fide sit, für sich hat, eine praesumtio legis pro iure communis oder generalis. Dahingegen die praesumtio, so ein Kind, welches in den siebenden Monath post nuptias gebohren, für sich hat, daß es auch aus der Ehe gezeugt worden, oder die praesumtio, welche ein Findel Kind vor sich hat, daß es ein partus legitimus sey, wie ich in meiner Disputation de tutela occupatitia angeführt, eine praesumtio iuris pro iure sibi competente specialis ist. Ferner so ist auch die praesumtio, daß eine Weibspersohn, so für einen andern fideiubirt, per fictitias boni vel mali repraesentationes h. e. dolo zur Burgschaft gebracht worden, auf seiten der Weibspersohn eine praesumtio legis pro iure specialis, auf seiten des creditoris aber ist eine praesumtio legis pro obligatione specialis (§. 10, 11.). Hieher gehört die praesumtio

iuris

iuris, so richtig geführte Handelsbücher pro quantitate debiti für sich haben.

§. XIX.

Weilen aber auch consensus praesumtus iuris eine species praesumtionis iuris ist (§. 14.); So ist kein Zweifel, daß der *consensus praesumtus iuris vel generalis sey vel specialis.* Zu jenen könte man die naturalia eines jeden Contracts, zu diesen aber die besondern Verfassungen rechnen, so da contra praesumtiones iuris generales bey diesen oder jenen Contract in einem Lande introduciret worden. Also ist es ein consensus praesumtus iuris et de iure specialis, welche nach der hiesigen Hochfürstl. Brandenburg Culmbachischen Landes Constitution Tit. VII. §. 2. eine Verheyrathete wieder sich hat, daß sie in communionem bonorum getretten, wann sie weder ante nuptias, noch auch innerhalb drey Monath nach der Priesterlichen Copulation pacta dotalia gemacht, wenigstens darinnen die proprietatem ihrer zugebrachten Güther sich nicht vorbehalten hat.

§. XX.

Weilen ein priuilegium ein lex specialis ist, wodurch einer a lege communi eximirt worden; So muß die praesumtio legis pro iure nobis competente specialis, im Fall solche unter zwey streitenden Partheyen contradictorie mit der praesumtione iuris generali concurrirt, nicht allein diese letztere praesumtionem iuris generalem pro iure sibi alias competente destruiren, sondern auch wieder diesen letztern praesumtionem iuris et de iure specialem würken (§. 13, 17.). Also hat ein Creditor chirographarius, nachdem der debitor das document recognoscirt, praesumtionem legis pro iure sibi contra debitorem competente specialem für

sich, daß er nemlich dem debitori das in den document eingestandene Geld bezahlt, und also an demselben ein Recht habe, das in document determinirte Geld zu fordern. Diese specielle praesumtio legis pro iure, destruirt nicht allein die praesumtionem iuris generalem, so der debitor sonst pro libertate naturali für sich hat, sondern würkt auch contra debitorem praesumtionem iuris et de iure specialem, daßer das Geld empfangen habe, und mithin muß der debitor seine vielleicht opponirte exceptionem non numeratae pecuniae erweisen (§. 12.). Hiernechst da ferner bekannt, daß praesumtio iuris et de iure, so der eine wider sich hat, dem andern praesumtionem iuris in specie gewähret (§. 13.); So muß die praesumtio iuris et de iure specialis, so der eine wieder sich hat, bey einen andern eine praesumtionem legis pro iure sibi contra alterum competente specialem würken (§. 17.). Also ist die praesumtio, welche ein ieder, so in einem Dorfe Güther besitzt, wieder sich hat, daß er, wie andere Bauren, dem Ritterguthe Frohndienste leisten muß, eine praesumtio iuris et de iure specialis, weilen solche contra praesumtionem generalem pro libertate naturali statt findet. Und dahero hat derjenige, so das Ritterguth besitzt, specialem praesumtionem iuris für sich, von einen ieden Innwohner seines Dorfes Frohndienst zu fordern.

§. XXI.

Nachdem ich also die materie von denen praesumtionibus iuris vorausgesetzt: So komme ich dem Beweiß meiner Regel näher, daß bey einem Rechtshandel allezeit demienigen von denen streitenden Partheyen der Beweiß zuerkant werden müsse, wieder den praesumtio iuris et de iure streitet. Es ist aber der Beweiß,

so

so wie das Wort in unsern Rechten gebraucht wird, eine gerichtliche Handelung, wodurch einer bey dem Richter von der Wahrheit einer geschehenen Sache (de veritate facti) Glauben erweckt. Ob nun gleich sonsten fides philosophica in dem Fall entsteht, wann wir eine geschehene Sache für wahr halten, und darzu die Ursachen in denienigen finden, so die Sache erzehlt; Einfolglich es das Ansehen gewinnet, daß der gerichtliche Beweiß allein durch Zeugen oder Uhrkunden geschehen könne: So wird iedennoch bey einen gerichtlichen Beweiß fides etwas genereller und vor einen ieden Grad der Wahrscheinlichkeit einer geschehenen Sache genommen; dahero haben die Rechtsgelehrten, ohne ihren Begrif von den Beweiß zu ändern, die durch den Augenschein eingezogene Wahrheit einer geschehenen Sache, vielleicht wegen des alten Sprichworts: Was das Auge sieht, glaubt das Hertz, zur dritten Art des Beweises gerechnet. Weilen aber der Augenschein mehr als einen blossen Glauben, nemlich Ueberzeugung, würket, es mag nun dieselbe vollständig oder unvollständig seyn: So kan man den Beweiß durch Augenschein eine *probationem per eminentiam* nennen; Um deswillen übertrift auch diese Art alle andere Arten des Beweises, und findet so gar nach den vollführten ordentlichen Beweiß, ia selbst bey der instehenden Execution statt. Ich weiß wohl, daß man auch noch eine vierte Art des Beweises, per praesumtiones iuris, zehlet. Allein da die praesumtiones iuris in specie, wie aus dem folgenden §pho zu ersehen, zur allgemeinen Regeln von Beweise gehören: So würde man denen Regeln der Vernunftlehre zu nahe treten, wann man das genus, so bey allen speciebus statt finden muß, zu einer besondern specie machen wolte. Die Sache wird sich aus den folgenden erklären.

XXII.

§. XXII.

Der Beweiß ist eine gerichtliche Handelung, wodurch einer bey dem Richter von der Wahrheit einer geschehenen Sache Glauben erweckt (§. praec.). Nun aber bestehet der Glaube, so bey dem Richter bewürkt werden soll, in einen Grad der Wahrscheinlichkeit einer geschehenen Sache, worauf einer seine Rechte gründet (§. cit.). Dahero soll einer durch den Beweiß bey dem Richter einen Grad der Wahrscheinlichkeit der geschehenen Sache, worauf er seine Rechte gründet, erwecken. Da nun ein Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sache, worauf wir unsere Rechte gründen, entweder durch die Gesetze schon vorhero angenommen, und approbirt, oder noch nicht angenommen worden, und iener praesumtio iuris in specie, dieser aber praesumtio hominis genennt wird (§. 9.): So hat derienige, so *praesumtionem legis pro iure sibi contra alterum competente* vor sich hat, so lange ihm diese *praesumtio* bleibt, nicht nöthig, bey dem Richter einen Grad der Wahrscheinlichkeit der geschehenen Sache, worauf er seine Rechte gründet, zu erwecken, mithin hat derselbe keines Beweises nöthig. Weilen aber ferner bekant, daß die praesumtio iuris in specie, so der eine wider dem andern hat, von der praesumtione legis pro obligatione alterius priori debita untrennbar (§. 13.): So muß die praesumtio legis pro iure vni contra alterum competente wider den andern praesumtionem legis pro obligatione priori debita würken, mithin der andere dem ersten so lange obligirt seyn, so lange er dergleichen praesumtionem legis pro obligatione sua priori debita per contrariam probationem nicht elidirt. Ein folglich muß der andere von denen streitenden Partheyen, so *praesumtionem legis pro obligatione sua priori debita* wieder sich hat, wann er dieser seiner

ner *praesumtae obligationi* nicht nachleben will, *probationem contrarii* übernehmen.

§. XXIII.

Die Praesumtio legis pro libertate, ist praesumtio iuris generalissima, und findet regulariter bey allen Menschen statt per Pr. J. N. Um deswillen muß allezeit unter den streitenden Partheyen der eine praesumtionem iuris pro libertate vor sich haben: mithin muß wieder den andern von den streitenden Partheyen, so ein ius auf dem ersten contra libertatem behauptet, praesumtio iuris et de iure statt finden (§. 13.). Da nun bekant, daß die praesumtio legis pro iure sibi contra alterum competente generalis allein per praesumtionem iuris contrariam specialem elidirt wird (§. 12.): So ist derjenige von den streitenden Partheyen, so *praesumtionem iuris pro libertate* vor sich hat so lange diese seine *praesumtio iuris generalis per contrariam praesumtionem iuris specialem* nicht *destruirt* worden, den Beweiß zu übernehmen nicht schuldig, wohl aber der andere, so ein Recht auf den ersten contra libertatem eiusdem behauptet, und also dieserwegen praesumtionem iuris et de iure wieder sich hat. Z.E. Sempronius fordert von dem Titio die Summe von 50. Rthlr. ex mutuo oder ex emto: Titius leugnet solches, und hat praesumtionem iuris pro libertate vor sich, daß er niemanden, einfolglich auch dem Sempronio nicht obligirt und nichts schuldig sey, dahero muß Sempronius, der praesumtionem iuris et de iure wieder sich hat, daß er von dem Titio nichts fordern soll, beweisen, daß ihm Titius die Summe à 50. Rthlr. ex mutuo oder ex emto zu praestiren schuldig sey.

§. XXIV.

So gehört auch hieher die, aus den natürlichen in das bürgerliche Recht, gebrachte praesumtio legis pro aequalitate physica aut morali. Nach iener hat unter andern iedermann, der zu seinen Jahren kommt, die praesumtionem legis generalem für sich, daß er gescheid und vernünftig sey, mithin hat derienige, so vorgiebt, der andere sey nicht sanae mentis, praesumtionem iuris et de iure wider sich, und muß dahero dieses sein Vorgeben erweisen. Wann also Pomponius vorgiebt, der Iulianus sey zu der Zeit, wie er sein Testament gemacht, nicht sanae mentis oder blödsinnig gewesen; So muß der Pomponius dieses sein Vorgeben beweisen, und dem heredi testamentario wird propter praesumtionem legis, quod testator sanae mentis fuerit, unterdessen die possessio hereditatis zu Theil. Nach dieser heißt es quilibet praesumitur bonus in foro externo, und muß dahero derienige, der den andern eines facti illiciti h. e. legibus repugnantis beschuldiget, den Beweiß dieses seines Anführens, propter praesumtionem iuris et de iure, die er wider sich hat, übernehmen. Andere praesumtiones legis generales, worzu auch diese gehört, quod res facti non praesumantur, zu geschweigen.

§. XXV.

Weil aber praesumtio legis pro iure specialis, wann solche mit der praesumtione legis pro iure generali in Collision kommt, dieser generali derogirt, und wider denienigen, so sonsten die generalem pro iure vor sich hatte, praesumtionem legis pro obligatione specialem würket; §. 20. So muß nach den §. 20. derienige, welcher praesumtionem legis

specialem

specialem pro obligatione sua wider sich hat, ohnerachtet sonsten praesumtio legis pro iure generalis für ihn militiret, die probationem contrarii übernehmen, oder diese seine obligation statt finden lassen. Aus diesem principio können die Fälle, so oben §. 20. von dem Creditore chirographario, von Kaufmanns Büchern, von Frohndiensten der Bauern, decidiret worden, erkläret werden. Hierher gehört die praesumtio iuris et de iure specialis, so der Legatarius, der in dem von ihm geschriebenen Testament für sich ein legatum adscribirt, wider sich hat, quod illud inscio et inuito testatore sibi adscripserit. Die praesumtio legis generalis, so dieser Legatarius für sich hat, quod falsum in adscribendo sibi legato non commiserit, wird per hanc praesumtionem legis specialem excludirt, und er muß nunmehro aliunde beweisen, daß er dieses mit Wissen und Willen des testatoris gethan.

§. XXVI.

Aus den vorhergehenden ist also offenbahr, daß nothwendig einer von denen streittenden Partheyen bey einem Proceß, wenigstens praesumtionem legis pro iure suo generalem, es mag nun solche pro libertat naturalie, oder pro aequalitate streiten, für sich hat; Einfolglich muß den andern es mag nun solches der Kläger, ratione seiner Klage, oder der Beklagte ratione seiner exception seyn, weil er solchemnach praesumtionem legis pro obligatione sua generalem wider sich hat, so lange der Beweis auferlieget werden, so lange dieser seine wider sich streitende praesumtionem legis generalem, pro obligatione sua, nicht per aliam praesumtionem legis pro iure suo specialem priori contrariam elidiret, als in welchem Fall er den Beweis

von sich abwendet, und nach dem §. praec. den Gegentheil aufbürdet. Mehrere Fälle sind nicht möglich, und dahero kan nach dieser Regel allezeit bestimmt werden, welchem von diesen streitenden Partheyen der Beweis aufzuerlegen. Die alten ICti so wohl als die neuern, ob sie gleich die Allgemeinheit dieser Regel nicht behauptet, haben doch in ihren uns übergebenen Decisionibus et Responsis genug Merkmahle hinterlassen, woraus man schliesen kan, daß sie diese Regel, wiewohlen noch undeutlich in Gedanken gehabt, und sich darnach in ihren Decisionen gerichtet. Dahero haben die Römischen ICti so wohl bey dem iure personarum, als rerum, in der Materie de testamentis unzehliche Regeln uns an Hand gegeben, wornach die testamenta und besonders die legata et fideicommissa zu interpretiren, welche uns nunmehro praesumtiones legis speciales gewähren, die uns in casu singulari, bey einem aufzuerlegenden Beweis zu Regeln dienen. Die neuern Rechtsgelehrten haben die Wichtigkeit dieser Regel ebenfals eingesehen, und darnach gearbeitet, welches nicht allein deren zurückgelassene Obseruationes, Responsa und Decisiones auf allen Blättern, sondern auch der bekannte Menochius und andere mit denen besondern de praesumtionibus et probationibus edirte Schriften bestärken. Selbst der Beweis per documenta per testes oder per iuramenti delationem gründet sich zulezt auf praesumtiones legis, wie ich in dem programmate de testimonio impuberis quandoque admittendo ausgeführet, und es würden die Partheyen, in einem Rechtshandel wohl niemals zur Ruhe gewiesen werden können, wenn diese praesumtiones legis pro iure, aut obligatione generales vel speciales nicht vorhanden, und endlich das negotium finalisirten.

XXVII.

§. XXVII.

Daraus ergiebt sich also leicht, daß man nicht nöthig habe, wie vormals geschehen, eine besondere speciem probationis per praesumtiones iuris zu machen, weil sich jederzeit der Beweis auf praesumtiones legis gründet; indessen läugne ich nicht, daß eben diese species probationis mir zu der vorhin bemerkten allgemeinen Regel, wer den Beweis zu führen, Gelegenheit gegeben. Uebrigens und da bey einem Rechtshandel es hauptsächlich auf den Beweis ankommt, dieser aber die Materie de praesumtionibus legis vel generalibus vel specialibus voraus setzt: So wäre zu wünschen, daß man schon in der Theorie bey einer jeden besondern Materie, auf die praesumtiones legis speciales, die theils das ius Romanum theils die praxis suppeditirt, sorgfältig achtung gebe, und dieselbe jederzeit bey den speciellen Materien mit anmerkete, weilen man sodann nicht allein einen jeden Streithandel eher endigen, sondern auch die Partheyen selbst von den Processen eher abhalten, und sie per amicabilem compositionem oder sonsten desto leichter beruhigen könnte.

I. I. S. chierschmid.

Allgemeine Regel
wer von den streitenden Partheyen bey einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen.

Andere Auflage 1754.

ERLANGEN,
gedruckt von Johann Dietrich Michael Kammerer,
Universitäts Buchdrucker.