

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 22 (1903)

Artikel: Zur Lehre von der Beweislast : insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen

Autor: Meyerhofer, Ernst

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896594>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Zur Lehre von der Beweislast, insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen.

Von

Dr. jur. ERNST MEYERHOFER, Bezirksrichter in ZÜRICH.

I. Die Beweislastlehre im allgemeinen.

1. Einleitendes.

Der alte Quintilian hat eine einem jeden im praktischen Rechtsleben stehenden Juristen bekannte Erfahrungstatsache ausgesprochen, wenn er einmal sagte: *Lis nulla est, cui probatione opus non est.*¹⁾ Solche Prozesse, in welchen alle tatsächlichen Behauptungen unbestritten sind und es bloss auf die Entscheidung von Rechtsfragen ankommt, kommen zwar nicht geradezu überhaupt nicht vor, aber sie sind selten. Meist kommt alles auf den Beweis an. Und nun ist es eine weitere Tatsache, dass das am weitaus häufigsten zur Anwendung kommende Beweismittel: der Zeugenbeweis, sehr wenig zuverlässig ist. Stölzel sagt deshalb einmal geradezu, dass die Auflage der Beweislast halber Prozessverlust sei.²⁾

Die Lehre von der Beweislast ist also eine ungemein wichtige Disziplin, ja, man darf wohl mit Fitting³⁾ sagen, dass es im ganzen Gebiete der Rechtswissenschaft schwerlich eine Lehre von grösserer praktischer Wichtigkeit, als diejenige von der Beweislast, gibt. Die Beweislosigkeit des Rechts kommt seinem Nichtsein tatsächlich gleich; über solches Sein oder

¹⁾ Inst. orat. V. pr.

²⁾ Schulung für die civilistische Praxis. Erster Teil. 4. Aufl. Berlin 1900, S. XXII.

³⁾ Die Grundlagen der Beweislast, in der Buschschen Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd XIII, 1889, S. 1.

Nichtsein entscheidet unendlich oft die Verteilung der Beweislast.⁴⁾

Anderseits muss aber auch gesagt werden, dass es kaum eine andere Rechtsmaterie gibt, welche derart umstritten wäre, wie die Beweislastlehre.

Schon darüber herrscht der grösste Streit, wohin diese Lehre ihrem Prinzipie nach eigentlich gehöre, ob in das materielle Recht, oder in das Prozessrecht, oder in beide,⁵⁾ worauf in anderm Zusammenhange noch kurz einzugehen sein wird.

⁴⁾ Wach, die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuche; in der soeben zitierten Zeitschrift Bd XXIX, 1901, S. 365.

⁵⁾ Ersterer Meinung sind z. B. Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd II, Leipzig 1859, S. 448 und 563, welcher darauf hinweist, dass die gemeinrechtlichen Schriftsteller allgemein auf diesem Standpunkt stehen; ferner die Motive zur deutschen Civilprozessordnung zu den §§ 240—243, 245—248 des Entw. Nr. 3, I.; ferner von neueren Schriftstellern z. B. Wilmowski und Levi: Kommentar zur Civilprozessordnung. 7. Aufl. Berlin 1895, 1 Bd, S. 449; Schurter: Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890, S. 15.

Der zweiten Meinung sind z. B. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885, Bd I, S. 125 f.; Zeitschrift a. a. O. S. 362 f.; Betzinger: die Beweislast im Civilprozess, Karlsruhe 1894, S. 296; Reinhold: Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast, Berlin 1888, S. 17 ff. und: Zur Lehre von der Beweislast, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd XX, S. 153; Regelsberger, Pandekten, Bd I, Leipzig 1893, S. 694; Schmidt: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1898, S. 436, welcher von dieser Ansicht als der derzeitigen „gemeinen Meinung“ spricht; Rosenberg: Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900, S. 38; Hellwig: Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. Bd I. Leipzig 1903, S. 6. Der dritten Ansicht ist z. B. Beckh: die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899, S. 1 ff. Vergl. auch Entscheidungen des Bundesgerichts, Bd XVIII, S. 298 f., Bd XX, S. 496.

Die Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich liessen die Frage offen. Bd I, Allg. Teil. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, S. 382. Derselbe Standpunkt findet sich in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., bearbeitet im Auftrage des Reichsjustizamts von Achilles, Spahn, Gebhard, Bd I, Berlin 1897, S. 259.

Im weiteren herrscht dann zwischen denjenigen Schriftstellern, welche die Beweislast dem Prozessrechte zuweisen, Uneinigkeit darüber, ob von dieser nur im Civilprozeße gesprochen werden könne, weil das Prinzip der Passivität des Gerichts, die sogen. Verhandlungsmaxime, die Grundlage der Lehre von derselben bilde, oder ob die Frage der Beweislast sich auch im Strafprozess, wo der Grundsatz der Aktivität des Gerichts, die sogen. Untersuchungsmaxime gilt, erhebe.⁶⁾

Sodann wird ferner, um auch dieses hier vorwegzunehmen, über das Verhältnis der sogen. Behauptungslast zur Beweislast gestritten. Während auf der einen Seite die Ansicht vertreten wird, dass die letztere sich nach der ersteren richte, durch diese bestimmt werde, sind andere Schriftsteller der Meinung, dass die erstere sich nach der letzteren richte, und wieder andere, dass Behauptungs- und Beweislast überhaupt nicht in diesem engen Zusammenhange ständen.⁷⁾

⁶⁾ Ersterer Ansicht sind z. B. Reinhold: Zeitschrift a. a. O. S. 132 f.; Wach: Handbuch a. a. O. S. 126: „Ein Gesetz, welches die Offizialtätigkeit des Richters in den civilprozessualen Beweis einführt und ihm die Eruierung der materiellen Wahrheit im Sinne des Strafprozesses zur Pflicht machte, wäre unvereinbar mit einer Beweislastverteilung.“ Ein solcher Versuch wurde bekanntlich in der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten vom Jahre 1794 gemacht. Wach: Zeitschrift a. a. O., S. 359, ff.

Letzterer Ansicht sind z. B. Fitting a. a. O. S. 1 und 42. Rosenberg a. a. O. S. 34 ff., 38. Man spricht z. B. von einer „natürlichen“ oder „faktischen“ Beweislast des Angeklagten im Strafprozeße hinsichtlich entlastender Umstände. Vergl. Stein: Das private Wissen des Richters, Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Leipzig 1893, S. 179; Rosenberg a. a. O. S. 49.

⁷⁾ Ersterer Ansicht sind z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 450 Anm.; 563 f.; Reinhold: Klagegrund etc. S. 20, ff. Kress: Zur Lehre von der Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Würzburg 1899, S. 30 f., S. 122 ff.; Motive zum B. G. B. Bd I, S. 382; Martinius: Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Verträge, Berlin 1902, S. 11, S. 44 f.

Der zweiten Ansicht ist z. B. Maxen: Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, Göttingen 1861, S. 64 ff.

Der dritten Ansicht sind z. B. Stein a. a. O. S. 89, 93; Wach: Zeitschrift a. a. O. S. 387.

Vergl. hier auch noch Beckh a. a. O. S. 1 ff. und Rosenberg a. a. O. S. 39 ff., von denen ersterer zwischen materieller Beweislast,

Diese beiden letzteren Punkte betreffen indessen Fragen, deren eingehende Behandlung über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen würde. Unbestreitbar ist jedenfalls das, dass die Lehre von der Beweislast in erster Linie und hauptsächlich im Civilprozess praktisch wird — wir werden uns nur mit dieser beschäftigen — und dass sich dort Behauptungs- und Beweislast in der Regel decken. Und die praktische Bedeutung dieser Lehre ist, trotzdem die modernen Prozessgesetzgebungen das Beweisurteil (Beweisinterlocut) des gemeinen Prozesses grossenteils durch einen Beweisbeschluss, an welchen das Gericht nicht gebunden ist, und die gesetzlichen Beweisregeln durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung des Gerichts ersetzt haben, nicht wesentlich verringert worden.⁸⁾

Was den Begriff der Beweislast anbetrifft, so herrscht hierüber auch wieder Streit. Insbesondere ist man darüber uneinig, ob es sich um eine Beweispflicht oder um ein Beweisrecht handle. Am meisten für sich hat unsers Erachtens die Ansicht Fittings, welche dahin geht, dass es sich hier nicht um einen selbständigen und eigentlichen Rechtsbegriff, sondern bloss um den Ausdruck für eine praktische Folge aus andern Rechtsregeln handle. Nach ihm bedeutet die Beweislast nichts weiter, als die für eine Partei bestehende praktische Notwendigkeit, — nicht vom Rechte auferlegte Pflicht — ein noch nicht feststehendes tatsächliches Verhältnis zur Feststellung zu bringen, weil im Hinblick auf rechtliche Vorschriften eine von ihr erstrebte richterliche Entscheidung durch das Feststehen des Verhältnisses bedingt ist.⁹⁾

Behauptungslast und prozessualer Beweislast, letzterer zwischen Feststellungslast — u. E. identisch mit der Beckhschen materiellen Beweislast —, Behauptungs- und Beweislast unterscheidet.

Ueber die „Feststellungslast,“ ebenso wie über den vom Reichsgericht einmal — Entsch. Bd 9, 1893, S. 339 — aufgestellten Begriff der prozessualen Darlegungspflicht vergl. Martinus a. a. O. S. 8 f., 11, 44 f.

⁸⁾ Vergl. das nähere hierüber z. B. bei Rosenberg a. a. O. S. 12 ff., wo auch die in Betracht kommende Literatur zitiert ist.

⁹⁾ A. a. O. S. 12. Diese Definition haben im wesentlichen angenommen z. B. Reinhold: Zeitschrift a. a. O. S. 129 ff. und Kress a. a. O. S. 15 ff.

Vergl. auch Betzinger a. a. O. S. 295. Dagegen behandelt z. B. Regelsberger die Regeln über die Beweislast als Rechtsregeln: a. a. O.

Im Folgenden soll nun, das ist der Zweck der vorliegenden Arbeit, ein kurzer Ueberblick über die verschiedenen Lehren bezüglich der Beweislast im allgemeinen und sodann eine eingehende Darlegung der Doktrin und Gerichtspraxis mit Bezug auf die Frage der Beweislast bei bedingten und befristeten Verträgen im besonderen, verbunden mit einer jeweiligen kritischen Würdigung der verschiedenen Ansichten, gegeben werden. Dem bedingten und befristeten Vertrage wird eine besondere Berücksichtigung aus zwei Gründen zu teil: einmal, weil die Frage der Beweislastverteilung hier am meisten umstritten, und sodann, weil sie von besonderem praktischen Interesse ist.

2. Geschichtliches.

In den römischen Rechtsquellen finden sich folgende Beweislastregeln genereller Natur: Erstens: *Semper necessitas probandi incumbit ei, qui agit*¹⁰⁾ und zweitens: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*¹¹⁾ oder: *Cum per rerum naturam negantis nulla probatio sit*,¹²⁾ welche beiden letzteren Stellen man in die Rechtssparömie zusammengefasst hat: *Affirmanti incumbit probatio, non neganti*.

Was den ersten Ausspruch anbetrifft, so liegt dessen Unzulänglichkeit auf der Hand. Dass sich darüber auch die Römer schon im klaren waren, beweist die Stelle l. 12 D. de prob. 22. 3: *Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur*.

Und mit Bezug auf die zweite Regel ist zu sagen, dass dieselbe so. allgemein lautet, dass verschiedene Auslegungen

S. 694. Ebenso spricht Wach: Zeitschrift a. a. O. S. 367 f. 386 von Rechtsnormen, die, soweit sie nicht dem geschriebenen Recht zu entnehmen seien, den Charakter von Gewohnheitsrecht haben würden. Vergl. auch Kohler: Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888, S. 46 f., der die Beweisantretungen der Parteien als Rechtsakte bezeichnet.

¹⁰⁾ l. 21 D. de prob. 22. 3; § 4 J. de legat. 2. 20; l. 8 l. 20 C. de prob. 4. 19; l. un. C. de proh. seq. pec. 4. 4.

¹¹⁾ l. 2 D. de prob. 22. 3.

¹²⁾ l. 23 C. de prob. 4. 19.

möglich sind. Der Glossator Irnerius legte diese Stelle so aus, dass er sagte, es seien nur positive Tatsachen, nicht aber Verneinungen, sogen. Negativen, beweisbedürftig, und wurde so der Begründer der Theorie von der bloss affirmativen Beweislast, welche während Jahrhunderten die Praxis beherrscht hat, insbesondere auch in die Quellen des kanonischen Rechts übergegangen ist und in scholastischer Weise aufs detaillierteste ausgebildet wurde.¹³⁾ Im Anfang des verfloßenen Jahrhunderts wurde sie dann erfolgreich bekämpft, namentlich von A. D. Weber,¹⁴⁾ sie hat aber auch heutzutage noch Anhänger,¹⁵⁾ ist jedoch, wie die derzeitig herrschende Meinung mit Recht annimmt, in der allgemeinen Form, in welcher sie aufgestellt wurde, unrichtig.¹⁶⁾

Von anderer Seite werden die obigen Quellenstellen in der Weise interpretiert, dass gesagt wird, die einfache Wahrheit, welche sich in diesen ausdrücke, sei die, dass die Berufung auf die Fortdauer des bisherigen tatsächlichen Zustandes keiner besonderen Feststellung bedürfe, dass vielmehr jede Veränderung, jedes Geschehnis besonders festgestellt werden müsse, widrigenfalls es für das Gericht nicht vorhanden sei.

¹³⁾ Vergl. das nähere bei Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprozesses, Berlin und Stettin 1827, S. 324 ff. und bezüglich des kanonischen Rechts auch bei Endemann, Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd XV, S. 253.

¹⁴⁾ Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, 2^{te} Ausgabe, mit Anmerkungen und Zusätzen von Heffter, Halle 1832, S. 132 ff.

¹⁵⁾ Vergl. z. B. Dernburg: Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1900, Bd I, § 159, S. 367 f.; Beckh: a. a. O. S. 56 ff., S. 182 ff. und neuestens insbesondere Martinus a. a. O. S. 11 ff., S. 49.

¹⁶⁾ Es sei hier auf die zutreffenden Ausführungen bei Reinhold: Zeitschrift a. a. O. S. 121 ff.; Kress a. a. O. S. 31 ff.; Rosenberg a. a. O. S. 115 ff. verwiesen. Vergl. auch Motive zum B. G. B. Bd I, S. 383 und Wach: Zeitschrift a. a. O., S. 388, der von einem längst überwundenen Irrtum spricht. Allerdings soll es der Gesetzgeber tunlichst vermeiden, einer Partei den Beweis des Nichtseins einer bestimmten Tatsache aufzuerlegen. Dieser Grundsatz wurde auch im deutschen B. G. B. so weit möglich befolgt, wenn auch durchaus nicht ausnahmslos. Vergl. Rosenberg a. a. O. S. 115 ff., Beckh a. a. O. S. 56 ff.

Diese Theorie wurde von Schneider aufgestellt.¹⁷⁾ Er nannte den Satz, wodurch die Fortdauer eines als bekannt vorausgesetzten Zustandes ausgedrückt wird, einen *realverneinenden* und einen Satz, der eine Veränderung dieses Zustandes ausdrückt, einen *realbejahenden*. Für die Fortdauer eines mit Bezug auf den Anfang gewissen Zustandes soll nach Schneider eine Vermutung sprechen. Aus diesem Grunde bedürfen nach seiner Lehre nur die *realbejahenden* Sätze des Beweises. Diese Theorie wurde z. B. auch von Kori¹⁸⁾ vertreten und von Fitting¹⁹⁾ mit einer neuen Begründung versehen. Auf die scharfsinnigen Ausführungen dieses letzteren Rechtsgelehrten wird in einem andern Zusammenhange noch einzugehen sein.

Daneben finden sich noch weitere Interpretationen, von denen nur noch die hervorgehoben sein mag, wonach die in Betracht kommende Quellenstelle den Sinn haben soll, dass denjenigen, welcher einen Anspruch geltend mache, nicht denjenigen, welcher diesen leugne, die Beweislast treffe.²⁰⁾ In solcher Weise ausgelegt, bekommt diese Regel den gleichen Sinn wie die erstbehandelte und erscheint auch ebenso unzulänglich.

Eine zweite Haupttheorie, welche von dem Glossator Bulgarus und dem Postglossator Bartolus aufgestellt wurde, bildete sich auf Grund der ersterwähnten römischen Quellenstelle und ging dahin, dass jede Partei den Grund ihrer Anträge beweisen müsse, der Kläger die Klage und Replik, der Beklagte seine Exceptionen und Dupliken. Diese Ansicht wurde in Deutschland schon in der älteren Zeit von einer Mehrzahl der praktischen Schriftsteller angenommen.²¹⁾

¹⁷⁾ Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtsachen. Ausgabe von Hofmann, Giessen 1842, § 15 ff., S. 21 ff.

¹⁸⁾ Ueber die Regel: *affirmanti incumbit probatio*, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd VIII, Heidelberg 1825, S. 90 ff.

¹⁹⁾ A. a. O. S. 17 ff. Gegen diese Auffassung polemisiert Reinhold: Zeitschrift a. a. O. S. 115 ff. Anschliessend an Fitting neuestens Martinus a. a. O. S. 18 ff.

²⁰⁾ So z. B. Puchta: Pandekten, 12. Aufl. Leipzig 1877, § 97, S. 152 Anm. g.

²¹⁾ Vergl. zu obigem Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 325 ff.

Auch diese Theorie ist in ihrer allgemeinen Fassung für die Praxis ohne erheblichen Wert, wenn sie auch, wie aus den spätern Ausführungen hervorgehen wird, einen richtigen Kern enthält.

Eine dritte, gleichfalls sehr alte und früher weit verbreitete Theorie endlich — deren Anfänge reichen ebenfalls in die Glossatorenzeit hinauf — knüpfte daran an, dass schon in den Quellen des römischen Rechts die Bestimmung der Beweislast in einzelnen Fällen von einer für den Gegner streitenden Vermutung abhängig gemacht wird,²²⁾ und erblickte nun das für die Verteilung der Beweislast entscheidende Moment in der für oder gegen eine Behauptung streitenden Vermutung. Beweisen muss, so lehrte diese Theorie, jedesmal der, welcher eine Vermutung gegen sich hat.²³⁾ Diese sogen. Vermutungstheorie ist wie die Negativentheorie zuerst von Weber²⁴⁾ erfolgreich bekämpft worden. Sie ist aus dem Grunde nicht haltbar, weil nicht gesagt werden kann, dass neben jeder denkbaren Behauptung eine Vermutung für oder gegen deren Wahrheit herlaufe;²⁵⁾ dieselbe spielt aber namentlich in der Gerichtspraxis auch heute noch eine grosse und, gerade herausgesagt, nicht glückliche Rolle.

3. Die Grundprinzipien der Lehre von der Beweislast.

Die ganze Zerfahrenheit dieser Lehre zeigt sich insbesondere auch darin, dass grosse Uneinigkeit darüber herrscht, aus was für Grundsätzen dieselbe eigentlich herzuleiten sei. Die einen Schriftsteller vertreten die Ansicht, dass hier lediglich Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründe massgebend seien.²⁶⁾ Diese, für sich allein genommen, können aber nicht

²²⁾ Vergl. z. B. l. 25 D. de prob. 22, 3.

²³⁾ Siehe darüber Burckhard: die civilistischen Präsumtionen, Weimar 1866, S. 125 ff., Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 323 ff.

²⁴⁾ A. a. O. S. 94 ff.

²⁵⁾ So Fitting a. a. O. S. 3. Vergl. z. B. auch Gerber: Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast, Jena 1858, S. 15; Maxen a. a. O. S. 53 ff.; Rosenberg a. a. O. S. 103 ff.

²⁶⁾ Hieher gehören zum Beispiel Gerber a. a. O. S. 10 f., 18 f.; Maxen a. a. O. S. 50; Unger a. a. O. Bd II, S. 451, der sagt, es erscheine

ein genügend starkes und sicheres Fundament für ein so kompliziertes Gebäude, als welches sich die Lehre von der Beweislast darstellt, bilden. Aus der Aequitas, diesem „deus ex machina zur Rettung juristischer Argumentationen“, ²⁷⁾ kann man schliesslich alles mögliche und unmögliche herleiten.

Andere Schriftsteller leiten die Grundsätze unserer Lehre aus der Logik und der Natur der Sache ab, ²⁸⁾ welche Ansicht jedenfalls den Vorzug hat, dass sie einen festen Boden für die Beweislastlehre zu schaffen sucht. Nur ist dabei die Gefahr vorhanden, dass dem „Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik hinaufschraubt“, ²⁹⁾ — oder besser: hinunterschraubt — zu viel geopfert wird.

Und eine dritte Meinung endlich geht dahin, dass sowohl die Billigkeit, als auch Logik und Natur der Sache massgebend seien. ³⁰⁾

Was insbesondere die zweite Ansicht anbetrifft, so gehen dann die Meinungen wieder insofern auseinander, als darüber gestritten wird, ob die allgemeine Natur der Sache, oder die

als eine Forderung der natürlichen Billigkeit, in dem Kampfe der streitenden Parteien Sonne und Wind gleich zu verteilen und nicht alle Lasten dem sein Recht suchenden Teil aufzubürden. Wach: a) Handbuch S. 125, b) Vorträge über die Reichscivilprozessordnung, 2. Aufl. Bonn, 1896, S. 210 f., c) Zeitschrift a. a. O. S. 366 f., 386. Reinhold: Klagegrund S. 89, ff., welcher aber diese Ansicht nachher wieder aufgegeben hat. Siehe Zeitschrift a. a. O. S. 141; Schmidt a. a. O. S. 439: „Die Beweislastverteilung ist Billigkeitseinrichtung, bestimmt, den an sich gleichstehenden Interessenten des Civilprozesses gleiche Rechte und Lasten zu geben.“

Diese Schriftsteller stützen sich zum Teil auf die bereits cit. l. 12 D. de prob. 22. 3.

Vergl. auch noch Dernburg a. a. O. Bd I, § 159, S. 367.

²⁷⁾ So Betzinger a. a. O. S. 336.

²⁸⁾ Vergl. z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 319; Fitting a. a. O. S. 45: „Auch fliesst das alles aus der unwandelbaren Natur der Sache und von blossen Rücksichten der Billigkeit oder Zweckmässigkeit kann keine Rede sein“; Beckh. a. a. O. S. 40.

²⁹⁾ So Jhering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. Teil, 1. Abt., 4. Aufl. Leipzig 1888, § 59, S. 321.

³⁰⁾ Vergl. die Kommissionsprotokolle für die 2^{te} Lesung des B. G. B. Bd I, S. 259; ferner z. B. Regelsberger a. a. O. S. 694.

besondere Natur und Konstruktion des Prozesses, speziell des Civilprozesses, massgebend sei,³¹⁾ welche Streitfrage mit einer bereits früher erwähnten zusammenhängt, nämlich derjenigen darüber, ob man nur im Civilprozesse, oder auch im Strafprozesse von Beweislast reden könne.

Am richtigsten scheint uns die dritte Ansicht zu sein. Man darf einerseits gewiss nicht darauf verzichten, für die Beweislastregeln ein den Grundsätzen der Logik und der Natur der Sache entsprechendes Grundprinzip zu finden, muss aber anderseits doch anerkennen, dass bei der Entscheidung von Spezialfragen auch Rücksichten auf die Billigkeit eine Rolle spielen dürfen. Was insbesondere die Natur der Sache anbetrifft, so kommt diese speziell als Natur des Civilprozesses als eines kontradiktorischen, von der Verhandlungsmaxime beherrschten, mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ausgestatteten Verfahrens in Betracht.

Auf eine weitere Ausdehnung dieser Untersuchung müssen wir hier verzichten.

Ob nun aber die unsere Lehre behandelnden Schriftsteller das eine oder das andere der obigen Prinzipien zu Grunde legen, so kommen sie doch zur Aufstellung der gleichen Generalregel und diese lautet, dass derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, — also normalerweise der Kläger; die Parteirolle ist aber, wie hier ein für alle Mal hervorgehoben sein soll, nicht entscheidend, — nur die sogen. rechts-erzeugenden Tatsachen, derjenige, gegen welchen der Anspruch geltend gemacht wird, also normalerweise der Beklagte, dagegen die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen zu beweisen habe. Diese sogen. Grundregel ist unbestritten.³²⁾

³¹⁾ Ersterer Ansicht ist z. B. Fitting a. a. O. S. 45; letzterer Ansicht sind z. B. Betzinger a. a. O. S. 279 ff.; Reinhold: Zeitschrift a. a. O. S. 132, welche die Grundsätze der Beweislast im wesentlichen aus der Verhandlungsmaxime herleiten.

³²⁾ Vergl. z. B. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd V, Berlin 1841, § 225, S. 150 ff.; Maxen a. a. O. im Vorwort, wo er sagt, dass diese Beweislastregel jetzt ziemlich allgemein angenommen sei,

Man pflegt diejenigen Tatsachen, welche rechtliche Wirkungen hervorbringen, als juristische³³⁾ zu bezeichnen und versteht nun unter rechtserzeugenden Tatsachen die Gesamtheit derjenigen, aus denen das Privatrecht die Entstehung gerade solcher Ansprüche herleitet, wie er im konkreten Fall Gegenstand der Aburteilung ist. (Z. B. Einigung über Ware und Preis als Grund des Kaufpreisanspruches.) Unter rechtsvernichtenden Tatsachen versteht man diejenigen Tatsachengruppen, welche ihrem Wesen nach nur die Wirkung äussern, den Anspruch nach seiner Entstehung wieder zum Erlöschen zu bringen. Hieher gehören zum Beispiel Löschung der Obligation durch Zahlung, Novation, kasuellen Untergang der geschuldeten species, Untergang der Servitut durch non usus, Untergang des Eigentums durch Dereliction. Und unter rechtshindernden oder rechtshemmenden Tatsachen endlich versteht man diejenigen Tatsachengruppen, welche im Zusammen treffen mit rechtserzeugenden Tatsachen von vorneherein die Entstehung des Anspruches vereiteln, aber gleichwohl die Verwirklichung des vom Gesetz mit rechtserzeugender Wirksamkeit ausgestatteten Tatbestandes in allen seinen Merkmalen unberührt lassen. Sie verkörpern sich in Zuständen oder Ereignissen, welche im Gegensatz zu den rechtsvernichtenden Tat-

und S. 56; Unger a. a. O. S. 447 ff., der speziell bezüglich der rechtsvernichtenden Tatsachen sagt, dass darüber Einigkeit herrsche, dass sie vom Beklagten zu beweisen seien (S. 460); Reinhold: Klagegrund S. 25: „Diese Dreiteilung wird der Lehre von der Beweislast ziemlich allgemein zu Grunde gelegt.“ Schmidt a. a. O. S. 441 f., welcher für diese Abgrenzung den Charakter eines Gewohnheitsrechtes in Anspruch nimmt; Motive zum B. G. B. Bd I, S. 382: „Die Vorschrift des § 193 des E. I. gibt anerkannte Sätze wieder.“ § 193 lautet: Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Tatsachen, wer die Aufhebung des Anspruchs oder die Hemmung seiner Wirksamkeit geltend macht, hat die die Aufhebung oder Hemmung begründenden Tatsachen zu beweisen.

Martinus a. a. O. S 33 ff. behauptet mit Unrecht, dass diese Unterscheidung der Tatsachen ohne jeden Wert für die Beweislastverteilung sei, weil erstere nicht absolute, sondern, was, wie aus dem folgenden hervorgeht, allerdings richtig ist, nur relative Bedeutung habe.

³³⁾ Der Ausdruck stammt wohl von Savigny a. a. O. Bd III, Berlin 1840, S. 3.

sachen historisch und logisch zu der Gesamtheit der Entstehungsbedingungen des Anspruchs gehören, aber in ihrer juristischen Bedeutung eine getrennte gesetzgeberische Behandlung erfahren. Auf ein besonderes Charakteristikum der rechtshindernden Tatsachen wird noch einzugehen sein. Hieher gehören z. B. die Behauptung der Rechts- oder Erbunfähigkeit des Klägers — wir wollen mit Kläger immer die einen materiellen Anspruch geltend machende Partei bezeichnen, also von dem Fall der sogen. negativen Feststellungsklage absehen — der Handlungsunfähigkeit einer der Parteien, z. B. infolge von Minderjährigkeit oder Geisteskrankheit, des Scherzes, der Simulation bei Verträgen, der extra commercium-Qualität der Streitsache.³⁴⁾

Die rechtserzeugenden Tatsachen pflegt man unter dem Begriffe des Klagegrundes³⁵⁾ zusammenzufassen. Dieser sogen. formelle oder prozessualische Klagegrund ist von dem sogen. materiellen Klaggrunde oder dem Klagrechte streng zu unterscheiden. Zu letzterem gehört nicht nur der rechtserzeugende Tatbestand, sondern auch das Nichtvorhanden-

³⁴⁾ Die im Text angeführten Definitionen sind diejenigen von Schmidt a. a. O. S. 439 ff. Sie sind u. E. die klarsten und umfassendsten. Vergl. z. B. auch Unger a. a. O. Bd II, S. 454 ff., 488 f.; Reinhold: Klagegrund, S. 24 f., 35 ff., 38 ff., 63 ff.; Kress a. a. O. S. 42 ff. Von den hier zusammengestellten verschiedenen Definitionen sei noch besonders die von Langenbeck — die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Leipzig 1860, S. 279 f., — erwähnt, welcher unter rechtsbegründenden Tatsachen nur jene Entstehungsbedingungen des geltend gemachten Rechts versteht, die als die äussern Merkmale der Rechtsentstehung erscheinen, während rechtshindernde jene seien, welche zu diesen äussern Merkmalen nicht gehören. — Mit Bezug auf die Behauptung der Handlungsunfähigkeit infolge von Minderjährigkeit ist — ein weisser Rabe — anderer Meinung Beckh a. a. O. S. 135 ff. Nach ihm handelt es sich hier nicht um die Behauptung einer rechtshindernden Tatsache, sondern das Vorhandensein der Handlungsfähigkeit sei eine vom Kläger zu beweisende rechtserzeugende Tatsache. Vergl. hiezu z. B. Rosenberg a. a. O. S. 100 f.

³⁵⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 452 f.; Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878, § 16, S. 149; Schmidt, a. a. O. S. 441. Und zwar nennt man diesen Klagegrund den historischen, im Gegensatz zum rechtlichen. Vergl. Unger a. a. O. S. 452 f., 464 f.

sein von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen, überhaupt aller solcher, welche geeignet wären, dem Klagrecht den Charakter eines wirklichen, gegenwärtigen, verfolg-baren Rechtes zu nehmen.³⁶⁾

Die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen fasst man unter dem Namen Einrede im weitem Sinn zusammen und stellt diese sogen. prozessrechtliche, weil der Einführung des prozessualen Klagegrundes ihre Entstehung verdankende Einrede der römisch-rechtlichen, aus dem Formularprozess hervorgegangenen *exceptio* gegenüber, welche letztere man auch Einrede im engem Sinn, im technischen Sinn oder materiell-rechtliche Einrede nennt.³⁷⁾ Allerdings herrscht darüber Streit, ob und inwieweit der noch nicht vollständig abgeklärte römische *Exceptionen*-begriff im heutigen Rechte überhaupt noch Geltung habe,³⁸⁾ worauf naturgemäss nicht des nähern eingegangen werden kann.

Oft werden auch unter dem generellen modernen Einredsbegriff die *ipso iure* wirkenden Einreden im weitem Sinn und die *ope exceptionis* wirkenden Einreden im engem Sinn zusammengefasst.³⁹⁾ Eine solche Ausdehnung des Begriffes

³⁶⁾ Vergl. z. B. Gerber a. a. O. S. 30; Maxen a. a. O. S. 62 f.; Reinhold, Zeitschrift a. a. O. S. 145 f. u. die bei Reinhold, Klagegrund S. 4 cit. Schriftsteller; Kress, a. a. O. S. 8 ff.

³⁷⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O., Bd II, S. 474 ff.; Maxen a. a. O. S. 94 f., welcher für die Einrede im weitem Sinn auch die von Savigny a. a. O., Bd V, S. 153 angewendete Bezeichnung *relative Negation* aufnimmt. Vergl. S. 76 ff.

³⁸⁾ Vergl. z. B. Reinhold, Klagegrund S. 122 ff. und Zeitschrift a. a. O. S. 147 ff., wo sich auch die in Betracht kommende Literatur citiert findet. Als Einreden i. e. S. werden z. B. betrachtet die *exceptio temporis*, *rei judicatae*, *quod metus causa*, *doli specialis* — diese beiden wenigstens nach römischem und gemeinem Recht — *pacti de non petendo*, *rei venditae et traditae*.

³⁹⁾ Vergl. z. B. Wetzell a. a. O. § 17, S. 156 ff.; Reinhold, Klagegrund S. 4, Zeitschrift a. a. O. S. 150. So schon die Glossatoren; vergl. Albrecht: die *Exceptionen* des gemeinen deutschen Civilprozesses, München 1835, S. 111 ff.; vergl. auch Unger a. a. O. Bd II, S. 476, Maxen a. a. O. S. 79.

entspricht durchaus einem Bedürfnis.⁴⁰⁾ Man spricht hier auch von „Gegenangriff.“

Die gleiche grundsätzliche Verteilung der Beweislast, wie zwischen Klagegrund — wir meinen damit im folgenden stets den prozessualischen — und Einreden im generellen Sinn gilt naturgemäss auch zwischen Einreden und sogen. Repliken oder Gegeneinreden,⁴¹⁾ ferner zwischen Repliken und Dupliken, denn die Repliken verhalten sich zu den Einreden, wie diese zur Klage, die Dupliken zu den Repliken, wie diese zu den Einreden. Dabei ist es überall rechtsirrelevant, ob das in Frage stehende Faktum ein positives oder negatives sei.

Die oben entwickelte Regel für die Verteilung der Beweislast im Civilprozesse ist gewiss grundsätzlich richtig. Nur muss man sich vor Augen halten, dass dabei eine falsche Ausdrucksweise mit unterläuft. Es sind nämlich nicht die Tatsachen, welche Rechte erzeugen oder vernichten, sondern es sind — und das ist der springende Punkt — Rechtsätze, welche an bestimmte tatsächliche Voraussetzungen bestimmte rechtliche Folgen knüpfen.⁴²⁾

⁴⁰⁾ Vergl. z. B. O. Bülow: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868, S. 300 f.

Auf diesem Standpunkt steht das schweiz. Obligationenrecht. Das deutsche B. G. B. dagegen hält an der alten Unterscheidung fest. Es nennt die Einrede im engern Sinn schlechthin Einrede und unterscheidet diese von der Einwendung, welcher Begriff sowohl die Einreden im weitem, als die im engern Sinn umfasst. Vergl. z. B. Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd I, Berlin 1897, S. 48 f. S. auch Hölder: Ueber Ansprüche und Einreden, im Archiv für die civilistische Praxis Bd 93, N. F. Bd 43, 1902, S. 68 ff.

⁴¹⁾ Manche Schriftsteller unterscheiden hier auch wieder zwischen Repliken im weitem u. solchen im engern Sinne od. sog. Replikationen. Vergl. z. B. Unger a. a. O. S. 514 ff. Erstere sollen ipso iure, letztere ope exceptionis wirken.

⁴²⁾ Vergl. die Ausführungen bei Fitting a. a. O. S. 43 ff. Es ist die Fitting'sche Abhandlung u. E., wie hier schon bemerkt sein mag, überhaupt das scharfsinnigste, was über die Beweislastlehre geschrieben worden ist, und Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. u. 7. Aufl. Bd I, Berlin 1900, Vorwort S. 23 — sagt mit Recht, dass dieselbe noch nicht genügend gewürdigt werde.

So auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band, 8. Aufl.,

Und ferner muss man sich vor Augen halten, dass es sich nicht um eine eigentliche Grundregel, sondern in Tat und Wahrheit nur um eine Folgerung aus einer in der Natur des Civilprozessverfahrens liegenden Grundregel handelt. Das ergibt sich aus dem folgenden:

Die Rechtsordnung hat die Aufgabe, von vorneherein eine Regelung aller Fälle zu versuchen, welche das Leben hervorbringt. Diese Aufgabe kann sie der Natur der Sache nach nur so erfüllen, dass sie allgemeine Sätze aufstellt, welche gleich den Naturgesetzen nebeneinander geltend, einander zum Teil unterstützen, zum Teil aber auch bekämpfen. So kommt es oft vor, dass eine Rechtsvorschrift, trotzdem die tatsächlichen Voraussetzungen, an welche deren Anwendung geknüpft ist, vorhanden sind, nicht angewendet werden kann, weil neben diesen tatsächlichen Voraussetzungen noch andere vorhanden sind, an deren Dasein ein anderer Rechtssatz die Folge knüpft, dass jener erstere nicht Anwendung finden soll.

Zum Beispiel ist derjenige, der mit einem andern einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, gemäss Art. 229 O. R. verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben. Dagegen tritt diese Verpflichtung nicht ein, wenn ersterer zur Zeit des Abschlusses des Vertrages minderjährig war und ohne gesetzlichen Vertreter handelte (Art. 30 O. R.).

Man kann die ersteren Rechtsvorschriften wirkende, die letztere gegenwirkende nennen. Die Gegenwirkung einer Rechtsvorschrift gegen eine andere kann von verschiedener Art sein: Entweder der Art, dass sie die Wirkung der andern von Anfang an vereitelt und somit die Entstehung des Rechtsverhältnisses hindert, — wie in dem obigen Beispiel — oder der Art, dass sie die bereits entstandene Wirkung wieder beseitigt.

Weil nun die notwendige Voraussetzung der Anwendung eines Rechtssatzes die ist, dass die tatsächlichen Voraussetzungen

bearbeitet von Kipp, Frankfurt 1900, § 63, S. 254. Gegen diesen Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 280.

Ebenso ferner z. B. Betzinger a. a. O. S. 247 ff.; Rosenberg a. a. O. S. 58 ff.

desselben rechtsgenügend feststehen, so folgt daraus der Natur des civilprozessualischen Verfahrens nach, dass das Gericht, wenn nur die tatsächlichen Voraussetzungen der wirkenden Vorschrift und nicht auch diejenigen einer gegenwirkenden vorhanden sind, sei es, dass diese ihm gar nicht vorgetragen, oder sei es, dass sie im Falle der Bestreitung nicht bewiesen sind, nach dem Grundsatz: *quod non in actis, non est in mundo* auch nur die erstere anwenden kann und wird.

Das Verhältnis einer die Wirkung einer andern von Anfang an ausschliessenden Rechtsvorschrift zu dieser andern ist zurückzuführen auf dasjenige der Regel zur Ausnahme. Das Wesen eines jeden Ausnahmefalles besteht eben darin, dass er neben den Merkmalen des entsprechenden Regelfalles noch weitere, besondere Merkmale hat, welche ihn trotz des Daseins jener ersten der Herrschaft der Regel entziehen.

Diese letzteren Ausführungen lassen sich auch in andere Worte kleiden: Man kann nämlich sagen, dass die ganze Rechtsordnung als ein Grundstock allgemeiner Normalregeln erscheint, in der Wirkung beschränkt durch eine grosse Menge immer feiner sich verästelnder Ausnahmen. Wer sich auf eine Normalregel beruft, der muss, wie aus dem vorigen hervorgeht, nur die tatsächlichen Voraussetzungen dieser anführen und beweisen und kann es dem Gegner überlassen, das Eingreifen einer Ausnahmenvorschrift durch die Anführung und den Beweis der betreffenden besonderen Merkmale seinerseits darzutun.

Für die Frage, was Normalregel und was Ausnahmenvorschrift sei, sind nicht etwa statistische Momente massgebend. Auch die Fassung der Rechtssätze ist nicht immer entscheidend.⁴³⁾ Massgebend sind vielmehr innerliche, sachliche Momente. Das Kennzeichen des Normalen besteht

⁴³⁾ Bei der Fassung der Rechtssätze des deutschen B. G. B. ist allerdings ein grosses Gewicht darauf gelegt worden, zu kennzeichnen, was Regel- und was Ausnahmenvorschrift sei. Vergl. z. B. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd I, S. 44, Beckh a. a. O. S. 47 ff., Rosenberg a. a. O. S. 110 ff.; Kress a. a. O. S. 87 ff. Auf die Fassung will aber trotzdem auch hier nicht abstellen: Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 374 ff.

darin, dass es in der Gesetzgebung nicht besonders hervorgehoben wird. Besondere Bestimmungen sind nur für die Abweichung vom Normalen erforderlich.

In diesen Erwägungen liegt der innere Grund für die Richtigkeit der Regel, dass diejenige Partei, welche einen Anspruch geltend macht, die rechtserzeugenden, die Gegenpartei die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen — wir wollen diese Ausdrucksweise der Kürze halber beibehalten — zu beweisen hat. Insbesondere ist so eine Begründung für die am meisten Schwierigkeiten bereitende Verteilung der Beweislast bezüglich der rechtsbegründenden und rechtshindernden Tatsachen und zugleich das in Aussicht gestellte weitere Charaktermerkmal für diese letzteren gewonnen.

Es erscheint vom Standpunkte unseres Rechts aus, was Personen anbetrifft, als das normale Alter die Volljährigkeit, als der normale, regelmässige Geisteszustand die geistige Gesundheit, was Sachen anbetrifft, als etwas normales und regelmässiges, dass sie z. B. dem Verkehr nicht entzogen sind, was Willensäusserungen anbetrifft, als das normale und regelmässige, dass sie ernstlich und in dem ihrem nach aussen kundgegebenen Wortlaute entsprechenden Sinn gemeint seien. Und darum muss derjenige, welcher die rechtshindernden Tatsachen der Minderjährigkeit oder Geisteskrankheit einer Vertragspartei, der extra commercium-Qualität einer Sache, der Simulation, des Scherzes bei Willenserklärungen behauptet, diese auch beweisen.⁴⁴⁾

⁴⁴⁾ Wir sind hier, wie ausdrücklich bemerkt sei, den Ausführungen Fittings a. a. O. S. 39—55 gefolgt. Diese Darstellung legen ihren Ausführungen z. B. auch zu Grunde Regelsberger a. a. O. S. 696, Staub a. a. O. S. 23, Rosenberg a. a. O. S. 58 ff. Vergl. auch Brodmann: Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur; das Recht im Prozess, Berlin 1897, S. 89 f. — Bei der Unterscheidung von rechtsbegründenden und rechtshindernden Tatsachen stellen ebenfalls auf die Begriffe von Regel und Ausnahme ab: Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 449 f., Maxen a. a. O. S. 113, Unger a. a. O. Bd II, S. 454 ff., Wetzell a. a. O. § 17, S. 156 ff., Reinhold, Klagegrund S. 38, § 194 des Entw. I. zum B. G. B. Dieser lautet:

„Wer die rechtliche Wirkung eines Tatbestandes wegen besonderer, die regelmässige Wirksamkeit ausschliessender Tatsachen verneint, hat diese

Darin liegt auch der innere Grund für die Berechtigung einer gewöhnlich vorgenommenen Einschränkung der allgemeinen Regel, dass Kläger die rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen habe, der Einschränkung nämlich, dass dies nur bezüglich der „spezifischen“, der „eigentümlichen“, der „unmittelbaren“, der „wesentlichen“ Entstehungsgründe eines Anspruches, derjenigen, welche „der Regel nach“ oder „an und für sich“ geeignet seien, denselben hervorzubringen, der Fall sei.⁴⁵⁾

Man will damit eben die eigentlich rechtserzeugenden Tatsachen von den rechtshindernden und den lediglich pro coloranda causa vorgebrachten, die in jedem Prozesse auf beiden Seiten vorzukommen pflegen, ausscheiden.

Erst, wenn dieser innere Grund, auf welchem die obige Regel der Beweislastverteilung beruht, enthüllt wird, ist mit derselben mehr als ein bloss formales Ergebnis gewonnen. Und damit ist dann auch ein Fingerzeig dafür gegeben, wie die Beweislast in den Fällen zu verteilen sei, wo die zu beweisenden Tatsachen sich nicht ohne weiteres unter die obige Dreiteilung subsumieren lassen.

Dieser kommt, wie noch bemerkt sein mag — es geht dies übrigens schon aus den Definitionen hervor, — überhaupt nur relative Bedeutung zu, d. h. wenn man von einer Tatsache sagt, sie sei eine rechtserzeugende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende, so kann dies immer nur mit Beziehung auf einen bestimmten konkreten Anspruch gesagt werden. Denn die gleiche Tatsache, welche mit Bezug auf das eine Recht den Charakter einer rechtserzeugenden hat, kann in Beziehung auf ein anderes Recht den Charakter einer

besonderen Tatsachen zu beweisen. Dies gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, wenn geltend gemacht wird der Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, oder wenn geltend gemacht wird, dass eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt worden sei.“

Motive z. B. G. B. Bd I, S. 382.

⁴⁵⁾ Vergl. z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 349; Wetzell a. a. O. § 17, S. 156 ff.; Unger a. a. O. S. 454; Wach a) Handbuch S. 126 b) Vorträge S. 211, c) Zeitschrift a. a. O. S. 388; Reinhold Klagegrund S. 36.

rechtshindernden haben. So erzeugt z. B. das Testament den Erbenspruch der darin zum Erben ernannten Person und hindert die Entstehung des Intestaterbrechts der nächsten Verwandten.⁴⁶⁾

Nach Analogie der rechtserzeugenden sind die sogen. rechtserweiternden und nach Analogie der rechtsvernichtenden die sogen. rechtsbeschränkenden Tatsachen zu behandeln.⁴⁷⁾

Das in den obigen Ausführungen entwickelte Prinzip der Beweislastverteilung ist der Natur der Sache nach prozessualisch,⁴⁸⁾ weil aufs engste mit der Verhandlungsmaxime zusammenhängend. Dagegen gibt das materielle Recht allein Auskunft darüber, welche Tatsachen als rechtserzeugende und welche als rechtshindernde und rechtsvernichtende zu betrachten sind, resp. welche Rechtssätze sich als Regelvorschriften und welche sich als Ausnahmevorschriften charakterisieren, und insofern kann man sagen, dass die Lehre von der Beweislast auch eine materiellrechtliche Seite habe.

Dass der Kläger, wie nach den obigen Erwägungen in der Natur der Sache begründet ist, zur Begründung seines Anspruchs, trotzdem er diesen nicht nur als überhaupt entstandenen, sondern auch als zur Zeit der Klageerhebung noch fortbestehenden geltend macht,⁴⁹⁾ nur die Entstehungstatsachen darzutun hat, hat man oft auch in der Art und Weise zu erklären versucht, dass man sagte, bei dargetaner Entstehung eines Rechts spreche eine Vermutung für die

⁴⁶⁾ Nach Burckhard a. a. O. S. 147 ff. würde sich die vom beklagten Testamentserben gegenüber der hereditatis petitio ab intestato aufgestellte Behauptung, der Erblasser habe ein Testament hinterlassen, als Vorbringen einer sogenannten keimzerstörenden Tatsache qualifizieren, die aber nach Analogie der rechtshindernden zu behandeln ist. Vergl. Reinhold, Klagegrund, S. 87 ff.

⁴⁷⁾ Siehe das nähere bei Reinhold, Klagegrund, S. 25, 85 f.

⁴⁸⁾ Man hat die Beweislast schon „das Rückgrat des Civilprozesses“ genannt — Zeitschrift für deutschen C. P. Bd XXIII, S. 7 — welches schöne Bild ich dem Leser nicht vorenthalten will.

⁴⁹⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O. Bd. II, S. 450, 460; Reinhold, Zeitschrift, S. 139 f.

Fortdauer desselben.⁵⁰⁾ Diese Lehre hängt aufs engste mit der bereits erwähnten (s. Text zu den Anmerkungen 17 ff.) Schneider-Fitting'schen Lehre von der Vermutung resp. Annahme — Fitting vermeidet den ersteren Ausdruck — der Fortdauer eines einmal entstandenen tatsächlichen Zustandes zusammen, wobei dann freilich streitig ist, ob es sich hier um eine eigentliche Beweislastregel, oder um eine blosse Beweisregel, oder um etwas Drittes handelt. Ihre Begründung soll diese Annahme nach Fitting⁵¹⁾ in dem das gesamte menschliche Denken beherrschenden Gesetze der Kausalität finden. Nach diesem Gesetze sei kein Geschehen zu denken ohne wirkende Ursache und ebenso wenig eine Veränderung des bisherigen Zustandes anzunehmen ohne neuen bestimmenden Grund.

Allein gegen diese allerdings sehr scharfsinnig durchgeführte Argumentation wird mit Recht eingewendet, dass die Behauptung, es sei keine Veränderung anzunehmen ohne neuen bestimmenden Grund, nicht treffend sei, denn nicht jede Veränderung habe ihre besondere Ursache. Erfahrungsgemäss könne eine und dieselbe Ursache eine ganze Reihe von Veränderungen bewirken und eine eingetretene Veränderung wieder die Ursache weiterer Veränderungen werden, die mit jener auf die gemeinschaftliche Grundursache zurückzuführen seien. Vom naturwissenschaftlichen Standpunkte aus könne überhaupt von einer unveränderten Fortdauer der Dinge oder eines Dinges keine Rede sein. Veränderung sei nach dem alten Satze: *πάντα ῥεῖ* das Grundgesetz der Natur und die Grundbedingung alles Lebens. Wenn also nach den Kausalgesetzen, zu denen doch in erster Linie die Naturgesetze gehören würden, über-

⁵⁰⁾ Vergl. z. B. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347; Puchta a. a. O. § 97, S. 152; Albrecht a. a. O. S. 186; Stölzel a. a. O. S. 144, der sagt, dass dies in Deutschland ein allgemein gültiger Satz sei; Beckh a. a. O. S. 66 f.; Betzinger a. a. O. S. 290.

⁵¹⁾ Vergl. a. a. O. S. 18 ff. Die Fitting'sche Lehre ist neuestens wieder von Martinus aufgenommen worden. Vergl. a. a. O. S. 18 ff. Vergl. ferner z. B. Betzinger a. a. O. S. 290; Beckh a. a. O. S. 66 f.

Siehe auch noch Rosenberg a. a. O. S. 97 f.

haupt die vorläufige Annahme irgend eines Zustandes bis zur Feststellung des Gegenteils gerechtfertigt wäre, so könne dies nur der Zustand der Bewegung und unaufhörlichen Veränderung sein. Die Veränderung müsste als die selbstverständliche, keines Beweises bedürftige allgemeine Regel, der Stillstand aber, wenn es einen solchen gebe, als die zu beweisende Ausnahme angesehen werden.⁵²⁾

Ebenso wenig aber liegt ein innerer Grund für die Vermutung der Fortdauer eines einmal entstandenen Rechtsverhältnisses vor und deshalb erscheint die Statuierung einer solchen Vermutung auch als ungerechtfertigt.⁵³⁾

Man muss sich überhaupt auf dem ganzen Gebiete der Beweislast vor nichts so sehr in Acht nehmen, wie vor den diese nach der einen Meinung⁵⁴⁾ umkehrenden, nach der andern⁵⁵⁾ nur erleichternden Vermutungen. — Wir meinen hier die sogen. natürlichen, *praesumptiones hominis seu facti*, deren Gegensatz die allerdings rationellen sogen. Rechtsvermutungen, *praesumptiones iuris*, bilden —. Wenn man sich nicht mehr zu helfen weiss, dann müssen immer diese als *deus ex machina* herhalten. So hat man z. B., von der Einteilung eines Rechtsgeschäfts in *essentialia*, *naturalia* und *accidentalialia* ausgehend, den allgemeinen Satz aufgestellt, für die Abwesenheit von *accidentalialia* und gegen die Abänderung von *naturalia* streite eine Vermutung. Diese Vermutungen haben auf unsere Lehre einen ungemein ungünstigen Einfluss ausgeübt. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, dass alle diese Theorien auf eine *petitio principii* hinauslaufen.⁵⁶⁾ Anders steht

⁵²⁾ So Reinhold, Zeitschrift a. a. O. S. 115 ff.; vergl. auch Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 384 ff.

⁵³⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 460 Anm.; Brodmann a. a. O. S. 89; Rosenberg a. a. O. S. 73 f.

⁵⁴⁾ Vergl. z. B. Fitting a. a. O. S. 67 ff.; Beckh a. a. O. S. 75 f., welcher überhaupt der alten Vermutungstheorie wieder neues Leben einzuflössen sucht.

⁵⁵⁾ Vergl. z. B. Wetzell a. a. O. § 15, S. 146 Anm. 13; Unger a. a. O. Bd II, S. 579 f. Nach dieser Ansicht handelt es sich dann nicht um Beweislastregeln, sondern um blosse Beweisregeln.

⁵⁶⁾ So Gerber a. a. O. S. 15 f.

es, wie hier zur Klarstellung noch kurz bemerkt sein mag, mit den allerdings mit den Vermutungen zusammenhängenden und oft mit diesen identifizierten sogen. Erfahrungssätzen, um deren Erkenntnis in ihrer Existenz und Anwendung im Prozesse sich Stein in hohem Grade verdient gemacht hat⁵⁷⁾ und die von grosser Bedeutung sind. Diese machen aber für diejenige Partei, zu deren Gunsten sie sprechen, vollen Beweis, und die Beweisführung der Gegenpartei charakterisiert sich dann lediglich als Gegenbeweis.⁵⁸⁾

II. Die Beweislast bei bedingten und befristeten Verträgen im besonderen.

1. Einleitendes. Die Lehre vom sogen. qualifizierten Geständnis.

Einleitend ist davon auszugehen, dass die Verteidigung des Beklagten gegen ein klageweise geltend gemachtes Recht eine mannigfache sein kann. Entweder leugnet er den historischen Klaggrund, d. h. diejenigen Tatsachen, welche der Kläger zur tatsächlichen Begründung seiner Klage vorgebracht hat, schlechthin. Diese Verteidigungsart wird negative Einlassung (negative Litiskontestation) genannt. Die Verneinung kann dabei in doppelter Weise geschehen, entweder direkt, oder auf dem indirekten Wege der Behauptung einer mit dem Klagegrunde unvereinbaren Tatsache (qualifizierte Verneinung, motiviertes Leugnen, motivierter Widerspruch; *exceptio rei non sic, sed aliter gestae*, welche natürlich mit der *exceptio* im technischen Sinn gar nichts zu tun hat). Oder dann leugnet er den rechtlichen Klagegrund, d. h. er behauptet, dass ein Anspruch der konkreten Art vom objektiven Rechte überhaupt nicht anerkannt sei. Oder er führt Tatsachen vor, aus denen sich ergibt, dass das angebliche klägerische Recht, selbst die Wahrheit der Klagtatsachen vorausgesetzt, gleichwohl gegenwärtig nicht bestehe (Einrede

⁵⁷⁾ Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893, S. 35 ff.

⁵⁸⁾ S. Stein a. a. O. S. 36. Anderer Meinung z. B. Staub a. a. O. S. 25.

des Vorliegens rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen). Oder er macht ein selbständiges, dem Klagerechte entgegenstehendes Recht geltend: eine Einrede im technischen Sinn. Oder endlich: Er leugnet den historischen Klagegrund nicht schlechthin, gesteht diesen vielmehr teilweise zu, fügt diesem Zugeständnis aber andere Behauptungen, insbesondere Einschränkungen bei. Diese Fälle pflegt man seit der gemeinrechtlichen Lehre unter dem Namen des sogen. qualifizierten Geständnisses⁵⁹⁾ zusammenzufassen. Diese Ausdrucksweise ist allerdings nicht unbestritten,⁶⁰⁾ wir wollen sie aber der Kürze halber beibehalten.

Die hieher gehörigen Fälle sind sehr mannigfaltiger Art. Man rechnet dahin z. B. folgende: Wenn bei einer Vertragsklage der Beklagte anerkennt, den in Betracht kommenden Vertrag geschlossen zu haben, jedoch hinzufügt, er habe dies im Namen und Auftrag eines andern getan. Oder wenn bei einer Darlehensklage der Beklagte zugesteht, die eingeklagte Summe erhalten zu haben, jedoch hinzufügt, die Hingabe seitens des Klägers sei schenkungshalber geschehen. Oder wenn der Beklagte zwar ein Versprechen im allgemeinen zugesteht, aber behauptet, dieses sei alternativ gewesen, oder endlich — und damit kommen wir wieder auf unser spezielles Thema zurück, — wenn er behauptet, das Versprechen sei durch Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung beschränkt gewesen.

⁵⁹⁾ Vergl. über dieses im allgemeinen z. B. Francke, Versuch über das qual. Geständnis im Civilprozeß, Kiel 1832; v. Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, München 1858, 8. Aufl., § 228, S. 733 ff.; Weber-Heffter a. a. O. S. 220 ff.; Pöschmann: Ueber den Einfluss des sogenannten qualifizierten Geständnisses auf die Beweislast, in den Annalen des sächsischen Oberappellationsgerichts zu Dresden, Bd V, Leipzig 1863, S. 289 ff.; Römer: Das sogenannte qualifizierte Geständnis nach der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichtshöfe, namentlich des Reichsoberhandelsgerichts, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd 62, Neue Folge Bd 12, 1879, S. 149 ff.; Wetzell a. a. O. § 19, S. 174 f.; v. Canstein, Anerkennung und Geständnis, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd I, 1879, S. 312 ff.; Reinhold, Klagegrund S. 92 ff.; Betzinger a. a. O. S. 329 ff.; Brodmann, a. a. O. S. 91 ff.

⁶⁰⁾ Vergl. z. B. Wetzell, a. a. O. § 19, S. 174.

Da entsteht nun die Frage, wer hauptbeweispflichtig sei: ob der Beklagte mit Bezug auf seine Einschränkungen oder der Kläger dafür, dass der betreffende Vertrag in der von ihm behaupteten Art und Weise zustande gekommen sei. Und diese Frage wird im allgemeinen dahin beantwortet, dass gesagt wird, es lasse sich hier keine generelle Regel aufstellen. In dem qualifizierten Geständnis könne sowohl ein motiviertes Leugnen einer zum Klagegrund gehörenden Tatsache, als auch ein Geständnis mit Bezug auf diesen, verbunden mit der Geltendmachung einer selbständigen Einrede liegen. Ersterenfalls sei Kläger, letzterenfalls Beklagter hauptbeweispflichtig.

In diesem Zusammenhange ist von vorneherein zu bemerken, dass alle diese Streitfragen auf dem Gebiete des französischen Civilrechts nicht entstehen können. Und zwar aus folgendem Grunde: Art. 1356 des Code civil⁶¹⁾ statuiert das Prinzip der Unteilbarkeit des qualifizierten Geständnisses in absoluter Weise, d. h. dieses kann auf dem Boden des französischen Civilrechts unter keinen Umständen zum Nachteile dessen geteilt werden, von welchem es abgelegt worden ist. Wenn also hier der Beklagte zwar das Versprechen, auf Grund dessen geklagt wird, zugesteht, aber behauptet, dieses sei durch eine Bedingung oder Zeitbestimmung beschränkt gewesen, so kann der Kläger sich nur dann auf dieses Zugeständnis berufen, wenn er auch die Einschränkung desselben gegen sich gelten lässt, also das Vorhandensein z. B. einer behaupteten Suspensivbedingung anerkennt. Er kann in diesem Falle den Schutz seiner Klage auf Grund des beklagtischen einschränkenden Geständnisses nur so erreichen, dass er replicando den Eintritt der Bedingung behauptet und beweist, vorausgesetzt, dass man hier nicht von einer unzulässigen Klageänderung reden will, worauf noch einzugehen sein wird. Und analog muss es gehalten werden, wenn der Beklagte die Zufügung einer Resolutivbedingung oder einer Zeitbestimmung behauptet. Entweder muss der

⁶¹⁾ Art. 1356 lautet: *L'aveu judiciaire est la déclaration, que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. Il fait pleine foi contre celui, qui l'a fait. Il ne peut être divisé contre lui. .*

Kläger das qualifizierte Geständnis als einheitliches Ganzes gelten lassen, oder dann kann er sich auf dieses gar nicht berufen, d. h. es ist dann in dem qualifizierten Geständnis in seiner Einheitlichkeit ein motiviertes Leugnen des Klagegrundes zu sehen. Zerreißen, wie der technische Ausdruck hier lautet, darf er dasselbe nie.

Die französische Doktrin ist mit Bezug auf die Unteilbarkeit des Geständnisses sogar so weit gegangen, dass sie sagte, selbst das sogen. konnexe oder komplexe Geständnis, wo den zugestandenen Tatsachen des gegnerischen Vorbringens lediglich neue, selbständige, hinzugefügt werden, sei nicht teilbar. Z. B. dürfe der Darlehenskläger, wenn der Beklagte zwar die Entstehung der Forderung desselben einräume, aber daneben die rechtsvernichtende Tatsache der Zahlung behaupte, sich nicht auf den ersten Satz des Geständnisses berufen, ohne auch den zweiten gegen sich gelten zu lassen.⁶²⁾

Demgegenüber ist durch § 262 Abs. 1 der deutschen Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877 — § 289 der revidierten C. P. O. — der Grundsatz der Teilbarkeit des Geständnisses statuiert worden, wobei dann in Absatz 2 zugleich eine Instruktion betreffend das qualifizierte Geständnis gegeben wurde.⁶³⁾

In denjenigen Kantonen der Schweiz nun, welche den französischen Code civil oder Nachahmungen desselben besitzen,⁶⁴⁾ und wo damit der absolute Grundsatz der Unteil-

⁶²⁾ Vergl. z. B. Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 7. Auflage, herausgegeben von Dreyer, Freiburg 1886, Bd IV S. 587 Note 15; Laurent, principes de droit civil français, t. 20. Paris, Bruxelles 1876, p. 212, 219.

⁶³⁾ § 262 lautet: „Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass demselben eine Behauptung beigelegt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgende einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falls.“

⁶⁴⁾ Vergl. Schurter: Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890 S. 96 ff.; Huber,

barkeit des qualifizierten Geständnisses gilt, ist die Verteilung der Beweislast bei Bedingungen und Befristungen eine gegebene.

Die Einführung des schweizerischen Obligationenrechts hat hieran nichts geändert, denn weder Geschichte noch Inhalt dieses letzteren weisen mit Bestimmtheit darauf hin, dass man die grundsätzliche Regelung der Beweislast im ganzen Umfange als von ihm ergriffen dachte, oder doch wenigstens den einzelnen partikularen Rechten entzogen wissen wollte, wie dies z. B. beim deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch der Fall ist.⁶⁵⁾

Streitig kann unsere Frage nur da werden, wo die Möglichkeit der Trennung des qualifizierten Geständnisses grundsätzlich zulässig erscheint.

2. Die Beweislast bei der Suspensivbedingung.⁶⁶⁾

Wir behandeln hier denjenigen Fall, wo die aus einem Verträge in Anspruch genommene Partei behauptet, derselbe sei unter einer noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden. Der andere Fall, wo der Angreifer selber sich auf die Bedingung stützt, bietet bezüglich der Beweislastfrage keinerlei Schwierigkeiten. Hier hat dieser selbstverständlich, um diesen Ausdruck einmal zu gebrauchen, die Vereinbarung einer solchen als rechtserzeugende Tatsache zu beweisen.

a) Darstellung der herrschenden Lehre: der sog. *Leugnungstheorie*.

So weit sich diese Lehre auf die Justinianeischen und Vorjustinianeischen Rechtsquellen stützt, sehen wir von einer

System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd I, Basel 1886, S. 52 f.

⁶⁵⁾ Siehe Wach Zeitschrift a. a. O. S. 369.

⁶⁶⁾ Wir bedienen uns der Einfachheit halber der gebräuchlichen Ausdrücke: Suspensiv- und Resolutivbedingung, trotzdem wir zugeben, dass die von Fitting — a. a. O. S. 57 Anm. — vorgeschlagenen: Entstehungs- und Auflösungsbedingung korrekter, weil auf einem einheitlichen Einteilungsgrund beruhend, sind.

Darstellung der Art ihrer Begründung ab und zwar aus dem Grunde, weil diese Rechtsquellen, wo der Ausdruck *condicio* in sehr weitem Sinne, nämlich für alle möglichen und denkbaren Nebenverträge und Nebenbestimmungen, die durchaus nicht unter den heutigen technischen Begriff der Bedingung fallen, gebraucht ist, wirklich sichere Anhaltspunkte für unsere mit dem neueren Prozessrecht zusammenhängende Lehre überhaupt nicht bieten. Es herrscht deshalb schon seit der Glosatorenzeit⁶⁷⁾ äusserst lebhafter Streit darüber, wie die Beweislast zu verteilen sei, wenn der Beklagte der auf eine ein- oder zweiseitige Willenserklärung gestützten Klage die Behauptung gegenüberstellt, der Wille sei unter einer Suspensivbedingung erklärt worden.

Die Leugnungstheorie geht — das ist die eine und zwar die am meisten vertretene Art ihrer Begründung — davon aus, dass die suspensivbedingte Willenserklärung bei einem Verträge eine untrennbare Einheit bilde, dass es sich um einen einheitlichen Willen handle und dass das absolut Einheitliche nicht durch Scheidung in Haupt- und Nebenbestimmung in zwei Stücke gerissen werden dürfe, oder mit andern Worten: dass die Suspensivbedingung einen integrierenden Bestandteil der in Betracht kommenden Willenserklärung bilde. Diese Auffassung ist grundsätzlich richtig,⁶⁸⁾ und zwar unbekümmert darum, ob man nun davon ausgehen will, dass die Existenz des betreffenden Vertrages von dem Eintritt der Bedingung abhängig sei oder — was unseres Erachtens das richtigere ist — lediglich der Eintritt seiner rechtlichen Wirkung.⁶⁹⁾

⁶⁷⁾ Vergl. Glosse zu l. 9 C. de except. VIII. 36.

⁶⁸⁾ Vergl. z. B. Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889, S. 175 ff., 183 ff.; Schulin: Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine, Marburg 1875, S. 37 ff.; Windscheid a. a. O. Bd I, S. 384; Regelsberger a. a. O. S. 561.

⁶⁹⁾ Ersterer Ansicht sind z. B. Savigny a. a. O. Bd III, Berlin 1840, § 116, S. 121; Puchta a. a. O., § 59, S. 89; Unger a. a. O. S. 56 f.; Enneccerus a. a. O. S. 188.

Letzterer Ansicht sind z. B. Windscheid a. a. O. Bd I, S. 385 ff. Anm. 3 a und dort citierte Schriftsteller. Diese Ansicht ist auch in Art. 171

Wenn nun, so wird weiter argumentiert, der Beklagte gegenüber einer Vertragsklage, welche sich auf ein angeblich unbedingtes Geschäft stütze, behaupte, es sei der Vertrag unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden, so werde damit geltend gemacht, dass eine qualitativ anders gartete Willenserklärung vorliege, als sie der Kläger behaupte. Der suspensiv bedingte Vertrag sei in seiner unzerreissbaren Einheitlichkeit ein anderer, als der unbedingte.

Aus diesem Grunde liege in der beklagischen Sachdarstellung eine qualifizierte Verneinung, ein motiviertes Leugnen des Klagegrundes.⁷⁰⁾ Es werde geleugnet, dass derjenige Vertrag zustande gekommen sei, auf welchen sich der Kläger berufe, und dieser werde daher hauptbeweispflichtig dafür, dass das von ihm behauptete Rechtsgeschäft in der von ihm behaupteten Art und Weise abgeschlossen worden sei.

Dass dieser Argumentation, wie hier schon angedeutet sein mag, eine Verwechslung des materiellen mit dem prozessualen Klagegrunde zu Grunde liegt, wird später auszuführen sein.

Diese Auffassung hat auch ihren Ausdruck gefunden in § 196 des ersten Entwurfes zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, welcher folgendermassen lautet:

des schweiz. O. R. — Hafner, Anm. 1 zu diesem Art. — und in § 158 des deutschen B. G. B. zum Ausdruck gelangt.

⁷⁰⁾ Vergl. z. B. Weber-Heffter, a. a. O. S. 225 f.; Unger, a. a. O. Bd II, S. 572 ff., wo sich zahlreiche Literaturangaben finden; Römer a. a. O. S. 164; H. Seuffert in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd V, München 1863, S. 351, 358 (Besprechung der Pöschmannschen Abhandlung); Dernburg a. a. O. Bd I, § 116, S. 270; Windscheid a. a. O. Bd I, S. 387 Anm.; Enneccerus a. a. O. S. 186; v. Canstein a. a. O. S. 318; Stölzel, a. a. O. Bd I, S. 108, 148 ff., 171 ff.; Schmidt, a. a. O. S. 444 f.; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I. Bd, Allgemeiner Teil, Nördlingen 1887, S. 325 ff.; Martinus a. a. O. S. 50 ff. Vergl. ferner Wach a. a. O. in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess S. 393; Gaupp-Stein, die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 5. Aufl. Bd. I. Tübingen und Leipzig 1901, S. 639 f.

„Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, dass dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, aber behauptet, dass das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins errichtet worden sei.“⁷¹⁾

Darüber, was unter dem „Anderssein“ eigentlich zu verstehen sei, herrscht nun allerdings unter den Anhängern der soeben entwickelten Lehre keine Einigkeit. Die einen Schriftsteller sagen, es handle sich um dem rechtlichen Gehalte nach verschiedene Verträge. Ein suspensiv bedingter Kauf z. B. unterscheide sich von einem unbedingten Kaufe rechtlich ebenso sehr, wie von jedem andern Rechtsgeschäfte, z. B. einem Darlehen, einer Schenkung. Sie kommen so zu dem merkwürdigen Ergebnisse, dass eine auf einen unbedingten Vertrag gestützte Klage infolge der beklagischen Behauptung, es sei unter einer aufschiebenden Bedingung kontrahiert worden, auch dann abgewiesen werden muss, wenn die an sich festgestellte Bedingung schon eingetreten ist. Es würde ja nach dieser Auffassung, wenn der Kläger sich nachträglich auf den suspensiv bedingten Vertrag stützen wollte, eine Klageänderung vorliegen.⁷²⁾

⁷¹⁾ Vergl. Motive Bd I, S. 383: „Wer einen geltend gemachten Tatbestand zugesteht, dabei aber Berichtigungen und Zusätze vorträgt, welche den Tatbestand rechtlich zu einem andern machen, leugnet in Wirklichkeit den geltend gemachten Tatbestand und nötigt denjenigen, welcher auf denselben sich stützt, zum Beweise.“

In der zweiten Lesung des Entwurfes wurde dann dieser § 196 mit dem ganzen Abschnitt über den Beweis — §§ 193—197 — gestrichen, aber nicht deshalb, weil die zweite Kommission sachliche Bedenken gegen den § 196, so weit er sich auf die Susp.-Bedingung bezog, gehabt hätte, sondern in der Hauptsache aus dem Grunde, weil man annahm, es sei überhaupt unzweckmässig, Rechtsätze über die Beweislast aufzustellen. Vergl. Kommissions-Protokolle Bd I, S. 262 f.; Planck B. G. B., Bd I, S. 44.

⁷²⁾ So grundsätzlich Unger a. a. O. S. 574 f., der allerdings für das österreichische Recht die Statthaftigkeit einer andern Behandlung einräumt, aber aus Gründen, welche auch für jedes andere Recht zutreffen würden,

Von anderer Seite dagegen wird ausgeführt, das Anderssein beziehe sich lediglich auf die tatsächliche Begründung, die Substanziierung, nicht den rechtlichen Gehalt des betreffenden Rechtsgeschäftes. Der Begriff des andern, d. h. des in anderer Weise errichteten Rechtsgeschäftes auf dem Gebiete der Substanziierung sei ein wesentlich verschiedener von dem Begriffe des andern Rechtsgeschäftes auf dem Gebiete der Klageänderung. Das andere Rechtsgeschäft im Sinne des anders errichteten Rechtsgeschäftes sei gerade im Sinne der Klageänderung dasselbe Rechtsgeschäft!⁷³⁾

Eine zweite Art der Begründung der Leugnungstheorie geht von der Annahme aus, dass die Existenz eines suspensiv bedingten Vertrages von dem Eintritt der Bedingung abhängig sei. Es sei, so wird argumentiert, der aufschiebend bedingte Vertrag, so lange die Bedingung schwebe, noch unfertig, imperfekt, und verpflichte deshalb den Promittenten auch nur negativ dahin, den Eintritt der Bedingung nicht zu hindern. Der Vertrag, und mit ihm der positive Effekt, auf welchen er abziele, sei in der Schwebe. Hiernach liege in der Behauptung, dass das der Klage zu Grunde gelegte Rechtsgeschäft unter einer Suspensivbedingung errichtet worden sei, ein Bestreiten der Perfektion dieses Rechtsgeschäfts und somit ein indirektes Leugnen des Klagegrundes.⁷⁴⁾

wie Fitting — a. a. O. S. 56 Anm. b — mit Recht hervorhebt. So auch v. Canstein a. a. O. S. 319 f. Vergl. auch Martinius a. a. O. S. 53, 55.

⁷³⁾ So Stölzel a. a. O. Bd I, S. 90 f. Anm. 3. Vergl. hier auch noch Planck, Civilprozess Bd I, S. 327 Anm. S. 328.

⁷⁴⁾ So z. B. v. Bayer a. a. O. S. 739; Wetzell a. a. O. § 19 S. 175; Reinhold, Klagegrund, S. 99 ff. Die oft citierte Abhandlung von R. Schneider in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, N. F. Bd IX, S. 1—67, 399—435, X, S. 289—347, 397—480 war mir nicht zugänglich.

Vergl. ferner Unger a. a. O. Bd II, S. 463; Arndts in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtsw. Bd V, 1863, S. 19; ähnlich auch Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd II, Weimar 1889, S. 348. Aehnlich ferner Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd I, Tübingen und Leipzig, 1900, S. 359 f., welcher sagt, dass der Kläger ein präsentisches Recht wider den Beklagten dartun müsse. Dies gehöre zum Klagegrund. Wenn nun ersterer einen pure abgeschlossenen Vertrag behaupte, letzterer aber sage, dieser sei unter einer Susp.-Bedingung

Drittens wird von den Anhängern der Leugnungstheorie mit dem angeblichen Erfordernis der Vollständigkeit des Klagevortrages argumentiert. Es wird gesagt: Diejenige Prozesspartei, welche einen Anspruch auf Grund eines Vertrages geltend machen wolle, sei verpflichtet, das tatsächliche Material vom Momente des Beginnes der Vertragsunterhandlungen an bis zum Momente des Vertragsschlusses vollständig vorzutragen. Jedes Gesuch eines Klägers um rechtliche Beurteilung eines Verhandlungsmaterials enthalte daher, um auf Berücksichtigung des Richters Anspruch zu haben, stillschweigend die Behauptung, dass das Material der Verhandlung von deren Beginn bis zu dem behaupteten Vertragsschlusse in den wesentlichen Punkten vollständig wiedergegeben sei. Wenn nun der Kläger z. B. auf Grund eines Kaufvertrages klage, ohne von einer Bedingung etwas zu sagen, der Beklagte aber behaupte, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahiert worden, so liege darin ein Leugnen der Vollständigkeit der Klagdarstellung, welche den Kläger zum Beweise derselben nötige.⁷⁵⁾

Viertens wird die ökonomische Verschiedenheit des Vertragsobjektes bei suspensivbedingten und unbedingten Verträgen zur Begründung der Leugnungstheorie ins Treffen geführt. Es wird gesagt, dieses Objekt sei im ersteren Falle seiner tatsächlichen Bedeutung nach ein ganz anderes, als im letzteren. Habe Beklagter dem Kläger 1000 Franken pure versprochen, so habe letzterer, die Solvenz des Beklagten einmal vorausgesetzt, ein Klagrecht, dessen reelles Objekt 1000 Franken seien. Wie Beklagter durch ein solches Versprechen aus seinem Vermögen 1000 Franken ausgeschieden habe, so habe sich das Vermögen des Klägers im rechtlichen Sinne um diese Summe vermehrt. Ganz anders sei es — um den Fall an einem Ver-

abgeschlossen worden, so liege darin eine Verneinung eines präsenten klägerischen Rechts und damit ein Leugnen des Klagegrundes. In der jeweiligen Feststellung, ob ein präsentes Recht da sei oder nicht, liege der Schlüssel für alle Detailentscheidungen auf dem Gebiete der Beweislast.

⁷⁵⁾ So insbesondere z. B. Pöschmann a. a. O. S. 313 ff. Vergl. auch Stölzel a. a. O. S. 176 Anmerkung in Verbindung mit S. 74.

sprechen unter kasueller Suspensivbedingung zu erläutern —, wenn Beklagter dem Kläger 1000 Franken unter der Bedingung versprochen habe, dass er in der und der Lotterie das grosse Los gewinne. Dieses Versprechen habe auch ein Objekt. Allein für die Bemessung desselben seien die 1000 Franken nur ein Faktor, der andere sei die Wahrscheinlichkeit, welche nach mathematischen Grundsätzen vorhanden sein möge, dass Beklagter das grosse Los gewinne. Demnach sei das Objekt dieses bedingten Versprechens nicht etwa die Summe von 1000 Franken, sondern ein bei weitem geringeres, vielleicht etwa ein Franken. Wenn also Kläger vor Eintritt der Bedingung gegen den Beklagten eine Forderung von 1000 Franken einklage mit der Begründung, es sei ihm diese Summe von letzterem geschenkt worden, und Beklagter dem gegenüber lediglich ein in der erwähnten Weise aufschiebend bedingtes Schenkungsversprechen einräume, so liege darin ein Leugnen des Klagegrundes.⁷⁶⁾

Und fünftens endlich wird von Anhängern der Leugnungstheorie hervorgehoben, diese gewähre dem rechthabenden Beklagten gegenüber dem unredlichen Angreifer Schutz, sie entspreche also der Billigkeit. Die (im folgenden zu behandelnde) Einredetheorie dagegen, welche dem Beklagten den Hauptbeweis für das Vorhandensein der behaupteten Bedingung auferlege, öffne der Lüge Tür und Tor, bewirke eine Prämierung des Klägers, der wahrheitswidrig aus einem Verträge als aus einem unbedingten klage, während es der Gerechtigkeit entspreche, dass die Stellung des angegriffenen Beklagten gegenüber der des angreifenden Klägers prozessualisch begünstigt werde, namentlich auch insofern, als es zur Pflicht dieses letzteren gemacht werde, infolge Vorbringens des ersteren das eigene Vorbringen bei Meidung des Prozessverlustes tatsächlich näher zu erläutern. Trete jemand mit der Behauptung vor den Richter, er habe mit dem Beklagten ein Geschäft der Art abgeschlossen, dass dieser gegenwärtig zu leisten habe, d. h. mit der Behauptung, es handle sich nicht um ein unter

⁷⁶⁾ So Pöschmann a. a. O. S. 304 ff.

einer Suspensivbedingung noch schwebendes Geschäft, während in Tat und Wahrheit ein solches bedingtes Geschäft abgeschlossen sei, so sage in solchem Falle der Kläger einfach eine Unwahrheit und es sei verkehrt, dem Beklagten den Beweis für diese Unwahrheit aufzubürden und, bis dieser erbracht sei, die Darstellung des Klägers als wahr gelten zu lassen.⁷⁷⁾

Wir haben in den bisherigen Erörterungen die Frage offen gelassen, was der Kläger, wenn der Beklagte die Hinzufügung einer Suspensivbedingung zu dem in Betracht kommenden Verträge behauptet, nach der Leugnungstheorie speziell zu beweisen habe, um den ihm obliegenden Hauptbeweis zu leisten.

Es werden hier drei Ansichten vertreten. Nach der einen hat der Kläger allgemein darzutun, dass ein unbedingter Vertrag abgeschlossen wurde, muss dagegen nicht speziell beweisen, dass die vom Beklagten behauptete Bedingung nicht beigefügt wurde.⁷⁸⁾ Nach der zweiten muss der Kläger lediglich die Abwesenheit der von dem Beklagten speziell angeführten Bedingung beweisen.⁷⁹⁾ Und nach der dritten endlich liegt es dem Kläger überhaupt nicht ob, die Negative zu beweisen, dass dem in Betracht kommenden Verträge keine aufschiebende Bedingung beigefügt wurde, sondern er hat lediglich zu beweisen, dass dieser so, wie er behauptet, abgeschlossen wurde. Es genügt also nach dieser Ansicht z. B., wenn der Kläger eine über das Geschäft aufgenommene Urkunde vorlegt, in der von einer Bedingung keine Rede ist — die Beweislast beim Urkundenbeweis ist allerdings in mancher Beziehung überhaupt besonderer Art — oder wenn die von ihm angerufenen Zeugen den Abschluss des Vertrages bestätigen, über die Hinzufügung einer Be-

⁷⁷⁾ So Stölzel a. a. O. S. 149, 175 f., in Verbindung mit S. 87 f. Vergl. auch Pöschmann a. a. O. S. 338 f., welcher sagt, dass die Rücksicht auf die Billigkeit das zwar theoretisch schwächste, vielleicht aber dem praktischen Bedürfnisse entsprechendste Argument für die Theorie des geleugneten Klaggrundes sei.

⁷⁸⁾ So Weber-Heffter a. a. O. S. 227. „Kläger ist schuldig, den unbedingt abgeschlossenen Handel zu beweisen.“

⁷⁹⁾ So Seufferts Archiv Bd XIII, 1860, Nr. 189, S. 269 (Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts zu Kiel).

dingung aber nichts wissen. Der Beweis der Bedingung gehört dann in das Gebiet des beklagtischen Gegenbeweises (nicht Einredebeweises).⁸⁰⁾

Diese letztere Auffassung ist, die Richtigkeit der Leugnungstheorie einmal vorausgesetzt, offenbar die sachgemässeste, denn aus der Nichterwähnung einer Suspensivbedingung beim Vertragsabschlusse erhellt eben die Absicht, dass das betreffende Rechtsgeschäft sofort rechtswirksam sein solle. Vergl. auch die späteren Ausführungen: Text zu Anm. 105.

Alle diese Ausführungen über die Hauptbeweislust des Klägers gelten nun aber auch nach der Ansicht der Anhänger der Leugnungstheorie nur für den Fall, wo der Beklagte die Behauptung aufstellt, dass der in Betracht kommende Vertrag gleich im Anfang von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden sei. Gibt dieser dagegen zu, dass anfangs ein unbedingter Vertrag abgeschlossen worden sei, und behauptet er lediglich, dass dieser dann nachträglich in einen suspensivbedingten umgewandelt worden sei, so trifft ihn auch auf dem Boden der Leugnungstheorie die Hauptbeweislust für die behauptete Suspensivbedingung.⁸¹⁾ Und zwar mit Recht, denn der Kläger hat eben — siehe die Ausführungen unter I, 3 — nur die Entstehung seines Anspruchs

⁸⁰⁾ So z. B. Bayer a. a. O. S. 739 f.; Unger a. a. O. Bd II, S. 574; Pöschmann a. a. O. S. 311; Enneccerus a. a. O. S. 217 (seine Ausführungen beziehen sich allerdings auf den Anfangstermin; das Gleiche muss aber auch mit Bezug auf die Suspensivbedingung gelten); Reinhold, Klagegrund S. 102; Planck, Civilprozess Bd I, S. 327 Anm.

Siehe auch Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 392 und Martinius a. a. O. S. 49.

⁸¹⁾ So schon die Glosse; ad. l. 9 C. de except. VIII, 36. So ferner z. B. Weber-Heffter a. a. O. §. 44, S. 229; Bayer a. a. O. S. 739; Unger a. a. O. Bd II, S. 575; Pöschmann a. a. O. S. 330 f. (die hier allerdings speziell mit Bezug auf den Anfangstermin gemachten Ausführungen müssen auch für die Suspensivbedingung gelten); Römer a. a. O. S. 151; Reinhold, Klagegrund S. 103; v. Canstein a. a. O. S. 319; Stölzel a. a. O. S. 163, 174, 181 f.; Planck, Civilprozess Bd I, S. 326; Schmidt a. a. O. S. 445 Anm. 3 (wobei die gleiche Bemerkung wie bei Pöschmann zu machen ist); Motive zum B. G. B. Bd I, S. 384; Martinius a. a. O. S. 55. Vergleiche auch Betzinger a. a. O. S. 351.

nachzuweisen. Die Behauptung einer solchen nachträglichen Vereinbarung ist analog zu behandeln, wie die Behauptung einer rechtsvernichtenden Tatsache.

Ebenso sind die Anhänger der Leugnungstheorie darüber einig, dass der Eintritt der aufschiebenden Bedingung von der sich auf den betreffenden Vertrag berufenden Partei zu beweisen ist.⁸²⁾ Er bildet ja eine rechtserzeugende Tatsache für deren Anspruch.

Die hier entwickelte Lehre über die Beweislast bei der Suspensivbedingung ist in der Doktrin und Gerichtspraxis die herrschende und wird allseitig als solche betrachtet. In den Motiven zum deutschen B. G. B. heisst es z. B., die Behauptung, dass ein angerufenes Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung errichtet worden sei, werde in der neueren Jurisprudenz „ziemlich allseitig“ als Leugnen des Klagegrundes behandelt.⁸³⁾ Stölzel spricht hier von einem „sozusagen allgemein anerkannten Satze“⁸⁴⁾ und Schmidt behauptet geradezu, dass die entwickelten Beweislastgrundsätze „positives Gewohnheitsrecht“ seien.⁸⁵⁾

Diese Behauptungen gehen nun allerdings zu weit, wie sich aus den folgenden Erörterungen ergeben wird. Insbesondere kann von einem Gewohnheitsrecht schon deshalb nicht gesprochen werden, weil es sich bei der Beweislastverteilung, wie schon früher ausgeführt wurde — Text zu Anm. 9 — überhaupt nicht um eigentliche Rechtsregeln, sondern um blosse Folgen aus solchen handelt.

⁸²⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 463 Anm.; v. Canstein a. a. O. S. 319 f.; Stölzel a. a. O. S. 143; § 197 des Entw. I. zum deutschen B. G. B.: Die Erfüllung oder den Ausfall einer Bedingung hat derjenige zu beweisen, welcher ein Recht daraus herleitet. Motive zum B. G. B. Bd I, S. 384; Entscheidungen des Bundesgerichts, Bd XXIII, S. 271 Erw. 3. Auf die spezielle Frage bezüglich der Beweislast für den Eintritt einer verneinenden Bedingung wird noch einzugehen sein. S. Anm. 129 und 130 und dortigen Text.

⁸³⁾ Bd I, S. 384.

⁸⁴⁾ a. a. O. S. 108.

⁸⁵⁾ a. a. O. S. 444.

Um noch kurz auf die Gerichtspraxis zurückzukommen, so sei hervorgehoben, dass mit Bezug auf die Frage der Verteilung der Beweislast bei suspensivbedingtem Verträge die Leugnungstheorie Eingang gefunden hat in die Rechtsprechung der meisten früheren deutschen Oberappellationsgerichte,⁸⁶⁾ ferner des Reichsoberhandelsgerichts⁸⁷⁾ und des deutschen Reichsgerichts.⁸⁸⁾

Das schweizerische Bundesgericht scheint sich über unsere Frage noch nie ex professo ausgesprochen zu haben. Dagegen beherrscht die Leugnungstheorie z. B. auch die bernische⁸⁹⁾ und zürcherische⁹⁰⁾ Gerichtspraxis.

⁸⁶⁾ Nämlich z. B. der Ober-Appellationsgerichte zu Mannheim, Stuttgart, Darmstadt, Celle, Kiel; des Ober-Appellationsgerichts zu Dresden, nach mehrmaligem Wechsel der Ansicht infolge eines Beschlusses vom Jahre 1849; der Ober-Appellationsgerichte zu Wiesbaden und Rostock. — Die Einredetheorie vertraten z. B. der Kassationshof zu Wolfenbüttel und das Ober-Appellationsgericht zu München. Vergl. hiez. Seufferts Archiv Bd XIV, 1861, Nr. 173, S. 290 f. und dortige Citate.

⁸⁷⁾ Vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes: Bd I, 1871 Nr. 20, S. 74, Nr. 64, S. 220 f., Bd II, 1871, Nr. 21, S. 95 f., Bd III, 1872, Nr. 54, S. 248 ff., Bd IV, 1872, Nr. 23, S. 127 ff., Bd XI, 1874, Nr. 113, S. 362 ff., Bd XII, 1874, Nr. 64, S. 201 ff.

⁸⁸⁾ Entscheidungen Bd XVIII, 1887, S. 157 f.

⁸⁹⁾ Vergl. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd XXXIII, 1897, S. 31 und Bd XXXVIII, 1902, S. 57 f. (Entscheide des Appellations- und Kassationshofes).

⁹⁰⁾ Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd XI, 1892, S. 126 (Entscheid. des Kassationsgerichts); Bd XII, 1893, S. 8 und Bd XVII, 1898, S. 159 (Entscheide des Handelsgerichtes). Vergl. auch Sträuli, Kommentar zum Gesetze betr. die zürcherische Rechtspflege, Winterthur 1883, § 340 Anm. 6.

In dem letztcitirten Entscheide des Handelsgerichts sagt dieses, es möge da gerechtfertigt sein, von dieser Verteilung der Beweislast abzuweichen, wo vom Beklagten eine durchaus unwahrscheinliche, im normalen Verkehr nicht vorkommende Bedingung behauptet werde.

In diesem Zusammenhang mag auch noch darauf hingewiesen werden, dass Hölder in dem Falle von der Anwendung der sich aus der Leugnungstheorie für die Susp.-Bedingung ergebenden Beweislastverteilung abweichen, d. h. den Hauptbeweis für das Vorliegen einer solchen Bedingung dem dies Behauptenden auferlegen will, wenn dieser die Vollziehung bestimmter,

b) *Darstellung der sogenannten Einredetheorie und Kritik der Leugnungstheorie.*

Nach dieser Theorie erscheint in dem Falle, wo der Kläger sich auf einen angeblich unbedingten Vertrag stützt, der Beklagte aber die Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung behauptet, letzterer für diese Behauptung als einer Einrede hauptbeweispflichtig. Mit Bezug auf die Begründung dieser Beweislastverteilung herrscht unter den Anhängern der Einredetheorie allerdings keine Einigkeit.

Eine erste Ansicht geht dahin, die Behauptung des Vorliegens einer aufschiebenden Bedingung charakterisiere sich als Einrede im engeren Sinn, nämlich als *exceptio pacti vel doli*.⁹¹⁾ Diese Auffassung ist aber gewiss unrichtig, ob man nun annehmen will, dass der *exceptio* ein Recht zu Grunde liegen müsse, oder ob man zugeben will, dass auch blosse Tatsachen die Grundlage von eigentlichen Exceptionen sein können,⁹²⁾ und zwar aus dem Grunde, weil die Einrede im technischen Sinn des Wortes unter allen Umständen ein an sich begründetes Klagerecht voraussetzt.

So lange nun aber die Bedingung nicht eingetreten ist — und nur um diesen Fall kann es sich handeln — ist das

vom Gegner behaupteter Worte zugesteht, die an sich einen unbedingten Rechtsakt ergeben. Es soll also z. B. der Kläger durch Rückforderung einer geschenkten Sache als einer angeblich unter einer vereitelten Susp.-Bedingung geschenkten den empfangen habenden Beklagten nicht zum Beweise der von ihm behaupteten unbedingten Schenkung nötigen können. Vergl. a) Pandekten, Allg. Lehren, Freiburg 1891, S. 385 Anm.; b) Archiv für die civilistische Praxis, Bd 73, Neue Folge Bd 23, 1888, S. 155 f.; c) Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900, S. 348.

⁹¹⁾ So v. Helholt: Verhältnis der Exceptionen zur Beweislast, Giessen, 1852, S. 179 f., 198.

⁹²⁾ Ersterer Ansicht sind z. B. Savigny a. a. O. Bd V, § 226, S. 160, 169; Unger a. a. O. Bd II, S. 492; Maxen a. a. O. S. 19 f.; Dernburg a. a. O. § 137, S. 315; v. Canstein a. a. O. S. 315 f. Anm. 79; letzterer Meinung, dass auch blosse Tatsachen eigentliche Exceptionen sein können, — Canstein a. a. O. nennt diese die herrschende Lehre — sind z. B. Wetzell a. a. O. § 17, S. 163 Anm. 17; Windscheid a. a. O. Bd I, S. 178, wo auch weitere Literatur citiert ist; Hölder im Archiv, N. F. Bd 43, S. 58.

suspensivbedingte Geschäft lediglich in einem Schwebezustande, wo von einer Nativität der Klage noch nicht die Rede sein kann.⁹³⁾

Eine zweite Ansicht ist folgende: Zu den wesentlichen Elementen einer jeden Klage gehöre nur das allgemeine Dasein der tatsächlichen Voraussetzungen des bestrittenen Rechts. Die gehörige, regelmässige Beschaffenheit dieser Voraussetzungen verstehe sich dann von selber, und wenn diese von dem Beklagten verneint würden, so trete er damit in dasselbe Verhältnis ein, wie wenn er die spätere Aufhebung des früher vorhandenen Rechts behaupte, d. h., er trage auch hier die Last des Beweises. Ein spezieller Anwendungsfall dieser generellen Regel sei nun der, wenn der Beklagte behaupte, dass ein im allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Hinzufügung einer Bedingung beschränkt worden sei.⁹⁴⁾

Allein diese Begriffe des allgemeinen Daseins der tatsächlichen Voraussetzungen des bestrittenen Rechts und des im allgemeinen zugestandenen Versprechens sind zu unbestimmt und zu wenig präzis, als dass daraus ein Grundsatz für die Beweislastverteilung hergeleitet werden könnte.

Drittens wird die Vermutungstheorie zur Rechtfertigung der Einredetheorie ins Feld geführt. Es wird gesagt, es spreche eine eigentliche Rechtsvermutung⁹⁵⁾ oder wenigstens eine faktische Vermutung⁹⁶⁾ für die Unbedingtheit eines Vertrages.

Allein von einer Rechtsvermutung kann hier jedenfalls nicht gesprochen werden; weder auf dem Gebiete des gemeinen Rechts, noch des deutschen bürgerlichen Gesetz-

⁹³⁾ Vergl. hierzu Maxen a. a. O. S. 137.

⁹⁴⁾ So Savigny a. a. O. Bd V, § 225, S. 154 f. Aehnlich auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354 f.

⁹⁵⁾ So z. B. Puchta a. a. O. § 97, S. 152; Wächter: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd II, Stuttgart 1842, S. 437, 450 f., 494.

⁹⁶⁾ So z. B. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, II. Teil, Kiel 1844, § 118, S. 148 f.

buches, noch des schweizerischen Obligationenrechts. Eine solche liegt nur dann vor, wenn eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung den Schluss von feststehenden Tatsachen auf ein anderes Verhältnis der Art zieht, dass bei Vorhandensein jener Tatsachen, der Voraussetzungen der Rechtsvermutung, dieses Verhältnis, der rechtlich vermutete Satz, als feststehend behandelt werden muss, so fern nicht der Gegner des Vermutungsinhabers den Beweis des Gegenteils führt.⁹⁷⁾

Ebenso wenig ist die Annahme einer faktischen Vermutung gerechtfertigt. Der Abschluss eines Vertrages ist immer *res facti* und nun kann gewiss nicht gesagt werden, es streite eine Vermutung dafür, dass die Vertragsparteien das konkrete Geschäft so und so, und nicht anders abgeschlossen haben. Der Richter, vor dem die eine Partei nachher als Klägerin, die andere als Beklagte auftritt, weiss vielmehr vorerst weder das eine, noch das andere, und es geht nicht an, dass er nun von vorne herein, ohne dass ihm eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zur Seite stehen würde, das eine vermutet. Rein statistische Momente: dass mehr unbedingte, als bedingte Verträge vorkommen, können hier nicht massgebend sein.⁹⁸⁾

Der Umstand, dass man die Suspensivbedingung zusammen mit der Resolutivbedingung, den Befristungen und dem Modus herkömmlicherweise unter dem Ausdruck Nebenbestimmungen zusammenfasst, hat wohl auch dazu beigetragen, analog der bereits erwähnten — Text zu Anm. 56 — angeblichen Vermutung für die Abwesenheit von *accidentalia negotii* eine solche für die Unbedingtheit der Rechtsgeschäfte aufzustellen.⁹⁹⁾

⁹⁷⁾ Vergl. z. B. Fitting a. a. O. S. 74 und 67; Rosenberg a. a. O. S. 103 f. Bestritten ist dabei, ob es sich auf Seite desjenigen, gegen welchen die Vermutung spricht, um einen Haupt- oder Gegenbeweis handelt. Ersterer Ansicht, wonach die Hauptbeweislast „umgekehrt“ oder „verschoben“ wird, sind z. B. Fitting und Rosenberg a. a. O. Letzterer ist z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 581 f. So auch § 198 des Entw. I. zum B. G. B., der als § 292 in die revidierte deutsche C. P. O. aufgenommen wurde.

⁹⁸⁾ Vergl. zu diesen Ausführungen Weber-Heffter a. a. O. S. 226; Stölzel a. a. O. S. 173, 201.

⁹⁹⁾ Hierauf macht Stölzel a. a. O. S. 201 aufmerksam.

Viertens wird auf dem Boden der Einredetheorie der Standpunkt eingenommen, derjenige, welcher gegenüber einer Klage aus einem angeblich unbedingten Verträge behauptet, derselbe sei unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen worden, berufe sich auf eine eigentliche rechtshindernde Tatsache und erscheine aus diesem Grunde hauptbeweispflichtig.¹⁰⁰⁾

Das ist wieder nicht richtig. Unter rechtshindernden Tatsachen sind, wie früher ausgeführt wurde — Text zu Anm. 34 und 44 — lediglich solche zu verstehen, welche zwar die Entstehung eines Anspruchs ausnahmsweise vereiteln, aber, und das ist wesentlich, gleichwohl die Verwirklichung des vom Gesetz mit rechtserzeugender Wirksamkeit ausgestatteten Tatbestandes in allen seinen Merkmalen unberührt lassen. Bei der Suspensivbedingung liegt die Sache aber anders. Wenn ein unbedingter Vertrag vorliegt, will man die in Betracht kommende Verpflichtung ohne weiteres. Beim suspensiv bedingten jedoch will man, dass der Eintritt der Bedingung die Rechtswirksamkeit der Verpflichtung zur Folge habe, dass letztere von dem ersteren abhängig sei, mit andern Worten: das Gewollte ist bei diesen beiden Arten von Verträgen verschieden.¹⁰¹⁾

Fünftens wird die Hauptbeweislast des Beklagten mit Bezug auf das Vorhandensein einer Suspensivbedingung mit der alten, bereits kurz behandelten — Text zu Anm. 13 ff. — Negativentheorie begründet. Es wird gesagt, wer Rechte aus einem Verträge geltend mache, den treffe nur in positiver Richtung die Beweislast dafür, dass das von ihm Behauptete rechtsgeschäftlich geäußert worden sei, nicht aber auch in negativer Richtung dafür, dass keine Ein-

¹⁰⁰⁾ So Maxen a. a. O. S. 131 ff.; Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozessrechts; Leipzig und Heidelberg, 1867, § 91, S. 213. Vergl. auch Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts, Bd I, Altona 1839, S. 299 f. Anm. Auf die Ausführungen bei Fitting a. a. O. S. 55 f. und Regelsberger a. a. O. S. 695 f. wird besonders einzugehen sein.

¹⁰¹⁾ Vergl. Enneccerus a. a. O. S. 183; vergl. auch Martinus a. a. O. S. 54.

schränkungen beigelegt worden seien. Wenn deshalb streitig sei, ob ein Vertrag rein oder unter einer aufschiebenden Bedingung zustande gekommen sei, so treffe die die Bedingung behauptende Partei die Beweislast.¹⁰²⁾ Hier ist folgendes zu sagen: Für die Ansicht, dass das Nichtvorhandensein von Tatsachen grundsätzlich nicht bewiesen zu werden brauche, lässt sich, wie die herrschende Lehre mit Recht annimmt, ein zwingender innerer Grund nicht anführen.¹⁰³⁾ Weder das deutsche B. G. B., noch das schweizerische Obligationenrecht stellen einen solchen allgemeinen Grundsatz auf.¹⁰⁴⁾ Zudem charakterisiert sich der vom Kläger auf dem Boden der Leugnungstheorie zu leistende Hauptbeweis nach derjenigen Lehre, welche man als die herrschende bezeichnen kann — Text zu Anm. 80 — überhaupt nicht als Beweis eines verneinenden Satzes. Kläger muss darnach lediglich den positiven Satz beweisen, dass der in Betracht kommende Vertrag in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist. Es wird gegen diese Auffassung mit Unrecht eingewendet, Kläger müsse darnach etwas beweisen, was ja vom Beklagten schon zugestanden worden sei.¹⁰⁵⁾ Wenn der Kläger auf Grund eines Kaufvertrages klagt und der Beklagte die *essentialia negotii* d. h. die Einigung über Ware und Preis zugibt, aber die Beifügung einer Suspensivbedingung behauptet, und hierauf

¹⁰²⁾ So Beckh a. a. O. S. 56 ff., 182 ff., dessen Ausführungen sich allerdings speziell auf das deutsche B. G. B. beziehen. Vergl. auch Osterloh: Der ordentliche bürgerliche Prozess nach königlich sächsischem Recht; 3. Aufl. Bd II, Leipzig 1851, § 229, S. 85 f. Anm.

¹⁰³⁾ Vergl. z. B. die Ausführungen bei Reinhold, Zeitschrift a. a. O. S. 121 ff., Rosenberg a. a. O. S. 115 ff. und dortige Citate; vergl. ferner Motive zum B. G. B. Bd I, S. 383; Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 388.

Anders Martinius a. a. O. S. 11 ff., S. 49, der den Satz aufstellt, dass eine Negative — worunter Martinius eine jede Tatsachen, Verhältnisse oder Zustände umfassende Verneinung versteht; vergl. § 4 — nur dann von demjenigen, der sich auf diese berufe, zu beweisen sei, wenn für die gegenteilige positive Tatsache eine gesetzliche Vermutung streite.

¹⁰⁴⁾ Vergl. mit Bezug auf das deutsche B. G. B. z. B. Rosenberg a. a. O. S. 115 ff.

¹⁰⁵⁾ So z. B. Maxen a. a. O. S. 136; Regelsberger a. a. O. S. 561 Anm. 2.

dem ersteren in der oben erwähnten Form der Hauptbeweis auferlegt wird, so muss er beweisen, dass seine Darstellung den gesamten Inhalt des Kaufvertrages enthalte, dass sie dieses Rechtsgeschäft in seiner Totalität umfasse, was der Beklagte eben nicht zugestanden, sondern ausdrücklich bestritten hat.

Und nun kommen wir endlich, nachdem wir verschiedenen Schriftstellern auf ihren Irrwegen gefolgt sind, zu der u. E. richtigen Begründung der Einredetheorie, wie sie Fitting ¹⁰⁶⁾ aufgestellt hat.

Diese Begründung geht davon aus, dass es, wie schon früher dargestellt wurde, — Text zu Anm. 42 — auf einer Metonymie beruht, wenn man von rechtserzeugenden, rechtshindernden u. s. w. Tatsachen spricht, dass diese Wirkung vielmehr einzig und allein den Rechtssätzen zukommt und die Rechtsanwendung es zunächst mit diesen und nicht mit Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen zu tun hat. Wenn man diesen allein richtigen Standpunkt einnehme, dann lasse sich, so argumentiert Fitting weiter, nicht verkennen, dass der Kläger, welcher z. B. behaupte und im Falle der Bestreitung beweise, dass er dem Beklagten ein Pferd für 1000 Fr. verkauft habe, nach den allgemeinen Rechtsregeln über das Kaufgeschäft zur Begründung seiner Klage genug getan habe. Mache der Beklagte geltend, er sei trotzdem zur Zahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet, weil der Kauf unter einer bestimmten, noch schwebenden Bedingung geschlossen sei, so berufe er sich auf die Rechtsvorschriften über die Bedingungen, welche da, wo sie hindernd eingreifen würden, die Anwendung jener allgemeinen Rechtsregeln ausnahmsweise nicht gestatten würden. Mithin müsse er denn aber die Beifügung der Bedingung beweisen; denn stehe diese nicht fest, dann könne der Richter eben die Rechtssätze über die Bedingungen nicht anwenden. Vollends entscheidend komme noch die einfache Erwägung hinzu, dass die nicht festgestellte Beifügung einer Bedingung für den Richter nicht vorhanden sei, gerade so, wie wenn sie gar nicht behauptet worden wäre.

¹⁰⁶⁾ a. a. O. S. 55 f.

Allerdings handelt es sich hier u. E., um es noch einmal zu sagen, nicht um eine rechtshindernde „Tatsache“ im technischen Sinn, sondern um eine Tatsache eigenartiger Natur, welche aber analog der eigentlich rechtshindernden zu behandeln ist.

Zum Teil auf gleichem, zum Teil wenigstens auf grundsätzlich ähnlichem Boden wie Fitting stehen: Regelsberger¹⁰⁷⁾, Betzinger¹⁰⁸⁾, Staub¹⁰⁹⁾, Rosenberg¹¹⁰⁾, Kress¹¹¹⁾, Brodmann.¹¹²⁾

Es finden sich hier also Namen, welche in unserer Wissenschaft einen ganz guten Klang haben. Ueberhaupt ist es bemerkenswert, dass die meisten neueren Bearbeiter der Beweislastlehre auf dem Boden der Einredetheorie stehen.

Staub¹¹³⁾ macht noch darauf aufmerksam, dass gegen die Fitting'sche Argumentation nicht der Umstand sprechen könne, dass die Bedingung ein allgemeines Rechtsinstitut sei, welches in jedem Rechtssystem im allgemeinen Teil vorge tragen werde. Trotz dieses äusserlichen Umstandes, so wird richtig ausgeführt, sei sie ein Institut, welches jedem einzelnen Rechtsgeschäft, dem sie hinzugefügt werde, einen besondern¹¹⁴⁾, eigenartigen, von seinem allgemeinen, glatten Aussehen abweichenden Charakter gebe. Sie verändere diejenige Gestalt des Rechtsgeschäfts, welche der Gesetzgeber ihm normalerweise gebe, und auf diesem singulären Charakter beruhe die obige Regelung der Beweislast, wie ja auch die Minderjährigkeit und die Geisteskrankheit im allgemeinen Teile behandelt würden und gleichwohl Ausnahmestände seien, durch Ausnahmenvorschriften geregelt würden und den zum Beweise verpflichteten, welcher sich auf sie berufe.

¹⁰⁷⁾ a. a. O. S. 695 f., 561 Anm. 5.

¹⁰⁸⁾ a. a. O. S. 350 f. in Verb. mit 250 ff.

¹⁰⁹⁾ a. a. O. S. 23 f.

¹¹⁰⁾ a. a. O. S. 84.

¹¹¹⁾ a. a. O. S. 61, 75 ff., 108.

¹¹²⁾ a. a. O. S. 89 f., 112.

¹¹³⁾ a. a. O. S. 24.

¹¹⁴⁾ Im schweiz. O. R. sind die Bedingungen unter dem „Besondere Verhältnisse bei Obligationen“ überschriebenen vierten Titel behandelt.

Diese Lehre ist also u. E. die richtige.

Dieselbe muss, nebenbei bemerkt, auch zu dem Ergebnisse führen, dass dann, wenn der Beklagte gegenüber der Klage aus einem Vertrage geltend macht, er oder der Kläger habe diesen im Namen eines andern abgeschlossen oder es handle sich um eine alternative Verpflichtung, ersterer für seine Darstellung hauptbeweispflichtig erscheint.

Die Ansicht Schmidts ¹¹⁵⁾, dass das Fundament der Fitting'schen Lehre, wonach es bei der Beweislastverteilung auf den Charakter der Rechtssätze ankomme, auf der unrichtigen Vorstellung beruhe, als ob es im Civilprozesse nur die Rechtsfolgen von Tatbeständen, die Anwendbarkeit von Rechtssätzen zu prüfen gelte, während Aufgabe des Civilprozesses die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Privatrechtsansprüchen sei, ist nicht stichhaltig. Allerdings wird hier über Privatrechtsansprüche entschieden, darüber ist niemand im Zweifel. Allein das ändert doch nichts daran, dass den diesen zu Grunde liegenden Tatbeständen lediglich dann eine rechtliche Wirkung zukommt, wenn ein bestimmter Rechtssatz dies vorschreibt. Und darauf kommt es an.

Ebenso wenig ist zuzugeben, dass diese Lehre eine *petitio principii* enthalte, wie Wach ¹¹⁶⁾ annimmt. Worin soll diese liegen? Und endlich sprechen auch die faktischen Schwierigkeiten in der Durchführung dieser Theorie, auf welche von anderer Seite ¹¹⁷⁾ aufmerksam gemacht wird und die ja allerdings teilweise vorhanden sind, nicht gegen die grundsätzliche Richtigkeit derselben.

Die für die Leugnungstheorie vorgebrachten Gründe können einer genauen Prüfung nicht Stand halten.

Was zuerst einmal die Behauptung anbetrifft, dass das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft ein anderes sei, als das unbedingte, so ist dies ja in gewissem Sinne ganz richtig. Es ist tatsächlich und rechtlich etwas anderes, wenn zwischen

¹¹⁵⁾ A. a. O. S. 446.

¹¹⁶⁾ Zeitschrift a. a. O. S. 384.

¹¹⁷⁾ Kisch in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd XXX, 1902, S. 535. (Besprechung der Abhandlung Rosenbergs.)

zwei Personen ein Vertrag in dem Sinne abgeschlossen wird, dass die eine von der andern ein Haus um den Preis von Fr. 100,000 unter der Bedingung kauft, dass sie in die Stadt, wo dieses Haus liegt, versetzt werde, als wenn sie dieses unbedingt kauft. Immerhin handelt es sich in beiden Fällen um einen Kauf und es besteht in beiden Fällen grundsätzlich Uebereinstimmung über die Essentialien desselben. Man kann also jedenfalls nicht sagen, der Unterschied zwischen dem unbedingten und dem bedingten Kaufvertrage sei gerade so gross, wie zwischen dem ersteren und einem Darlehens- oder Schenkungsvertrag. Und deshalb ist es, wie wir in diesem Zusammenhange hervorheben wollen, unrichtig, wenn von Anhängern der Leugnungstheorie behauptet wird, in dem Falle, wo Kläger auf Grund eines unbedingten Vertrages klage, während nach der Auffassung des Beklagten ein suspensiv bedingter vorliege, dürfe sich letzterer darauf beschränken, den Klagegrund schlechthin zu leugnen.¹¹⁸⁾

Um nun aber wieder auf dieses Anderssein zurückzukommen, so hat Staub durchaus Recht, wenn er sagt: Das Anderssein ist nicht das Lösungswort im Kampfe um die Beweislast.¹⁴⁹⁾ Es kann nicht bestritten werden, dass ein simulierter oder ein scherzhafter Vertrag im Vergleiche zu einem ernsthaft abgeschlossenen gerade so sehr tatsächlich und rechtlich ein anderer ist, wie ein suspensiv bedingter im Vergleiche mit einem unbedingten. Und doch fällt es selbst dem konsequentesten Verteidiger der Leugnungstheorie nicht ein, dem Kläger, der das Rechtsgeschäft als ernsthaftes geltend macht, den Hauptbeweis für die Abwesenheit von Simulation¹²⁰⁾ und Scherz aufzuerlegen. Also liegt im Vorbringen des Andersseins nicht ohne weiteres ein Leugnen des prozessualen Klagegrundes. Der materielle allerdings wird geleugnet, allein dies ist für die Beweislastver-

¹¹⁸⁾ So z. B. Wetzell a. a. O. § 19, S. 175 f. Vergl. auch Planck Civilprozess Bd I, S. 326, der sich allerdings nicht ganz bestimmt ausdrückt.

¹¹⁹⁾ A. a. O. S. 20.

¹²⁰⁾ Art. 16 Abs. 2 und 189 Abs. 2 O. R. reden ausdrücklich von der Einrede der Simulation.

teilung rechtsirrelevant. Es genügt eben durchaus nicht, dass der Beklagte einen Teil der klägerischen Darstellung bestreitet, um in Ansehung der bestrittenen Behauptung sofort eine Beweispflicht des Klägers ins Leben zu rufen. Sonst wäre die Sache sehr einfach.¹²¹⁾

Und was die untrennbare Einheit der suspensiv bedingten Willenserklärung anbetrifft, so haben die Anhänger der Leugnungstheorie gewiss Recht, so weit die rein civilistische Konstruktion in Frage kommt. Aber — und damit bedienen wir uns eines Argumentes, das ein Schriftsteller, welcher in der vordersten Linie der Anhänger der Leugnungstheorie kämpft, nämlich Planck,¹²²⁾ aufgestellt hat — das ist nicht das für die Beweislastverteilung entscheidende. Für diese, deren Prinzip prozessrechtlich ist, kommen in erster Linie prozessuale Momente in Betracht. Und prozessualisch erscheint es nun gewiss als möglich, den Tatbestand eines aufschiebend bedingten Vertrages in der Weise zu zerlegen, dass auf der einen Seite das reine Rechtsgeschäft, auf der andern Seite die Vereinbarung der Bedingung bleibt. Die Beweislastverteilung beruht eben öfters auf einer Zerreissung von rechtsgeschäftlichen Bestandteilen, welche an sich zusammengehören. Wir ziehen zum Beweise wieder das simulierte Rechtsgeschäft heran. Der richtigen Ansicht nach enthält die Simulation keine eigentliche Disharmonie zwischen Willenserklärung und Wille. Das, was die Vertragschliessenden nach aussen kundgeben, ist nämlich nicht die Willenserklärung in ihrer Totalität, sondern nur ein herausgegriffenes Stück derselben. Wer eine Verpflichtungsurkunde unterschreibt, zugleich aber erklärt, dass er sich nicht verpflichte und dass die Unterschrift nur zum Scheine geschehe, der äussert eben, wenn seine Erklärung, wie dies geschehen muss, in ihrer Einheitlichkeit genommen wird, überhaupt keinen Verpflichtungswillen. Ebenso äussert derjenige, welcher eine Sache tradiert und zugleich erklärt, das ganze sei nur eine Form zur Täuschung

¹²¹⁾ Vergl. zu diesen Ausführungen z. B. Betzinger a. a. O. S. 332; Beckh a. a. O. S. 156 ff.; Staub a. a. O. S. 24 f.

¹²²⁾ Civilprozess Bd I, S. 328.

der Gläubiger, keinen Uebereignungswillen.¹²³⁾ Und trotzdem erscheint, auch nach der Ansicht der Vertreter der Leugnungstheorie, eine Zerlegung resp. Zerreißung der einheitlichen Willenserklärung beim simulierten Verträge auf dem Boden der Beweislastverteilung als zulässig. In dem Falle z. B., wo ein schriftliches Schuldbekenntnis ausgestellt, zugleich aber erklärt wurde, dass dieses nicht verpflichtend sein solle, wird der sich auf das Schuldbekenntnis stützende Kläger mit seiner Klage ohne weiteres geschützt, wenn der Beklagte nicht beweisen kann, dass neben dem schriftlichen Schuldbekenntnis eine mündliche Vereinbarung in dem Sinne getroffen wurde, dass dieses keine Rechtswirkung haben solle. Also kann eben bei der Beweislastverteilung die rein civilistische Konstruktion nicht das massgebende sein.¹²⁴⁾

Ebenso wenig kann auf dem Geltungsgebiete des schweizerischen O. R. und des deutschen B. G. B. gesagt werden, die Richtigkeit der Leugnungstheorie folge daraus, dass der aufschiebend bedingte Vertrag nicht perfekt sei. Nach den Art. 171 f. O. R. und nach § 158 B. G. B. ist dieser perfekt und es ist lediglich dessen rechtliche Wirkung unsicher.

Was ferner die angebliche Vollständigkeit des Klagevortrags anbetrifft, mit welcher von den Anhängern der Leugnungstheorie operiert wird, so ist zu sagen, dass dieser Argumentation eine *petitio principii* zugrunde liegt. Wo besteht denn ein Rechtssatz des Inhaltes, dass der Kläger das gesamte tatsächliche Material vom Momente des Beginns der Vertragsunterhandlungen an bis zum Vertragsschluss vollständig vorzutragen habe? Nirgends! Es ist ja gerade Aufgabe der Beweislastregulierung, hier nach bestimmten Regeln

¹²³⁾ Vergl. Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd XVI; N. F. Bd IV, 1878, S. 98 ff.

¹²⁴⁾ Vergl. zu diesen Ausführungen auch Beckh a. a. O. S. 170 ff.; Betzinger a. a. O. S. 332 f.; Regelsberger a. a. O. S. 561 Anm. 5, 576 Anm. 6, der ebenfalls sagt, dass aus der einheitlichen Natur der susp. bedingten Willenserklärung kein Schluss auf die Beweislast gezogen werden dürfe.

eine Ausscheidung der vom Kläger und der vom Beklagten zu beweisenden Tatsachen vorzunehmen. Nach der obigen Auffassung müsste der Kläger auch beweisen, dass bei dem in Betracht kommenden Vertrage nicht rechtshindernde Tatsachen vorhanden seien. Davon kann gewiss keine Rede sein. Es handelt sich hier wieder um eine Verwechslung des prozessualischen mit dem materiellen Klagegrunde.¹²⁵⁾

Aus der ökonomischen Verschiedenheit des Vertragsobjekts bei unbedingtem und suspensiv bedingtem Rechtsgeschäfte können die Anhänger der Leugnungstheorie auch nichts zu ihren Gunsten herleiten. Diese Verschiedenheit kann für die Beweislastverteilung nicht massgebend sein, sonst müsste man doch konsequenterweise auch dann, wenn der Beklagte behauptet, der Vertrag, auf welchen sich die Klage stützt, sei ein scherzhafter, dem Kläger den Beweis der Abwesenheit von Simulation und Scherz auferlegen.¹²⁶⁾

Und was endlich die Behauptung anbetrifft, die Beweislastverteilung im Sinne der Leugnungstheorie entspreche der Billigkeit, so befinden wir uns gewiss in Uebereinstimmung mit den meisten im praktischen Rechtsleben stehenden Juristen, wenn wir sagen, dass diese Behauptung eine gänzlich verfehlte ist. Die ganze Argumentation Stölzels, wie sie von uns im wesentlichen dargestellt wurde — Text zu Anmerkung 77 —, geht von der durchaus unzulässigen Voraussetzung aus, dass der Kläger, der ein unbedingtes Geschäft behauptet, die Wahrheit, und der Beklagte, welcher die Hinzufügung einer Suspensivbedingung behauptet, die Unwahrheit sage. Wer die Wahrheit sagt, soll aber ja gerade durch das Beweisverfahren festgestellt werden. Vor der Durchführung dieses Verfahrens hat der Richter die eine Sachdarstellung gerade so wenig für wahr zu halten, wie die andere. Und wenn mit Wahrscheinlichkeiten gerechnet werden dürfte, dann wäre jedenfalls im allgemeinen der Darstellung des einen reinen Geschäftsabschluss behauptenden Klägers der

¹²⁵⁾ Vergl. hier z. B. Betzinger a. a. O. S. 333 f.; Beckh a. a. O. S. 173; Staub a. a. O. S. 19 f., 23, 25.

¹²⁶⁾ Vergl. hiezu z. B. Betzinger a. a. O. S. 334.

Vorzug zu geben, denn es kommt viel häufiger vor, dass ein Beklagter in Fällen, wo sich nicht gut das ganze Rechtsgeschäft ableugnen lässt, lügenhafterweise die Hinzufügung einer Bedingung behauptet, um sich z. B. der Zahlungspflicht zu entziehen, als dass ein Kläger unrichtigerweise behauptet, der Vertrag, auf welchen er sich stützt, sei unbedingt, während er in Tat und Wahrheit bedingt ist.

Man kann hier auch nicht damit argumentieren, dass die Stellung des angegriffenen Beklagten als des *beatus possidens* gegenüber derjenigen des angreifenden Klägers zu begünstigen sei, denn dann würde schliesslich jede Beweislastverteilung überhaupt aufhören. Und ebenso unstichhaltig ist der Hinweis auf die Substanziierungspflicht des Klägers. Diese besteht für den Beklagten grundsätzlich gerade so, wie für den ersteren.¹²⁷⁾

Um nun wieder auf die Einredetheorie zurückzukommen, so trifft nach dieser der Natur der Sache nach die Beweislast den die Hinzufügung einer Suspensivbedingung Behauptenden, unbekümmert darum, ob es sich um eine affirmative oder negative, eine potestative, gemischte oder kasuelle Bedingung oder endlich um eine im reinen Belieben des Promittenten stehende, wie z. B. beim Kauf auf Probe oder Besicht,¹²⁸⁾ handelt.

Auch die Leugnungstheorie macht hier keinen Unterschied. Auf die uneigentlichen Bedingungen — sogenannte notwendige oder unmögliche Bedingungen, Rechtsbedingungen, auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Bedingungen u. s. w. — ist hier nicht einzutreten.

Die Frage der nachträglichen Hinzufügung einer Suspensivbedingung zu einem Verträge braucht auf dem Boden der Einredetheorie nicht besonders behandelt zu werden.

¹²⁷⁾ Vergl. zu diesen Ausführungen z. B. Staub a. a. O. S. 16 f.; Betzinger a. a. O. S. 336; Beckh a. a. O. S. 184.

¹²⁸⁾ Vergl. Art. 269 O. R. und Hafner, Anm. 1 und 2 zu diesem Art. Bezüglich der Beweislastverteilung ist hier Hafner Anhänger der Leugnungstheorie. S. Anm. 2. Vergl. auch § 495 Abs. 1 des deutschen B. G. B.

Die dieser zugrunde liegende Auffassung ändert auch nichts daran, dass diejenige Prozesspartei, welche aus dem Eintritt der Suspensivbedingung Rechte herleitet, diesen als rechtserzeugende Tatsache zu beweisen hat. Dabei kann es u. E. grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob es sich um eine affirmative oder negative Suspensivbedingung handelt, denn auch Negativen sind eben zu beweisen, wenn sie rechtserzeugend sind. Anderer Meinung ist Fitting.¹²⁹⁾ Nach ihm braucht der unter einer negativen Suspensivbedingung Berechtigte, wenn er auf Leistung klagt, nicht das betreffende Nichtgeschehen zu beweisen, sondern dieses ist anzunehmen, falls der Gegner nicht das gegensätzliche Geschehen beweist. Diese Auffassung beruht auf der bereits behandelten — Text zu Anmerkung 51 f. — Annahme, dass die Fortdauer eines einmal eingetretenen tatsächlichen Zustandes keines Beweises bedürfe, welche aber eben nicht haltbar ist.¹³⁰⁾

3. Die Beweislast bei der Resolutivbedingung.

Was den rechtlichen Charakter der auflösenden Bedingung anbetrifft, so handelt es sich bei derselben der herrschenden

¹²⁹⁾ a. a. O. S. 32. So auch z. B. Martinus a. a. O. S. 29 f.

¹³⁰⁾ Vergl. die Ausführungen im Text zu Anm. 52.

Zu dem gleichen Ergebnis wie Fitting kommt neben Martinus z. B. auch Rosenberg a. a. O. S. 118 f. Seine Beweisführung lehnt sich eng an Spezialbestimmungen des deutschen B. G. B. an. Rosenberg geht von dem allgemein richtigen Satze aus, dass der Schuldner die Erfüllung als rechtsvernichtende Tatsache auch dann beweisen muss, wenn auf klägerischer Seite die Folgen der Nichterfüllung geltend gemacht werden, — vergl. z. B. Gerber a. a. O. S. 32 ff.; Unger a. a. O. Bd II, S. 569 f.; Motive zum B. G. B. Bd I, S. 383; Reinhold, Klagegrund S. 68; Beckh a. a. O. S. 228 ff. — weist dann darauf hin, dass das B. G. B. gemäss den §§ 345 und 358 eine Ausnahme von dieser Regel statuiert, wenn Gegenstand der Verpflichtung ein Unterlassen ist, und argumentiert nun weiter: Diese Beweislastregelung müsse in dem Falle analog angewendet werden, wo der Eintritt der Wirkung eines Vertrages durch ein Unterlassen bedingt sei. In diesem Falle brauche der Berechtigte das Unterlassen nicht zu beweisen, vielmehr treffe den Gegner die Beweislast dafür, dass die verbotene Handlung vorgenommen sei. Im schweizerischen O. R. finden sich aber keine den §§ 345 und 358 B. G. B. analoge Bestimmungen.

und richtigen Ansicht nach um eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen einer Hauptwillenserklärung gerichtete, dieser in *continenti* beigefügte aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung.¹³¹⁾

Dass nun diejenigen unter den in den bisherigen Ausführungen namhaft gemachten, das Beweislastproblem *ex professo* behandelnden Schriftstellern, die derjenigen Partei, welche die Hinzufügung einer Suspensivbedingung behauptet, den Hauptbeweis für das Vorhandensein dieser auferlegen wollen, dies auch mit Bezug auf die Behauptung einer auflösenden Bedingung tun müssen, liegt in der Natur der Sache und bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

Aber auch die Mehrzahl derjenigen Schriftsteller, welche mit Bezug auf die aufschiebende Bedingung die Leugnungstheorie vertreten, sehen in der Behauptung der Hinzufügung einer Resolutivbedingung eine Einrede, legen also den Hauptbeweis dem dies Behauptenden auf.

Diesen Standpunkt müssen vor allem die mit dem Perfektionsbegriff operierenden einnehmen, denn darüber kann ja kein ernsthafter Zweifel bestehen, dass ein resolutiv bedingter Vertrag ein perfekter ist. Und wirklich legen auch diese Schriftsteller der die Setzung einer auflösenden Bedingung behauptenden Partei den Hauptbeweis für diese auf.¹³²⁾

Inkonsequenter Weise geschieht dies auch von einer Seite, welche für die Entscheidung der Frage der Beweislastverteilung das angebliche Erfordernis der Vollständigkeit des Klagevortrages und ökonomische Momente in den Vordergrund stellt.¹³³⁾ Und grossenteils tun dies auch diejenigen Schrift-

¹³¹⁾ Vergl. z. B. Windscheid a. a. O. Bd I, S. 388; Schulin a. a. O. S. 58; Enneccerus a. a. O. S. 204; Regelsberger a. a. O. S. 561 f.

¹³²⁾ Vergl. v. Bayer a. a. O. S. 739; Wetzell a. a. O. § 19, S. 175; Reinhold, Klagegrund S. 103 f.; vergl. auch Crome a. a. O. Bd I, S. 560.

¹³³⁾ Vergl. Pöschmann a. a. O. S. 321 ff. Dieser Schriftsteller nimmt seine Zuflucht zu geradezu — *sit venia verbo* — etwas erheiternd wirkenden Argumentationen, um sich den Konsequenzen seiner eigenen Lehre zu entziehen und zu einem „den höchsten Prinzipien der Prozesspolitik entsprechenden Ergebnis“ zu gelangen. Auf eine Wiedergabe der Ausführungen P's. müssen wir hier verzichten. Vergl. zu diesen Seuffert a. a. O. S. 353 ff.

steller, welche hinsichtlich der Beweislastverteilung beim suspensiv bedingten Verträge mit der Einheitlichkeit der Willenserklärung und dem Anderssein argumentieren.¹³⁴⁾ Die Begründung für diese verschiedene Behandlung von Suspensiv- und Resolutivbedingung ist im wesentlichen die, dass unter Hinweis auf die eingangs erwähnte Struktur der sogenannten Resolutivbedingung gesagt wird, diejenige Prozesspartei, welche die Hinzufügung einer Bedingung der letzteren Art behaupte, gestehe das vom Gegner behauptete Rechtsgeschäft zu und mache lediglich geltend, dass diesem Hauptgeschäft eine selbständige Nebenverabredung beigelegt sei, infolge welcher die Wirkungen des unbedingt abgeschlossenen Hauptgeschäftes unter Umständen, nämlich wenn die Suspensivbedingung der Wirksamkeit der Nebenerklärung eintrete, wieder aufgehoben werden sollen. Diese Behauptung einer solchen Nebenverabredung sei analog zu behandeln, wie diejenige einer rechtsvernichtenden Tatsache, charakterisiere sich also als Einrede.

Demgegenüber wird von anderer Seite darauf hingewiesen, dass, auch wenn man theoretisch das unter einer auflösenden Bedingung errichtete Rechtsgeschäft nicht als einheitliche Willenserklärung, sondern als eine unbedingte Haupt- und eine suspensiv bedingte Nebenwillenserklärung aufzufassen haben sollte, doch das Verhältnis dieser beiden Willenserklärungen zu einander nicht als das zweier trennbarer, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte behandelt werden könne. Der sich auf eine solche Nebenwillenserklärung berufende Beklagte bestreite auch hier, diejenige Willenserklärung abgegeben zu haben, welche der Kläger behaupte. Die mit einer Nebenwillenserklärung verbundene Hauptwillenserklärung sei tatsächlich eine andere, als die ohne eine solche

¹³⁴⁾ So z. B. Unger a. a. O. Bd II, S. 575; Dernburg a. a. O. Bd I, § 116, S. 270; Windscheid a. a. O. Bd I, § 86, S. 389; Enneccerus a. a. O. S. 218; v. Canstein a. a. O. S. 320; Stölzel a. a. O. Vorwort S. VI und Zeitschrift: Das Recht, 1901, S. 503; Schmidt a. a. O. S. 445; Martinius a. a. O. S. 57 ff.

Vergl. auch Wach Zeitschrift a. a. O. S. 393 und Kommissionsprotokolle zum B. G. B. Bd I, S. 263.

bestehende. Prozessrechtlich bleibe also gewiss, dass der Beklagte, welcher sich auf eine solche Nebenwillenserklärung berufe, bestreite, diejenige Willenserklärung abgegeben zu haben, welche der Kläger behaupte, und daraus folge, dass letzterer für den reinen Geschäftsabschluss hauptbeweispflichtig sei.¹³⁵⁾

Diese Ansicht ist gewiss die konsequentere. Die hier wiedergegebenen Ausführungen können aber aus dem Grunde nicht ins Gewicht fallen, weil das Anderssein eben überhaupt nicht das „Lösungswort im Kampfe um die Beweislast“ ist.

Dass u. E. diejenige Lehre die richtige ist, welche den Hauptbeweis für die Hinzufügung einer Resolutivbedingung der dies behauptenden Partei auferlegt, geht ohne weiteres aus dem bei der Suspensivbedingung Gesagten — Text zu Anmerkung 106 ff. — hervor. Der sich auf die besonderen Rechtsvorschriften über die auflösende Bedingung Berufende muss auch die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser beweisen.

Die Einredetheorie ist hier in der Doktrin weitaus die herrschende. Gleicherweise in der Gerichtspraxis. Ihr entspricht die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts,¹³⁶⁾ des deutschen Reichsgerichts¹³⁷⁾ und des schweizerischen Bundesgerichts.¹³⁸⁾ Ebenso beherrscht sie z. B. auch die zürcherische Gerichtspraxis.¹³⁹⁾

¹³⁵⁾ So Plank: Civilprozess Bd I, S. 328. Diese Auffassung liegt dem früher citierten — Text zu Anm. 71 — § 196 des Entw. I. des B. G. B. zu Grunde. Vergl. Motive Bd I, S. 384 und Kommissions-Protokolle Bd I, S. 263. Siehe auch z. B. Seuffert a. a. O. S. 356 ff. Ebenso im Resultate Bekker: a) Pandekten Bd II, S. 349 und b) Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd II, Berlin 1873, S. 290, und Gaupp-Stein a. a. O. Bd I, S. 639 ff.

¹³⁶⁾ Vergl. Entscheidungen Bd II, 1871, Nr. 21, S. 95 f.; Bd VII, 1873, Nr. 5, S. 37 ff.

¹³⁷⁾ Vergl. Entscheidungen Bd XXVIII, 1892, S. 145.

¹³⁸⁾ Revue der Gerichtspraxis Bd XIII, 1895, Nr. 81, S. 92.

¹³⁹⁾ Vergl. Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd XIV, 1895, S. 299 (Entscheid des Handelsgerichts); Sträuli a. a. O. Anm. 6 zu § 340 R. Rpf. G.

Sie erscheint auch, um das noch kurz hervorzuheben, als durchaus rationell. Da der Beklagte, welcher sich gegen den Kläger dadurch wehrt, dass er statt des geltend gemachten unbedingten das Vorliegen eines resolutiv bedingten Vertrages behauptet, mit dieser Behauptung nur dann einen prozessualischen Erfolg erzielen kann, wenn er zugleich den Eintritt der auflösenden Bedingung als rechtsvernichtende Tatsache behauptet und beweist, so erscheint es als das prozessualisch Gegebene, dass er auch die Setzung desselben beweisen muss.¹⁴⁰⁾

Zudem ist zu beachten, dass man den wirtschaftlichen Zweck, welchen man mit der in einen Vertrag aufgenommenen auflösenden Bedingung verfolgt, auch dadurch erreichen kann und oft zu erreichen sucht, dass das Hauptgeschäft unbedingt abgeschlossen, daneben aber eine selbständige Nebenberedung in dem Sinne getroffen wird, dass beim Eintritt einer bestimmten Suspensivbedingung die den Gegenstand des ursprünglichen Rechtsgeschäftes bildende Rechtsänderung rückgängig gemacht werden soll. In diesem Falle kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der die Nebenberedung Behauptende für diese als eine der rechtsvernichtenden Tatsache analog zu behandelnde rechtsbeschränkende hauptbeweispflichtig ist, und es erscheint nun gewiss als angemessen, die beiden Fälle mit Bezug auf die Beweislastregelung gleich zu behandeln.¹⁴¹⁾

Gegen eine verschiedene Beweislastverteilung bei der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung endlich spricht der Umstand, dass man zur Erreichung des gleichen wirtschaftlichen Zweckes sich oft sowohl der ersteren, als der letzteren Bedingung bedienen kann. Es kommt z. B. wirtschaftlich im wesentlichen auf das gleiche hinaus, ob ein glücklicher Vater bei der Geburt eines Sohnes dem Staate ein wertvolles Gemälde unter der auflösenden Bedingung schenkt, dass die Schenkung wieder aufgehoben sein solle, wenn das Kind vor

¹⁴⁰⁾ Vergl. Kommissions-Prot. zum B. G. B., Bd I, S. 263.

¹⁴¹⁾ Vergl. hier z. B. Beckh a. a. O. S. 176 f. Vergl. auch Bekker, Pandekten, Bd II, S. 348 unter b) und c).

Antritt des zweiten Lebensjahres sterbe, oder ob er die Schenkung unter der aufschiebenden Bedingung macht, dass dieses das erste Altersjahr erfülle. Es handelt sich hier oft um einen Unterschied, welcher in der Hauptsache lediglich in der sprachlichen Einkleidung beruht, und diesem formellen Momente soll bei der Beweislastverteilung möglichst wenig materielle Bedeutung eingeräumt werden.

4. Die Beweislast bei dem Anfangstermin.

Hier haben wir wieder die beiden Theorien, die Leugnungs- und die Einredetheorie zu unterscheiden. Es liegt in der Natur der Sache, dass die verschiedenen Arten der Begründung dieser Lehren in der Hauptsache wenigstens analoge sein müssen, wie bei der Suspensivbedingung.

Was in erster Linie die Leugnungstheorie anbetrifft, so wird von einem Teil der Anhänger derselben auch hier mit der Einheitlichkeit der Willenserklärung und dem Anderssein argumentiert.¹⁴²⁾ Es wird gesagt, wenn der Kläger einen unbefristeten Vertrag geltend mache, der Beklagte aber behaupte, derselbe sei unter einer aufschiebenden Befristung abgeschlossen worden, so leugne letzterer indirekt den Klagegrund, denn ein aufschiebend befristeter Vertrag sei in seiner unzerreißbaren Einheitlichkeit ein anderer, als ein unbefristeter.

Dass das aufschiebend befristete Rechtsgeschäft eine einheitliche Willenserklärung enthält und etwas anderes ist, als

¹⁴²⁾ Vergl. z. B. Römer a. a. O. S. 166; H. Seuffert a. a. O. S. 338 (Zeitbestimmungen, ebenso wie Bedingung, seien nur, insoweit sie abstrakt aufgefasst würden, *accidentalia negotii*. In Verbindung mit einem konkreten Geschäfte würden sie uns als *essentialia* erscheinen, weil sie demselben die besondere Gestalt und Fassung geben würden); Deruburg a. a. O., Bd I, § 116. S. 270; Windscheid a. a. O., Bd I, § 96, S. 428; Enneccerus a. a. O. S. 215 ff.; v. Canstein a. a. O. S. 318 ff.; Stölzel a. a. O. S. 142 f., 159 ff., 176 ff.; Schmidt a. a. O. S. 445; Planck, Civilprozess Bd I, S. 325 f.; § 196 des E I des deutschen B. G. B. und Motive Bd I, S. 383; Martinus a. a. O. S. 59. Leugnen des Klagegrundes nehmen auch an Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 393, und Gaupp-Stein a. a. O. Bd I, S. 639 f.

ein sogenanntes *pures*, ist nun allerdings richtig.¹⁴³⁾ Allein diese civilistische Konstruktion ist eben für die Beweislastverteilung nicht entscheidend. Die Gründe hiefür wurden schon früher bei Behandlung der Beweislast bei der Suspensivbedingung dargelegt — Text zu Anmerkung 118 ff. — und es soll hier auf diese Ausführungen lediglich verwiesen sein.

Ebenso wenig wie bei der aufschiebenden Bedingung kann ferner bei der aufschiebenden Befristung die Leugnungstheorie auf ein angeblich vorhandenes Prinzip der Vollständigkeit des Klagevortrages,¹⁴⁴⁾ auf die ökonomische Verschiedenheit des Vertragsobjektes¹⁴⁵⁾ bei unbefristetem und aufschiebend befristetem Verträge oder auf die Billigkeit¹⁴⁶⁾ gestützt werden. Die Gründe für die Unzulässigkeit solcher Argumentationen sind die gleichen, wie die anlässlich der Behandlung der Beweislast bei der Suspensivbedingung entwickelten, resp. analoge. Vergl. Text zu Anm. 125 ff.

Dass ferner die Verteilung der Beweislast bei der aufschiebenden Befristung im Sinne der Leugnungstheorie nicht darauf gestützt werden kann, dass der aufschiebend befristete Vertrag nicht perfekt sei, wird von den Anhängern der Perfektionstheorie selber anerkannt. Diese kommen vielmehr dazu, den Beweis für das Vorliegen einer aufschiebenden Befristung der diese Tatsache behauptenden Prozesspartei aufzuerlegen.¹⁴⁷⁾ Sie gehen davon aus, dass es sich hier, wie

¹⁴³⁾ Vergl. hier z. B. Enneccerus a. a. O. S. 211 ff.; Schulin a. a. O. S. 187 f.; Regelsberger a. a. O. S. 576.

¹⁴⁴⁾ So Pöschmann a. a. O. S. 313 ff., 327.

¹⁴⁵⁾ So Pöschmann a. a. O. S. 306 f.; 325 ff. Vergl. auch Bekker, Pandekten, Beil. 1 zu § 114, S. 304 f., der darauf hinweist, dass das zeitlich begrenzte ein Minus gegenüber dem unbegrenzten sei. Ein Zugeständnis des Minus könne aber den Behaupter des Plus nicht der ihm ohne dies obliegenden Beweispflicht überheben. Allerdings ist Bekker gegen eine eiförmige Lösung der ganzen Beweislastfrage.

Gegen Bekker Hölder, Pandekten, § 53, S. 276 Anm. 1.

¹⁴⁶⁾ So z. B. Pöschmann a. a. O. S. 338 f.; Stölzel a. a. O. S. 175 ff.

¹⁴⁷⁾ So z. B. v. Bayer a. a. O. S. 739; Wetzell a. a. O. § 19, S. 175; Reinhold, Klagegrund, S. 104 f. So auch Unger a. a. O., Bd II, S. 576 f. Anders Crome a. a. O. S. 560, welcher aber ja nicht eigentlich auf die Perfektion, sondern auf das Vorhandensein eines präsenten Rechts abstellt. Vergl. Anm. 74.

bei der Geltendmachung einer auflösenden Bedingung, um ein Zugeständnis des vom Kläger geltend gemachten Vertrages als eines perfekten, verbunden mit der Behauptung einer selbständigen Nebenverabredung handle, die sich als Behauptung einer rechtsbeschränkenden Tatsache, mithin als Einrede, charakterisiere.

Die von den Anhängern der Leugnungstheorie grundsätzlich vertretene Beweislastverteilung bei der aufschiebenden Befristung soll, wie speziell hervorgehoben wird, nur für denjenigen Fall gelten, wo der Termin einen integrierenden Bestandteil einer Willenserklärung bildet. Anders dagegen wird auch auf dem Boden der Leugnungstheorie derjenige Fall angesehen, wo das Rechtsgeschäft unbefristet abgeschlossen, aber daneben oder nachher vereinbart wird, dass ein durch ersteres erzeugtes Recht erst von einem gewissen Zeitpunkt an ausgeübt, resp. eine durch die prinzipale Willenserklärung erzeugte Verpflichtung erst in gewisser Zeit erfüllt werden solle. Die Behauptung des Vorhandenseins eines solchen Nebenvertrages wird auch von den grundsätzlichen Anhängern der Leugnungstheorie als Einrede betrachtet und behandelt.¹⁴⁸⁾ Und zwar handelt es sich um eine Einrede im technischen Sinn: die *exceptio pacti de non petendo in tempus*.

Ob der Anfangstermin sich als integrierender Bestandteil eines rechtsbegründenden Willens darstellt oder ob eine zweite, selbständige, zu dem ursprünglichen Willen hinzugekommene Willensmeinung vorliegt, deren Aeusserung sich darstellt als eine mit der prinzipalen Willenserklärung verbundene zweite mit einem Anfangstermin ausgestattete Willenserklärung, ist Auslegungsfrage. Gewöhnlich wird es sich um echte Anfangstermine handeln, d. h. um solche, die einen integrierenden Bestandteil der rechtserzeugenden Willenserklärung bilden.¹⁴⁹⁾

Um nun auf die Einredetheorie zu sprechen zu kommen, so argumentieren deren Anhänger mit Bezug auf die Be-

¹⁴⁸⁾ Vergl. z. B. Römer a. a. O. S. 167; Pöschmann a. a. O. S. 316, 327 ff.; Enneccerus a. a. O. S. 215; Schmidt a. a. O. S. 445 Anm.; Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 393; Gaupp-Stein a. a. O. Bd I, S. 640.

¹⁴⁹⁾ Vergl. Schulin a. a. O. S. 188.

weislast beim echten Anfangstermin in gleicher, resp. in analoger Weise, wie bei der Suspensivbedingung.

Es wird auch hier geltend gemacht, dass es sich um eine Einrede im technischen Sinn: die *exceptio pacti vel doli, handle*; ¹⁵⁰⁾ dass der Angreifer nur das allgemeine Dasein der tatsächlichen Voraussetzungen des bestrittenen Rechts zu beweisen habe; ¹⁵¹⁾ dass für die Abwesenheit einer Befristung bei einem Vertrage eine eigentliche Rechtsvermutung ¹⁵²⁾ oder wenigstens eine faktische Vermutung ¹⁵³⁾ spreche; dass die Geltendmachung der Vereinbarung eines Anfangstermins sich als Behauptung einer eigentlichen rechtshindernden Tatsache ¹⁵⁴⁾ charakterisiere; dass denjenigen, welcher aus einem Vertrage Rechte geltend mache, nur in positiver Richtung die Beweislast dafür treffe, dass das von ihm Behauptete rechtsgeschäftlich geäußert worden sei, nicht aber auch in negativer Richtung dafür, dass keine Einschränkungen beigelegt worden seien. ¹⁵⁵⁾

Alle diese Argumentationen können aber aus den bereits anlässlich der Behandlung der Suspensivbedingung auseinander gesetzten Gründen — Text zu Anmerkung 91 ff. — nicht als stichhaltig anerkannt werden. Entscheidend ist vielmehr wieder der Umstand, dass jede Prozesspartei die tatsächlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen hat, dessen Wirkungen sie geltend macht, weil sonst dieser Rechtssatz nicht angewendet werden kann: Also muss auch diejenige Partei, welche sich auf die besonderen Rechtssätze über die Befristungen beruft, deren tatsächliche Voraussetzungen beweisen. ¹⁵⁶⁾

¹⁵⁰⁾ Vergl. z. B. v. Helmholtz a. a. O. S. 178.

¹⁵¹⁾ So z. B. Savigny a. a. O., Bd V, § 225, S. 154 f.

¹⁵²⁾ Vergl. z. B. Wächter a. a. O., Bd II, S. 450 f.

¹⁵³⁾ Vergl. z. B. Schmid a. a. O., II. Teil, § 118, S. 148 f.

¹⁵⁴⁾ So z. B. Maxen a. a. O. S. 123 ff. (implicite, nicht explicite); Renaud a. a. O. S. 214.

¹⁵⁵⁾ Vergl. z. B. Beckh a. a. O. S. 185.

¹⁵⁶⁾ So z. B. Fitting a. a. O. S. 57; Betzinger a. a. O. S. 350. Für individualisierende Behandlung ist hier Regelsberger a. a. O. S. 576 f. Anm. 6.

Dass der Eintritt eines Anfangstermins von derjenigen Prozesspartei zu beweisen ist, welche daraus Rechte herleitet, ist unbestritten und unbestreitbar, da er mit Bezug auf den Anspruch dieser den Charakter einer rechtserzeugenden Tatsache hat.

Die Einredetheorie kann, so weit die Beweislast beim Anfangstermin in Betracht kommt, als die in der Doktrin herrschende bezeichnet werden.¹⁵⁷⁾ Was die Gerichtspraxis anbetrifft, so hat das Reichsoberhandelsgericht im Sinne der Leugnungstheorie entschieden.¹⁵⁸⁾ Dagegen scheinen weder das deutsche Reichsgericht, noch das schweizerische Bundesgericht diese Frage, soweit sie von derjenigen der Beweislast bei den gesetzlichen Dispositivsätzen, die gleich noch zu behandeln sein wird, unabhängig erscheint, ex professo behandelt zu haben.

Gegen eine verschiedene Behandlung der Beweislastverteilung beim aufschiebend bedingten und aufschiebend befristeten Verträge spricht der Umstand, dass jede aufschiebende Bedingung im Zweifel auch eine aufschiebende Befristung enthält.¹⁵⁹⁾ Der dies incertus an ferner enthält stets auch eine aufschiebende Bedingung.¹⁶⁰⁾

Es erübrigt uns nun noch in diesem Zusammenhange eine kurze Besprechung der Bedeutung der gesetzlichen Dispositivsätze für die Beweislastverteilung. Die Frage der Beweislast beim Anfangstermin deckt sich nämlich, wie

¹⁵⁷⁾ Vergl. z. B. Unger a. a. O., Bd II, S. 576: „Dass, wenn der beklagte Schuldner die Festsetzung eines Anfangstermins behauptet, ihn die Beweislast treffe, wird ziemlich allgemein gelehrt“; Enneccerus a. a. O. S. 216; Reinhold, Klagegrund S. 108; Fitting a. a. O. S. 57 Anm., der von einer weitaus herrschenden Ansicht spricht; Staub a. a. O. S. 21. Dagegen betrachten die Motive zum B. G. B. die Leugnungstheorie als herrschende — Bd I, S. 184 —, aber mit Unrecht.

¹⁵⁸⁾ Vergl. z. B. Entscheidungen Bd XXIII, 1878, Nr. 17, S. 53 ff.

¹⁵⁹⁾ Vergl. Art. 171 O. R. Vergl. auch Enneccerus a. a. O. S. 192 ff.; Schulin a. a. O. S. 187.

¹⁶⁰⁾ Vergl. z. B. Enneccerus a. a. O. S. 208; Regelsberger a. a. O. S. 576. Savigny a. a. O., Bd III, S. 207, und andere sehen unrichtigerweise in einem solchen dies lediglich eine Bedingung.

aus dem folgenden hervorgehen wird, oft mit der Frage, ob diejenige Partei, welche sich auf eine gesetzliche Dispositivvorschrift beruft, dafür hauptbeweispflichtig sei, dass nichts abweichendes vereinbart wurde, oder ob nicht diejenige, welche etwas den gesetzlichen Dispositivsätzen widersprechendes behauptet, dies beweisen müsse. Oder mit andern Worten: Ob das Vorhandensein der sogenannten *naturalia negotii* oder die Ausschliessung derselben des Beweises bedürfe. Die erstere Auffassung wird in neuerer Zeit namentlich von Stölzel vertreten.¹⁶¹⁾ Er argumentiert im wesentlichen folgendermassen: Da eine Dispositivregel nur gelte, wenn eine entgegenstehende Abrede fehle, so folge gerade daraus, dass derjenige, welcher sich auf die Dispositivsätze berufe, zunächst zu beweisen habe, dass eine entgegenstehende Abrede fehle, denn er habe den ganzen Sachverhalt vollständig vorzutragen. Eine andere Beweislastverteilung öffne der Lüge Tür und Tor. Es gebe keine Vermutung dafür, dass die Verträge ohne eine von der gesetzlichen Regel abweichende Vereinbarung abgeschlossen seien. Die vereinbarte Abweichung von einer solchen mache das Geschäft zu einem andern. Diejenige Partei, welche diese Abweichung behaupte, leugne also indirekt das Geschäft, auf welches der Kläger seine Klage stütze. Die zweite Ansicht wird am eingehendsten von Staub vertreten.¹⁶²⁾ In seiner glänzenden Polemik gegen Stölzel weist er insbesondere darauf hin, dass es keinen Rechtsatz gebe, wonach der Kläger den ganzen Sachverhalt, von dessen rechtlicher Beurteilung die Entscheidung abhängt, vollständig vorzutragen habe, dass auf das Anderssein nichts ankommen könne und dass die Billigkeit keineswegs für die Stölzelsche Lehre spreche.

In diesen Punkten befindet sich Staub unseres Erachtens — wir verweisen auf die Ausführungen Text zu Anmerkungen 118 ff., 125 ff. — im Recht. Wir schliessen uns überhaupt

¹⁶¹⁾ a. a. O. S. XXI ff., XXXI ff., 74, 127, 139 ff., 175 ff., 200 f. So auch Martinus a. a. O. S. 60 ff.

¹⁶²⁾ a. a. O. S. 13—22. Gegen Staub wieder Stölzel a. a. O. S. VIII ff., 175 f. Anm., 177 ff. Anm.

der letzteren Auffassung: dass also die sogenannten Naturalien eines Rechtsgeschäftes keines Beweises bedürfen, wohl aber die Ausschliessung derselben, an. Massgebend ist dabei für uns die in unseren früheren Ausführungen — Text zu Anmerkung 43 — enthaltene Feststellung, dass eben dasjenige, was der Gesetzgeber als das normale, regelmässige statuiert hat, keines Beweises bedarf, sondern die Ausschliessung desjenigen, was er als die normale Ordnung der Dinge hingestellt hat.

Und die gesetzlichen Dispositivsätze enthalten nun, wie Staub unter Berufung auf andere Schriftsteller ganz richtig hervorhebt,¹⁶³⁾ gerade das, was nach der Auffassung des Gesetzgebers, nach den von ihm angestellten Ermittlungen, seiner Kenntnis und Erfahrung den Anschauungen und den Bedürfnissen des Lebens und Verkehrs am meisten entspricht. Darin liegt ihr eigentliches Wesen.¹⁶⁴⁾ Eine Vermutung für den gesetzlichen Tatbestand wird mit dieser zweiten Ansicht nicht ausgesprochen.¹⁶⁵⁾

Diese Lehre ist in der Doktrin weitaus die herrschende.¹⁶⁶⁾ Ihr entspricht auch die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts¹⁶⁷⁾ und des schweizerischen

¹⁶³⁾ a. a. O. S. 13.

¹⁶⁴⁾ Staub argumentiert dann zur Begründung seiner Ansicht auch mit den gesetzlichen Auslegungsregeln. S. 18 Anm. 42. Diese Ausführungen können aber u. E. aus dem Grunde nicht von wesentlicher Bedeutung sein, weil zwischen den Auslegungsregeln und den dispositiven Rechtssätzen ein wesentlicher Unterschied besteht. Vergl. Danz: die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, 1897, S. 96 ff.

¹⁶⁵⁾ Vergl. z. B. Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 393.

¹⁶⁶⁾ Sie wird z. B. ausser von Staub noch vertreten von Unger a. a. O. Bd II, S. 576; Fitting a. a. O. S. 58, der von einer „fast einhelligen Anerkennung“ dieser Auffassung spricht; ferner von Maxen a. a. O. S. 123 ff.; Betzinger a. a. O. S. 258 ff., 352 f.; Römer a. a. O. S. 151, 167 ff.; Regelsberger a. a. O. S. 696; Reinhold, Klagegrund S. 94; Beckh a. a. O., S. 185 ff.; Rosenberg a. a. O. S. 66 f.; Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 379. 393. Siehe auch § 194 des E. I zum B. G. B. und Motive Bd I, S. 382.

¹⁶⁷⁾ Entscheidungen Bd I, 1880, Nr. 136, S. 383; Bd II, 1880, Nr. 55 S. 201 f., Bd VI, 1882, Nr. 20, S. 82 f., Bd VII, 1882, Nr. 16, S. 45 ff.

Bundesgerichts,¹⁶⁸⁾ während das Reichsoberhandelsgericht¹⁶⁹⁾ im Sinne der gegenteiligen Auffassung entschieden hat.

Wenn also z. B. der Beklagte gegenüber dem Kläger, welcher sechs Wochen nach der Aufforderung auf Rückzahlung eines Darlehens klagt, behauptet, es sei ein bestimmter Rückzahlungstermin von einem Jahr vereinbart worden, so trifft ihn die Beweislast für diese Behauptung, abgesehen von dem früher behandelten grundsätzlichen Gesichtspunkte, auch aus dem Grunde, weil es sich um die Geltendmachung einer Abänderung der Dispositivvorschrift des Art. 336 O.-R. handelt.¹⁷⁰⁾ Ebenso trifft, wenn z. B. der auf Bezahlung des Kaufpreises für eine ihm tradierte Sache belangte Käufer behauptet, es sei in dem Kaufvertrag ein Zahlungstermin von einem halben Jahr aufgenommen worden, diesen auch aus dem Grunde die Beweislast für das Vorliegen einer solchen Befristung, weil in seiner Sachdarstellung die Behauptung einer Abänderung der Dispositivvorschrift des Art. 230 O.-R. liegt, wonach, sofern nicht Vereinbarung oder Uebung entgegenstehen, Käufer und Verkäufer verpflichtet sind, ihre Leistungen gleichzeitig, Zug um Zug, zu machen. Ebenso kommt hier die Dispositivvorschrift des Art. 86 O.-R. in Betracht, aus welcher die Einredenatur der Behauptung einer Fristbestimmung allgemein abzuleiten ist.

Aus dem oben entwickelten Grundgedanken über die Beweislastverteilung mit Bezug auf das Vorhandensein eines *naturale negotii* folgt nach den Grundsätzen der Analogie, dass den Beklagten auch in dem Falle die Beweislast trifft, wenn zwar der Kläger selber zugibt, dass etwas von der gesetzlichen Regel abweichendes vereinbart wurde, aber dies nicht in dem Umfange zugibt, wie es der Beklagte behauptet; z. B. wenn der klägerische Darleiher behauptet, es sei ein Rückzahlungstermin von einem halben Jahr vereinbart worden, der

¹⁶⁸⁾ Entscheidungen Bd XVIII, 1892, S. 299 f., Erw. 3.

¹⁶⁹⁾ Entscheidungen Bd XXIII, 1878, Nr. 17, S. 53 f.

¹⁷⁰⁾ So auch Hafner, Anm. 4 zu Art. 336 O. R.

beklagte Bürger aber den Standpunkt einnimmt, es liege ein solcher von einem Jahr vor.¹⁷¹⁾

5. Die Beweislast bei dem Endtermin.

Dass diejenigen unter den in den bisherigen Ausführungen namhaft gemachten, die Beweislastfrage behandelnden Schriftsteller, welche mit Bezug auf die aufschiebende Befristung die Einredetheorie vertreten, dies auch aus analogen Gründen mit Bezug auf die auflösende tun müssen, liegt in der Natur der Sache und bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

Was die Stellungnahme derjenigen Schriftsteller anbelangt, welche hinsichtlich der Beweislastverteilung beim Anfangstermin die Leugnungstheorie vertreten, so ist folgendes zu sagen: Soweit auf die Vollständigkeit des Klagevortrages und die ökonomische Verschiedenheit des Vertragsobjektes abgestellt wird, muss mit Bezug auf die auflösende Befristung konsequenterweise der gleiche Standpunkt eingenommen werden, wie mit Bezug auf die aufschiebende. Und dies geschieht auch.¹⁷²⁾ Diese Gesichtspunkte sind aber eben, wie zur Genüge ausgeführt wurde, nicht massgebend.¹⁷³⁾ So weit mit der einheitlichen Willenserklärung und dem Anderssein argumentiert wird, sind die Meinungen geteilt. Die einen wollen bei der auflösenden Befristung diejenige Partei, welche das Vorliegen einer solchen behauptet, dafür hauptbeweispflichtig erklären.¹⁷⁴⁾ Die Begründung geht im wesentlichen dahin, dass gesagt wird, in der Geltendmachung der Beifügung eines Endtermins liege ein Zugeständnis des von der gegnerischen Seite geltend gemachten Hauptge-

¹⁷¹⁾ Eine oft verhandelte Controverse! Der im Text vertretenen Ansicht ist z. B. Staub a. a. O. S. 22. Gegen diesen Stölzel a. a. O. S. 177 ff. Anm. und auch z. B. Rosenberg a. a. O. S. 68.

¹⁷²⁾ Vergl. z. B. Pöschmann a. a. O. § 23 S. 325 f.

¹⁷³⁾ Text zu Anm. 125 f.

¹⁷⁴⁾ So z. B. Dernburg a. a. O. Bd I, § 116, S. 270; Windscheid a. a. O. Bd I, § 96, S. 428; v. Canstein a. a. O. S. 320; Stölzel a. a. O. S. VI; Schmidt a. a. O. S. 445; Martinus a. a. O. S. 59.

schäftes, verbunden mit dem Vorbringen einer Nebenwillenserklärung, gemäss welcher die rechtliche Wirkung der Hauptwillenserklärung zeitlich beschränkt sein solle. Diese Behauptung einer solchen Nebenverabredung sei analog zu behandeln, wie diejenige einer rechtsvernichtenden Tatsache, charakterisiere sich also als Einrede.

Demgegenüber wird von anderer Seite geltend gemacht, dass die Willenserklärung unter einem echten Endtermin sich gerade so sehr als einheitlicher Willensakt charakterisiere, wie diejenige unter einem echten Anfangstermin, und dass daher ein innerer Grund fehle, die Verteilung der Beweislast in diesen beiden Fällen verschieden zu gestalten.¹⁷⁵⁾ Dass es sich auch bei der Willenserklärung unter einem echten Endtermin um etwas einheitliches handelt, ist u. E. richtig.¹⁷⁶⁾ Insofern ist die soeben entwickelte Ansicht bezüglich der Beweislastverteilung beim Endtermin durchaus konsequent, wenn man auf diese Einheitlichkeit abstellen will. Allein auch diese ist, wie aus unsern früheren Ausführungen hervorgeht,¹⁷⁷⁾ nicht das Lösungswort im Kampfe um die Beweislast, gerade so wenig, wie das Anderssein.

Echte Endtermine, d. h. solche, welche einen integrierenden Bestandteil einer Willenserklärung bilden, sind selten.¹⁷⁸⁾ Gewöhnlich handelt es sich um Nebenverträge, durch welche die Wirksamkeit eines Hauptvertrages ex die wieder beseitigt werden soll.

Dass u. E. diejenige Lehre die richtige ist, welche den Hauptbeweis für die Hinzufügung einer, sei es nun echten oder unechten, auflösenden Befristung

¹⁷⁵⁾ So z. B. Römer a. a. O. S. 170; Planck, Civilprozess, Bd I, S. 326, 328. Vergl. ferner H. Seuffert a. a. O. S. 358; Bekker: Aktionen Bd II, S. 290. Auf dieser Auffassung beruht auch § 196 des E. I des deutschen B. G. B. Vergl. Motive Bd I, S. 384. Vergl. auch Gaupp-Stein a. a. O. Bd I, S. 640.

¹⁷⁶⁾ So z. B. Czyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag, 1871, S. 6 ff.; Schulin a. a. O. S. 186 ff.; Regelsberger a. a. O. S. 576 unter III. A. M. z. B. Windscheid a. a. O. Bd I, S. 427.

¹⁷⁷⁾ Siehe Text zu Anm. 122 ff.

¹⁷⁸⁾ Vergl. Schulin a. a. O. S. 191 f.

dem diese Behauptenden auferlegt, folgt ohne weiteres aus den früheren Ausführungen: Diejenige Prozesspartei, welche sich auf die besonderen Rechtsvorschriften über die auflösende Befristung beruft, muss auch die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Rechtssätze beweisen, weil dieselben sonst vom Richter nicht berücksichtigt werden können.

Die Einredetheorie ist hier in der Doktrin weitaus die herrschende. Was die Gerichtspraxis anbetrifft, so scheinen sich weder das Reichsgericht, noch das Bundesgericht mit der Frage der Beweislast beim auflösend befristeten Verträge ex professo befasst zu haben.

Der Eintritt der auflösenden Befristung ist von derjenigen Prozesspartei zu beweisen, welche daraus Rechte herleitet. Es handelt sich hier für diese um den Beweis einer rechtsvernichtenden Tatsache.

III. Ueber die Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regulierung der Beweislastverteilung.

Was die Frage anbetrifft, ob das künftige schweizerische Civilgesetzbuch sich mit der Beweislastverteilung durch Aufstellung genereller Regeln ex professo befassen sollte, so ist diese u. E. zu verneinen.

Erstens einmal handelt es sich um eine ihrem Prinzip nach prozessualische Materie¹⁷⁹⁾ und zweitens ist zu sagen: Allerdings würde durch die Aufnahme von generellen Bestimmungen über die Beweislast eine einheitliche Behandlung dieser Frage erzielt, und insofern haben die Motive zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht Unrecht, wenn sie sagen, die Aufstellung allgemeiner Grundsätze erweise sich der Rechtsprechung und der Rechtssicherheit dienlich.¹⁸⁰⁾ Allein

¹⁷⁹⁾ Dass von diesem Gesichtspunkte aus eine Regelung der Beweislast in einem bürgerlichen Gesetzbuche nicht erfolgen sollte, hebt auch hervor: Martinius a. a. O. S. 7 f. unten.

¹⁸⁰⁾ Bd I, S. 382.

andererseits ist doch zu sagen: Mehr als eine einheitliche Rechtsprechung ist eine solche zu schätzen, welche den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles gerecht wird. Wenn nun auch für die Beweislastverteilung, wie in dieser Abhandlung darzulegen versucht wurde, bestimmte Grundregeln gelten müssen, so erscheint es doch als im Interesse einer materiell richtigen Rechtsprechung liegend, dass die Befugnis des Richters, aus bestimmten Gründen des konkreten Falles eine sogenannte Verschiebung der grundsätzlich richtigen Beweislastverteilung eintreten zu lassen, nicht geschmälert wird. Es wurde von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, welches die Bestimmungen des Entwurfes I über die Beweislastverteilung strich, mit vollem Rechte hervorgehoben, dass eine gesetzliche Regel für eine gesunde Praxis oft zur Fessel werden, oder bei mechanischer Anwendung unzutreffende Entschiede zur Folge haben würde.¹⁸¹⁾ *Practica est multiplex*. Dazu kommt, dass die ganze Frage der Beweislastverteilung gegenwärtig wissenschaftlich noch nicht völlig abgeklärt ist, und dass es sich nicht empfehlen würde, in den noch unausgetragenen Streit durch generelle gesetzliche Bestimmungen einzugreifen.

Die Rechtswissenschaft wird schliesslich doch noch, daran dürfen und wollen wir durchaus nicht verzweifeln, zu einer völligen Abklärung dieser allerdings nicht einfachen Materie kommen.

¹⁸¹⁾ S. Bd I, S. 263. Gegen eine gesetzliche Regulierung sprachen sich z. B. auch aus: Hölder im Archiv für die civilistische Praxis Bd 73, N. F. Bd 23, 1888, S. 156; Kisch in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd 28, 1901, S. 262; Martinius a. a. O. S. 12.

Für eine solche z. B. Schmidt a. a. O. S. 436; Wach, Zeitschrift a. a. O. S. 366 f.

