

## Werk

**Titel:** Einiges über die Restitutionen in dem Gange des Civilprozesses, insonderheit gege...

**Autor:** Gensler

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log16](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log16)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

eindringen konnte <sup>71)</sup>. Eine Revision dieser Gesetze wäre daher sehr ersprießlich, und eine Nachahmung der dergleichen französischen Gesetze scheint mir, aus den angeführten Gründen, dem Gemeinwohl sehr zuträglich zu seyn.

## XII.

Einiges \*) über die Restitutionen in dem Gange des Civilprocesses, insonderheit gegen eröffnete, dem Ablauf der Zeit nach rechtskräftige, richterliche Entscheidungen.

Von Gensler.

### §. 1.

Will man sich in dem Gebiete derjenigen Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand — *restitutio in integrum* — welche als der Anfang des Processes, in dessen Lauf, und nach seiner regelmäßigen Beendigung,

71) Diese Meinung, nach welcher man zwischen *continuis* und *discontinuis servit.* unterscheiden sollte, ist sehr alt, aber nachher leider wieder fast untergegangen. S. *Donellus* in *Comment. Lib. XI. cap. II.*

\*) Eine erschöpfende Darstellung, als reine Geburt meines eigenen Ideengangs, möchte ich nicht wagen, wäre mir auch Zeitmangel kein unübersteigliches Hinderniß. Meine Bemerkungen sind daher mehr Bruchstücke, auch großen Theils Hindeutungen auf meiner Ansicht bereits vorausgegangene Beleuchtungen. Aufrichtig gestehe ich, daß die unselige Mischung des römischen, päpstlichen, und deutschen Rechts hierunter oft einen Schleier vor meinen Blick ziehet, durch welchen ich noch zur Zeit weniger klar sehe, als Andere ihrem Geistesauge wohl zutrauen. Soll ein aus dreierlei, so ziemlich heterogenen, Gesehgebungen zu-

unter dem Namen eines außerordentlichen Rechtsmittels erscheinen kann, nicht ganz verwirren und verwirren, so muß man voran unterscheiden <sup>1)</sup>:

1) das rescissorische, oder die Rescission vorbereitende, als Klage, Einrede, Replik und Duplik, sich darstellende, Rechtsmittel gegen *a u ß e r g e r i c h t l i c h e* <sup>2)</sup> verlegende Rechtsgeschäfte <sup>3)</sup>, und gegen den Ablauf der Verjährung. Die Theorie dieser Restitutionsen, welche das römische Recht zur beinahe ausschließlichen Quelle hat <sup>4)</sup>, und ohne geschichtliche Entwicklung ein todt's Chaos bleibt, ist nicht Gegenstand der Theorie des gerichtlichen Verfahrens <sup>5)</sup>, sondern Sache der Romanisten <sup>6)</sup>. —

---

zu beurtheilendes, mit deren noch mehr verschiedenen Proceßformen zusammenhängendes, Rechtsmittel in einer für die practische Anwendung in den teutschen Gerichten erforderlichen Reinheit und Consequenz dargestellt werden, so bedarf es voran ein tiefes Studium jener Gesetzgebungen in Rücksicht auf die processualischen Restitutionsen, vorzüglich aber einer geschichtlichen Entwicklung der römischen Restitutionsen *ü b e r h a u p t*. Mir scheint es, in diesem Punkt habe auch die römisch-geschichtliche Rechtsschule noch manchen Schutt hinwegzuräumen.

- 1) In den obersten Principien hießen alle Restitutions-Arten zusammen; daher findet man in der Doctrin häufig auch alle verschmolzen und durcheinander. Vergl. z. B. Glück in der Erläut. der Pand. §. 431 ff.
- 2) In dem Gegensatz, welcher alles *a u ß e r g e r i c h t l i c h* nennt, was seinem Ursprung nach vor Gericht nicht streitig war, mit Inbegriff der *actus voluntariae jurisdictionis*. Meine Anleitung zur gerichtl. Praxis. Heidelb., 1820. §. 3. nr. 2. p. 4. f.
- 3) Nicht aber *contra sententiam judicis*. Vergl. Cod. Just. L. 2. Tit. 18. sqq.
- 4) Die deshalbigen Verordnungen des päpstlichen Rechts sind nur Bestätigungen und Ausdehnungen.
- 5) Die Kenntniß der einzelnen Klagen u. s. w., als Rechtsverfolgungsmittel, ist in der Proceßtheorie vorauszusetzen. Martini, in dem Lehrb. des teutschen gem. Proc. S. 84.
- 6) E. L h i b a u t, in dem System des Pandecten-Rechts.

2) die Restitution gegen Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen eines gerichtlichen Rechtsstreites — gegen Verabsäumung der Fristen und Tagfahrten u. dgl. — m. a. W., gegen Nichtbeobachtung der positiven u. Formessentialien des bürgerlichen Processes. Diese Restitution ist zu den *remediis contra sententias* eben so wenig zu zählen, als die unter No. 3. S. 118. erwähnte Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand, indem sie der Regel nach vor ertheilter Sentenz gebeten wird, und selbst dann, wann ein richterliches Decret das Daseyn eines Versäumnisses und den Eintritt dessen Rechtsnachtheils bereits ausgesprochen hätte, nun aber erst, vor oder nach abgelaufener zehntägiger Nothfrist, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand imploirt würde, dieses Gesuch dennoch nicht sowohl auf jenes Decret sich beziehet, und dieses als materiell oder formell ungerecht anspricht, als vielmehr das anerkannte, jedoch gesetzlich verzeihliche, Versäumniß und dessen Beseitigung zum Gegenstand hat, so daß jenes Decret nur folgeweise außer Wirkung treten soll. Es ist diese Restitution wohl lediglich nach der prätorischen des römischen Rechts zu beurtheilen. Sie setzt, wie die unter 1), außer der *causa restituendi*, z. B. Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w., eine nicht selbst verschuldete, auch nicht unbedeutende, *laesio* des Imploranten voraus <sup>7)</sup>, und wird daher, obgleich schon das Versäumniß an sich die Natur einer Rechtsverletzung hat <sup>8)</sup>, doch dann nicht ertheilt, wann es bereits als rechtsgewiß <sup>9)</sup> vorliegt, daß auch die ertheilte Restitution die Sache des Im-

---

§. 1001. ff. und §. 1046. ff., nebst den dort angezeigten Gesetzen und Schriften.

7) Thibaut, a. a. D. §. 1002.

8) Wernher, in sel. obs. for. P. 5. obs. 82.

9) Ist es zweifelhaft, so wird das Daseyn der *laesio* voran geprüft. Martini, a. a. D. §. 268.



ploraten nicht verbessern, sie also eine fruchtlose Verfügung des Gerichts seyn würde <sup>10)</sup>.

Insonderheit greift hier die Frage ein: ob der *pars litigans* gegen das Versehen seines Beistandes in den vorigen Rechtsstand wieder einzusetzen sey? Nach R. R. war die Nachlässigkeit eines Procurators, Vormundes u. dgl., kein Grund, wider den Gegner Restitution zu verlangen, sondern selbst der Pflēgbefohlene mußte zunächst Entschädigung von seinem Vormund suchen, und erst wenn dieser das Interesse zu leisten nicht vermochte, konnte jener zur Restitution wider den Gegner Zuflucht nehmen <sup>11)</sup>. Die L. 1. §. 2. Dig. 2. 3. verordnet nur soviel: „im Fall der Procurator, Tutor oder Curator, zur Verhinderung der Justizpflege eine solche Handlung bössabsichtlich unternimmt, welche die Gesetze mit einer Strafe bedrohen (*poenali iudicio*), so soll die Strafe nicht den Principal treffen, sondern nur den Procurator, Curator oder Tutor.“ Von Versäumnissen im Vortrag der Rechtsnothdurft ist also in jenem Gesetz gar nicht die Rede <sup>12)</sup>. Der Volljährige hatte nicht einmal jenes subsidiarische Recht, wenn nicht ein anderer Restitutionsgrund, z. B. eigene Absentia, oder ein *dolus adversarii*, hinzutrat <sup>13)</sup>. In Rücksicht auf die säumigen Vormünder schrieben die teutschen Gesetze vor: selbige sollten ihrer Versäumnisse wegen bestraft, den Pflēgbefohlenen hingegen ihre Unthätigkeit nicht zum Nachtheil

10) *Leyser*, in *medit. ad Pand. spec.* 64. *medit.* 9. Meine Anleitung zur ger. Praxis. §. 19. Note 48. *Laesion* allein reicht nicht aus, sondern beides, *laesio et causa specialis restitutionis*, muß *cumulativ* vorhanden seyn. *Wernher*, in *sel. obs. for.* P. 3. obs. 112.

11) L. 5. Dig. 42. 5.

12) Vergl. a. L. 1. §. 1. Dig. 2. 3.

13) L. 13. §. 11. Cod. 3. 1. L. 16. §. 1. et 2. Cod. 4. 21. L. 5. Dig. 42. 5. L. 26. §. 9. Dig. 4. 6. L. 7. §. 9. Dig. 4. 3. L. 8. §. 1. Dig. 17. 1.

angerechnet werden <sup>14)</sup>. Dieses analog auf die Procuratoren anzuwenden, läßt sich an sich nicht rechtfertigen. Weil jedoch nach unserer Gerichtsverfassung a) die Parteien der Regel nach genöthiget sind, einen derjenigen Procuratoren zu wählen, welche der Staat selbst aufgestellt hat, folglich die römischrechtliche Wahl eines beliebigen Procurators hinwegfällt, und da b) diese öffentlichen Procuratoren keine Caution bestellen, mithin die Partei in Ansehung einer Klage wider den Procurator immer gefährdet ist; so nahmen nicht wenige Spruchcollegien und Gerichtshöfe die Meinung an: „auch ob negligentiam procuratoris publici könne die Partei restit. in integrum verlangen, wenn sie nur nicht selbst *in culpa* sey, und die ihrer Seite nöthig gewesene Thätigkeit, z. B. die Vollmächtserteilung, Instruction u. dgl., entweder bezeichnen, oder eidlich erhärte <sup>15)</sup>. Zu dieser Meinung bekannte sich auch das Reichskammergericht im Jahre 1786. durch ein *dubium camerale* <sup>16)</sup>, berichtete auch deshalb an die Reichsversammlung zur Befätigung, allein es blieb der Bericht ohne Resolution, obgleich auch der Reichshofrath der nämlichen Meinung beitrug. Da jedoch jene Ansicht des Kammergerichts, diese selbst als gemeinen Bescheid betrachtet, gesetzliche Kraft nicht haben kann, indem ein materielles Rechtsprincip dabei zum Grunde liegt, so blieben die Meinungen der Rechtsgelehrten noch immer getheilt, und sind es bis jetzt <sup>17)</sup>. Aus den Gründen jener kammergerichtlichen Meinung folgt aber von selbst, daß wenn eine Partei einen nicht öffentlich angestellten Beistand

14) R. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 95.

15) E. Gönner, in dem Handb. Thl. I. Abh. 22.

16) E. den Abdruck in Bergmanns Corp. jur. judic. germ. S. 484. f.

17) Vergl. Danz, in den Grundf. des ord. Proc. §. 43. Glück, a. a. D. §. 472. ibi all. Martin, a. a. D. §. 80.

wählt, oder einen auswärtigen, alsdann auch das N. N. zweifellos anwendbar bleiben muß.

Von dem Advocaten als solchem sprechen aber weder die römischen noch die teutschen Gesetze, und es ist offenbar ein Mißgriff, wenn man in dieser Streitfrage den Procurator und den Advocaten verwechselt, und dabei auf legten dasjenige anwenden will, was die römischen Gesetze lediglich in Rücksicht auf den Fehler des Procurators als solchen verordnen, ja wenn man auf diesem Irrweg sogar von einer *restitutio ob factum advocati* spricht, statt von einer *rest. ob factum procuratoris*. Sind auch diese zwei Nebenpersonen in einem Subject vereinigt, so bleiben doch die Begriffe, die Qualitäten, und der Geschäftskreis, beider Subjecte in einer physischen Person immer getrennt, und dürfen von der Doctrin nicht verschmolzen werden<sup>18)</sup>. Wenn daher die versäumte Handlung von dem Advocaten als solchem zu vollziehen war, wenn dieselbe zur Herstellung die Qualität eines Advocaten, d. h. doctrinelle Rechtskenntniß, erforderte, so gebürt dem Klienten zum wenigsten direct die Restitution, wäre auch jener säumige Advocat zugleich Procurator. Was der Advocat nicht fertigte, z. B. die Beweisantretungsschrift, das kann der Procurator nicht überreichen<sup>19)</sup>.

Eben weil die unter nr. 2. bezeichnete Restitution zu den *remediis contra sententias* nicht gehört, veranlaßt ihre *Implo ration* nur eine *cognitionem judicis*, wobei die Wahrheit der *causa restitutionis*, ist diese *causa* an sich *legalis*, nur einer Bescheinigung bedarf, und wohl durch eine eidliche Erhärtung des Imploraten hergestellt wird. Ja

18) arg. §. 4. Inst. 2. 18. L. 30. §. 1. Dig. 5. 2. L. 22. Dig. 24. 9.

19) Vergl. m. Anleitung zur juristischen Praxis. §. 4. Note 23. S. 12.

das Gericht ertheilt sie wohl *ex officio*, sieht es voraus, *causa et laesio* liegt liquid vor, und die Imploration um derselben Ertheilung würd: sobald erfolgen, als das Gericht, ohne Rücksicht auf ihre actenmäßigen Bedingungen, das strenge Recht auf den entschuldbar Verletzten anwenden wollte<sup>20)</sup>. Das canonische Recht<sup>21)</sup>, so wie die teutschen Prozeßgesetze<sup>22)</sup>, kennen sie, ohne eine Abänderung der deshalbigen römischen Rechtsprincipien zu verordnen<sup>23)</sup>. Auf jene summarische Beleuchtung des Grundes und der Verletzung, und auf jene ohne Umschweife erfolgende Ertheilung der Restitution, beziehet sich auch die Benennung: *restitutio brevis manu* —

3) die Restitution *contra rem judicatam* — bezweckend die Rescission eines richterlichen ~~Decretes~~ Erkenntnisses<sup>24)</sup>, welches nicht nur der Zeit nach rechtskräftig, sondern auch den Acten und Rechten in soweit angemessen ist, daß jenes weder als unheilbar nichtig, noch als positiv nichtig, angesehen werden kann<sup>25)</sup>. Von dieser Restitution soll hier vorzüglich die Rede seyn, wiewohl ich weder strebe, noch mir anmaße, alle ihre Falten zu entwickeln.

20) Thibaut, a. a. O. S. 1004. Glück, Erläuter. der Pand. S. 432.

21) Cap. 2. 3. 4. 7. X. 1. 41.

22) B. B. Reichsdep. Abich. v. J. 1600. S. 86.

23) Abgesehen von dem, was oben wegen der Versäumnisse der Nebenpersonen gesagt wurde, jedoch zur Reife nicht gediehe. Manche Landesgesetze bestätigen sogar auch deshalb das römische Recht, wenigstens zum Theil, z. B. die Schwarzb. Rudolfsk. Freerford. v. J. 1704. P. 1. Tit. 3. S. 13.

24) Die Interlocutiones *mixtas* nach can. und teutschen mit inbegriffen. R. D. A. v. J. 1600. S. 138. Niedese!, Srhr. zu Eisenbach, Vortr. an den vollen Rath des R. Kammerger. Jena 1791. Pro. II. S. 2.

25) Nach den Begriffen der Nichtigkeit, welche ich in meinem Handbuch zu Martini's Lehrb. des b. Pr. Abh. 3. S. 47. ff. aufgestellt habe.

Nur denen suche ich dadurch zu nützen, deren Lage es nicht erlaubt, selbst in das Innere einzudringen.

§. 2.

Siehet man — den Blick auf die *rest. contra rem judicialam* beschränkt — zunächst hin

1) auf das römische Recht, so verordnet dieses folgendes:

1) Wenn das Erkenntniß auf die Aussagen bestochener Zeugen gegründet sey, so werde Restitution ertheilt<sup>26)</sup>, und sey der Beweis mit fälschlichen Urkunden — *falsis instrumentis* — geführt, so sey der Verurtheilte *ex integro* zu hören<sup>27)</sup>. Da nun diese Gesetze nicht zu dem *jus honorarium* gehören, so sind dreißig Jahre als die Verjährungszeit anzunehmen<sup>28)</sup>. Ob nicht die Gesetze des *Codex* mehr eine Nullität des Erkenntnisses im Auge haben, als dessen Rescission durch Restitution<sup>29)</sup>, mag dahin gestellt bleiben.

2) Wäre eine Rechtsache durch einen richterlichen Eid entschieden, und der Besiegte finde nachher *nova instrumenta*<sup>30)</sup>, d. h. die, als *tempore litis pendentis et probationis* producirt, den gesetzlichen Eid entbehrlich und unzulässig gemacht haben würden, so sey derselbe *ex integro* zu hören<sup>31)</sup>. Von der Entscheidung durch

26) L. 33. Dig. 42. 1.

27) L. 1. sqq. Cod. 7. 58. Hierzu ist aber auch zu rechnen, wann bestochene Sachverständige ein fälschliches Gutachten ertheilt haben, arg. L. 1. Dig. 22. 4.; obnehin fälschliche Protocolle; dergleichen ein wirklicher Meineid, L. 13. Cod. 4. 1., nicht aber die Entdeckung, daß ein *juramentum delatum* aus Irrthum, *bona fide*, gegen die Wahrheit abgeschworen wurde. L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. Dig. 12. 2. L. 21. 22. Dig. 4. 3.

28) Thibaut, v. Verj. u. Verj. Thl. 2. §. 49.

29) Handb. zu Martij B. 1. S. 403. Note 378. mit S. 49. Nach deutschem Proceß wird man die *querela nulli. insanab.* in obigen Fällen für vollbegründet achten. Vergl. auch Nro. 3.

30) Vergl. L. 1. D. cit. 22. 4.

31) L. 31. Dig. 12. 2.

einen Notheid<sup>32)</sup> abgesehen, sollte durch instrumenta noviter reperta die Rechtskraft nicht angefochten werden können<sup>33)</sup>, wenn nicht ein negotium publicum, i. e. causa publica, der Gegenstand des Rechtsstreits wäre<sup>34)</sup>. Nimmt man das negotium publicum nur als Beispiel einer causa restitutionis, so folgt, daß, wenn irgend eine andere causa restituendi<sup>35)</sup> mit dem Auffinden neuer Beweismittel sich vereinigt, alsdann Restitution erteilt werden soll<sup>36)</sup>; und es würde sich dann nur fragen: »ob dieser unterstützende, wohl auch für sich allein ausreichende, Restitutionsgrund (nr. 3.) in Verbindung mit jenem Auffinden auch nach dem Abfluß von vier Jahren noch geltend gemacht werden könne; wenn er, für sich allein betrachtet, als prätorisch, in das Quadriennium gebannt war.« Denn die L. 31. Dig. 12. 2. ist ein Civilgesetz, und die in solcher nachgelassene restitutio contra rem judicatam konnte also binnen dreißig Jahren gesucht werden<sup>37)</sup>. —

3) Der tempore rei judicatae Minderjährige<sup>38)</sup> soll, vermöge dieses Zustandes, berechtigt seyn, Restitution contra rem judicatam zu suchen<sup>39)</sup>. Daher ziehet man aus

32) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 51.

33) L. 35. Dig. 42. 1. v. *quanquam* rel. *oporteat*. mit L. 4. Cod. 7. 52.

34) L. 35. cit. v. *tamen in negotio publico*.

35) Ob auch *laesio enormis* dahin zu zählen sey? s. Thibaut, §. 1254. ibi all. Corceji und Hofacker.

36) Auch hierauf kann sich das *exemplo grave est* in der L. 4. cit. Cod. 7. 52. beziehen. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. B. 5. §. 432. S. 398. Vergl. a. L. 2. Cod. 2. 44.

37) Thibaut, a. a. D. v. B. und W. S. 134.

38) Folglich alle, welchen man die Rechte der Minderjährigen zutheilt, z. B. die Kirche und andere moralische Personen. Thibaut, a. a. D. §. 1009.

39) L. 1. 2. 4. et 5. Cod. 2. 27. L. 16. §. 5. Dig. 4. 4.

bedeudend das Princip: alle prätorische Restitutionsgründe seyen zur Anfechtung der *res judicata* anwendbar <sup>40)</sup>. Nimmt man hierbei an, eine Partei sey in dem Proceßgange aus gerechter Furcht oder durch Zwang, oder Betrug, bewogen worden, eine Handlung zu vollziehen, oder zu unterlassen, in deren Gefolge ihr Etwas nicht zuerkannt, oder sie verurtheilt wurde, so ist um so weniger zu bezweifeln, daß sie aus jenem Grund nachher Restitution gegen jenen Rechtspruch verlangen könne; da, nach erloschenem Unterschied zwischen *negotii stricti juris et bonae fidei*, jene *vitia* des freien Willens eine Nullität produciren, und es keinen gegründeten Zweifel leidet, daß die deutschrechtliche *querela nullitatis* in jenen Fällen statt finde <sup>41)</sup>. Die Verurtheilung einer abwesenden, nicht ungehorsamen, Partei ist offenbar nichtig <sup>42)</sup>; und auch vorausgesetzt, die Publication des Urtheils erfolge zwar auf rechtsgültige Verhandlungen; jedoch ohne vorgängige Ladung an sie, und also insoferne in ihrer Abwesenheit, so ist es doch für die *ad audiendam sententiam* nicht geladene Partei so lange nicht vorhanden, als es solcher nicht auch legal eröffnet wird <sup>43)</sup>. Es bedarf also auch in diesem Fall keines Restitutionsgesuchs. Ist aber die Nuthätigkeit, das Nichterscheinen, einer Partei mit den äußern Bedingungen des Ungehorsams umgeben, so führt die entschuldbare Abwesenheit <sup>44)</sup>, und was dieser gleich stehet, z. B. Krankheit

40) Thibaut, a. a. D. §. 1254.

41) Und zwar wegen einer unheilbaren Nichtigkeit. Denn *metus justa, vis und dolus*, werden immer einen absolut-wesentlichen Bestandtheil des Processes, besonders das Gehör, verlegen.

42) Weil sie nicht gehört wurde.

43) Die *Insinuation in vim publicati* würde nur als positive Nichtigkeit sich ansehen lassen, und bloß die *querela nullitatis* wegen heilbarer Gehier begründen.

44) L. 2. Cod. 2. 54.

u. dgl. <sup>45)</sup>, allerdings zur Befugniß, auf Restitution anzutragen, resp. a) gegen das Urtheil selbst, damit das in der Abwesenheit Versäumte erst nachgeholt <sup>46)</sup>, und dann auf das vollständige Gehör anderweit erkannt werde, resp. aber b) gegen Ablauf der zehntägigen Frist zur Einwendung des versäumten Rechtsmittels <sup>47)</sup>; und eben so, wenn auch c) die Publication des Erkenntnisses, nach vorausgegangenen legalen Verhandlungen, in praesentia der Parteien gesetzlich geschehe, hierauf aber entschuld- bare Abwesenheit eintritt, und diese die Verabsäumung eines Fatals zur Folge hat. Allein in den beiden letzten Fällen ist das durch absentia begründete Restitutionsgesuch offenbar nicht *direct contra rem judicatam*, sondern nur *contra lapsum fatalis* gerichtet, indem das publicirte Erkennt- niß vor der Hand an sich bestehen, durch die Restitution aber nur das Recht zum Gebrauch eines ordentli- chen Rechtsmittels wieder erworben werden soll, damit dann durch dieses ordentliche Rechtsmittel die Incident- frage verhandelt werden dürfe: ob nicht jenes Erkenntniß als *sententia iniqua*, oder auch *nulla* <sup>48)</sup>, zum Vortheil des gegen das strenge Recht noch zu einem versäumten Ge- hör zugelassenen Appellanten, Revidenten, Reuteranten u. dgl. abzuändern sey. Und auch die *restitutio* im Falle a. ist

45) Thibaut, a. a. O. §. 1013. f. ibi all.

46) B. B. der Kläger versäumt sich abwesend an dem Beweis, und ein richterliches Decret entbindet den Beklagten.

47) B. B. nach vollständigen Verhandlungen werden beide Theile *ad audiendum sententiam* geladen, der Beklagte aber wird, während seiner unterdessen eingetretenen Abwesenheit, verur- theilt, und nach seiner Rückkunft sind mehr als zehn Tage seit der Publication jenes, wie er glaubt ihn beschwerenden, Er- kenntnisses verstrichen.

48) Insofern nämlich der Implorant an der Einwendungsnothfrist der *quer. nullitatis* wegen heilbarer Nichtigkeit sich versäumte.



eine *restitutio contra rem judicatam* im strengen Sinne keineswegs zu nennen, da sie zunächst auch nur die Re-  
 scission eines durch des Imploranten Nichtbeobachtung der  
 Formgesetze vom Gegner erworbenen Rechtes bezweckt —  
*rest. contra lapsum fatalis* — damit dann, im Gefolge  
 dieser letzten Restitution, der äußerlich ungehorsame Impe-  
 trant mit der verabsäumten materiellen Verhandlung annoch  
 gehört, und dann ein anderweites, dem Inhalt dieses Ge-  
 hörs entsprechendes, Erkenntniß ertheilt werde. Von *novis*  
 ist hier gar die Rede nicht, sondern von der Erlaubniß zum  
 Vollzug eines Vortrags und einer Verhandlung, welche  
 ganz unterbliebe, und jetzt zum ersten Mal unternom-  
men werden soll. Die *restitutio contra rem judicatam*  
 hingegen ist sogleich das Rechtsmittel selbst, wel-  
 ches eine Rescission des äußerlich rechtskräftigen richterlichen  
 Urtheils bewirken soll, und zwar entweder a) ohne daß der  
 Implorant, abgesehen von der Bescheinigung einer (nicht in  
*novis* bestehenden) *causa restituendi*. etwas anders vollzie-  
 hen will <sup>49)</sup>, als die juristische Deduction, „jenes Erkenntniß  
 verletze ihn,“ d. h. „es sey in Bezug auf die vorausge-  
 gangenen Verhandlungen *materialiter iniqua*,“  
 oder indem er ß) sogleich, bei ihrer Einwendung und Rechts-  
 fertigung, vermöge *directer* gesetzlicher Erlaubniß,  
 ohne diese erst durch eine *restitutio in integrum* von dem  
 Richter auswirken zu müssen, den früheren, wirklich ges-  
 chehenen, Verhandlungen noch etwas hinzufügt —  
*nova* <sup>50)</sup> — was entweder für sich allein, oder in Verbin-  
 dung mit jenem schon vorhandenen Inhalt der Acten, die  
 äußerlich rechtskräftige Sentenz als *materialiter iniqua*  
 darstellen, und unmittelbar eine Abänderung *ipsius*  
*rei judicatae* bewirken soll.

49) Nach dem röm. und can. Recht. S. oben S. 2. u. 3.

50) Nach deutschem Proceßrecht. S. 5. 4. pag. 127.

Was übrigens unter Abwesenheit als gesetzliche *causa restitutionis* zu verstehen, und ob die prätorische Generalclausel<sup>51)</sup> über die Gränze der Abwesenheiten auszu dehnen sey u. s. w., ist aus der Theorie<sup>52)</sup> in den Proceß herüber zu tragen, dabei aber überall zu bedenken, daß in sofern eine *restitutio contra rem judicatam* gesucht wird, und ertheilt werden soll, von der Strenge des Gesetzes durch willkührliche Ausdehnungen *ex ratione aequitatis* nicht abzuweichen ist<sup>53)</sup>. Insonderheit schließen die Gesetze hierunter auch den *error facti* als *causa restitutionis* aus<sup>54)</sup>.

## §. 3.

Wenn man

II) das canonische Recht betrachtet, so enthält dieses in dem Titel der Decretalen: *de in integrum restitutione* 1. 41. und sonst nichts mehr, als das römische Recht, wohl aber weniger, abgesehen davon, daß jenes die Restitutionen gegen Versäumnisse an processualischen Verhandlungen<sup>55)</sup> schon häufiger in das Auge faßt<sup>56)</sup>, und dabei das Subject, welches die Rechte der Minderjährigen genießt, gegen die Versehen der Nebenpersonen *direct* restituirt<sup>57)</sup>. In so weit das päpstliche Recht auch die *restitutio contra rem judicatam* zum Gegenstand hat, setzt es bloß eine römisch-rechtliche *causa restituendi* voraus,

51) L. 1. et 26. Dig. 4. 6.

52) Thibaut, V. R. S. 1003. f. Glück, a. a. D. S. 464. ff.

53) Des Haderns ist sonst kein Ende. L. 1. 4. u. 5. Cod. 7. 32.

54) L. 7. Cod. 1. 18 L. 36. Dig. 10. 2. Noch weniger ist Rechtserthum eine *causa rest.* Tit. Dig. de juris et facti ignorantia. L. 32. Dig. 42. 1.

55) Vergl. oben S. 1. Nro. 2. S. 114.

56) Der päpstl. Proceß ist schon geregelter, als der römische, und gibt mehr, als dieser, Gelegenheit zu Verspätungen. S. Cap. 3. 4. 7. X. 1. 41. Das Cap. 8. beziehet sich nicht auf den Proceß, Cap. 9. spricht von den für die Ertheilung der Restitution competenten Richter.

57) Cap. 2. X. 1. 41.

vorzüglich das kirchliche Privilegium der Minderjährigkeit, und keine *Nova* <sup>58)</sup>. Denn Cap. 10. ej. tit. sagt weiter nichts, als: „wird der Implorant mit der contra rem judicialam gebetenen Restitution zurück gewiesen, so kann er gegen diese ihn abweisende, den Imploraten entbindende, Erkenntniß nur dann abermals Restitution suchen, wann er vermag, auf *novas defensiones* sich zu stützen, d. h. einen neuen bessern Restitutionsgrund beizubringen, als denjenigen, welcher durch jenes Erkenntniß für unstatthaft, oder unerwiesen, erkannt wurde; er muß vielmehr Appellation gegen diese abschlägliche Sentenz erheben, glaubt er, jener verworfene Restitutionsgrund sey ausreichend, und also dieses Decret materiell ungerecht. Sollte jedoch der Implorant nur an einem Fatale sich veräußt haben (an der Einwendung jener nöthigen Appellation), so kann er hiergegen in den vorigen Stand, in die Appellationsbefugniß, wieder eingesetzt werden, damit dann von dem Obergerichte geprüft werde: „ob die vom iudex a quo verworfene causa restitutionis contra rem judicialam hierzu gesetzlich hinreiche, oder nicht.“ — Fast mehr als dieses enthält schon das römische Recht <sup>59)</sup>, ohne daß sich behaupten ließe, neue Thatfachen und Beweise würden durch *novas defensiones* bezeichnet. Zu enge möchte jedoch die Erklärung der L. 2. Cod. 2. 44. seyn, welche *Libaut* <sup>60)</sup> giebt. Fast man nämlich L. 1. 2. et 3. Cod. 2. 44. mit dem nur wiederholenden Cap. 10. X. 1. 41. zusammen, so liegt wohl in ihnen folgender Ideengang und Sinn der Gesetzgebung: Würde eine gesuchte Restitution rechtskräftig für unstatthaft erkannt, so führt es zu einem Widerspruch und zur Unendlichkeit, die nämliche Restitution aus der nämli-

58) Vergl. oben §. 2. Nro. 3.

59) L. 1. 2. 3. Cod. 2. 44.

60) In dem System des P. R. §. 1264. mit Bezug auf Cocceji, Hofacker und Voetius.

then *causa specialis* nochmals zu suchen. Denn diese ist ja schon geprüft, und diese ist rechtskräftig für unstatthaft erkannt. Auch die Entscheidungen über die Statthaftigkeit der Restitution stehen unter dem Gesetz der Rechtskraft; sonst wäre des Restitutionshabers kein Ende. So wie aber ein Kläger überhaupt, hat er sich auf einen speciellen Klaggrund gestützt, z. B. in der Eigenthumsklage nur auf dessen Erwerb durch Verjährung, und wird der Beklagte von dieser Klage rechtskräftig entbunden, zwar solche nicht nochmals erheben, jedoch das nämliche Recht und Object, gestützt auf eine neue specielle *causa petendi*, abermals verfolgen kann, und so mit einer Reihe von einzeln speciellen Klaggründen hindurch <sup>61)</sup>, so kann auch eine zweite Restitution, des nämlichen Gegenstandes, wie jene erste aberkannte, dann gesucht werden, wann der abermals auftretende Implorant auf *novas defensiones* sich gründet, d. h. auf eine noch nicht verhandelte, neue, *causa specialis* der Restitution, z. B. dort auf Minderjährigkeit oder Abwesenheit, jetzt aber auf neu aufgefundene Urkunden, oder auf Zeugenbefragung, nach §. 2. nr. 1. et 2., oder zuerst auf Abwesenheit, und nachdem diese für zur Restitution nicht qualificirt rechtskräftig erkannt wurde, nunmehr auf Minderjährigkeit. Will also der Implorant in Hinsicht auf die erste, ihm aberkannte, Restitution den Folgen der Rechtskraft entgehen, und eine nochmalige Prüfung der Materialien des verhandelten Restitutionsprocesses begehren, ohne von einer *nova defensio* auszugehen, so muß er in der legalen zehntägigen Nothfrist zu einem ordentlichen Rechtsmittel seine Zuflucht nehmen, und als *gravamen* behaupten: „nach dem Inhalt der verhandelten Acten hätte die aberkannte Restitution nicht aberkannt, sondern ertheilt werden sollen, und es sey daher jenes materiell ungerechte Erkenntniß zu reformiren. Das römische und

61) L. 11. §. 4. L. 14. Dig. 44. 2.

päpstliche Recht kannte nur das ordentliche Devolutiv:Rechtsmittel der Appellation, und es leidet daher keinen Zweifel, daß wo auch bloße Suspensiv:Rechtsmittel gesetzlich sind, z. B. Revision, Entrückung u. dgl., der Implorant auch diese, statt der Berufung, zu jenem Zweck wählen kann.

Uebrigens umfassen jene Gesetze <sup>62)</sup> gewiß den Fall nicht, wenn in dem Restitutionsproceß selbst eine *causa restitutionis* sich entwickelt, z. B. als der Implorant mit der Restitution zurück gewiesen wurde, war er noch minderjährig, oder abwesend, oder in dem Restitutions:Proceß beschuldigt der Implorant die Zeugen, producirt falsche Urkunden u. s. w. Hier muß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand auch gegen das die gesuchte Restitution aberkennende Erkenntniß allerdings Maß greifen; denn dieser Restitutionsproceß war ein selbstständiger Rechtsstreit, es hat das Recht und die Folgen jedes andern Processes.

Aber wie, wann die Imploration einer Restitution sofort durch das erste Decret, einer untauglichen Klage gleich, ohne sie dem Imploranten vorerst zur Antwort, oder *ad excipiendum*, mitzutheilen, verworfen würde? Auch hier muß der sofort zurückgewiesene Implorant ein ordentliches Rechtsmittel eben so ergreifen, als wäre eine von ihm eingewendete Appellation, Revision u. dgl. gleich nach der Introduction oder Einwendung rejicirt worden. Denn solche *rejectoria* enthalten Urtheil und Entscheidung des Richters, und sind insofern der Rechtskraft fähige *Decisiva:Decrete*.

#### §. 4.

Es hat aber die deutsche Gerichtspraxis und Gesetzgebung den Gebrauch der *restitutio contra rem judicatam* dadurch erweitert, daß sie auch da, wo eine römisch:recht:

62) L. 1. sq. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

liche *causa restitutionis* (§. 2.) nicht vorhanden war, die Restitution dennoch für begründet hielt, und zu suchen gestattete, wenn nur der Implorant auf *nova* <sup>63)</sup> sich stützen könne. Gewiß gaben hierzu die im römischen und canonischen Recht erwähnten *novae defensiones* §. 3. die Veranlassung; denn die teutschrechtliche Leuterung kannte und kennt, so lange man sie rückwärts geschichtlich verfolgen kann, und wie man sie in einem Theil Deutschlands, als Mutter der *Revision*, noch lebend und webend findet, auf keinen Fall an *dere nova*, als *noviter emergentia et reperta*. So dunkel nun jene römisch; und canonisch; rechtlichen *novae defensiones* vorlagen, so vag und ungewiß wurde in dem teutschen Proceß der Begriff der *novorum*, worüber dann der Gebrauch der *restit. contra rem judicatam* bis zum Unfug und bis zur gänzlichen Unsicherheit aller rechtskräftigen Erkenntnisse stiege. Die Reichsgesetzgebung suchte daher einzulenken, und dem schädlichen wilden Strom einen Damm zu setzen <sup>64)</sup>.

1) Der Deputat. Absch. v. 1533. §. 4. verordnete, „daß, wenn jene Restitutionen aus Gefährde, oder bloß mit Bezug auf frühere Verhandlungen, oder aus zwar neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen, Ursachen gesucht würden, mit der Execution vorgefahren und der Implorant in die Unkosten verurtheilt werden solle.“ Zugleich wurde für statt: hafte Restitutionsgesuche der feierliche — articularte — Proceß vorgeschrieben.

63) Die *Nova* vertreten nämlich die *causam restituendā* — gelten für diese.

64) Vorzüglich gehören hierher: *Ullheimar*, *Diss. num. rem. restit. in integrum cum remedio revisionis in camerae imp. judicio conjungi possit*. Bamberg, 1778. *R. G. Niesdese*, *Frhr. zu Eisenbach*, *Vorträge an den vollen Rath des R. Kammerger.* Jena, 1791. Nro. II. S. 79 ff. *Süßner*, in dem *Handb. B. 3. Nro. 66.*

2) Jene Verordnung wurde in die R. G. D. Thl. 3. Tit. 50. ohne Minderung und Zusatz aufgenommen.

3) Aus dem Reichsdeputations-Abschied vom Jahr 1600. §. 138. entnimmt man so viel, daß die Restitution auch gegen rechtskräftige Interlocute — *interlocutiones mixtas* — statt findet; denn der *rest. contra lapsum fatalium* war schon vorher im §. 86. gedacht.

4) Kräftig sprach sich ein gemeiner Bescheid des R. R. G. vom 7. July 1669. im Wesentlichen dahin aus <sup>65</sup>): die Procuratoren sollten sich der mit der Restitution getriebenen Mißbräuche enthalten — sollten nichts, was in *facto et jure* schon vorgewiesen, wiederholen, sondern einzig und allein die in *facto* emergirende *nova*, oder neue Beweise, kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur Abstattung des Eides: »daß sie von dem Einbringen vorher einige Wissenschaft nicht gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeinet« <sup>66</sup>), jederzeit gefaßt erscheinen.

5) Ein dorthin sich beziehender anderweiter gemeiner Bescheid vom 7. July 1671. bestimmte nun auch die Zeit, wann jener Eid abgeschworen werden sollte, mit hinzugefügter »*formula juramenti in puncto restitutionis in integrum*« <sup>67</sup>).

65) S. Dec. u. f. w. Cammergerichts Gemeine-Bescheide u. f. w. v. J. 1497 bis 1711. Wehlar 1717. Nro. 180. S. 9. f.

66) Diese leidige Clausel, »oder u. f. w. nicht vermeinet« — dieses Privilegium der Negligenz und Rechtsunwissenheit — ist das peinliche Kreuz in ihrem Gefolge der leicht zur Chilane führenden Restitution. Jede neue Gesetzgebung streiche wenigstens jenen verderblichen Anhang! —

67) S. Gem. Besch. Note 65. all. Nro. 185. S. 97. f.

Klar verordnen diese Vorschriften <sup>68)</sup>, in Verbindung mit dem zweiten Theil des Restitutionsbeides <sup>69)</sup>: entweder

a) neue That sachen werden als wesentlich erfordert, d. h. solche, welche in den frühern Verhandlungen von dem jetzigen Imploranten weder erzählt, noch einer Antwort des Imploraten ausgestellt wurden. Diese *facta nova* müssen aber auch erheblich seyn, d. h. ihre Wahrheit muß eine Abänderung des angefochtenen Urtheils rechtlich begründen. So wie sie aber am wenigsten einen neuen thatsächlichen Klaggrund enthalten dürfen (*mutationem libelli*), so sind gewiß auch neue Einreden, Replikten, und Duplikten ausgeschlossen, eben so wie, einer richtigen Auslegung des Gesetzes nach, in dem Gebiet der *novorum* einer Appellation. Die *facta nova* müssen die Eigenschaft einer bloßen Verstärkung, oder Erweiterung, oder einer Stellvertretung, der nämlichen That sachen enthalten, mit welchen ein früher schon verhandelter Streitpunkt bereits begründet war <sup>70)</sup>. Rechtsgrundsätze aus den promulgirten Ge-

68) Seiber schweigt in diesem Buche der Reichsabsch. v. J. 1654., obgleich in diesem Hauptgeset. S. 73. u. 74. wegen der *novorum appellationis* bestimmte Vorschriften enthalten sind. Analog sind diese jedoch auch auf die *nova* der *restit. contra rem. jud.* anwendbar.

69) Verb. „(sondern nunmehr das *rem. rest. in integr.* gegen die in diesem N. C. B. ausgesprochene Urtheil Platz zu haben, und hierzu die Sache von Rechts wegen, ohne (bloße) Wiederholung desjenigen, so allbereit *in Facto et Jure* vorgekommen, genugsam qualificirt zu seyn erachtet, alles getreulich und ohne Gefährde.“ Vergl. Note 80.

70) H. B. der Beklagte suchte die Einrede der Zahlung direct durch Zeugen zu beweisen, wurde aber, weil deren Aussagen schwankend ausfielen, und nicht einmal einen gesetzlichen Eid begründeten, unbedingt verurtheilt, erfährt jedoch nachher, daß der Kläger den Empfang der Zahlung gegen andere Personen erzählend gestanden habe. Letzteres ist das neue *Factum*.



setzen können nie neu seyn; denn neue Gesetze sind nicht zurückzuziehen <sup>71)</sup>, und die zur Zeit des Rechtsstreites bestehenden Gesetze sind ohnehin ein Gegenstand des richterlichen Erfüllungsamtes <sup>72)</sup>; nicht promulgirte Gesetze hingegen haben allerdings die Natur der Thatsachen <sup>73)</sup>, und können daher als nova benützt werden <sup>74)</sup>, insofern sie nicht selbst eine neue Klage, neue Einrede u. s. w. bilden <sup>75)</sup> — oder

b) neue Beweise, d. i. Beweismittel <sup>76)</sup>, welche früherhin, dem Beweisführer bekannt oder unbekannt, unbenutzt blieben. Die neuen Thatsachen lit. a. bedürfen ohnehin (hier wohl ohne Ausnahme) auch einer neuen Beweisführung, und dazu neuer Beweismittel. Es ist aber (auch denkbar, daß α) nur neue Beweismittel zum Beweis vor dem angefochtenen Erkenntniß schon vorgekommener Thatsachen als nova die Restitution begründen <sup>77)</sup>, oder daß β) hierzu die früher schon benützten Beweismittel abermals zum Beweis neuer Thatsachen pro-

71) Das bekannte: *lex nova non retrahitur ad praeterita*. Nov. 119. praef. es Cap. 1. L. 7. Cod. de legib.

72) L. un. Cod. 2. 11. N. A. v. J. 1654. S. 96. Handb. B. 1. S. 65. f.

73) Archiv für die civil. Praxis. B. 1. S. 23.

74) Cramer in obs. jur. un. T. 1. obs. 367.

75) Dann ist es eine überlaubte mutatio. Die durch ein Gewohnheitsrecht gegebene Klage ist eine andere, als die, welche das promulgirte Recht gibt.

76) Ohne diese ist kein Beweis, d. i. factischer und juristischer Beweisgrund, rechtmöglich. Archiv, B. 1. Abh. 3. S. 2. ff., und eine bessere juristische Ausführung der frühern Verhandlungen ist weder ein thätliches *novum* lit. a., noch eine neue Beweisführung.

77) Das Gesetz gibt die Alternative: entweder nova facta, oder neue Beweise. Neue Thatsachen können also auch durch Eidesdeklaration bewiesen werden. Denn diese ist ein ordentliches Beweismittel.

ducirt werden 78). Aber — von neu aufgefundenen Beweismitteln abgesehen — läßt sich jener abermalige Beweis der nämlichen Thatfachen durch andere Beweismittel nur mit derjenigen Gesetzgebung vereinigen, welche einen peremptorischen Beweistermin nicht kennt, und nur in einem solchen

78) Wie aber, wenn der Implorant neu entdeckte Zeugen über schon vorgekommene, durch Zeugen erwiesen werden sollende, aber für nicht erwiesen erkannte, Thatfachen zur Begründung der Restitution produciren will? oder gar solche Zeugen, deren Daseyn zur Zeit der Beweisführung er zwar kannte, welche zu produciren er aber nicht für dienlich erachtete? — Das röm. und canon. Recht verbieten, nach unternommenem Zeugenbeweis und geschbehener Eröffnung der Zeugenaussagen über den nämlichen Beweisfact, für oder wider, nochmals Zeugen zu produciren, und das canon. Recht legt hinzu: „auch nicht in der Appellations-Instanz.“ Die Beforgniß einer Subordination der Zeugen ist die ratio legis. Nov. 90. Cap. 4. §. 1. Clem. 2. de test. 2. 8. Cap. 17. 19. et 25. X. 2. 20. Ohne Ausnahme ist nun diese allgemeine Vorschrift des Gesetzes keinesweges; und so wie das auch beiden Hülferechten bekannte Princip: *novum emergens novo indiget auxilio* den Nachgebrauch neu aufgefundenener Zeugen rechtfertigt, selbst nach dem Ablauf eines peremptorischen Beweistermins, so deuten die Gesetze es auch an, daß im Fall einer Partei Zeugenaussagen ohne deren Willen und Schuld bekandt werden, dieser Zufall, oder diese culpa tertii, ihr das Recht zu weiterer Zeugenproduction über das nämliche factum nicht entziehen kann, und daß überhaupt jenes Verbot strenge zu erklären ist. Cap. 35. 38. et 48. X. 2. 20. Allein damit ist dem Fall nicht geholfen, wann die Partei einige Zeugen producirt, andere ihr bekante Zeugen hingegen unbenutzt ließe, nun aber der letztern als nova instrumenta zur Restitution sich bedienen, und hier den Eid schwören will: „sie haben vorher nicht für dienlich erachtet, jene Zeugen zu produciren.“ Dieses läuft offenbar gegen das Hülferecht, muß jedoch nach der deutschen Gesetzgebung, leider! für erlaubt angesehen werden, haben nicht Landesgesetze weise eine Abänderung getroffen.

Rechtsstreit, in welchem auch der Richter ein peremptorisches Beweisinterlocut nicht ausgesprochen hat. Denn dürfte der Beweisführer nach der auf einen peremptorisch aufgelegten Beweis erfolgten und rechtskräftigen Definitivsentenz mit einem neuen Beweis bloß deshalb hervortreten, weil er im Laufe jenes Termins das Aufstellen und Beweisen der jetzt in restitutorio vorgebrachten neuen Beweissätze, oder das Ernennen und Produciren der jetzt herbeigebrachten neuen Beweismittel, nicht für dienlich geachtet habe; so wäre dieses ein Verhöhnern jenes peremptorischen Beweistermins und das schädlichste Privilegium, die Proceffe durch Chikane, wenigstens durch Nachlässigkeit und subjectiven Irrwahn, zu verewigen <sup>79)</sup>.

Bei allem diesem läßt sich nicht bezweifeln a) daß das Resultat des früher schon geführten Beweises mit dem Resultat des neuen Beweises vereinigt werden darf <sup>80)</sup>, um die von neuem bezweckte richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, so wie die Auflage eines bessern Beweises den Producenten nicht verhindert, die factischen Beweisgründe des anticipirten Beweises mit denjenigen des hierauf gebotenen und unternommenen bessern Beweises in Verbindung zu setzen, ingleichen b) daß mit den neuen Thatsachen auch solche, auf diese anwendbare, Rechtsgründe in

79) Wo aber das „nicht für dienlich erachten“ einmal ausreicht, da muß es auch gleichviel seyn, ob der Implorant die jetzt erst vor- und beigebrachten neuen Thatsachen, oder Beweismittel, früherhin kannte oder nicht — hätten sich auch die Urkunden in seinem eigenen Besig befunden. Genug — leider genug — daß er ihren Gebrauch nicht für dienlich erachtete!

80) Die Worte in der Eidesformel: „ohne Wiederholung desjenigen, so allbereit in facto et jure vorkommen,“ wollen gewiß nur so viel sagen: bloße Wiederholung jener schon verhandelten Thatsachen und Rechtsgründe ist kein *novum*. Neue Thatsachen, oder Beweise, oder beides, müssen den schon vorgekommenen Thatsachen wenigstens hinzukommen. Vergl. Note 69.

der Beweisdeduction vorzubringen erlaubt ist, welche von dem Imploranten früherhin noch nicht, oder auch in Bezug auf andere dort vorgekommene Thatsachen, erwähnt wurden. Die Thatsachen sind das Principale — die Rechtsgründe nur Accessorium.

## §. 5.

Siehet man auf das Ganze und auf die hier sich zeigende Collision des einheimischen Rechts mit den Hülfsgesetzen zurück, so folgt:

1) Gründet sich der Implorant auf *nova* im obigen Sinn §. 4, lit. a. u. b., und schwört auch nur den zweiten Theil des Restitutionsseides<sup>81)</sup>, so bedarf er zur Begründung der *restitutio in integrum contra rem judicatam* gar keiner römisch oder canonisch rechtlichen *causa restituendi*<sup>82)</sup>; jedoch kann er diese, ist eine derselben in concreto vorhanden, mit jenen *novis* erlaubter und nützlicher Weise cumuliren<sup>83)</sup>.

2) Kann er sich auf neue Thatsachen oder Beweise nicht stützen, wohl aber auf eine römisch oder canonisch rechtliche *causa restituendi*, so begründet sich auch durch diese allein das Restitutionsgesuch. Denn das singuläre Institut des teutschen Processus §. 3. derogirt jenem Hülfrecht keinesweges. Wäre also

a) das auf die Aussagen bestochener Zeugen, oder auf den Inhalt falsch geschmiedeter Urkunden u. dgl., ergangene Urtheil auch nicht als nichtig zu behandeln<sup>84)</sup>, so würde

81) Nämlich: „daß er u. s. w. nicht für dienlich erachtet habe.“

82) Oben (Note 63.) wurde schon erwähnt, daß die *Nova* den Platz einer *causa specialis rest.* einnehmen — für eine solche gerechnet werden.

83) Z. B. der Implorant, welcher neue Thatsachen oder Beweise vorbringen will, kann sich zugleich auf Minderjährigkeit *tempore rei judicatae* beziehen.

84) Veyl. c. 2. §. 2. S. 121.

jenes falsum doch wenigstens ein solches Restitutionsgesuch begründen, welches nur durch die Verjährungsfrist von dreißig Jahren erlischt; und eben dieses tritt ein

b) im Fall nach des Rechtsstreites endlicher Entscheidung mittelst eines vom Richter erkannten und von einer Partei abgeschwornen Erfüllungs- oder Reinigungsbeides der Unterliegende neue, seinen Sieg begründende, Beweismittel entdeckt<sup>85)</sup>. Die teutschen Gesetze §. 4. erfordern nicht, daß der Proceß durch einen gesetzlichen Eid sich geendiget habe — sie übergehen diesen besondern Fall mit Stillschweigen. — Diesem nach bleibt das Hülfrecht neben ihnen anwendbar<sup>86)</sup>, und der Implorant ist in diesem von dem röm. Recht aufgestellten Fall in eine bloß vierjährige Frist nicht eine geengt.

85) Wenn der Römer als richterlichen Eid nur das *Suppletorium* kannte, so muß sich eine *restitutio ob instrumenta noviter reperta* bloß auf directen Gegenbeweis bezogen haben. Denn die Partei, welche den Erfüllungs Eid leistete, und dadurch Sieger wurde, bedurfte natürlich keiner Restitution. Anders, denkt man sich die Entscheidung durch ein *Purgatorium*. Daß die Beweismittel neu entdeckt worden sind, muß bescheiniget oder eidlich erhärter werden, will der Implorant, auf das Hülfrecht gestützt, nach Verfluß von vier Jahren von Zeit des Auffindens *novorum instrumentorum*, innerhalb dreißig Jahren, von der Rechtskraft des Erkenntnisses an gerechnet, von der Restitution Gebrauch machen. Gehet er aber von dem teutschen Proceßrecht aus, und bittet innerhalb vier Jahren, von dem Eintritt jener Rechtskraft an, um Restitution, so muß schon das Abschwören des zweiten Theils des Restitionsbeides §. 129. ausreichen, der erste Theil aber (daß er keine Wissenschaft gehabt) dann, wann nach vier Jahren von jener Rechtskraft an, jedoch innerhalb vier Jahren von dem Auffinden der *nova instrumenta* an, Restitution gesucht wird. *Plus continet minus.* S. in Note 87.

86) Thibaut, P. R. §. 35. u. 39.

In beiden Fällen, a. und b., ist aber der Lauf der dreißigjährigen Frist vom Augenblick des zehntägigen Alters der anzufechtenden Definitivsentenz zu berechnen <sup>87)</sup>, ohne Unterschied, wann der Implorant das Falsum oder die neuen Beweismittel entdeckt; indem der Ablauf jener längsten Verjährungsfrist das formelle und materielle Recht zugleich umfaßt <sup>88)</sup>, und von dem Wissen des Verletzten nicht abhängt <sup>89)</sup>.

3) In Rücksicht auf die prätorischen und canonisch rechtlichen *causas restituendi*, insoweit jene *contra rem judicatam* Platz greifen, kommt das teutsche Recht auch in Ansehung der in diesem erweitert gegebenen, bloß auf *nova* zu gründenden, die Ableistung eines Erfüllungs- oder Reinigungsbeides nicht voraussetzenden, Restitution mit dem Hülfrecht darin überein, daß sämtliche diese Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand an das quadriennium <sup>90)</sup> gebunden sind, welches mit dem Eintritt der Rechtskraft des durch die Imploration um Restitution angefochtenen Erkenntnisses zu laufen anhebt, mit

87) Von diesem Augenblick der Rechtskraft an ist der Gegner des Imploranten im Besiz des formellen Rechts, und erwirbt nun das materielle durch den Ablauf der Verjährungszeit. Auch ist die Restitution gegen die Rechtskraft, *contra rem judicatam*, berechnet, und diese ist vor Ablauf der zehntägigen Nothfrist zur Einwendung eines ordentl. Rechtsmittels juristisch nicht vorhanden — erst mit Ablauf jener Nothfrist wird sie *nata*, und wirkt erst von diesem Augenblick ihres Werdens an. Von der Publication an bis zum zehntägigen Alter ist das Erkenntniß gleichsam nicht in den Acten — ist nur Vorschlag des Richters — und der Parteien flüchtweiger Vertrag wird erst mit jenem Alter des Erkenntnisses *perfect*.

88) S. m. Handb. zu Mart. Lehrb. d. b. Pr. B. 1. S. 52.

89) Thibaut, vom Besiz und Verj. Thl. 2. S. 73.

90) Thibaut, P. N. 1036. Glück, in der Erläuterung der Pand. S. 439.

Ausnahme des Falles, wann der teutschrechtliche Implorant die neuen Thatsachen oder Beweismittel zu jener Zeit nicht kannte, sondern erst nachher entdeckt, in welchem Fall der Lauf jener vierjährigen Frist erst mit der Entdeckung den Anfang nimmt <sup>91)</sup>.

4) Stützt sich der Implorant bloß auf eine solche römisch oder canonisch rechtliche *causa restit.*, welche §. 2. Nro. 3. erwähnt wurde, so nimmt der Restitutionsproceß (abgesehen von der Frist zu dem Anbringen des Restitutionsgesuchs) die Natur eines solchen ordentlichen Rechtsmittels an, in welchem *nova* gar nicht vorkommen, außer etwann der Beweis der *causa restituendi* <sup>92)</sup>, welche hier den Klagegrund bildet. Die Frage: ob der Implorant durch das angefochtene Erkenntniß so verletzt sey, wie er angiebt? ist dann nur Rechtsfrage; so wie bei einer Revision, Reutung, oder Appellation ohne Privilegium *nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*, der Richter nur zu erwägen hat: »ob der Grund der aufgestellten Beschwerde aus den Acten der vorigen Instanz sich rechtfertige.«

#### §. 6.

Es sind die Restitutionen §. 1. Nro. 3. und §. 2. f. zwar außerordentliche Rechtsmittel im Verhältniß zur

91) Dieses ist wenigstens die positiv am besten begründete und auch die vernünftigste Meinung. Kiedeser, a. a. D. S. 13. Gönnert, a. a. D. S. 20. Vergl. a. Note 87. S. 136. Sind also von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des anzufechtenden Erkenntnisses an bis zum Vortrag des Restitutionsgesuchs vier Jahre bereits verfloßen, so hat der Implorant das Entdecken zu einer solchen Zeit, von welcher an die vier Jahre noch nicht verstrichen sind, zu bescheinigen, oder eidlich zu erhärten. Anders, wann nur der Fall des römischen Rechts L. 1. sq. C. 7. 58. vorliegt, und von diesem Hülfrechte Gebrauch gemacht werden soll. §. 5. Nro. 2. b. S. 135.

92) Es fällt also auch der Restitutionseid S. 129. hinweg.

Appellation, Revision, Reutung u. dgl., als den ordentlichen, d. h. an eine zehntägige Nothfrist ihrer Einwendung gebundenen, Rechtsmitteln<sup>93)</sup>, keinesweges jedoch gegen das *Judicium*, sondern *adversus hujus sententiam*, und wider die Gegenpartei gericht. Sie bezwecken, wie Gönner spricht<sup>94)</sup>, einen Sieg des materiellen Rechtes über das förmliche, d. h. welches die der Zeit nach vorhandene Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses unter den Parteien feststellen würde<sup>95)</sup>, wäre das Restitutionsgesuch nicht verstattet. Es verordnen auch die Gesetze nirgends, daß die Restitution gegen ein unterrichterliches Erkenntnis bei dem Obergericht gesucht, und daß sie also Devolutivkraft haben solle; vielmehr folgt schon aus der materiellen Connerität, und aus dem Recht auf mehrmaliges Gehör, daß derjenige Richter für das Restitutionsgesuch zunächst competent sey, welcher das Urtheil ausgesprochen hat<sup>96)</sup>. Aber dann

93) In einem andern Sinn — mit subsidiarisch gleichviel — nennt man auch die Restitutionen überhaupt außerordentliche Rechtsmittel. Wie weit mit Grund oder Ungrund, gehört nicht hieher. Vergl. dieses Archiv, Bd. 4. No. X. 2. Nur soviel sey in Bezug auf den Proceß erwähnt, daß in dessen Gebiet die Restitutionen nur in sofern subsidiarisch-äußerordentliche zu nennen sind, als ein anderes Rechtsmittel gar nicht sich findet, welches man vor der Restitution wählen könnte. Ist ein solches noch vorhanden, so entsteht zwischen diesem und dem Rechtsmittel der processualischen Restitution, zeigen sich auch deren Bedingungen, nur eine Concurrency, die auch electiv, ja sogar cumulativ, seyn kann. Das nähere S. 7. Auch muß dann wenigstens das Princip zur Anwendung kommen, „daß wenn die Restitution vortheilhafter oder sicherer ist, auch das vorhandene s. g. ordentl. Rechtsmittel zur Seite gestellt werden darf. L. 14. Dig. 4. 2. L. 4. Cod. 2. 20.

94) a. a. D. B. 3. Abh. 66. §. 1.

95) Archiv. B. 1. Abh. 24. S. 365 f.

96) *Perhorrescenz* gegen dieses *forum ordinariam* kann aller-



findet Berufung statt, wann der Unterrichter sie als nicht begründet zurückwirft <sup>97)</sup>, oder, nachdem er den Restitutionsproceß einleitete, in diesem erkennt: „der Implorant habe die *causam restituendi*, oder die *läsion*, d. h. die materielle Ungerechtigkeit des vorigen Urtheils, nicht bewiesen“ u. dgl. <sup>98)</sup>

Man muß jedoch auch hier die *restitutio contra rem judicatam* scharf scheiden

a) von der Restitutionsklage, d. i. dem Gesuch auf Reverssion eines verletzenden außergerichtlichen Rechtsgeschäftes, z. B. eines Kaufs u. dgl., gerichtet <sup>99)</sup>. Hier tritt, nach teutschrechtlicher Gerichtsverfassung <sup>100)</sup>,

---

dingß eintreten, hauptsächlich wenn die *laesio* in einer solchen widerrechtlichen Handlung des sprechenden Richters ihren Grund hat, welche nicht bloß in einer irrigen Anwendung der Rechtslehre besteht. Eine Klage gegen den Richter ist das hier vorliegende Rechtsmittel der Restitution auf keinen Fall. Ein *forum extraordinarium* (Martin, a. a. O. S. 57.) muß sich begründen, soll ein höheres Gericht, als dasjenige angerufen werden, welches das Erkenntniß ausgesprochen hat, gegen welches Restitution gesucht wird.

97) L. all. 1. Cod. 2. 44. Cap. 10. X. 1. 41.

98) S. was deßhalb oben S. 3. als Erklärung der L. 1. Cod. 2. 44. und Cap. 10. X. 1. 41. näher entwickelt wurde.

99) S. oben S. 1. Nr. 1. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. S. 434.

100) *Lauterbach*, in coll. th. pract. Lib. 4. Tit. 1. §. 11 *Hofacker*, in princ. jur. rom. germ. §. 817. Wie nach der römischen Gerichtsorganisation, s. bei Glück, a. a. O. ibi leg. et icti all. Es dürften aber auch bei Glück u. a. die Restitutionsarten nicht so geschieden seyn, wie es nöthig ist, um die Frage mit Sicherheit zu beantworten: bei welcher Behörde ist Restitution zu suchen? Die L. 3. Cod. 2. 47. sagt im Grund nichts weiter, als: zur Befugniß, Restitution zu erteilen, gehört *jurisdictio*. Das Forum selbst ist dort nur insoweit angedeutet, daß über die incidenter gesuchte Restitution der Richter der anhängigen Hauptsache entscheide. Dieses beziehet sich wohl auf die Restitution gegen Proceßverfe-

die allgemeine Regel ein: *actor sequitur forum rei*, und dessen Wahl hängt dann weiter davon ab, ob jenes klagende Restitutionsgesuch  $\alpha$ ) bloß die Natur einer persönlichen Klage habe, oder  $\beta$ ) auch gegen den Besizer als solchen, einer dinglichen Klage gleich, als *actio in rem scripta*, statt finde. Dort ist das *forum domicilii* des Imploranten der competente Gerichtsstand  $2$ ); ob auch das *forum contractus*  $3$ ) ist bekanntlich bestritten. Im Fall  $\beta$ ) aber concurrirt mit dem generellen *foro domicilii* auch das *forum rei sitae*  $4$ ). Sollte, wie es rechtmöglich ist, die factische Grundlage der Restitutionsklage als Einrede  $5$ ), oder als specielle Replik gegen eine Einrede, benutzt werden  $6$ ), so folgt von selbst, daß für diese Defensional: Restitution das *forum litis pendentis* allein competent ist —

b) von der Restitution gegen versäumte Noth- und andere peremptorische Fristen  $7$ ). Diese Imploration

---

hen und auf die Fälle, in welchen *vi exceptionis*, *replicae* vel *duplicae*, Restitution gesucht wird.

- 1) *J. B. L. 5. §. 15. Dig. 27. 9. Glück, a. a. D. S. 406. zu §. 434. Voetius, L. 4. T. 1. §. 10.*
- 2) *L. 2. Cod. 2. 47.*
- 3) *E. Thibaut, P. R. §. 1811. ibi all.*
- 4) *Martin, a. a. D. §. 46. ibi all.*
- 5) *d. h. zur Entkräftung der Klage, um diese als unstatthaft zurückzutreiben, um die Entbindung des Beklagten zu bewirken — nicht um eine Verurtheilung des Klägers zu begründen. Dieses ist der Sinn der L. 9. §. 3. D. 4. 2.*
- 6) *d. h. zur Entkräftung der Einrede, nicht als neuen Klagegrund, sondern, damit des Beklagten Einrede der Wirkung der Klage kein Hinderniß werde. Sowie will sagen L. 9. §. 4. D. 12. 2. Daß dem Beklagten in Ansehung einer speciellen Duplik, zur Entkräftung der Replik, die nämliche Befugniß zustehe, folgt von selbst aus der Gleichheit der Parteirechte, und aus der gesetzlichen Vorgunst für den L. 41. Dig. 50. 17.*
- 7) *S. oben §. 1. No. 2.*

ist immer nur Incident: Nebenpunkt in der Hauptsache, und gehört, vermöge jener Qualität und der materiellen Connexität, lediglich zur Competenz des *jud. litis pendentis* 8), wiewohl auch hier, wird das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand von dem implorirten Untergericht abgeschlagen, Appellation gegen dieses abschlägliche Decret, als ein Decisivdecret, zweifellos statt findet, ja auch Revision, Lenkung u. dgl.

Was also oben von dem foro restitutionis gesagt wurde, beziehet sich lediglich auf die *restitutio contra rem judicatam* 9), welche ein Wiederaufleben des nach strengem Recht todten Processus, m. a. W. eine nochmalige Prüfung desjenigen Materials der Parteiverhandlungen bezweckt, über welche der Richter bereits zum Nachtheil des Imploranten erkannt hat — und zwar rechtskräftig, auf den Zeitablauf der zehntägigen Nothfrist der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels hingesehen. Alle ordentlichen Rechtsmittel in dem obigen Sinn sind, wie hier vorausgesetzt wird, ausgeschlossen — versäumt — auch Appellation — darum eben muß Restitution gesucht werden, und darum bei jenem Gericht, welches das angeblich materiell ungerechte Erkenntniß ausgesprochen hat, sey es nun die erste, zweite, oder höchste Instanz 10). Wird der Richter selbst angeklagt, so kann nicht um Restitution wider den vormaligen

8) Das römische Recht erfordert, wie schon erwähnt, daß der Richter Jurisdiction habe, und schließt daher den *Judex* aus, dem bloß *notis* zustehet, und noch mehr den bloßen Schiedsrichter, L. 3. all. Cod. 2. 47., das canon. Recht aber, Cap. 9. X. 1. 41., erlaubt auch dem Schiedsrichter, über die incidenter gesuchte Restitution zu erkennen. Einen Schiedsrichter für den Restitutions-Proceß zu wählen, ist dadurch nicht ausgeschlossen — erlaubt es das *Object*:

9) S. oben S. 2.

10) L. 1. Cod. 2. 47.

Gegner gebeten werden, nicht um Rescission des diesem vortheilhaften Erkenntnisses, sondern nur um eine vom Richter zu leistende Entschädigung<sup>11)</sup>. Das Obergericht kann also, wie oben und in der Note 96. schon erwähnt wurde, für das Restitutionsgesuch nur als *forum extraordinarium* competent werden, unter Schonung des Instanzenrechtes<sup>12)</sup>.

11) L. 15. §. 1. in f. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 7. 49. G. L. Boehmer, in el. jur. civ. T. II. dissert. 4. §. 15.

12) Gönner, a. a. D. B. 1. Abh. 1. §. 10. Thibaut, welcher hierunter anderer Meinung ist, P. R. §. 1254. g. d. E., beziehet sich auf das röm. Recht, ohne jedoch ein specielles Gesetz anzuziehen. Es läßt sich aber der letzte Theil seines Satzes: In der Regel ist dieses Rechtsmittel (die rest. contra rem jud.) nicht devolutiv, wenn man nicht dabei, wie es nach R. R. angehet, den Richter selbst anklagt<sup>a</sup>, schon mit dem Begriff einer Restitution nicht vereinigen. Aus der Rechtskraft des richterlichen Erkenntnisses ziehet nur der siegende Gegner des jetzigen Imploranten Vortheil — nicht der Richter. Denn ließe sich dieser sogar bestechen, um ein ungerechtes Urtheil zu fällen, so fliehet ihm dennoch jener unerlaubte Vortheil nicht *ex re judicata* zu, sondern immer bleibt nur der hierdurch lucrirende Gegner das passiv legitimirte Subject, von welchem die *restitutio* des aus der sädirenden *re judicata* gewonnenen körperlichen oder unkörperlichen, Objects, bestehe dieses in einer Sache oder in einem Recht, oder nur in der Befreiung von einer Verbindlichkeit, zu suchen ist — seine Nachfolger, wie sich von selbst versteht, mit inbegriffen. In Ansehung eines *successoris singularis* würden auch die Principien concurriren, inwiefern auf diesen ein Rechtsstreit übergethet, dessen Object er erwirbt. S. Martin, in dem Lehrb. des bürgerl. Processus §. 291. Schaumburg, in primo prax. jud. L. 1. S. 2. C. 7. §. 4. f.

Würde das Gesuch um rest. in integr. contra rem judicatam wider den Richter gerichtet, so müßte der siegende Gegner wenigstens mitbeklagt und Litisconsorte des Richters werden — indem ja sonst jene Partei ungehört verurtheilt würde.

Suspensivkraft hat aber die Imploration um Restitution contra rem judicatam allerdings der Regel nach und in so weit, als die Execution dieser angefochtenen res judicata noch nicht vollzogen ist, oder insofern nicht aus ihrer schlechten Begründung der Verdacht einer gefährlichen Proceßverschleifung hervorleuchtet. In diesem letzten Fall soll der Besiegte leisten, was jene res judicata ihm aufliegt, der hierdurch Siegende jedoch cautionem de restituendo bestellen<sup>13)</sup>.

#### §. 7.

Auch die Frage: ob die restit. contra rem judic. mit einem andern ordentlichen Rechtsmittel gehäuft werden könne? wird bei dem Mangel bestimmter positiver Gesetze mannichfaltig beantwortet. Als Beitrag hierzu gelte folgendes:

Einer eventuellen Häufung der Appellation mit dem Restitutionsgesuch steht nichts entgegen<sup>14)</sup>, d. h. im Fall der Implorant erklärt: »schlage das Untergericht die Gestattung des Restitutionsprocesses ab, so wolle er hiergegen appelliren« — nämlich zu dem Zweck, daß das Obergericht erkenne: es sey dem Imploraten das Restitutionslibell zur Antwort mitzutheilen<sup>15)</sup>. Erfolgt dieses oberichterliche Decret (wohl ein rescriptum de emendando), so ist es gerecht, die Acten zu remittiren, zur Sicherung der Instanzen. Auch umgewandt läßt sich die eventuelle Häufung denken; z. B. Appellation wird hauptsächlich und zunächst eingewendet; weil aber die Beobachtung des Fatale decendii zweifelhaft ist, so fügt der Appellant hinzu: »würde die Appellation nicht gestattet,

13) Cap. 6. X. 1. 41.

14) Wenn nämlich beide Rechtsmittel, Rest. contra rem judicatam und die eventuelle Berufung, im Laufe des *decendii* eingewendet wurden.

15) m. a. W. »es sey das Restitutionsgesuch für an sich unzulässig nicht zu achten, sondern ein Verfahren über dasselbe zu gestatten.

so bitte er um Restitution contra rem judicatam.“ Ja es kann hierbei auch die rest. contra lapsum fatalium §. 1. nr. 2. concurriren, wenn nämlich der Appellant voran auf Restitution gegen das Veräumniß jener Nothfrist der Appellation und auf deren Gestattung anträgt, auf den Fall jedoch, daß jenes und dieses abgeschlagen würde, um Restitution contra rem judicatam bittet. Gleichzeitige Häufung der Berufung und rest. cont. rem jud. wäre Widerspruch, auch gem. R. nach Ueberfluß; erstes, weil diese Restitution keine Devolutivkraft hat; letztes, weil auch die Appellation nova auf gleiche Weise zuläßt.

In Ansehung bloßer Suspensivrechtsmittel läßt sich jene successive Häufung der Restitution noch weniger bezweifeln, da das nämliche Gericht für beide Rechtsmittel zunächst und unbedingt competent ist. Ja auch eine simultane Häufung<sup>16)</sup> ist hier weder Widerspruch, noch Ueberfluß, insofern man voraussetzt, a) der Revident und Implorent finde sich auch ohne nova durch das publicirte Erkenntniß beschwert, habe aber über dieses b) auch nova, und es sey jenem ordentlichen Rechtsmittel das privilegium appellationis, nondum deducta rel. abgesehritten. Es ist gewiß ein irriges Grundprincip, wenn Gönner<sup>17)</sup> ohne Unterscheidung behauptet: „mit den übrigen Rechtsmitteln (im Gegensatz der Rest. c. r. jud.) fechte man die formelle Richtigkeit der richterlichen Erkenntnisse an, mit der Restitution aber bestreite man die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheils.“ Letztes ist allerdings gegründet; allein auch durch die Appellation und Revision wird der Regel nach nur die materielle Richtigkeit, die sententia als iniqua, angefochten, obgleich dieselben auch, wie die querela nullitatis wegen der Formnichtigkeit

16) Auch hier vorausgesetzt, daß fatale decendii wird beobachtet in Rücksicht auf beide Rechtsmittel.

17) a. a. D. S. 3. Abh. 66. S. 19.

keiten, gebraucht werden können, ja selbst gegen unheilbare Nichtigkeiten. Insofern Appellation und Revision ein Urtheil bloß *ob iniquitatem* (wegen materieller Ungerechtigkeit) anfechtet, unterscheiden sich jene ordentlichen Rechtsmittel von der Rest. cont. rem jud. nur a) durch die Fatalien, und b) durch die, an die Stelle deren Beobachtung tretende, *causa restituendi*, und c) in besonderer Rücksicht auf die Revision darinnen, daß diese nicht immer *nova* zuläßt. Eben dieses sub c. ist aber der Fall einer möglichen cumulativen Häufung <sup>18)</sup>.

18) Hierher gehört das Princip gar nicht: „die Restitution sey nicht in ein Revisorium zu verwandeln.“ Dieser Rechtsatz sagt nur so viel: „ohne nova, oder andere *causa restituendi*, läßt sich keine *restitutio in integrum* begründen.“ Diese ist nie eine bloße Leuterung oder Revision der vorigen Verhandlungen. Wo aber *nova* sich finden, da kann Restitution gesucht werden, ohne daß hierdurch aufgehoben würde, auch die Vortheile eines solchen ordentlichen Rechtsmittels zur legalen Zeit zu benützen, welches weder nova, noch eine andere *causa restituendi* erfordert, sind auch desselben Bedingungen vorhanden. Greifen diese durch, so mag die *causa restituendi* unerwiesen, oder das neue Beweismittel fruchtlos bleiben. Wirkt die *causa restituendi*, als erwiesen, so ist noch mehr geschehen, als absolut nothwendig war. Solches mag der Richter prüfen, wenn er, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsprozeß, in ipsa causa zu erkennen hat. Man nehme an: das Gericht habe erkannt: „Kläger habe nicht erwiesen und Beklagter sey daher zu verurtheilen,“ hierauf aber lege der Beklagte innerhalb zehntägiger Nothfrist Revision ein, „weil durch seinen schon geführten Beweis wenigstens ein gesetzlicher Eid begründet wäre,“ fügt jedoch hinzu: „er habe *nova instrumenta* aufgefunden, oder diese früherhin zum Beweis nicht für dienlich erachtet u. s. w., bitte also: finde der Richter jene Revisionsbeschwerde unerheblich, diese neuen Zeugen u. dgl. zu vernehmen, und dann ihm Restitution *contra rem judicatam* zu ertheilen.“ (Ist nämlich die Revision nicht begründet, so ist *res judicata* vorhanden). Wer möchte an der gesetzlichen Erlaub-

## §. 8.

In manchen teutschen Ländern kennt man ein ordentliches Rechtsmittel unter dem Namen Restitution, resp. mit, resp. ohne Bedingung, wohl mit Ausschluß, der *novorum*. Im ersten Fall ist sie eine Mischung eines ordentlichen Rechtsmittels (nämlich in Rücksicht auf das *fatiale interponendi*) und der gemeinrechtlichen rest. *contra rem judicatam*, und alles, was wegen der *novorum* in dieser gilt, muß auch dort subsidiarisch zur Anwendung kommen<sup>19)</sup>. Sind *nova* ausgeschlossen, so ist das sogenannte *remed. restitutionis in integrum ordinarium* nichts weiter, als die Revision, oder Reuterung, wäre auch eine Abweichung in den Satalien vorhanden<sup>20)</sup>. Dieses ordentliche, auch bloß suspensive Rechtsmittel, nicht *contra rem judicatam*, sondern auch gegen der Zeit nach noch nicht rechtskräftige Decisiv-Decrete des Gerichts, schließt dann den Gebrauch der gemeinrechtlichen Restit. *contra rem judicatam* keineswegs aus, insoweit dieses re-

---

niß zu einer solchen Häufung zweifeln? Wer würde es illegal finden, wenn der Richter vor Abhör der Zeugen über die Revisionsbeschwerde nicht abspricht, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsverfahren aber eventuell reflectirt, d. h., zunächst über den Inhalt der vorigen Acten, und, begründet dieser keine reformatoria, dann auch über die Wirkung der *novorum* — oder auch über beides zugleich! —

19) Wegen Hannover und Mecklenburg s. Desterley, Handbuch des bürgerl. und peinl. Processus für das Königreich Hannover. Thl. 2. S. 267. ff. v. Kamph, Handbuch des Mecklenburger Civilprocesses, § 176., mit desselben Beiträgen zu den Mecklenb. Staats- und Privatrecht. B. 6. Nro. XXV. S. 105 ff.

20) So hat z. B. das Mecklenb. *remedium ordinarium restitut. in integrum*, statt zehn Tagen, sechs Wochen als *fatiale* der Einwendung; doch müssen auch die Beschwerden sogleich mit der Einwendung *specificis* angegeben werden, und, weil jeder Theil der Regel nach nur eine Schrift haben soll, sogleich auch sogleich justificirt werden.



medium extraordinarium durch die Landesgesetze nicht beschränkt wird. Es bedarf dieser Theil des Processus vorzüglich einer ernsten Revision, und glücklicher Weise haben viele Landesgesetze wenigstens die leidige Clausel des Restitutions-Eides: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. s. w.“<sup>21)</sup> verbannt, oder in ihrem Gebiet nicht aufkommen lassen<sup>22)</sup>.

21) S. oben §. 4. S. 129.

22) Die sächs. Proceßgebung, welche die *rest. in integr. als rem. ordinarium* ganz verbannt, und die Exterung als das einzige und ordentliche bloße Suspendiv-Rechtsmittel bestätigt, hat, ohne hierunter durch Klarheit und Rechtswissenschaft sich auszuzeichnen, wenigstens das Gute, daß mit ihren Verordnungen ein Restitutions-Eid: „Implorant habe nicht für dienlich erachtet u. s. w. sich durchaus nicht verträgt. Dieses folgt auch schon aus der strengen, consequent und musterhaft durchgeführten, *Eventual- Maxime* des sächsischen Processus, worin dieser den gemeinen Proceß, und alle neue Geschickungen bei weitem übertrifft. Daher kennt auch der sächs. Proceß in der Appellations-Instanz gar kein *privil. nondum deducta deducendi rel.*, sind nicht *noviter emergentia* oder *noviter reperta* der Gegenstand des neuen, vorher ganz ungeborenen, oder dem nachbringenden Theil schuldlos ganz unbekannt, Vorbringens, in welchem Fall erst dann eigentlich die *restit. in integr.* gegen das Nichtvortragen an der legitimen Stelle die Erlaubniß giebt, das der äußern Lage des Processus nach *Dasäumte* noch nachzuholen. Wegen der Restitutionen *c. r. j.* im sächs. Proceß s. m. Goth. Pr. D. v. J. 1670. P. 1. Cap. 16. §. 9. Die Ehurf. v. J. 1622. Schweigt. Eisen. P. D. v. J. 1702. Tit. 21. §. 21. f. Schwarzj. Rudolst. P. D. v. J. 1704. P. 3. Tit. 3. §. 1. f. Erläut. Ehurf. P. D. v. J. 1724. zu Tit. 37. Neue Altenb. P. D. v. J. 1744. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Neue Goth. P. D. v. J. 1776. P. 1. Cap. 34. §. 1. f. Der Cod. juris Bavarici jud. v. J. 1753. enthält der Restitut. wegen Cap. 16. manche singuläre Verordnung, und verbannt ebenfalls den Grund, „daß Implorant dasjenige, was er durch das *rem. rest. in integr.* ausführen wolle, im Laufe des vorangegangenen Rechtsstreits vorzubringen nicht

für dienlich erachtet habe," während die Chur-Badonische Obergerichts-Ordnung v. J. 1804., gleichfalls nach schärfern Bestimmungen strebend, dennoch, art. 154, jenes Hauptmittel, der Nachlässigkeit und Chikane einen breiten Weg zu zeigen und Verlängerung der Prozesse durch das Gesetz selbst zu befördern, den Parteien nicht entziehen wollte. In den Gesetzgebungen neuester Zeit, und in den Vorschlägen hierzu, läßt sich — so darf man fast behaupten — weder Tiefe und scharfe Sondernung der einzelnen verschiedenen Fälle, noch Consequenz, in Hinsicht auf die rest. in integr. contra rem jud. erfinden, und gewiß ist für die Anwendung noch zur Zeit bei weitem das Beste, was jenes Punktes wegen die preuß. Gerichtsordnung Tit. 16. §. 12. ff. vorzeichnet. Eine charakteristische Bezeichnung (wohl teutschen Ursprungs) jener Restitution findet sich in dem „Berliner Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verf. in Civil-Rechtssachen,“ wo der Abschn. 2. des Titels 7. überschrieben ist: „Von dem neuen Rechte“ u. s. w., und wo, Satz 321. f., das Nachsuchen um neues Recht die restit. *contra rem judicatam* bezeichnet. Die deßhalbigen Vorschriften selbst dürften sich aber auch nicht eignen, jenem nothwendigen Rechtsmittel eine solche Klarheit, Consequenz und Kürze, zu sichern, welche desselben höchst schädlichen, bona oder mala fide verschuldeten, Mißbrauch verhindern.

Den Kostenpunkt in dem Gebiete der Restitutionen habe ich in meinem Handb. zu Martins Lehrb. des bürgerl. Processes Abb. VI. §. dd. pag. 395. ff. besonders beleuchtet.

### D r u c k f e h l e r .

- S. 28. Zeile 2. statt: daß „nämlich“, l. m. „daß nämlich“  
 In der Abhandlung IX. steht mehrmals h. l. statt h. t. (*hujus tituli*.)  
 S. 89. Not. 17. §. 8. l. m. werde, statt wende.  
 S. 112. ist Note \* das letzte Wort (zu-) zu streichen.  
 S. 114. §. 7. statt Nro. 3. S. 113. l. m. Nro. 1. S. 113.