

## Werk

**Titel:** Bruchstücke aus der Lehre von Eintheilung, Benennung und Wirkung, der Decrete, de...

**Autor:** Gensler

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004)|log21

## Kontakt/Contact

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

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

## XVI.

**Bruchstücke aus der Lehre von der Eintheilung,  
Benennung und Wirkung, der Decrete, der  
Fristen, und des Ungehorsams, in dem bür-  
gerlichen Proceß.**

Von demselben.

## §. 1.

Die richterlichen Decrete, Beschlüsse, Bescheide, sind:

A) decisiv, entscheidend, wenn sie über einen unter den Parteien vorwaltenden Streitpunct dergestalt ab sprechen, daß der Vollzug des Decrets die eine Partei in einen positiven Vortheil, die andere aber in einen solchen Nachtheil versetzen würde, m. a. W., wenn der Inhalt des Decrets einer Partei einen bestrittenen Vortheil zu- oder aberkennt. Man nennt sie Rechtsprüche, Sentenzen, Urtheile, Entscheidungen, Erkenntnisse, Decisa. Sie theilen sich

1) in Haupterkenntnisse, Endbescheide, Definitivurtheile, Abschiede u. dgl., wenn das Decret das endliche Resultat der Hauptstreitfrage ausspricht, d. h. den Beklagten entweder in das Object des Klagesuchs verurtheilt, oder ihn von der Klage loszählt, unbedingt, oder bedingt, mit einem gesetzlichen Eide —

2) in Neben- oder Zwischenbescheide, auch entscheidende oder gemischte Interlocute, d. i. welche

1) Martin, in dem Lehrbuche des bürgerl. Proc. S. 103.

auf die Hauptstreitfrage Einfluß habende Vorfragen und Nebenpuncte decidiren, z. B. über die Beweislast, über die Zulässigkeit der Beweismittel u. dgl. Da nun solche Erkenntnisse eines Theils entscheidend sind, ander Theils aber auch nur die Leitung und die fernere weitere gesetzliche Entwicklung des Processes bezwecken und vorzeichnen, als Vorbereitung auf die künftige Hauptentscheidung, so nennt man sie *mixtas interlocutiones*, oder auch *interlocutiones, quae vim sententiae definitivae habent*, oder auch *sent. def. in ventre* —

B) bloß proceßleitende, oder eigentliche Decrete, *interlocutiones merae* (im Gegensatz der Rechtsprüche, Sentenzen u. s. w. lit. A), d. h. welche keine Streitfrage entscheiden, sondern bloß und allein den Proceß leiten, z. B. Ladungen, Mittheilungs- und Notificationsdecrete.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Decreten sub A et B ist, daß erstere unter dem Gesetze der Rechtskraft stehen <sup>2)</sup>, letztere hingegen niemals rechtskräftig werden <sup>3)</sup>.

## §. 2.

Insofern ein Decret proceßleitend ist, sey es *interlocutio mixta* oder *mera*, nennt man dasselbe

1) *monitorisch*, wenn es die ihm bestimmte Handlung nicht zur Zwangspflicht macht, sondern eine Partei nur in Kenntniß ihrer Befugniß setzt, weil deren Thätigkeit unterbleiben kann, ohne den Fortschritt des Processes zu stören, z. B. die Ladung: gegenwärtig zu seyn, wenn die Zeugen des Gegners vereidet werden — oder das Decret: Fragstücke zu übergeben. Die Nichtbefolgung eines solchen Decrets hat nur einen stillschweigenden

<sup>2)</sup> Abweichende Gesetzgebungen verlängern und verwirren die Proceße.

<sup>3)</sup> Martin, a. a. D. §. 108. 109.

Verzicht auf die im Decret angeordnete Befugniß zur Folge <sup>4)</sup> —

2) arctatorisch, im Fall das Decret eine Handlung gebietet, deren Unterlassung als Ungehorsam betrachtet werden soll, daher aber unmittelbar eine nachtheilige Folge für denjenigen hat, der das Decret nicht befolgte, z. B. die Auflage, auf eine gegnerische Behauptung zu antworten <sup>5)</sup>. Das arctatorische Decret ist nun entweder

a) bloß dilatorisch, wenn die gebotene Handlung zwar nicht verloren ist, aber die allgemeine Folge des Ungehorsams eintritt, d. h. Kostenersatz <sup>6)</sup> — oder

b) peremptorisch, falls die Nichtbefolgung den Verlust des Rechts, die gebotene Proceßhandlung zu vollziehen, den fingirten Verzicht auf solche, zur Folge hat, auch wohl überdieß, neben Kostenersatz, noch eine bestimmte nachtheilige Folge des Ungehorsams, z. B. fingirtes Geständniß, Verschümmniß des Beweises <sup>7)</sup>.

### §. 3.

Jedes arctatorische Decret setzt aber voraus, daß zur Vollziehung der in ihm gebotenen Proceßhandlung entweder

a) ein Zeitraum, eine Frist, ein terminus *intra quem*, wenigstens bezugsweise auf das Gesetz, ausdrücklich bestimmt worden sey, oder

b) ein bestimmter Tag, eine Tagfahrt, ein Termin im speciellen Sinne.

Gemeinem Rechte nach ist nicht die erste Frist, oder die erste bestimmte Tagfahrt, peremptorisch, sondern erst das dritte Decret nimmt die peremptorische Natur an. Doch kann der Richter in einem Decret drei einfache Fristen

4) S. S. 9. S. 199. nr. 1. Vergl. Nov. 90. cap. 9.

5) S. S. 9. S. 199. nr. 2.

6) S. S. 9. S. 200. nr. 3.

7) S. S. 9. S. 200. nr. 3.

zusammenfassen, und so dem ersten Decret sofort die peremptorische Eigenschaft geben <sup>8)</sup>.

Auch ist der Nachtheil, welcher den Ungehorsamen treffen soll, in dem peremptorischen Decret ausdrücklich und verständlich — nicht vage hin durch das generelle: *sub praejudicio* — anzudrohen <sup>9)</sup>, oder es ist, wenn denselben ein Gesetz ausdrücklich, klar und vollständig, bestimmt, wenigstens auf dieses hinzudeuten, z. B. „bei Vermeidung des gesetzlichen Rechtsnachtheils.“

Die Worte der Decrete sind nicht immer so bestimmt und deutlich, um aus ihnen die monitorische oder arctatorische Qualität zu entnehmen. Im Zweifel ist dann die geringere Eigenschaft eines Decrets, oder der in diesem bestimmten Frist u. dgl., anzunehmen, d. h. eher monitorisch, als arctatorisch, eher dilatorisch, als peremptorisch. Denn Fristen sind kein absolut wesentlicher Bestandtheil des Processus; sie gehören nur zu den Formalien, deren Daseyn so wenig zu vermuthen ist, als es der Gunst des rechtlichen Gehörs und der Vertheidigung entspricht, eine Proceßhandlung ohne klaren legalen Willen für veräümt zu achten, und dem Unthätigen noch einen besondern Nachtheil aufzulasten <sup>10)</sup>.

#### §. 4.

Frist ist der Zeitraum, innerhalb welchem eine Partei legal thätig werden soll <sup>11)</sup>. Die Fristen theilen sich

1) in gesetzliche oder Ordnungsfristen, d. i. welche der Buchstabe des Gesetzes, die Proceßordnung, vorzeichnet, oder die ein gerichtliches Gewohnheitsrecht erwiesenermaßen festgestellt hat;

8) L. 53. §. 1. D. 42. 1., L. 8., 9. Cod. 7., 43. L. 68. 70. 72. 73. Dig. 5. 1.

9) L. 71. D. 5. 1.

10) Reg. 15. in 6to de regulis juris. 5. 12.

11) Vergl. Martin, a. a. D. S. 116. ibi all.

2) in richterliche Fristen, welche nur von dem Richter in einem Decret vorgeschrieben werden sollen;

3) in gemischte Fristen, welche zwar das Gesetz verordnet, jedoch mit der Bedingung, daß sie der Richter den Parteien ausdrücklich vorzeichnen soll, z. B. die Beweisfrist;

4) in conventionelle Fristen, d. h. welche durch ein Compromiß der Parteien verabredet werden.

Sämtliche diese Fristen sind ihrer Wirkung nach, ebenso wie die Decrete, entweder monitorisch oder arctatorisch — und diese sind entweder dilatorisch, oder peremptorisch. §. 2. Letztere nennt man auch Präclusiv-Fristen, weil sie den Säumnigen mit der gebotenen oder nachgelassenen Proceßhandlung ausschließen. Erwähnt wurde bereits §. 3. daß gemeinem Recht nach erst die dritte Frist diese Eigenschaft annehmen soll.

#### §. 5.

Die peremptorische oder zerstörende Frist, Präclusiv-Frist, wird genannt:

1) ein *Fatale*, im reinen speciellen Sinn, ein unbedingtes *Fatale*, eine absolute Nothfrist, wenn sie das Gesetz direct und so anordnet, daß sie stillschweigend, auch ohne richterliches Decret, mit dem Daseyn einer Proceßhandlung für den Vollzug einer andern nachfolgenden Proceßhandlung eintreten und laufen soll, z. B. die zur Einwendung der Rechtsmittel vorgeschriebene 10tägige Nothfrist<sup>12)</sup> —

2) ein *Fatale secundum quid*, gemischte Nothfrist, bedingtes *Fatale*, wenn sie ein Gesetz zwar bestimmt, jedoch so, daß sie vor ihrem Eintritt und Lauf von dem Richter in einem Decret erst ausdrücklich als peremptorisch §. 3. S. 193. ausgesprochen und vorgezeichnet werden soll —

3) eine bloß richterlich peremptorische Frist, d. i. deren Vorschrift und Bestimmung als zerstörend bloß

12) Martin, a. a. D. S. 109.

dem Proceß, Direction, Amt des Richters von dem Gesetz überlassen ist, besonders auch in Rücksicht auf den Zeitraum, welchen die Frist umfassen soll.

§. 6.

Die conventionellen, compromissatischen, vertragmäßigen, Fristen erhalten ihre Eigenschaft, ob dilatorisch oder peremptorisch, durch die eigene Willensbestimmung der compromittirenden Interessenten, und sind, bei dem Mangel einer klaren Willensäußerung der Parteien, nur dann für peremptorisch anzusehen, wann das Compromiß über eine peremptorische Frist geschlossen wurde, z. B. über Verlängerung oder Verkürzung einer vom Gesetz oder von dem Richter bereits vorgeschriebenen peremptorischen Beweisfrist.

§. 7.

Von der Verlängerung einer Frist gelten folgende gesetzliche allgemeine Regeln:

1) Das reine fatale, §. 1., darf der Richter ohne Consens der Parteien weder verkürzen, wenn nicht ausdrücklich gesetzliche Erlaubniß hierzu gegeben ist<sup>13)</sup>, noch verlängern<sup>14)</sup>. Denn jede Partei hat ein *jus ex lege quaesitum* auf diese Frist. Durch Compromiß der Parteien kann aber auch jene absolute Nothfrist verkürzt oder verlängert werden; doch soll der Richter im letzten Fall Schranken setzen dürfen<sup>15)</sup>.

2) Das fatale secundum quid, §. 5., kann der Richter auch auf einseitiges Anrufen zwar erstrecken<sup>16)</sup>, nicht aber verkürzen. Denn letztes wäre eine gesetzwidrige Beengung der Rechtsverfolgung<sup>17)</sup>. Die Parteien hingegen kön-

13) Cap. 5. X. 2. 28.

14) Ramm. C. D. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 29. §. 2.

15) L. 5. §. 6. C. 7. 63. Clem. 4. de app. 2. 12. Die C. C. D. setzt §. 2. cit. nur einseitiges Anrufen voraus.

16) L. 4. §. 5. Dig. 42. 1.

17) Voetius, in Comm. in Pand. L. 2. Tit. 12. §. 12.

nen dieselbe durch Compromiß; sowohl verlängern, als kürzen, da ihnen beides selbst in Ansehung der unbedingten Fata: lien erlaubt ist <sup>18)</sup>. Endlich

3) die bloß richterlichen Fristen sind der Verlängerung und Verkürzung, sowohl von dem Richter <sup>19)</sup>, als durch das Compromiß der Parteien, unterworfen <sup>20)</sup>.

Im Fall der Richter um die Verlängerung einer Frist angerufen wird, soll er vor Ertheilung einer weitem Frist *causae cognitionem* vorangehen lassen, hauptsächlich bei der zweiten und dritten Frist; wenigstens soll er der nachsukenden Partei ein *juramentum calumniae* auflegen <sup>21)</sup>.

Die Verlängerung einer Frist kann auch stillschweigend geschehen <sup>22)</sup>, und im Zweifel wird sie für gestattet geachtet. Denn auch hier tritt das Princip ein, daß obgleich die Fristen für die Ordnung des Processes und dessen möglichst schnelle Beendigung wesentlich sind, sie doch nur Form: Essentialien und, insofern sie die Rechtsverfolgung beschränken, in den Gesetzen nicht begünstigt sind, daher im Zweifel ein Verschümmiß nicht vermuthet werden darf. §. 3. C. 193.

#### §. 8.

Die in einem Decisiv: Erkenntniß erkannte Frist fängt erst mit dem Eintritt der Rechtskraft dieses Erkenntnisses zu laufen an, z. B. die in einem publicirten Erkenntniß vorgeschriebene Beweisfrist von Vier Wochen erst von dem 10ten Tag nach der Publication des Beweis: Interlocuts, so daß zur Beweisantretung zehn Tage und vier Wochen offen stehen. Ehe nämlich die Rechtskraft eingetreten ist, ist die Sentenz selbst noch ohne alle Wirkung, und als

18) Vergl. nr. 1. mit L. 21. Dig. 50. 17.

19) L. 2 Dig. 42. 1.

20) Vergl. überhaupt L. 1. sqq. C. de dilat. 3. 11. Thibaut, §. 1131. Glück, §. 265. f.

21) R. U. v. J. 1584. §. 50., 1654. §. 38. 50.

22) Martin, a. a. D. §. 297.



*res judicata* nicht vorhanden<sup>23)</sup>. Die, in einem *insinuirt* ten bloßen *Decret* (*interloc. mera*) vorgeschriebene Frist zum Vollzug einer Proceßhandlung wird so berechnet, daß man mit dem ersten Tag nach der *Insinuation* mit *Eins* zu zählen anhebt und der letzte Tag der Frist diesen ganzen Tag umfaßt.

Die Zeitdauer einer Tagfahrt ist die Dauer des *Gerichtstages*, gewöhnlich bis 4 oder 5 Uhr des Nachmittags, d. h. im Fall die Ladung die Stunde des Erscheinens nicht speciell bezeichnet, so hat der vor Ablauf jener Tageszeit sich Meldende noch nichts versäumt — es ist noch recht frühe Tageszeit. Soll jedoch ein *Eid* geschworen werden, so schließt sich die Tagfahrt mit 12 Uhr. Alle *Eide* sollen nämlich *Vormittags* abgeschworen werden, damit der Schwörende noch nüchtern sey, d. h. mit Speise und Trank sich nicht so überladen habe, daß seine Ueberlegung darunter leide. Vielleicht sah man hierbei vorzüglich auch hin auf die *Gerichtspersonen*. Der Lauf der angehobenen Frist, ist nach der Verfassung der an allen Werktagen offenen Gerichte, ein *tempus continuum* — mit Einschluß der göttlichen Feiertage<sup>24)</sup>.

#### §. 9.

Der gesetzliche Befehl: daß die Thätigkeit der Parteien in einem eröffneten Proceß geregelt und in Fristen eingeeengt seyn solle<sup>25)</sup>, bezweckt Beförderung der Justizpflege, und ist in sofern ein staatsrechtliches Princip. Eben deshalb bedrohen die Gesetze denjenigen, welcher zur vorgeschriebenen Zeit die befohlene Handlung gar nicht, oder doch nicht gehörig, vollziehet, unthätig oder illegal thätig.

23) Das Nähere künftig.

24) Glück, Erläut. der Pand. S. 269. a.

25) Man verbinde hiermit Martin's Lehrb. des deutschen bürg. Proceßes. S. 117. 118.

tig, d. h. ungehorsam ist <sup>26)</sup>, mit Macht heilen, jedoch der Regel nach zum Vortheil des Gegners, so daß die Natur einer Privatstrafe sich zeigt. In Hinsicht auf Nebenpersonen, z. B. Vormünder u. s. w., sind selbst öffentliche Strafen der Unthätigkeit und Versäumnisse denkbar <sup>27)</sup>, und manche Landesgesetze bedrohen auch die Parteien mit Geldbußen, wenn sie nicht erscheinen würden u. dgl. Von diesen öffentlichen Strafen abgesehen geben uns die Gesetze kein allgemeines Princip, von welchem Gesichtspunkt aus die Folgen der Unthätigkeit im Proceß, d. h. die Nichtbefolgung richterlicher Decrete innerhalb der gesetzlichen, richterlichen oder gemischten, Frist, aufzufassen seyen, ob als Strafe u. dgl. Manche wollten den auf den Ungehorsam folgenden Verlust einer processualischen Handlung, z. B. den Verlust der zur legalen Zeit nicht vorgeschützten Einrede, den Verlust des versäumten Beweises u. dgl., als eine Art Extinctiv; Verjährung betrachten, bei welcher die Frist an die Stelle der Verjährungszeit trete; andere betrachten jene Folge als *poena*; während das Verjährungsprincip am wenigsten den Fällen entspricht, in welchen der Ungehorsame nicht bloß die unterlassene Handlung verliert, sondern noch einen andern Nachtheil leiden muß, wenigstens Kostenersatz, auf die *poena* hingesehen aber ein dieser ähnlicher Nachtheil auf die Unthätigkeit nicht immer folgt, sondern nur die Handlung, wohl ohne alle Folgen, verloren geht. Eine dritte Ansicht kam daher auf das Princip: a) Nichtbefolgung eines monitorischen Decrets spreche nur stillschweigenden Verzicht aus, b) die Folge der Nichtbefolgung eines arctatorischen Decretes hingegen sey *poena*. Gönnert <sup>28)</sup> tadelt dieses Doppels

26) Schaumburg, in pr. prax. jud. L. 1. S. 1. M. 2. Cap. 1. §. 3. Not. \*\*.

27) R. V. Reichsdep. Absch. v. Jahr 1600. S. 95.

28) In dem Handb. Thl. 1. Abh. 2. S. 1. Orsman, Theorie des ger. Verf. in h. Reichsst. S. 130.

princip, und will alles bloß auf Verzicht zurückführen, weil jede Unthätigkeit einer Partei von deren freiem Dispositionsrecht ausgehe. Allein so richtig dieses letzte Princip ist, und so gewiß der Zwang der Partien nur hypothetisch sich zeigt, so wenig wird hierdurch aufgehoben, daß die gesetzliche Androhung eines besondern Nachtheils der Unthätigkeit eine Strafe genannt werden könne. Offenbar reicht das bloße Verzichtsprincip nicht überall aus — nicht einmal der fingirte Verzicht. Denn es wird a) häufig im Gefolge des Ungehorsams eine Handlung gar nicht für verzichtet, vielmehr für geschehen angenommen<sup>29)</sup>, und b) häufig gehet die Handlung selbst gar nicht verloren, sondern nur Kostenersatzung ist die Folge, und der Säumige kann die Handlung noch so nachholen, wie er sie vor diesem Nachtheil der Kostenersatzung vollziehen können<sup>30)</sup>. Folgender Unterschied möchte vielleicht zur Klarheit führen:

1) Die Nichtbefolgung eines monitorischen Decrets ist gar kein Ungehorsam, sondern nur stillschweigender Verzicht, ohne alle directe nachtheilige Folgen, außer diesem Verzicht selbst. Hier ist also das Strafprincip gänzlich ausgeschlossen, nicht einmal Schadensersatz, Kostenersatzung, begründet sich — der Gegner muß sich die Unthätigkeit gefallen lassen, ohne ein anderes Recht als das zu erwerben, daß der Unthätige auf jene ihm möglich gewesene Thätigkeit verzichtete.

2) Die Nichtbefolgung eines decretatorisch: dilatorischen Decrets ist schon Ungehorsam zu nennen; denn der Unthätige läßt nicht bloß eine gerichtliche Erlaubnis unbenutzt, sondern einen gerichtlichen Befehl unbe-

29) Z. B. die Einlassung auf die Klage.

30) Z. B. die Einlassung auf die Klage vor dem sie gebietenden peremptorischen Decret.

folgt. Allein diese contumacia hat dennoch keine Strafe im eigentlichen Sinn zur Folge, ist noch nicht einmal ein fingirter Verzicht, indem die unterlassene Handlung nicht für aufgegeben und verloren geachtet wird, sondern noch vollzogen werden darf; ihre Folge ist vielmehr nur Schadenersatz, d. i. Ersatz der Kosten, welche durch die Unthätigkeit und das deshalb nöthig werdende weitere Decret u. s. w. veranlaßt wurden. Diesen Schadenersatz nennt man jedoch die allgemeine Strafe des Ungehorsams — *poenam generalem contumaciae*.

3) Die Nichtbefolgung eines peremptorischen Decrets ist Ungehorsam im speciellen Sinn. Sie hat a) fingirten Verzicht zur Folge, d. h. das Gesetz nimmt selbst wider den Willen des Säumigen an, er habe auf die unterlassene Handlung Verzicht geleistet, so daß diese, ohne vorgängige Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand, verloren bleibt, und b) resp. noch einen besonderen Nachtheil zur Folge hat, welcher dem Gegner einen positiven Vortheil zuführt, und also die volle Natur einer Privatstrafe annimmt <sup>31)</sup>. Jene fictio und diese Privatstrafe nennt man die besondere Strafe des Ungehorsams — *poenam specialem contumaciae*.

4) Wenn die Nebenpersonen eines verschuldeten Bersäumnisses wegen ohne Nachtheil ihrer Constituenten in Strafe genommen werden, z. B. im Proceß nachlässige Vormünder, oder Anwälte, weil solche ohne Legitimation verhandelten u. dgl., oder auch die Parteien selbst in den Fällen, in welchen ihnen der Vollzug einer Proceßhandlung unter Androhung einer fiscalischen Strafe geboten wurde <sup>32)</sup>, so tritt dieses gänzlich unter das Princip der öffentlichen Strafe, und jeder Anschein eines Verzichts fällt hinweg.

31) Z. B. Verlust aller peremptorischen Einreden, wegen unterlassener Litiscontestation.

32) Z. B. in Person zu erscheinen.

Den Hülfsgesetzen <sup>33)</sup> liegt in Hinsicht auf ardetatorische, wenigstens auf peremptorische Decrete, allerdings die Ansicht zum Grund, daß die Folge des durch deren Nichtbefolgung verschuldeten Ungehorsams eine *poena* sey; und wenn der Reichsabsch. v. J. 1654. §. 36. die Pön der Acht und Inmmission gegen den nicht erscheinenden und nicht antwortenden Beklagten aufhebt, an diese Stelle aber §. 37. die Strafe der Präclusion mit den Einreden setzt, so ist jene Ansicht des Hülfsrechts offenbar mehr bestätigt, als durch jene, ohne hin einzelne, Verordnung aufgehoben, so wie auch eben jenes Reichsgesetz a. a. O. offenbar keinen stillschweigenden Verzicht des Beklagten auf die Litiscontestation verordnet, sondern vorschreibt: man soll annehmen, fingiren, der Beklagte habe geantwortet, jedoch verneinend — zur Strafe aber soll er mit peremptorischen Einreden sich nicht vertheidigen dürfen. Dieses ist der positive Gewinn, welchen der Kläger aus dem Ungehorsam seines Gegners ziehen kann. Eine neue Gesetzgebung würde mit dem Gönnerischen bloßen Verzichtsprincip deshalb nicht auslangen, weil ja aus dem bloßen Verzicht, ohne eine bestimmte nachtheilige Folge dieses Verzichts, etwas der Proceßentwicklung Behufiges sich nicht hernehmen ließe, vielmehr jener Verzicht des unthätigen Theils die Last der thätigen Partei nur erhöhen könnte. Auch dürfte der Säumige gegen stillschweigenden Verzicht nur protestiren, um den Proceß in das Unendliche zu verschleifen.

#### §. 10.

Inso weit nun die Unthätigkeit einer Partei eine Illegalität, Ungehorsam, zunemmeniß, §. 9. nr. 2. 3. 4., eine Nichtachtung, und so Verachtung, des befehlenden gesetzlichen Willens ausspricht, in so weit ist auch der Eintritt des Nachtheils, welcher den Ungehorsamen treffen

33) S. Martin, a. a. O. §. 117. ibi all.

Archiv f. d. Civ. Proc. IV. B. II. §.

soß, damit bedingt, daß diesem wenigstens eine *Culpa imputirt* werden könne. So oft er also zu zeigen vermag, die ihm gebotene Handlung sey nicht Wille des Gesetzes, sey vergeblich u. s. w., kann auch die Unterlassung nicht als Ungehorsam angesehen werden <sup>34</sup>). Noch weniger, wenn das gebietende Decret selbst nichtig ist, z. B. von einem incompetenten Richter erlassen. Auch müssen die Grundbedingungen der Gewißheit des Willens, die Handlung zu unterlassen, außer Zweifel liegen, mithin die legale Bekanntmachung oder *Institution* des verfügenden Decrets. Deshalb sind Registraturen über Publication und resp. *Institution* nothwendig, und deshalb muß das gebietende Decret die Zeitfrist, oder die Tagfahrt, namentlich, oder durch Hindeutung auf das Gesetz, und zwar dem Gesetz gemäß, deutlich bestimmen, innerhalb oder an welcher die Handlung zu vollziehen sey. Auch ist es ungerecht, die *Culpa* eines solchen Mandatars zu verbüßen, welchen man nicht mit Freiheit, sondern vermöge Vorschrift der Gesetze wählte, weshalb wenigstens eine *rest. in integrum* begründet ist, wenn der öffentliche Procurator ohne alle Schuld des Principals ein Veräumniß verschuldet <sup>35</sup>), so wie der Beweis eines physischen zufälligen Hindernisses, die Handlung zu vollziehen (*Ehehaften*) die *Imputation* ausschließt, z. B. Krankheit u. dgl. <sup>36</sup>). Sind jedoch alle äußere Bedingungen der *Imputation* vorhanden, ein rechtsgültiges, klar und gesetzmäßig gebietendes, auch in Ansehung der Bekanntmachung allem Zweifel enthobenes Decret, nebst dem Ablauf der in diesem deutlich und gesetzlich vorgeschriebenen Frist, ist auch der Befehlige *imputationsfähig*, so wird,

34) Z. B. die Unterlassung der *Litiscontestation*, im Fall die vorausgeschickten Einreden die Klage wirklich verwerflich machen. *Archiv*, B. 1. S. 455.

35) S. d. *Arch.* B. 4. *Abh.* 12 S. 115. f.

6) L. 2. §. 3. *Dig. si quis caution.* 2. 11.

weil das illegale factum externum vorliegt, der illegale Wille, oder die Culpa des Unthätigen, vermuthet (contumacia praesumta), bis er zeigt, die Unthätigkeit sey ihm dennoch nicht zu imputiren, er sey dessenungeachtet nicht contumax. Im Zweifel, ob die Bedingungen des Ungehorsams und dessen Nachtheils vorhanden seyen, ist jedoch für den Beschuldigten zu sprechen, nach dem allgemeinen Princip: in dubio pro reo, und weil Versäumnisse und deshalb zu erleidende Nachtheile ihrer Natur nach mehr Haß der Gesetze wider sich, als Gunst für sich haben. Man fordert daher keinen strengen Beweis der Echehaften, begnügt sich wohl mit eidlicher Erhärtung ihrer Wahrheit, wobei jedoch die Regel: *Fatua causa excusat a contumacia*, in den Gesetzen nicht gegründet und ein falsches Princip ist <sup>37)</sup>.

§. 11.

Die nachtheilige Folge des Ungehorsams nennt man

1) *poena generalis*, in sofern sie bei jeder Nichtbefolgung aller arctatorischen Decrete, auch der dilatorischen, eintritt. Diese allgemeine Folge ist Kostenersatzung. §. 9. nr. 2. Das Wort *poena* ist also hier nur im allgemeinen Sinn zu nehmen, so wie es auch in der Lehre von den Proceßkosten zu deuten ist <sup>38)</sup> —

2) *poena specialis*, in sofern der Ungehorsame, außer und neben dem Kostenersatz, noch einen andern Nachtheil erleiden soll. Dieser Nachtheil ist bei den verschiedenen Proceßhandlungen verschieden, und einzeln da zu gedenken, wo von der Unterlassung einer solchen Proceßhandlung die Rede ist. Derselbe besteht z. B. in dem fingirten Verzicht auf die Handlung, in dem Verlust der Einreden, der Beweismittel, in einer  *fictio confessionis*, *recognitio-*

37) *Leyser*, spec. 35. med. 1. *Pufendorf*, T. 1. obs. 31. ibi all.

38) *M. Handb. zu Martin's Lehrb. des bürgerlichen Proceßes*, Thl. 1. Abh. 6. S. 243. ff.

nis etc. Er folgt nur auf ein peremptorisches, d. h. eine peremptorische Frist zu einer Proceßhandlung vorschreibendes Decret, und da er die Natur einer Strafe hat, so ist das Princip für richtig zu achten, „daß diese Strafe ohne vorgängige ausdrückliche Androhung, wenigstens durch Erinnerung an das Gesetz, nicht zu erkennen sey.“ Diese Androhung ist aber schon deutlich genug, wenn der Richter die vorgeschriebene Frist als peremptorisch bezeichnet, z. B. „binnen vier Wochen zerstörender Frist,“ oder auf das Gesetz sich beziehet, z. B. „binnen Ordnungsfriß,“ d. h. binnen der in der Proceßordnung vorgeschriebenen Frist. Dadurch ist der im Gesetz angedrohte Nachtheil des Versäumnisses zugleich mit ausgesprochen (relative Deutlichkeit) —

3) die *poena publica* §. 9. nr. 4. ist ganz nach den Principien des Strafrechts zu beurtheilen. Bestimmt sie das Gesetz, so bedarf sie nicht einmal der richterlichen Androhung, es hätte denn das Gesetz auch diese verordnet. Ist sie rein *arbitraria*, so muß ihre Androhung und Benennung vorausgehen.

#### §. 12.

*Accusatio contumaciae* ist der Vortrag einer Partei, mittelst welchem sie behauptet: die Gegenpartei habe eine obliegende Proceßhandlung unterlassen, oder nicht legal vollzogen, mit dem Gesuch: „der Richter möge gegen die säumige Partei den von dem Gesetz, oder in einem vorgängigen Decret, angedrohten Rechtsnachtheil zum Vortheil des Imploranten aussprechen.“ Wer aber den Gegner des Ungehorsams beschuldigen will, der muß seiner Seite alles ihm selbst Obliegende legal vollzogen haben, weil sonst *culpa* und *mora* sich gegenseitig compensiren. Es wird nämlich hier Schadenersatz und Privatstrafe vorausgesetzt, und in diesem Verhältniß ist diese Compensation den Gesetzen gemäß <sup>39)</sup> Unanwendbar aber ist

39) Handb. 2. M. Abh. S. 242. f. Note 131.



diese Regel auf die *poena publica* §. 9. nr. 4., weil diese dem Staat gebührt, und dessen Strafrecht durch eine *culpa* des Gegners des Sträflings nicht verhindert oder aufgelöst werden kann, vielmehr beide zugleich in die öffentliche Strafe verfallen können<sup>40)</sup>. Wenn also, auf jenes Privatverhältniß der Parteien zu einander hingesehen, jedem Theil etwas zu vollziehen aufgelegt ist, so kann keiner den andern des Ungehorsams beschuldigen, so lange er selbst ungehorsam ist. Insonderheit zeigt sich dieses bei dem Ausbleiben beider Theile in einem Termin, zu welchem beide arciatorisch geladen waren. Dieser Termin ist *circumductus*, und es ist ein anderer Termin zu der nämlichen Handlung auszuwirken. Die Unkosten des versäumten Termins haben beide Säumige gemeinschaftlich zu tragen<sup>41)</sup>.

§. 13.

Die Regel: *contumacia non accusata non nocet*, hat den Sinn: „im Fall der säumige Theil, zwar nach abgelaufener Frist, jedoch *ante accusationem contumaciae*, das Versäumte noch nachholt, so werde angenommen, er habe die Handlung noch zu rechter Zeit vollzogen.“ Sie spricht also das Princip aus: *mora ante interpellationem purgata non nocet*<sup>42)</sup>. Allein bei den Fatalien ist diese Regel ausgeschlossen, weil es hier heißt: *dies legalis interpellat pro homine*. Man muß jenes Princip auf die bloß richterlichen Fristen beschränken, und es ist auch der Satz unrichtig<sup>43)</sup>, „daß im letzten Fall die *purgatio contumaciae* selbst nach der *accusatio* geschehen könne, so lange nur der Richter die Folge des Ungehorsams noch nicht ausgesprochen habe.“ Die *accusatio contuma-*

40) Z. B. beide Parteien bei Strafe geladen sind ungehorsam.

41) Danz, S. 468.

42) Ehibaut, Pand. R. S. 104.

43) Martia, v. a. D. S. 118.