

Herrnemann:  
Bemerkungen  
über die Un-  
zuverlässigkeit  
der Appellation  
von Weibern..  
nach Kammer  
Recht.





11 9

# Bemerkungen

über die

Unzulässigkeit der Appellation von Urtheil,

die wider einen

im peremptorischen Termin Ausgebliebenen

ausgesprochen werden,

nach

R ö m i s c h e n R e c h t e n.

*609*  
Von

*Ko 990*  
Christian Ulrich Ludewig Hennemann,

Postdirector in Schwerin.

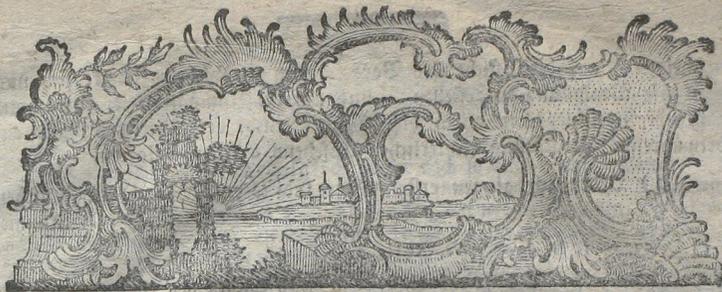
---

Gedruckt und verlegt von Wilhelm Bärensprung,

Herzoglichem Hofbuchdrucker.







### §. 1.

**D**ie Gesetze des Römischen Rechts bestimmen an mehr als einer Stelle, daß die Appellation eines nach ergangenem peremptorischen Edicte abwesend bleibenden und so in Abwesenheit Verurtheilten nicht anzunehmen sey a).

### §. 2.

Sie erfordern in jenem Sake —

- I.) daß ein peremptorisches Edict der Sentenz vorangegangen —
- II.) daß der durch jenes Edict Geladene gleichwohl abwesend geblieben —
- III.) und in Abwesenheit verurtheilt seyn müsse.

### §. 3.

I. 1) Das peremptorische Edict drohete es werde der, der durch dasselbe vorlud, auch in Abwesenheit des Geladenen untersuchen und erkennen b).

Dies Edict gründet sich auf die Berechtigung eines competenten Richters, bey ihm angebrachte Sache zu untersuchen — und demnächst zu ent-

U 2

- a) L. 73. §. 3. D. de judiciis V, 1. I. 23. D. de appellation. XLIX, 1. I. 13. C. §. 4. de judiciis III, 1. I. 1. C. quorum appellation. non recip. VII, 65. Cod. Gregor. tit. quibus res iudicata non noccat.
- b) L. 71. D. de judic. V, 1.

entscheiden — auf die Pflicht des Vorgeladenen zu solchem Zwecke sich nach rechtlicher Vorladung zu stellen — und auf die Unmöglichkeit, eine immerwährende Verschleppung durch die Rechtsflucht der Parteyen und eine fortwährende Verachtung richterlichen Ansehens c), zu gestatten.

2) Ordentlich gingen erst mehrere Edicte vorher — d) in Zwischenräumen

c) L. 53. §. 1. D. de re judic. XLII, 1.

d) L. 68. 69. 70. D. de judiciis V, 1. In diesen Stellen sagt Ulpian — man bitte gegen einen Abwesenden — das erste — dann das zweite, darauf das dritte Edict —; nachdem diese vorausgegangen, erwürke man das peremptorische Edict. Moot — dieser so fühne Critiker hält in Obl. Libr. 1. C. 8. dafür, daß die Stelle verderbt seyn müsse, weil die Kayser Diocletian und Maximilian l. 9. C. quomodo & quando judex &c. äußern, es sey heilsamlich verordnet, daß drey Ladungen einem peremptorischen Edicte gleich gelten — weil Hermogenian l. 53. D. de re iudicata ungehorsam nenne, der, nachdem drey Edicte erlassen worden, noch ausbleibe — und weil Paulus L. 5. fens. recept. t. 5 behaupte, daß wenn jemand durch drey Edicte geladen nicht zu dem ladenden Richter komme, die wider ihn als wider einen Ungehorsamen erkannte Sentenz für Rechtskräftig zu achten sey. — Er versucht deshalb eine Verbesserung durch Veretzung einiger Worte, und will daß man anstatt

ad peremptorium edictum hoc ordine venit, ut primo petat quis post absentiam adversarii edictum primum; mox alterum & tertium, quibus propositis, tunc peremptorium impetret

lesen soll

ad peremptorium edictum hoc ordine venit, ut primo petat qu's post absentiam adversarii edictum primum; mox alterum; quibus propositis, & tertium tunc peremptorium impetret.

Allein der Verfolg des Vortrags l. 72. de iud. zeigt ganz klar, wie auch Schulting in jurispruden in Antejustiniana pag 450. n. 32. (\*) bemerkt hat, daß kein Schreibfehler da seyn kann. Ulpian mag wirklich gesagt haben, nach dem dritten Edicte komme man erst zum peremptorischen Edicte. Denn eben er fährt weiter fort:

Zuweilen ergeht das peremptorische Edict nach so vielen vorausgegangenen Edicten — zuweilen schon — wenn nur eines oder das zweyte vorausgegangen, (also muß er vorher von mehr als zwey vorausgegangenen geredet haben) zuweilen gleich von Anfang, welches dann ein für allemahl ladet.

Ich halte auch die Schwierigkeiten, welche Moot sah, nicht für unaufßelich. Indem Ulpian sagt:

zuweilen ergehe das peremptorische Edict nach so vielen vorausgegangenen Edicten — zuweilen nach einem oder zwey — das komme auf den an, der das Edict gebe,

so lehrt er ja, daß nach Beschaffenheit der Umstände, so gut nach einem oder zwey Edicten — als nach dreyen, das peremptorische Edict erfolge — (Man merke nämlich wohl, daß er von dem einen Fall wie vom andern sagt: es geschehe zuweilen —

Räumen von nicht weniger denn zehn Tagen — e) zuweilen aber, — wenn nämlich es die Beschaffenheit der Sache — der Person — der Zeit erforder-  
U 3 te —

ten — nicht sagt, gemeinlich erfolge nach so viel — nach 3 Edicten — das peremptorische — zuweilen aber schon nach einem oder zwey. —) Ulpian widerspricht also weder dem was Paulus behauptet, daß wenn gegen einen, der dreymahl geladen nicht erscheine, als gegen einen Ungehorsamen erkannt sey, diese Sentenz die Wirkung der Rechtskraft habe — noch dem was Hermogenian lehrt, daß der für einen Ungehorsamen zu halten sey, der dreymal geladen nicht erscheine — oder dem was die Kayser rescribiren — daß drey Ladungen die Kraft eines peremptorischen Edicts haben. Vielmehr scheint das, was er selbst sagt — daß nach ein — zwey Ladungen zuweilen schon die peremptorische Ladung erfolge — sich auf den Satz zu gründen, daß dreymahlige Ladungen die Kraft eines peremptorischen Edicts haben; so kann wenn dreymahlige Ladungen die Kraft eines peremptorischen Edicts haben; so kann nach zweyen, desto rechtlicher, wie Ulpian lehrt, daß es zuweilen geschehe, ein peremptorisches Edict erfolgen. Uebrigens schließt der Satz, daß drey Edicte die Kraft eines peremptorischen haben — nicht gleich das richterliche Ermessen — zumahl des nach Billigkeit oft mehr, als nach strengem Rechte erkennenden, Prätor aus; zuweilen erst das vierte Edict peremptorisch seyn zu lassen — l. 23. C. Theod. de decurion.

Gesetzt aber Ulpian behauptete: in der Regel könne nur das vierte Edict erst peremptorisch seyn — nun dem eine andere Lösung der Schwierigkeit! — Die Stelle Ulpians ist aus dem 5ten Buche bey den Gerichten gestritten wurde — das führt denn schon darauf, daß darüber gestritten worden, ob man erst nach dreyen Edicten, oder schon nach zweyen das peremptorische geben dürfe. — Hier hätte dem Ulpian, falls er annähme, der Regel nach müsse erst nach dreyen Edicten das peremptorische Edict gegeben werden — dann freylich der ihm gleichzeitige Paulus widersprochen, wenn dieser eine Sentenz, die nach dreyen Edicten wider den Ausbleibenden als einen Ungehorsamen gesprochen worden, als sofort Rechtskräftig erklärt. — Aber was wäre das mehr als ein Denkmahl der Uneinigkeit zweyer Rechtsgelehrten über eine streitige practische Frage. — Und nicht einmahl, das kann man sagen! Paulus kann sein Buch de receptis sententiis um eine kurze Zeit später geschrieben haben, als Ulpian seine Disputationes. Vielleicht war über die vom Ulpian in diesen Disputationibus abgehandelte damahl noch streitige Frage, ob erst nach dreyen — oder schon nach weniger Ladungen — das peremptorische Edict ergehe — ob schon drey Ladungen die Kraft eines peremptorischen Edicts haben? — vielleicht war über diese Fragen, als Paulus sein Buch schrieb, die Meinung in foro angenommen, drey Ladungen genügten zum Effect einer peremptorischen — und so trug Paulus die über eine vom Ulpian noch in seinem Buch von Streitfällen abgehandelte — und da von ihm doctrinaliter bestimmte Frage — später etwas anders im Gerichte recipirte Sentenz mit Recht — in sein Buch de receptis sententiis. — Die noch spätere Gesetze des Diocletian und Maximilian l. 9. & 11. C. quomodo & quando iudex bestätigten das durch Gerichtsgebrauch nach dem Paulus festgestellte Princip — und so hatte der noch neuere Hermogenian

te — konnte schon nach einer vorherigen Ladung das peremptorische Edict erkannt werden; ja zuweilen mochte sogar mit diesem Edicte angefangen werden f). Auf die Beurtheilung dessen, für welchen die Edictis-Erkennung gehörte, kam das an g).

3) Und dies war nur der Magistrat der das Recht sprach (qui jus dixit, h). Edicte zu geben war ein Vorrecht der Obrigkeit die Recht sprach i). Ein blos zur Untersuchung der That-Sachen und zur Aburtheilung nach vorgeschriebener Formel gegebener Richter (judex pedaneus, arbiter) konnte laden, aber seine Ladung war kein Edict. —

#### §. 4.

4) Rechtslehrer von großen Verdiensten k) meinen, das peremptorische Edict, wenigstens das, nach welchem keine Appellation zugelassen werde, müsse nach der litis-Contestation erkannt seyn, habe vor derselben nicht Statt gehabt. Aber diese Meinung ist sichtlich von allem Grunde verlassen. Denn

a) Die Voraussetzung, worauf sie sich lehnt

daß beim Ausbleiben vor der litis-Contestation blos Immision in die Güter des Abwesenden erkannt werden dürfen, ist unerweislich.

Giebt es gleich Gesetze, nach welchen im Falle solchen Ausbleibens Immision in die Güter des Ausbleibenden erkannt worden l); so fällt doch schon in die Augen, daß nicht alle Beklagte Immobilien hatten, nicht gegen alle also Immision möglich war. — Dann folgt nicht, daß, wo im Ausbleibungs-Falle Immision erkannt werden konnte und durfte, sie die einzige rechtliche Art

genau (l. 53. D. de rei jud.) Gerichtsgebrauch und Gesetze vor sich, als er behauptete, daß der, der auf 3. Ladungen nicht erscheine, ungehorsam sey. — In dem allen — was Paulus — die Kayser Diocletian und Maximilian sagen — läge dergestalt später festgestelltes Recht — aber kein Widerspruch wider den Ulpian — da Meinungen der Rechts-Gelehrten nur als widersprechend betrachtet werden können, wenn vom Rechte einer und eben derselben Zeit die Rede ist.

e) Cit. l. 69.

f) L. 72, cod.

g) L. cit. 72.

h) L. cit. 72.

i) Heineccii histor. edictorum edictique perpetui, L. 1. C. 1. §. 5.

k) Puffendorff in Obs. jur. univ. Tom. 1. Obs. 31.

l) L. 19, D. de in jus, voc. II, 4.

Art den Ungehorsam zu brechen gewesen sey — es ist vielmehr gewiß, daß in einem und eben demselben Falle es freigelassen war — sie, oder statt ihrer — Untersuchung der Haupt-Sache nach den Vorträgen des Gegenwärtigen — und deren Aburteilung zu verfügen m).

β) Unbegreiflich wäre es, warum beim Ausbleiben nach der *litis Contestation* — die in einer bloßen kurzen beiderseitigen Erzählung der Sache — vor dem Prätor n), und einer Erinnerung der Umstehenden, daß sie Zeugen des acceptirten — festgestellten Rechtsganges seyn sollten, bestand — unbegreiflich sage ich, wäre es, warum beim Ausbleiben nach dieser Handlung, nicht aber im Falle des Ausbleibens vor derselben — Entscheidung hätte gedrohet werden und erfolgen können. Mehr reiß zur Entscheidung war durch die *litis Contestation* die Sache nicht geworden. — Erst nach solcher gieng die Untersuchung des facti an. — Und wenn die Verachtung des Richters ein Grund war, warum *Contumacial*: Erkenntnisse erlaubt worden (S. 3. N. 1.); so liegt ja wohl in dem Richterscheinen vor der *litis Contestation* dieser stärker, als in dem Richterscheinen nach derselben. Das Richterscheinen vor der *litis Contestation* war eine Verachtung des Prätors — und seines Tribunals — das Richterscheinen nach der *litis Contestation* die Verachtung eines von ihm blos zur Untersuchung der That-Sachen bestellten Richters, der gar keine Rechte einer Obrigkeit hatte, sondern blos aus Auftrag und nach der Formel des Prätors erkannte. — Gelinder kann man also den vor der *litis Contestation* Ausbleibenden unmöglich genommen haben, als den nach solcher Ungehorsamen. — Man bestrafte es ja weit härter, wenn man jemanden, der in *jus* — d. i. vor der *litis Contestation* zum Prätor gerufen war, gewaltsam hinderte, dahin zu kommen, als wenn man ihn hinderte vor dem, nach der *litis Contestation* untersuchenden Richter zu erscheinen o).

γ) Das *peremptorische* Edict ward (S. 3. N. 3.) vom Prätor, nicht vom *judice pedaneo*, gegeben. — Aber nach der *litis Contestation* wies der Prätor die Sache, welche einer *Cognition* — also weiteren Vortrags — weiterer Antwort bedürftig war, von sich an den gegebenen Richter. Es

m) L. 8. C. quomodo & quando judex VII. 43.

n) Winkler de *litis contestatione*.

o) In jenem Falle mußte der also gewaltsam hindernde, so viel bezahlen als der Kläger die Sache, worüber der Streit war, schätzte — l. 5. §. 1. D. ne quis eum qui in *jus* vocabitur, vi eximat (II, 7.) in diesem Falle ward nur das Interesse geleistet, was der Kläger dabei hatte, daß der Beklagte erschien. l. 3. pr. D. de eo per quem factum erit quo minus quis in *judicio* listat (II, 10.) coll. c. 1. 1. §. 1. D. cod. & l. 3. D. ne quis eum qui in *jus* vocabitur, (II, 7.)

Es ist also nicht glaublich, daß man bey jenem noch sollte haben peremptorische Edicte nachsuchen können, wenn die Partheyen vor diesem sich nicht gestellet:n — Das peremptorische Edict sagt daneben nicht —

der iudex pedaneus werde beym Aussehenbleiben die Sache untersuchen und entscheiden,

nein es sagt

der, der es gegeben — (der Prätor) werde in Abwesenheit des Vor- geladenen das thun —

Wie könnte aber, nachdem die Sache der Notion des iudicis pedanei überlassen worden, und zwar darum überlassen worden, weil der Prätor gesetzlich nicht weiter die Sache untersuchen konnte p), gleichwol wiederum der Prätor wegen ungehorsamslichen Ausbleibens vor dem iudice pedaneo ein Edict geben, vermöge dessen er nun untersuchen und entscheiden wolle. —

d) Wozu überhaupt dies Edict — nach der litis:Contestation, da der zu deren Feststellung im iure erschienene Beklagte eine Stipulation wegen einer Poen eingehen mußte, welche er zu zahlen hatte, wenn er sich vor dem Richter nicht stellte q), folglich die actio ex stipulatu auf die Strafe, die natürlich dem Interesse des Klägers gemäß bedungen war — das peremptorische Edict überflüssig machte. —

Nur dann wenn vor der litis:Contestation die in jus vocatio durch Verborgenheit unmöglich gemacht ward — nur dann war das Edict nöthig — und nothwendig. —

e) Und — Papinian sagt r):

es sey eine angenommene Lehre, daß derjenige, welcher erfahren habe, daß ein peremptorisches Edict Proceß:Ordnungsmäßig gegeben werde, nicht recht appellirt habe, da es in seiner Gewalt gewesen sey, vor der beraphten Frist (ante diem practicatu n), dadurch daß er in Person oder durch einen Stell:Vertreter (respondentem aut defensum) vor dem Tribunale antworte, die Befestigung des Edicts zu verhindern. —

Sichtlich ist es, daß hier angenommen ward, das Edict ergehe, wider einen der vor dem Tribunale sich nicht gestellet — dort nicht geantwortet hatte, oder durch einen andern nicht vertreten war. —

Sichtlich,

p) L. 2. C. de iud. ped. III, 3. l. 8. l. 9. D. de officio praesid. coll. cum l. 10. cod. l. 18.

q) L. 1. §. 3. D. de eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sitat (II, 10.)

r) L. 23. ff. de appell. XLIX, 1.

Sichtlich, daß es Antwort vor dem Tribunale forderte. Nun hatte kein iudex pedaneus ein Tribunal — das peremptorische Edict ergieng mithin wider einen, der noch vor dem Prätor oder Magistrat Antwort verweigerte. — Folglich — man mag der Meinung seyn, daß die litis Contestation vor dem Prätor — oder allererst vor dem iudice pedaneo geschah — so ist klar, daß das peremptorische Edict Statt hatte, wider einen der vor der litis Contestation abwesend geblieben war.

## §. 5.

Über

II.) was versteht man denn eigentlich — unter dem Abwesend: Bleibenden?

Abwesend heißt nach dem Sprach: Gebrauch des gemeinen Lebens der, der nicht da ist, wo er gewöhnlich ist, oder seyn sollte. — In den obigen Befehlen wird der Begriff etwas erweitert —

Wenn sie von der Unfähigkeit zu appelliren des — der durch ein peremptorisches Edict vorgeladen, dennoch abwesend bleibt, und also verurtheilt wird, reden — so verstehen sie freylich auch

a) und zunächst den der sich nicht gestellt, der körperlich ausbleibt; Aber da der Zweck der Vorladung nicht der ist, daß man die Person des Citirten vor Gericht sehe, sondern daß der Krieg Rechtsens besetzt werde — daß man des Beklagten Einreden, seine Befugnisse von ihm höre: so steht

b) unter dem Begriffe des Abwesenden, auch der, der zwar persönlich zugegen ist, aber ohne ein Recht zur Verweigerung der Antwort zu haben, nicht antwortet s). Dieser ist im Effecte abwesend — Seine Gegenwart ist

s) Arg. l. 51. §. 5. & 9. D. de fideicommiss. libertate XL, 5.

In dem Dasumanianischen Rathschlusse war verordnet, daß wenn der, der nach einem Fideicommissum einen Knecht freylassen mußte — (dazu vom Prätor aufgefodert §. 5. l. c.) abwesend war, die Freyheit diesem eben so gut zusehen sollte, als wenn er der Gebühr nach losgegeben wäre. — Der Kaiser Pius erklärt durch ein Rescript, daß man möge aus Nothwendigkeit ausbleiben oder sich verbergen, oder zwar gegenwärtig seyn, der Schuldigkeit gemäß, aber nicht freylassen wollen, so sey man als abwesend anzusehen. Kann etwas klärer seyn, als hieraus ist, daß wer vor Gericht zu einem Zwecke rechtlich geladen also §. 6. zur Antwort zwar erscheint aber das Aufgegebene zu leisten verweigert, für Abwesend gehalten werde.

l. 7. D. de in integrum restit. IV, 1.

Offenbar

B.

ist durch sein Schweigen völlig so unnützlich als wenn er körperlich gar nicht erschienen wäre. Er ist nicht als ein Redender im Gerichte gegenwärtig — und so sollte er doch gegenwärtig seyn — Und verdient er nicht den Ernst der Befehle gegen die Ausbleibende, um so mehr, je eine stärkere Verachtung des Richters in seinem Erscheinen liegt — da darin Troß ins Angesicht liegt!

### §. 6.

III.) Wider den dergestalt Ausbleibenden soll nun nicht eben sogleich ein Verdammungs-Urtheil erfolgen, sondern die Sache wird, wenn er nach dem Aufrufe des Gerichts-Dieners nicht erscheint — summarisch — nach den Vorträgen des Gegenwärtigen untersucht und entschieden (S. Not. a). Und da ist es möglich, daß für den Abwesenden gesprochen wird, falls seine Sache so gut ist, daß sie ohne Vertheidigung als gut erscheint. — Der gewöhnlichere Fall wird aber bey fehlendem Vortrage von seiner Seite wohl der seyn, daß er verurtheilt wird — dann nun ist die Appellation unzulässig.

### §. 7.

Gemeinlich sieht man in dieser Bestimmung eine Strafe, welche die Willkühr des Gesetzgebers wider den Ungehorsam festgestellt hat, und man drückt

Offenbar mußte hier der Citirte persönlich gegenwärtig gewesen seyn.

Der Kaiser nahm als sehr glaublich an, daß er die Stimme des Herolds, der neben dem Tribunale ihn zum Vortrage hervorrief, nicht genug gehört habe. Weil er aber nicht antwortete war erkannt und wider dies Erkenntnis sollte Restitution ertheilt werden. Das Erkenntnis war also ein *ipso jure* bestehendes. —

L. 73. D. de judic. V. 1. l. 23. D. de appell. XLIX. 1.

Die Ausdrücke dieser Befehle,

& sive responderit, sive non responderit, ageatur causa & pronunciabitur —

und

*cum in ejus potestate fuerit, ante diem praestitutum pro tribunali responderentem aut defensum, edicti denunciationem rumpere,*

lehren deutlich, daß nicht bloß körperliche Gestellung, sondern Antwort die Drohung des peremptorischen Edicts abwendend, also unter einem Abwesenden ein Nicht-Antwortender hier verstanden werde.

L. 52. ff. de divers. reg. jur. L. 16.

Sast wörtlich beständig dies Befehl, daß es einerley sey, man bleibe aus oder verweigere die Antwort.

Non

bezieht sich darüber so aus, der Verurtheilte habe sich der Wohlthat der Appellation unwehret gemacht. Ich nehme aber ungern in einem Rechte, wie das Römische ist, — das von so denkenden Köpfen bearbeitet worden, bloße Willkühr an — Der Satz

von einer Urtheil, die wider einen nach ergangenem peremptorischen Edicte gleichwohl Ausgebliebenen erfolgt ist, findet keine Appellation Statt, —

scheint mir, hätte ihn ausdrücklich kein Gesetz ganz natürlich aus dem Begriffe der Appellation und der Art ihrer Rechtfertigung zu folgen.

## §. 8.

Er folgt aus dem Begriffe der Appellation. Die Appellation hat zum Zweck, die Unbilligkeit und Unerfahrenheit des Richters zu verbessern c); sie ist eigentlich eine Querel über die Unbilligkeit des Richters u) und sie hat da nicht Statt, wo man sich nicht über dessen Unerfahrenheit oder Unbilligkeit beschweren kann v).

In dem Falle wovon die Rede ist — hat eine peremptorische Ladung bekannt gemacht, der Richter werde auch beim Ausbleiben untersuchen und erkennen. Der Geldene bleibt gleichwohl aus und macht durch sein Ausbleiben, daß seine Verteidigung und sein Recht — macht insbesondere, daß das Verhältniß der That-Sachen — insofern ihm dies etwa günstig ist, dem zur Entscheidung fortschreitenden Richter vorenthalten bleibt. Wenn nun, dieser ihn verurtheilt, und das Erkenntniß nicht wider klare Gesetze angeht, — denn hier ist die Urtheil nichtig, und von einer Appellation wider dieselbe nicht die Frage w) — wenn das Erkenntniß blos den besondern Rechten des Ausgebliebenen, und der unentwickelt gebliebenen eigenlichen

B 2

Non defendere videtur, non tantum qui latitat, sed & is, qui praesens negat, se defendere aut non vult suscipere actionem,

Man vergleiche damit l. 124. pr. D. eod.

c) L. 1. D. de appellation. XLIX, 1.

u) L. 17. D. de minoribus IV, 4.

v) L. cit. 17. D. de minor. IV, 4.

Wom Praefecto Praetorio dürfte nicht appellirt werden, weil er über den Vorwurf der Unerfahrenheit und Unbilligkeit ergaben war.

w) Tit. C. quando provocare non est necesse VII, 64.

Bewandniß der Sache entgegen läuft: so ist hier ja an der Beschwerde nicht der Richter und dessen Unerfahrenheit oder Unbilligkeit — sondern der Muthwilligkeit — oder die Nachlässigkeit des Ausbleibenden selbst im gelindesten Falle — ein ihn betroffenes Hinderniß Schuld. Unmöglich kann also dieser die Unerfahrenheit und Unbilligkeit des Richters, der ja von ihm den Vortrag seiner Befugnisse, und der wahren Gestalt der Sache mehrmalen erfordert — und dem er solchen nicht geliefert hat, — anklagen — das heißt: unmöglich kann er appelliren.

### §. 9.

Noch weniger kann er dies, wenn man auf die gesetzliche Art der Rechtfertigung der Appellation sieht.

Nach der Römischen Proceß: Art ward in erster Instanz beyh Prätor Klage und Einrede erberen, und von ihm nach Befunden gegeben. Dann kam man wegen eines Richters überein, dem der Prätor die Untersuchung der Thatfachen, und die Entscheidung des ganzen Rechtshandels in Gemäßheit des Befundes, und einer vorgeschriebenen Formel auftrug. Dieser Richter mußte

alles aufs genaueste erforschen, den Hergang der Dinge vollständig auszumitteln suchen, die Partheyen und Zeugen befragen, damit Nichts Neues übrig bliebe, was den Vortragern vor Gericht hinzu zufügen nützlich seyn konnte x).

Und Alles, was dergestalt zur Aufklärung der Sache erkundiget war, Alles was die Partheyen, zur Instruirung und zum Beweise vorgebracht hatten, mußte bey harter Abhandlung den Acten einverleibt werden y).

Deshalb — wie nach dem Begriffe der Appellation (vor. §.) durfte denn in der Appellations: Instanz bey Rechtfertigung der Beschwerden z) Nichts

x) L. 1. C. Theod. de iudicis. Judicantem oportet cuncta rimari, & ordine rerum plena inquisitione discutere interrogandi ac proponendi, adjiaciendique pientia praebita ab eo, ut ubi actio partium limitata sit, contentiones non occurru juicis, sed satietate altercantium metus compresserint, sapius requiratur, & crebra interrogacione iudicis frequentetur, ne quid novi relideat, quod annexi allegationibus in iudicaria conventionie conveniat, cum ad alterum hoc proficiat, siue definienda sit cautia per iudicem siue ad nostram scientiam referenda.

y) L. 9. C. Theod. de appellat. l. 15. C. Just. de appell. VII. 62.

z) Die Rechtfertigung der Appellation — zumahl an den Kayser oder den Praefectum Practorio geschähe auf diese Weise: Wenn die Appellation dem erkannt habenden Richter

Nichts Neues — Nichts, was beim vorigen Richter nicht vorgebracht war — vorgebracht werden. Deutlich lehren dies nicht nur die Gesetze des Constantin und des Theodosius aa), sondern selbst Justinians berühmtes Gesetz, aus dem die Practiker, die Wohlthat das nicht Ausgeführte auszuführen und das Nichtbewiesene zu beweisen, ableiten, sagt eben das bb).

Wie könnte denn nun, der zur Verhandlung seiner Sache Geladene — aber Ausgebliebene und so Verurtheilte, zur Appellation gelassen werden — er der Nichts für seine Sache gesagt hat, folglich seine Appellation aus lauter neuen — unborgetragenen — und so unzulässigen Gründen rechtfertigen müßte.

§ 3

§. 10.

Richter Fund gemacht war: so theilte selbiger den Appellanten die Relation mit, womit er die Acten an den Obergerichter senden wollte. Der Appellant handigte dann jenem eine Widerlegung der Relation, und des darinn, und in den Acten vorkommenden Widrigen in einer bestimmten Zeit ein, (refutatorii, libelli S. refutatio) die den Acten beygefügt werden mußte.

l. 29. C. Theod. de appellat. l. 19. C. Just. de appellat. VII, 62.

aa) L. 11. C. Theod. de appellat.

*Nemo in refutatione aliquid congerat, quod adserere intentione neglexerit. Quod quidem saepe fit industria, si quod quis probare posse desperet, in praesenti disputatione dissimulet, certus se esse revincendum, si commenticia & ficta suggererit. Propter quod cogi etiam singulos oportebit, ad proferenda in iudicio universa, quae ad substantiam litigii proficere arbitrantur, atque ea ratione urgeri, ut sciant sibi ex auctoritate legis istius non licere refutationis tale aliquid ingerere, quod apud iudicem non ausi fuerint publicare. Nam si plena, ut jubemus, assertio per litigatorem in iudiciis exeratur & integra instructio in consulti ordinem conferatur, stabit ratum ac fidele, quod iudicia nostra rescribent. Neque ullus quaerimoniae locus dabitur, nec occasio supplicandi, ut convelli labefactariae jubeamus, quae ad relationem ejus sanximus, qui neque vera neque univerfa suggestit. Omnes igitur partium allegationes, acta universa, scripturarumque exempla omnium dirigantur. Quod cum universos iudices, cum praecipue sublimitatem Tuam, qui cognitionibus nostram vicem representas, servare convenit.*

l. 52. C. Theod.

Nihil sub sacri iudicii examine de ea parte negotii debet definiri, de qua nihil in exordio apud Praesidem aut institutum fuerit ac probatum.

bb) L. 4. C. Just. de tempor. & reparation. appellat. VII, 63.

*Per hanc divinam sanctionem decernimus ut licentia quidem pateat, in exercendis consultationibus tam appellatori quam adversae parti, novis etiam adiectionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent sed ex illis*

## §. 10.

Ulpian beschränkt aber noch die Appellations-Unfähigkeit des nach peremptorischen Edicte abwesend Verurtheilten durch die Bestimmung cc)

si modo per contumaciam defuit; si minus audietur.

Nicht leicht ist ein Ausdruck mehr mißverstanden, als dieser. Man hat geglaubt, Ulpian fordere hier, der Ausgebliebene müsse aus Muthwillen — aus überlegten Muthen — aus Verachtung des Richters — mindestens aus unentschuldbarer Nachlässigkeit ausgeblieben seyn; — sey er nicht dieserhalb ausgeblieben — lasse sich sein Ausbleiben irgend entschuldigen: so müsse seine Appellation gehört werden. — Härte man aber nur daran gedacht — daß, auch im Fall erweislicher Entschuldigungs-Gründe, nicht abzusehen seyn würde, wie diese zu einem Rechts-Mittel berechtigen können, das nur die Unerfahrenheit und Unbilligkeit des Richters zu verbessern abzweckt — so würde man vielleicht mißtrauisch gegen solch eine Deutung geworden seyn. — Der richtigere Sinn der Stelle erhellet aus einem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximilian dd). Dies Rescript, das eben das lehrt was Ulpian sagt, im wesentlichen wiederholt

es sey gewis, daß das, was wider solche erkannt werde, die nicht per contumaciam abfentes seyn, nicht für Rechtskräftig gelten könne, —

definit diese

abfentes non per contumaciam

also

*illis oriuntur, & illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed & si qua dicta allegatio monstrabitur vel instrumentum aliud prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacres cognitores sine proerastinatione praebere poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniat lumine.*

Unwidersprechlich ist, daß in diesem Gesetze, blos Freiheit gegeben werde, mittelst der Appellation diejenigen Gründe und Einreden beizubringen, die keine neue Punkte betreffen, sondern aus denen entstehen, und mit denen verknüpft sind, welche schon bey dem vorigen Richter vorgebracht worden. — Also die implicite schon vorgebrachte Gründe und Einreden darf man in der Appellations-Instanz weiter entwickeln und vortragen.

cc) L. 73. §. 3. D. de judic. V, 1.

dd) L. 7. C. quomodo & quando judex VII, 43.

also

scilicet denunciacionibus nequaquam ex more conventos.

Diesemnach sind abwesende per contumaciam, Leute die abwesend bleiben, obwohl sie auf gehörige, gesetzliche und gewöhnliche Art vorgeladen worden, und abwesende non per contumaciam, Leute die zwar abwesend bleiben, aber es bleiben, da sie nicht auf gehörige Art vorgeladen sind. Ulpian will also so viel sagen:

Wer nach peremptorischen Edicte ausbleibt, kann nicht appelliren — vorausgesetzt, daß das peremptorische Edict in gesetzlicher Ordnung — nach gehörig vorausgegangenen einfachen Ladungen erkannt, also hier der Fall der Schuldigkeit zu erscheinen — und so ein Ungehorsam beim Ausbleiben vorhanden ist. Ist aber nicht in gewöhnlicher Ordnung zum peremptorischen Edicte fortgegangen — folglich keine Schuldigkeit darauf zu erscheinen, und also kein Ungehorsam im Ausbleibungs-Fall: so muß die Appellation zugelassen werden.

Dies ist der Natur der Appellation angemessen — denn der so unrechtlich zum peremptorischen Edicte — und nachmals zur Entscheidung hinausgeleitete Richter hat einer Unerfahrenheit und Unbilligkeit sich schuldig gemacht — wiewider die Appellation eben das Mittel ist ee). Dagegen steht in den Fällen, wo man für das Nichterscheinen andere außer der Schuld des Richters liegende Entschuldigungs-Gründe hat, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

ee) Daß auf eine Untersuchung — ob man aus Muthwillen — Verachtung des Richters ic. ausgeblieben sey — es hier gar nicht ankomme, lehren mehrere gesetzliche Stellen — die dem Contumacial-Erkennnisse Raum geben, wenn man dreymal citirt nicht antwortet

L. 7. D. de integ. restit. IV. 1. Paulus L. 5. recept. sent. tit. 5.

Beim Ausbleiben nach dreymaliger Ladung ohne Entschuldigung wird Nachlässigkeit oder Muthwille vermuthet. Es wird wider den Ausbleibenden, wie Paulus l. c. lehrt — *quasi in contumacem* gesprochen. Und so ist von der gegen einen Ungehorsamen erkannten Sentenz — Paulus l. c. — Bepläufig gesagt — scheint mir diese Entwicklung der eigentlichen Lehre des Paulus die critische Vermuthung des Cujas und Schilling unndthig zu machen, als ob die auf den Satz des Paulus, „von einer — wider einen nach dreym Ladungen oder einem peremptorischen Edicte, „Ausbleibenden *quasi in contumacem* gesprochenen Sentenz, könne nicht appellirt, „werden.“

folgende

Stand zu suchen ff) und dadurch neues Verhör beym Richter erster Instanz zu bewürken. — Nur dürften so ganz leichte Ursachen, als man gewöhnlich zur Entschuldigung eines Ungehorsams hinlänglich hält, nach der Theorie von der Wiedereinfegung in den vorigen Stand schwerlich hinreichen gg).

folgende Stelle:

quoties in contumacem fuerit iudicatum, ab ea sententia quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in dubium revocari potest

nicht vom Paulus, der ja sonst einerley zweymal gesagt haben müßte, herrühre; sondern eine nachmals in den Text geschobene Interpretation sey. — Beyde Sätze können ganz wol von ihm seyn — sie sagen nicht genau einerley — und der letzte Satz steht wie der Grund des ersten da.

ff) I. 16, D. ex quibus causis majores, V. 6. l. 7, D. de integr. restit. IV. 1.

gg) Die vorhin angezogene l. 7, D. de integr. restit. berechtigt zur Zulassung geringer Entschuldigungen nicht. Dort war der Geladene auf dem Markte, nahe beym Tribunal — denn er trat in eben dem Augenblicke da der Prätor erkannt hatte zu ihm — es war also höchstwahrscheinlich, daß er sich hatte stellen wollen, und daß er nur vor dem Geräusche die Stimme des aufrufenden Herolds nicht gehört hatte. Der Kayser setzt ausdrücklich den Grund, warum er zu restituiren sey, in der Wahrscheinlichkeit, daß er nicht in culpa gewesen.



ne

No 990

ULB Halle

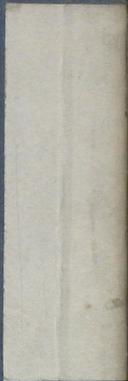
3

005 725 011



VD18







# Bemerkungen

über die  
Unzulässigkeit der Appellation von Urtheil,  
die wider einen  
im peremptorischen Termin Ausgebliebenen  
ausgesprochen werden,

*605 P*

nach

R ö m i s c h e n R e c h t e n.

Von

*Ko 990*

Christian Ulrich Ludewig Hennemann,  
Postdirector in Schwerin.

Gedruckt und verlegt von Wilhelm Bärensprung,  
Herzoglichem Hofbuchdrucker.

*1785*

