

Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts durch Theorie und Praxis.

Jg. 14, 1870, S. 654 - 657

Zum sechszigsten Titel des Entwurfs einer Prozeßordnung für den Norddeutschen Bund

*Digitale Bibliothek des*

*Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*

2010-09-05T15:29:20Z

Ueberläßt der Gesetzgeber die Entscheidung so zweifelhafter Fragen der Praxis, so verweist er die Parteien auf die ungewissen Ansichten der Richter. Der Gesetzgeber muß aber dem Prozeß feste und unzweifelhafte Normen und den Parteien darüber Gewißheit geben, was sie zur Wahrung ihres Rechtes zu thun und zu lassen haben.

---

Nr. 20.

Bum sechszigsten Titel des Entwurfs einer Prozeßordnung  
für den Norddeutschen Bund.

(Von einem Rechtsanwalte.)

---

Das Bundesgesetz vom 29. Mai 1868 und der Entwurf quadriren in ihrer rechtlichen Auffassung der Personalhaft, nur daß jenes die unzulässigen Fälle negativ, dieses positiv die zulässigen Fälle der Zwangsvollstreckung durch Haft hervorhebt.

Nach dem Entwurfe ist die Personalhaft nur statthaft zur Erzwingung

1. der Vornahme einer Handlung, welche ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt,
2. des speziellen (§ 1012) und generellen (§ 994) Offenbarungseides.

Bei passiven Handlungen, d. i. Unterlassungen und Duldungen, tritt an Stelle dieser Haft eine Gefängnißstrafe (§ 1017), wobei die Wortfassung jedoch zweifelhaft läßt, ob sie als substituierende oder auch als prinzipale zur Anwendung kommen soll.

Die einschlagigen Paragraphen dieses Titels, an denen wir etwas zu erinnern finden, lauten so:

§ 1021.

Die Zwangsvollstreckung durch Haft des Schuldners findet nur statt [zur Erzwingung der Vornahme einer Handlung gemäß des § 1016 und] zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseides in Gemäßheit der §§ 996 und 1012.

§ 1028 (Schlußsatz).

Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde (sc. des verbrauchten Alimentenvorschusses) oder [ohne seine Zustimmung] auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet eine Erneuerung der Haft nicht statt.

§ 1031.

Ein Schuldner, welcher wegen Verweigerung des Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten erlitten hat, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von Neuem zur Leistung des Eides nur dann durch Haft angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

und würden wir vorschlagen:

den § 1031 ganz, von den übrigen das Eingeklammerte zu streichen,

aus folgenden Gründen.

Zu § 1021.

Früher hieß es prozessualisch „aut solve, aut mane,“ heute gilt dagegen als Regel für das Civilrecht:

„der Gott, der Menschen wachsen ließ,  
der wollte keine Kerker“

obgleich gegen diese — größtentheils von den Hypermaterialisten — der peremptorische Einwand des Hyperhumanismus erhoben wird. Die Regel — die Aufhebung der Schuldhast — beruht auf der Unantastbarkeit der Freiheitsrechte; diese letzteren können aber, wie criminaliter, so civiliter mißbraucht werden, und dann — mit gewolltem Unrecht verbunden — unterliegen auch sie der Vollgewalt des Rechts. Ein solcher Mißbrauch und ein solches Recht zur Freiheitsberaubung liegen vor, wenn

1. der böse Wille des Schuldners die Erfüllung hindert und
2. diese Hinderung auf andere Weise nicht zu heben ist.

Dann ist die Freiheitseinschränkung keine unsittliche Forderung, sondern ein sittliches Gebot.

Wird dieser Maßstab an § 1021 gelegt, so muß die Personalhaft bei allen Handlungen ausnahmslos wegfallen, und der Satz: *nemo ad faciendum per corpus cogi potest*: allgemeine Geltung erhalten. So ist es auch im Preussischen Entwurfe (1864), da der dortige § 1040 nur die polizeirechtlichen Bestimmungen im Auge hat, während der Hannoverische nichts über die Zwangsvollstreckung bei Handlungen enthält, also wohl nur das Liquidationsverfahren als ultimum zuläßt.

Es ist nämlich zwar richtig, daß bei Handlungen, die von dem Willen des Schuldners ausschließlich abhängen, im Weigerungsfalle immer böser Wille concurrirt, aber das zweite Erforderniß ist niemals vorhanden, weil die Erfüllung auf anderem Wege erreicht werden kann.

Wir meinen Folgendes. Nach unserer heutigen Rechtsanschauung gibt es gar keine nicht fungible Handlungen, diese als Inhalt eines Tenors gedacht. Denn das Prinzip der Stellvertretung ist ein so

durchgreifendes, daß nichts entgegensteht, wenn das Gericht zwecks Vollstreckung seines Spruchs und zwecks Brechung des gegnerischen Dolus dem Schuldner einen alter ego zur Ausführung der fraglichen Handlung ernennt, diesen Personenwillen durch eine andere Person ad hoc fingirt. Einen fremden Willen zu fingiren und zu suppliren ist dem Rechtsgebiete durchaus nichts Neues, wie die tägliche Erfahrung lehrt (Expropriationen, Cessionen im Executionswege, nothwendige Servitut u. a.). Ist der Verklagte z. B. verurtheilt, das dingliche Vorkaufsrecht des Klägers anzuerkennen, weigert jedoch die Handlung des Vertragsschlusses vorzunehmen, dann kann dieser Vertrag einfach durch einen aufgedrungenen Stellvertreter geschlossen werden. Oder ist der Schuldner zur Rechnungslegung condemnirt, so wird ihm im Falle der Kenitenz von den Scripturen weggenommen, was beziehlich ist, er wird seine Ausgaben und Einnahmen zu manifestiren haben, und auf dieser Grundlage wird der ernannte Vertreter — ein Dritter — die Rechnung legen, indem er das Unvollständige nach einseitiger klägerischer Behauptung — als Kontumazialfolge — ergänzt. Es gibt in der That keine sentenzmäßige höchstpersönliche Handlungen.

### Zu § 1028.

Die Worte „ohne seine Zustimmung“ sind wohl nicht glücklich gewählt, da der Fall, den der Ausdruck allein in sich begreift, nämlich daß der Inhaftirte erst durch den Executor zum Verlassen des Schuldgefängnisses gezwungen werden muß, außer Absicht lag, und der Natur der Sache nach der Schuldner nie ohne seine Zustimmung die Unfreiheit mit der Freiheit vertauschen dürfte. Es ist gemeint „auf einseitigen Antrag des Gläubigers.“

Uns will scheinen, als wenn die Unterscheidung durchaus unnöthig, da es irrelevant, welches Motiv dem Entlassungsantrag des Gläubigers zu Grunde liegt, ob eine Bitte des Schuldners, ob Mitleid, ob der Glauben an Erfolglosigkeit oder sonst etwas.

### Zu § 1021.

Nachdem die Spitze des Executionsverfahrens — die Schuldhast — gefallen, hat der Manifestationseid als nunmehriger letzter Ausläufer desselben an Bedeutung gewonnen, und verdient des besonderen gesetzgeberischen Augenmerks. Wir wollen es nun nicht tadeln, daß der promissorische Theil dieses Eides in Wegfall gekommen, der Eid also eine äußere Verminderung erlitten, im Gegentheil. Aber wenn die erhöhte Wichtigkeit dieses Eides anzuerkennen ist, so will uns damit die Bestimmung dieses Paragraphen nicht harmoniren. Mit Rücksicht auf die

Heiligkeit des Eides und auf den Umstand, daß Veränderungen — hier Vermögenserwerb — nicht zu vermuthen, ist zwar die Vorschrift des § 998, wonach die Eidesleistung auch anderen Gläubigern gegenüber — vorbehaltlich liquiden Neuerwerbs — fort und fort wirkend bleibt, hinreichend gerechtfertigt. Diese Rücksichten, beziehlich Motive fehlen jedoch bei dem im § 1031 untergestellten Falle und darum kann hier der Satz: *juramentum jus facit inter omnes* überhaupt nicht maßgebend sein.

Und noch dies. Stellt der Entwurf eine sechsmonatliche Haft der wirklichen Eidesleistung gleich, so läßt sich für die einzelne Prozeßsache dagegen nichts einwenden. Die Strafe muß naturgemäß eine Gränze haben, und die Prozeßsache, der Manifestationseid ist dadurch allerdings vollständig abgemacht. Aber was geht einen anderen Gläubiger diese Prozeßsache, diese fingirte Eidesleistung an! und doch wird sein Recht wesentlich beschränkt, ja — da bei dem vorauszusetzenden sehr böswilligen Schuldner das „glaubhaft machen“ schwerlich gelingen kann — so gut wie elidirt. Uns will nicht einleuchten, wie die Folgen eines früheren Prozeßunrechts bestimmend und consumirend für ein neues Prozeßunrecht sein sollen; wir meinen vielmehr: wiederholte Eidesweigerung, wiederholte Strafe; und wer den Eid in Wirklichkeit nicht geleistet, sondern so zu sagen „abgefessen“ hat, der ist Eidesverweigerer. —