

WIENER BEITRÄGE ZUR THEOLOGIE

BAND I

HERAUSGEGEBEN VON DER
KATHOLISCH-THEOLOGISCHEN FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT WIEN

KARL-THEODOR GERINGER

DAS RECHT AUF VERTEIDIGUNG
IM KANONISCHEN PROZESS

Herrn Prof. Heermann

in Dankbarkeit

Karl-Theodor Geringer

WIENER DOM-VERLAG

Mit Druckerlaubnis des Erzbischöflichen Ordinariates Wien,
vom 16. Juni 1975, Zl.: 2168/75

Gedruckt mit Unterstützung des Bundesministeriums
für Wissenschaft und Forschung



02 57621

ISBN 3 85351 080 9
© WIENER DOM-VERLAG, WIEN 1976
ALLE RECHTE VORBEHALTEN
PRINTED IN AUSTRIA
DRUCK: PLOCHL, FREISTADT 1976

MEINEM LEHRER
ALEXANDER DORDETT

INHALTSVERZEICHNIS

Quellennachweis	11
Lexika und Nachschlagewerke	11
Literaturnachweis	12
Abkürzungsverzeichnis	14
Vorwort	15
Einleitung	17

1. Teil: DAS VERTEIDIGUNGSRECHT IM ALLGEMEINEN

§ 1 Ursprung und Wesen des Verteidigungsrechtes	19
I) Begriffsbestimmungen	19
A) Der Begriff „verteidigen“	19
1) Etymologische Entwicklung	19
2) Bedeutungsinhalt	20
B) Der Begriff „defendere“	20
1) Etymologische Entwicklung	20
2) Bedeutungsinhalt	21
C) Der Begriff „Recht“ bzw. „ius“	21
D) Der Begriff „Prozeß“	22
II) Das Verteidigungsrecht als Naturrecht	22
A) aus der Natur der Sache	23
B) aus der Natur des Menschen	24
III) Der wesentliche Inhalt des Verteidigungsrechts	25
A) Das Recht auf Widerspruch	25
B) Das Recht auf Gehör	26
§ 2 Die Verkürzung des Verteidigungsrechtes und ihre Folgen für den Prozeß	26
I) Die Nichtigkeit des Verfahrens bei wesentlichen Prozeßmängeln	27
II) Die Nichtigkeit des Verfahrens bei Verkürzung des Verteidigungsrechtes	28
A) naturrechtliche Nichtigkeit	29
B) unheilbare Nichtigkeit	29
1) Die Auffassung der Rota	29
2) Begründung der Unheilbarkeit	31
a) aus der „Natur der Sache“	31
b) ex legibus latis in similibus nach c 20	32
c) ex veteris iuris auctoritate nach c 6,2 ^o und a fortiori	33

2. Teil: DAS VERTEIDIGUNGSRECHT IM BESONDEREN

1. Kapitel: *Prozeßrechtliche Sicherungen des Verteidigungsrechts*

§ 3 Das Recht auf anwaltschaftliche Vertretung	35
I) Stellung und Funktion des Anwalts	35

II)	Das Recht auf freie Anwaltswahl	36
A)	Das Recht auf den eigenen Anwalt	36
B)	Die Notwendigkeit des Mandats	36
1)	Die Erteilung des Mandats	36
2)	Der Entzug des Mandats	37
3)	Der Officialverteidiger	38
C)	Die Zulassung des Anwalts	38
III)	Der Anwaltszwang	39
§ 4	Die Mitwirkung des Notars	40
I)	Seine Funktion hinsichtlich des Verteidigungsrechtes	40
II)	Die Nichtigkeitssanktion	40
§ 5	Die prozessualen Kampfmittel	41
I)	Die Widerklage	41
II)	Die Einrede	41
A)	Die Einrede als modus defensionis	41
B)	Die häufigsten Einreden	42
1)	Die Befangenheitseinrede	42
a)	Das Recht auf den unparteiischen Richter	42
b)	Die Befangenheitsgründe	43
c)	Die Wirkung der Einrede	43
d)	Das Verfahren	44
2)	Die Inkompetenzeinrede	45
a)	Das Recht auf den eigenen Richter	45
b)	Das Verfahren	45
c)	Rechtsmittel gegen die Entscheidung	46

2. Kapitel:

Das Verteidigungsrecht bei Prozeßbeginn

§ 6	Die citatio prima	47
I)	Die Funktion im Prozeß	47
A)	Die Aussagen der Rota	47
B)	Das Recht des CIC	48
1)	Die Adressaten der citatio prima	49
2)	Der Inhalt der citatio prima	49
3)	Die Ladung per edictum	50
4)	Die Wirkungen der citatio prima	50
C)	Die Notwendigkeit der citatio prima	51
1)	in jeder Instanz	51
2)	in jedem Zwischenstreit	51
3)	bei Einführung neuer Klagegründe	51
4)	nicht bei Richterwechsel	52
II)	Der Bezug zum Verteidigungsrecht	52
III)	Die Ersetzbarkeit der citatio prima	55
A)	Das spontane Erscheinen	55
1)	Das Recht des CIC	55
2)	Die Aussagen der Rota	55
3)	Die Ursachen des Mißverständnisses	57
B)	Die Dispens von der citatio prima	58
IV)	Die Ladung für amentes	59
A)	Die Funktion des Kurators	59
B)	Die Bestellung des Kurators	60
C)	Die Zulässigkeit und Notwendigkeit des Kurators	60
V)	Der Mangel der citatio prima und seine Folgen für den Prozeß	61

A) Die Nichtigkeitssanktion in c 1894,1 ^o	61
B) Die Unbrauchbarkeit von c 1894,1 ^o für den Schutz des Verteidigungs- rechtes	63
VI) Zusammenfassende Thesen	65
§ 7 Die litis contestatio	66
I) Ihr Zweck	66
II) Ihre Wirkungen	67
 3. Kapitel: <i>Das Verteidigungsrecht während des Verfahrens</i> 	
§ 8 Das Recht auf Gehör	68
I) Die Parteienvernehmung	68
A) Die Vernehmungspflicht	68
B) Das Aussageverweigerungsrecht	68
1) Kein Geständniszwang	68
2) Keine Selbstschädigungspflicht	69
3) Die Folgen der Aussageverweigerung	69
4) Die Belehrungspflicht	70
II) Die Formel „audita altera parte“	70
III) Das Beweisantragsrecht	72
A) Die Rechtsnatur des Beweisantragsrechtes	72
B) Der Inhalt des Beweisantragsrechtes	73
1) Allgemeines	73
2) Das Recht auf Zeugenbenennung	74
3) Das Recht auf Beiziehung eines Sachverständigen	75
4) Das Recht auf Führung eines Urkundenbeweises	76
5) Sonstige Beweismittel	76
C) Die Grenzen des Beweisantragsrechtes	76
D) Die Nichtzulassung von Beweisen	77
§ 9 Das Recht auf Widerspruch	78
I) Die Formel „consentiente altera parte“	78
II) Die Ablehnung gegnerischer Beweismittel	81
A) Das Ablehnungsrecht	81
B) Die Ablehnungsgründe	82
C) Die Grenzen des Ablehnungsrechtes	82
III) Die publicatio	84
A) Das Recht auf Akteneinsicht	84
1) Die Rechtsnatur der publicatio	84
2) Inhalt und Umfang der publicatio	85
B) Die Geheimhaltung von Beweisen	86
IV) Die discussio causae	88
A) Die Rechtsnatur der discussio	88
B) Form und Inhalt der discussio	89
§ 10 Das Zwischenstreitverfahren	92
I) Der Zwischenstreitgegenstand	92
II) Verfahren und Entscheidung	93
III) Rechtsmittel gegen Zwischenentscheide	94
A) Die Berufung	94
B) Andere Rechtsmittel	96

4. Kapitel:
Die Rechtsmittel gegen das Urteil

§ 11 Die Berufung	98
I) Die Rechtsnatur der Berufung	98
II) Der Gegenstand der Berufung	99
III) Die Beschränkung des Berufungsrechtes	100
A) Der Mangel des Klagerechts	100
B) Die Rechtskraft des Urteils	100
C) Der Verzicht auf Berufung	101
D) Andere Beschränkungen	102
IV) Die Ausübung des Berufungsrechtes und seine Wirkung	102
§ 12 Die Nichtigkeitsbeschwerde	103
I) Das nichtige Urteil	103
II) Die Nichtigkeitsbeschwerde	106
§ 13 Die außerordentlichen Rechtsmittel	109
I) Die restitutio in integrum	109
II) Die Wiederaufnahme des Verfahrens	111
A) Der Gegenstand der Wiederaufnahme	111
B) Die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens	112
Schluß	114

QUELENNACHWEIS

- Acta Apostolicae Sedis (AAS), *Commentarium Officiale*, Rom 1909 ff.
Bullarium Romanorum Pontificum, ed. Caroli Cocquelines, tom. IV, pars 2, Rom 1745.
Codex Iuris Canonici (CIC), Rom 1917.
Codicis Iuris Canonici Fontes (CICfont), ed. P. Gasparri - I. Serédi, 9 Bde., Rom 1923—1939.
Codicis Iuris Canonici Schemata (CICschem), lib. IV De Processibus, ed. F. Roberti, Rom 1940.
Corpus Iuris Canonici, ed. E. Friedberg, Leipzig 1879—1881 (unveränderter Nachdruck Graz 1955).
Corpus Iuris Civilis, vol. I (Institutiones und Digesten), ed. P. Krueger - Th. Mommsen, Berlin ¹1899; vol. II (Codex), ed. P. Krueger, Berlin ¹1900.
Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum, S. C. Sacr. v. 15. 8. 1936: AAS 28 (1936) 313—370; Text bei Joseph Wenner, Kirchliche Eheprozeßordnung, Paderborn ¹1956 (EPO).
Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae (SRR), 53 Bde., Rom 1912—1971.

LEXIKA UND NACHSCHLAGEWERKE

- Georges Karl Ernst - Georges Heinrich, Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch, 2 Bde., Hannover - Leipzig ¹1951.
Heumann - Seckel, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, Jena ¹1914.
Kluge Friedrich - Götze Alfred, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Berlin ¹⁶1953.
Köstler Rudolf, Wörterbuch zum Codex Iuris Canonici, München 1927.
Walde A. - Hofmann J. B., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 2 Bde., Heidelberg ¹1938.

LITERATURNACHWEIS

- Alsberg* Max, Die Philosophie der Verteidigung: Schriften zur Psychologie der Strafrechts-
pflege, Heft 2, Mannheim - Berlin - Leipzig 1930.
- Amira* Karl von, Grundriß des Germanischen Rechts, Straßburg ²1901.
- Brunner* Heinrich - *Schwerin* Claudius von, Deutsche Rechtsgeschichte II, München - Leipzig
²1928.
- Cappello* Felix M., Quaestio canonica: Periodica 19 (1930) *71—*73.
- Cappello* Felix M., Summa Iuris Canonici III, Rom ⁴1955.
- Ciprotti* Pius, De communicatione defensionum: Apollinaris 9 (1936) 309—310.
- Ciprotti* Pius, De novis probationibus post conclusionem in causa: Apollinaris 12 (1939)
110—113.
- Conte a Coronata* Matthaeus, Institutiones Iuris Canonici III, Turin - Rom ⁵1962.
- Crnica* A., Defectus Codicis I. C. in designandis normis pro querela nullitatis: IPont 15
(1935) 145—155.
- Dordett* Alexander, Kirchliche Ehegerichte in der Krise, Wien 1971.
- Dordett* Alexander, Notae quaedam ad conferentiam Officialium Germaniae habitam anno
1966: Ius Populi Dei, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, vol. II, Rom 1972,
639—665.
- Eichmann* Eduard, Das Prozeßrecht des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1921.
- Eichmann* Eduard - *Mörsdorf* Klaus, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex
Iuris Canonici III, Paderborn ¹⁰1964.
- Engel* Ludovicus, Collegium Universi Iuris Canonici, Salzburg ¹⁰1726.
- Ewers* Heinz, Die Nichtigkeitsbeschwerde in dem kanonischen Prozeßrecht, München 1952.
- Febler* Joseph, Der kanonische Prozeß nach seinen positiven Grundlagen und seiner ältes-
ten historischen Entwicklung in der vorjustinianischen Periode, Wien 1860.
- Flatten* Heinrich, Zur Urteilsnichtigkeit im kirchlichen Eheprozeß wegen Verkürzung des
Verteidigungsrechtes: Ecclesia et Ius, Festgabe für A. Scheuermann, München - Pa-
derborn - Wien 1968, 645—657.
- Gonzales* Hieronymus, Glossema ad Regulam Octavam Cancellariae, Rom 1611.
- Graf* Georg, Die leges irritantes et inhabilitantes im Codex Iuris Canonici, Paderborn 1936.
- Hanssen* Antonius, De sanctione nullitatis in processu canonico: Apollinaris 11 (1938)
71—109, 215—263, 381—403; 12 (1939) 198—251.
- Heggelbacher* Othmar, Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Artikel 217 der kirch-
lichen Eheprozeßordnung: ÖAKR 14 (1963) 217—225.
- Hilling* Nikolaus, Die Heranziehung des Advokaten zu den kirchlichen Prozessen: AfKKR
103 (1923) 132—136.
- Holböck* Carl, Handbuch des Kirchenrechts II, Innsbruck - Wien 1951.
- Holböck* Carl, Tractatus de Iurisprudentia Sacrae Romanae Rotae, Graz - Wien - Köln 1957.
- Jone* Heribert, Gesetzbuch der lateinischen Kirche III, Paderborn ²1953.
- Lega* Michael, Praelectiones de Iudiciis Ecclesiasticis I, Rom 1896, ²1905.
- Lega* Michael - *Bartoccelli* Vittorio, Commentarius in Iudicia Ecclesiastica II, Rom ²1950.
- Mörsdorf* Klaus, Die Rechtssprache des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1937.
- Mörsdorf* Klaus, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici I, Mün-
chen - Paderborn - Wien ¹¹1964.
- Mörsdorf* Klaus, Zur Eheprozeßordnung für die Diözesengerichte vom 15. 8. 1936: Theo-
logische Quartalschrift 120 (1939) 206—219, 338—370.
- Negwer* Josef, Die Contumacia im kanonischen Eheprozeß: ÖAKR 8 (1957) 241—253.
- Noval* Joseph, Commentarius Codicis Iuris Canonici, lib. IV De Processibus, pars I, Turin -
Rom 1920.
- Pichler* Vitus, Ius Canonicum secundum quinque Decretalium Titulos, Venedig 1758.
- Pinna* Ioannes M., An concedi possit restitutio in integrum in causis nullitatis matrimonii:
Revue de Droit Canonique 1 (1951) 32—36.
- Pirhing* Ehrenreich, Ius Canonicum I, Dillingen 1675.
- Reiffenstuel* Anacletus, Ius Canonicum Universum, München 1702.
- Roberti* Franciscus, Circa limites querelae nullitatis et restitutionis in integrum: Apol-
linaris 1 (1928) 476—483.
- Roberti* Franciscus, De Processibus I, Rom ⁴1956, II, Rom 1926.

- Roberti Franciscus*, De sententia nullitatis vitiis infecta: Apollinaris 9 (1936) 662—664.
- Robleda Olisius*, Criteria nullitatis sententiae iudicialis: Periodica 50 (1961) 3—30.
- Sanchez Thomas*, De matrimonii Sacramento, Antwerpen 1607.
- Scaccia Sigismundus*, Tractatus de Iudiciis II, Köln 1738.
- Scheuermann Audomar*, Die nova audientia in der Eherechtsprechung der S. R. Rota: Diaconia et Ius, Festgabe für Heinrich Flatten, München - Paderborn - Wien 1973, 117—130.
- Scheuermann Audomar*, Die Nichtigkeit des Urteils gemäß der Rechtsprechung der Sacra Romana Rota: Ius Sacrum, Festschrift für Klaus Mörsdorf, München - Paderborn - Wien 1969, 667—691.
- Scheuermann Audomar*, Vorschläge zum kirchlichen Eheprozeßrecht: AfkKR 136 (1967) 3—45.
- Schmalzgrueber Franciscus*, Ius Ecclesiasticum Universum II, Rom 1844.
- Schröder Richard*, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig ²1907.
- Straub Heinrich*, Die Contumacia im kirchlichen Eheprozeß: Ecclesia et Ius, Festgabe für A. Scheuermann, München - Paderborn - Wien 1968, 609—629.
- Thomas von Aquin*, Summa Theologiae, II IIae, Madrid 1956.
- Uhrmann Johann*, Das Geständnis im kanonischen Prozeß, Paderborn 1968.
- Uhrmann Johann*, Der Sachverständigenbeweis im kanonischen Prozeß, München 1964 (ungedruckte Lizentiatsarbeit).
- Vermeersch A. - Creusen I.*, Epitome Iuris Canonici III, Mecheln - Rom ⁷1956.
- Wagner E.*, De iure appellandi: EphIC 3 (1947) 359—366.
- Wernz Franciscus X.*, Ius Decretalium V, Prati 1914.
- Wernz Franciscus - Vidal Petrus - Cappello Felix*, Ius Canonicum VI, Rom ²1949.
- West Morris L. - Francis Robert*, Skandal in der Kirche. Eine Dokumentation wider das katholische Eherecht. Ins Deutsche übersetzt von Eva Korhammer (Amerikanische Originalausgabe: Scandal in the Assembly), München - Wien - Basel 1970.
- Wirth Paul*, Der Zeugenbeweis im kanonischen Recht, Paderborn 1961.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
AAS	Acta Apostolicae Sedis
Abs.	Absatz
AfkKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
Anm.	Anmerkung
Art., art.	Artikel, articulus
Aufl.	Auflage
Bd., Bde.	Band, Bände
C	causa, Codex Iustinianus
c, cc	canon, canones (im CIC)
c.; cc.	caput, capitulum; capita, capitula
can., cann.	canon, canones (in Zitaten)
cfr.	confer
CIC	Codex Iuris Canonici
CICschem	Codicis Iuris Canonici Schemata
Const.	Constitutio
D	Digesten
d. h.	das heißt
disp.	disputatio
e. g., ex. gr.	exempli gratia
EphIC	Ephemerides Iuris Canonici
EPO	Eheprozeßordnung
f., ff.	folgende
IPont	Ius Pontificium
lib.	liber
MonEccl	Monitor Ecclesiasticus
n., nn.	numerus, numeri
ÖAKR	Österreichisches Archiv für Kirchenrecht
p., pp.	pagina, paginae
par.	paragraphus
PCI	Codex-Interpretationskommission
pr.	principium
q.	quaestio
Reg. iur.	Regula iuris
RegRot	Regula servandae in iudiciis apud S. R. Rotae Tribunal
RPO	Rotaprozeßordnung
S., SS.	Seite, Seiten
s., ss.	sequens, sequentes
sc., scil.	scilicet
Sp.	Spalte
SPO	Regulae servandae in Iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal
SRR	Sacra Romana Rota
tit.	titulus
tom.	tomus
u. a.	und andere
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
vol.	volumen
X	Liber Extra

VORWORT

Die vorliegende Studie wurde im Herbst 1972 am Kanonistischen Institut der Ludwig-Maximilians-Universität München als Lizentiatsarbeit eingereicht und von diesem im Frühjahr 1973 mit dem Prädikat „summa cum laude“ approbiert. In der Zwischenzeit sind selbstverständlich weitere Urteile der Sacra Romana Rota veröffentlicht worden, die für das Thema relevante Aussagen enthalten. Eine Einarbeitung dieser Entscheidungen erschien aber trotzdem nicht notwendig, da keine neuen Konsequenzen zu ziehen gewesen wären.

Somit habe ich mich an dieser Stelle nur noch der angenehmen Pflicht zu entledigen, all jenen Personen und Institutionen meinen Dank abzustatten, die meine kanonistische Fachausbildung sowie die Drucklegung dieser Arbeit in irgendeiner Form ermöglicht, begleitet und gefördert haben!

Mein Dank gilt zunächst und vor allem meinem Bischof, dem Hochwürdigsten Herrn Erzbischof von Wien, DDr. Franz Kardinal König, der mir für das Studium des kanonischen Rechts Studienurlaub gewährte. In gleicher Weise danke ich dem Ordinariat der Erzdiözese München und Freising sowie meinem Gastgeber in St. Martin-Untermenzing in München, Herrn Stadtpfarrer Wilhelm Schuster, durch deren Großzügigkeit es mir möglich war, frei von materiellen Sorgen wissenschaftlich zu arbeiten.

In besonderer Weise danke ich meinen akademischen Lehrern in Wien und München: Prof. DDr. Alexander Dordett hat in mir das Interesse für das Kirchenrecht geweckt und führte mich als erster in die Theorie und Praxis dieser Disziplin ein; Prof. Dr. Audomar Scheuermann hat diese Arbeit angeregt und durch seinen kundigen Rat ständig betreut; Prof. DDr. Klaus Mörsdorf ließ mich das kanonische Recht als vor allem theologische Disziplin begreifen; und Prof. Dr. Heribert Schmitz zeigte mir die Bedeutung der Rechtsgeschichte für das richtige Verständnis des heutigen Systems auf.

Dank schulde ich aber auch dem Wiener Dom-Verlag sowie dem Betreuer der „Wiener Beiträge zur Theologie“, Prof. Dr. Franz Loidl, die meine Arbeit in diese wissenschaftliche Reihe aufgenommen haben. Und schließlich sage ich meinen aufrichtigen Dank dem Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, durch dessen Subvention die Drucklegung überhaupt erst möglich wurde.

Nicht zuletzt danke ich auch allen jenen, die namentlich anzuführen nicht möglich ist. Viele waren an dieser Arbeit mitbeteiligt, sei es durch Hilfsdienste aller Art, sei es durch freundschaftliche und wissenschaftliche Gespräche.

Wenn ich mit dieser Arbeit einen kleinen Beitrag zur Lösung offener oder kontroverser Fragen liefern konnte, ist ihr ursprünglicher Zweck erfüllt. Sollte es mir darüber hinaus vergönnt sein, daß ich auch den Praktikern in der kirchlichen Judikatur eine gewisse Hilfe anbieten konnte, wäre dies der schönste Lohn für alle Mühen.

Wien, im Juni 1975

Karl-Theodor Geringer

EINLEITUNG

Rechtsprechung in der Kirche ist eine Funktion des Hirtenamtes und steht in unmittelbarem Dienst der Seelsorge. Daß dies nicht nur eine theoretische Feststellung ist, zeigt die tägliche Praxis der Diözesengerichte; das ist auch nachzulesen in den Urteilssammlungen der *Sacra Romana Rota*¹: in den allermeisten Fällen geht es um die Feststellung, ob eine Ehe in gültiger Weise geschlossen worden ist oder nicht.

Da nun bei kirchlichen Prozessen das öffentliche Interesse meist stark im Vordergrund steht, wird mitunter der Vorwurf erhoben, daß die Kirche die subjektiven Rechte des einzelnen nicht oder doch zu wenig berücksichtige. So schrieb im Jahre 1930 Max Alsberg: „Erst die Befreiung . . . von einer ausschließlich religiösen Orientierung . . . konnte zur Geburt des subjektiven Rechts im Strafverfahren führen“²; und 40 Jahre später behauptet Morris L. West: „Die Kirche gibt vor, Gerechtigkeit zu üben, aber ihre Praktiken und Urteile sind ungerecht“³.

Solche Behauptungen können freilich schon von vornherein zurückgewiesen werden. Denn schon durch die bloße Tatsache, daß es in der Kirche Gerichte und Gerichtsverfahren gab und gibt, werden dem freien Ermessen und damit auch einer vielleicht drohenden Willkür der Obrigkeit Schranken gesetzt. Und im Prozeßrecht des *Codex Iuris Canonici* finden sich immer wieder Bestimmungen, die den Schutz der subjektiven Rechte des einzelnen gewährleisten sollen.

Die vorliegende Arbeit will nun untersuchen, auf welche Weise das Recht auf Verteidigung im kirchlichen Prozeß gesichert ist. Dazu soll vor allem auch die Spruchpraxis der *Rota* herangezogen werden, um feststellen zu können, wie die höchsten Richter in der Kirche die einzelnen Normen verstanden und angewandt haben.

In einem ersten Teil soll zunächst geklärt werden, was man unter dem Begriff Verteidigungsrecht überhaupt zu verstehen hat, was er ganz allgemein beinhaltet, und welche Folgen die Verletzung des Verteidigungsrechts nach sich zieht. Im zweiten Teil werden die einzelnen Elemente des Verteidigungsrechts im Ablauf des Prozesses näher ins Auge gefaßt.

Wenn hier von Verteidigung gesprochen wird, muß man jedoch beachten, daß sie nicht nur der im Prozeß Beklagte in Anspruch nehmen und ausüben kann. Wenn dieser sich nämlich dadurch zu verteidigen sucht, daß er zum Gegenangriff übergeht, wird auch der Kläger in eine Verteidigungsrolle gedrängt. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß auch der *Promotor Iustitiae* und der *Defensor Vinculi* Parteien im Prozeß sind, die von Amts wegen Rechte zu verteidigen haben. Das Verteidigungsrecht

¹ *Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, Bde. 1—53, Rom 1912—1971.

² Max Alsberg, *Die Philosophie der Verteidigung: Schriften zur Psychologie der Strafrechtspflege*, Heft 2, Mannheim - Berlin - Leipzig 1930, S. 1.

³ Morris L. West - Robert Francis, *Skandal in der Kirche. Eine Dokumentation wider das katholische Eherecht*. Ins Deutsche übersetzt von Eva Korhammer (*Amerikanische Originalausgabe: Scandal in the Assembly*), München - Wien - Basel 1970, S. 104.

ist also nicht auf eine bestimmte Prozeßpartei beschränkt, sondern kann je nach der konkreten Situation im Verfahren von jeder privaten oder amtlichen Partei in Anspruch genommen werden. Die Sonderrechte der amtlichen Parteien bleiben in diesem Zusammenhang jedoch unberücksichtigt.

1. TEIL:

DAS VERTEIDIGUNGSRECHT IM ALLGEMEINEN

§ 1 URSPRUNG UND WESEN DES VERTEIDIGUNGSRECHTES

1) Begriffsbestimmungen

A) Der Begriff „verteidigen“

1) Etymologische Entwicklung

Das deutsche Wort „verteidigen“ hat sich aus dem mittelhochdeutschen „ver-tagedingen“, „ver-teidingen“ entwickelt, das wieder auf die althochdeutschen Stämme „tag“ und „ding“ zurückgeht, wozu noch die Vorsilbe „ver-“ kam¹.

a) Die Vorsilbe „ver-“², althochdeutsch „fir-“, „far-“, kommt in vielfältiger Bedeutung vor. Eine davon drückt eine Stellvertretung aus, wie z. B. in „ver-setzen“, „ver-treten“, „Ver-weser“. In dieser Bedeutung ist es auf das gotische „fair-“, „faür-“ zurückzuführen, wobei sich eine sprachliche Verwandtschaft unter anderem auch mit dem lateinischen „per“ und „pro“ verfolgen läßt.

b) Das althochdeutsche „tag“ hat die Bedeutung „Gerichtstermin“, der nur bei Tageslicht stattfinden durfte, während „ding“ ursprünglich die Gerichts- oder Volksversammlung, dann auch die Rechtssache und Verhandlung ist³. Als zusammengesetztes Hauptwort finden wir im Althochdeutschen „tagading“ und im Mittelhochdeutschen „teidinc(g)“ in der Bedeutung der „auf einen bestimmten Tag anberaumten (gerichtlichen) Verhandlung“⁴.

c) Zusammen mit der eine Stellvertretung ausdrückenden Vorsilbe hat also das mittelhochdeutsche Ursprungswort für unser „verteidigen“ die Grundbedeutung „jemanden vor Gericht vertreten“⁵. Dabei ist jedoch nicht etwa an eine anwaltschaftliche Vertretung vor Gericht nach unserem Verständnis zu denken, da im Germanischen Recht der Grundsatz galt, daß jeder seine Sache persönlich zu verfolgen habe⁶. Die hier gemeinte Funk-

¹ Friedrich Kluge - Alfred Götze, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 16. Aufl., Berlin 1953, S. 836.

² Kluge - Götze 829.

³ Kluge - Götze 137, 836.

⁴ Kluge - Götze 792, 836.

⁵ Kluge - Götze 836.

⁶ Karl v. Amira, Grundriß des Germanischen Rechts, 2. Aufl., Straßburg 1901, S. 162.

tion scheint vielmehr dieselbe zu sein, die im CIC dem Kurator zugewiesen ist⁷.

2) Bedeutungsinhalt

Der heutige Inhalt des Begriffs „verteidigen“ ist umfassender und schließt jede Art von Abwehr in sich. Auch die ursprünglich durch die Vorsilbe entstandene Stellvertretungsbedeutung ist nicht mehr ausschließlich gegeben, da heute auch die Selbstverteidigung⁸ gemeint sein kann. Eben- sowenig ist unter Verteidigung nur eine solche vor Gericht zu verstehen; sie richtet sich vielmehr gegen jede Art von Angriff ohne irgendwelche Einschränkungen.

Verteidigung in unserem Sprachgebrauch bedeutet daher die Abwehr eines Angriffs, der einem selbst oder einem anderen droht.

B) Der Begriff „defendere“

1) Etymologische Entwicklung

Die lateinische Vokabel „defendo“ setzt sich zusammen aus der Vorsilbe „de-“ und dem selbständig nicht vorkommenden „-fend(o)“.

a) Die Vorsilbe „de-“¹⁰ ist ein alter Instrumentalis der Erstreckung mit der Grundbedeutung „in Richtung“, die in den einzelnen Sprachen durch die Verbindung mit einem bestimmten Casus näher bestimmt wurde. Unter italo-keltischem Einfluß erhielt „de“ die Bedeutung „von -herab“, „von -weg“, die sie auch in dem uns überlieferten Latein besonders in Zusammensetzungen hat¹¹.

b) Das Stammwort „-fend(o)“ entwickelte sich aus „g^uhen-dho“, dessen Wurzel „g^uhen“ die Grundbedeutung „schlagen“, „stoßen“ hat¹².

⁷ Vgl. cc 1648, 1650, 1651. — Der Munt hatte eine noch nicht oder nicht mehr geschäftsfähige Person zu vertreten (Richard Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Leipzig 1907, SS. 282 ff.). In der späteren Entwicklung könnte auch der formelkundige „Vorsprecher“ gemeint sein (vgl. Heinrich Brunner - Claudius v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte II, 2. Aufl., München - Leipzig 1928, S. 465). Die strenge Förmlichkeit des Verfahrens sowie der Umstand, daß ein vor Gericht gesprochenes Wort nicht mehr zurückgenommen oder verbessert werden konnte, hatten nämlich zur Folge, daß jedes Sich-Versprechen und jeder Formverstoß die eigene Sache gefährdeten (Schröder 85); daraus erklärt sich das Bedürfnis, einen anderen, der in den Gerichtsförmlichkeiten besser Bescheid wußte und sicherer war, für sich sprechen zu lassen.

⁸ Der althochdeutsche Ausdruck für die Verteidigung, die der Beklagte vor Gericht persönlich ausüben hatte, ist „werjan“ (Schröder 86), was unserem „wehren“, „sich zur Wehr setzen“ entspricht (Kluge - Götze 861).

⁹ Karl Ernst Georges - Heinrich Georges, Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch I, 9. Aufl., Hannover - Leipzig 1951, Sp. 1954.

¹⁰ A. Walde - J. B. Hofmann, Lateinisches etymologisches Wörterbuch I, 3. Aufl., Heidelberg 1938, S. 325.

¹¹ Georges - Georges I 1889.

¹² Walde - Hofmann I 332.

c) Die ursprüngliche Bedeutung von „de-fendo“ ist daher „weg-schlagen“, „weg-stoßen“, das heißt also zunächst die Abwehr eines mit physischen Mitteln durchgeführten Angriffs.

2) Bedeutungsinhalt

Der Sinngehalt von „defendere“ ist im wesentlichen gleichgeblieben, beschränkt sich jedoch nicht mehr nur auf die physische Abwehr eines Angriffs. Auch der lateinisch sprechende Mensch hatte schließlich die Erfahrung machen müssen, daß ihm nicht nur dann Schaden drohte, vor dem er sich zu schützen hatte, wenn der andere Brachialgewalt anwandte. Da aber zwischen physischem und nichtphysischem Angriff eine gewisse Analogie besteht, konnte ebenso analog auch im zweiten Fall von einem „weg-stoßen“ gesprochen werden. Daß dieser erweiterte Begriffsinhalt schließlich auch im Prozeßrecht zur Geltung kam, darf gerade bei den Römern nicht verwundern¹³.

Das lateinische Wort „defendere“ hat also zwar nicht denselben Bedeutungsursprung wie das deutsche „verteidigen“; der Bedeutungsinhalt ist heute aber für beide Worte gleich: die Abwehr eines Angriffs. Damit ist bereits eine wichtige Aussage für das Wesen des Verteidigungsrechtes gewonnen.

C) Der Begriff „Recht“ bzw. „ius“

Unter „Recht“ bzw. „ius“ ist in unserem Zusammenhang¹⁴ die „dem einzelnen zustehende Befugnis“ zu verstehen, „etwas als das Seine für sich zu beanspruchen“¹⁵. Das Verteidigungsrecht besteht demnach ganz allgemein in der Befugnis, einen Angriff abzuwehren.

Das Verteidigungsrecht gehört nun aber zu den subjektiven Rechten des Menschen. Wer es wahrnimmt, dient seinem eigenen Interesse, nicht jedoch unbedingt der gerechten Sache. Oft genug ist das objektive Recht auf seiten des Angreifers, der durch den Angriff seine subjektiven Rechte wiederherstellen oder zur Auswirkung kommen lassen möchte. Oft auch wird es zunächst zweifelhaft sein, wer sich wirklich im Recht befindet. Wollte man die Austragung des Kampfes zwischen Angreifer und Verteidiger nur den beiden Streitteilen überlassen, so müßte sich am Ende stets der jeweils Stärkere oder auch Brutalere durchsetzen. Dies kann eine Gemeinschaft, will sie Bestand haben, nicht zulassen. Deshalb hat sie für größtmögliche Waffengleichheit zu sorgen, um so — soweit mensch-

¹³ Über die verschiedenen Bedeutungsmöglichkeiten von „defendere“ im Römischen Recht vgl. Heumann - Seckel, Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1914, S. 127.

¹⁴ Zum Begriff „Recht“ vgl. Klaus Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici I, 11. Aufl., München - Paderborn - Wien 1964, S. 1 ff.; zur etymologischen Entwicklung vgl. Kluge - Götze 604 bzw. Walde - Hofmann I 733; zur Wortbedeutung von „ius“ vgl. Georges - Georges II 501; zur Wortbedeutung von „Recht“ vgl. Hermann Paul - Werner Betz, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl., Tübingen 1966, S. 503.

¹⁵ Mörsdorf I 2; vgl. auch Klaus Mörsdorf, Die Rechtssprache des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1937, S. 51.

liche Unzulänglichkeit dessen fähig ist — zu gewährleisten, daß am Ende des Kampfes derjenige obsiegt, dessen Anspruch wahr und gerecht ist.

D) Der Begriff „Prozeß“

Die notwendige Waffengleichheit wird dadurch verwirklicht, daß die Gemeinschaft durch ihr jeweils zuständiges Organ bestimmte Regeln aufstellt, nach denen der Streit auszutragen ist. Diese Regeln haben zum Ziel, daß „durch eine von Stufe zu Stufe fortschreitende Aufeinanderfolge einzelner Handlungen“ das „Rechtsschutzorgan der Gemeinschaft“¹⁶, d. i. der Richter, in die Lage versetzt werden soll, in einer bestimmten strittigen Sache zu erkennen, was wahr und gerecht ist, und dementsprechend zu entscheiden. Die Abfolge dieser Stufen kann sehr verschieden normiert sein. Soll es sich aber um einen wirklichen Prozeß handeln, der seinem Wesen nach ein Kampf zwischen Kläger und Beklagtem¹⁷, d. h. zwischen Angreifer und Verteidiger ist, dürfen zwei Wesenselemente nicht fehlen: Klage und Widerspruch. Diese Mindestforderung muß an jeden Prozeß gestellt werden, selbstverständlich auch an den kirchlichen¹⁸.

Tatsächlich wird dies auch in der Rechtsprechung der Rota ausdrücklich betont, wenn etwa ein Urteil coram Pinna¹⁹ von der „essentia iudicii quae in petitione actoris et contradictione conventi consistit“ spricht. Ein Urteil coram Wynen²⁰ zitiert Lega²¹, nach dem ein Prozeß überhaupt nicht vorstellbar ist, „nisi adsit contradictorium, seu facultas utrique parti concessa se defendendi adversus alterius partis assertiones et allegationes“.

Hier erscheint das Widerspruchsrecht geradezu als das Grundelement des prozessualen Verteidigungsrechtes. Außerdem wird aber auch deutlich, daß das Verteidigungsrecht nicht nur vom Beklagten wahrgenommen werden kann; dieser kann vielmehr im Laufe des Verfahrens zum Gegenangriff übergehen, wogegen sich dann der Kläger zu verteidigen hätte. Daher kann festgestellt werden: Das Recht auf Verteidigung im (kirchlichen) Prozeß ist die jedem Streitteil zustehende Befugnis, dem Vorbringen des anderen Teils zu widersprechen.

II) Das Verteidigungsrecht als Naturrecht

In den Urteilen der Rota finden sich immer wieder Formulierungen, die das Recht auf Verteidigung als naturrechtliches Erfordernis bezeichnen²²;

¹⁶ Eduard Eichmann - Klaus Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici III, 10. Aufl., Paderborn 1964, S. 13.

¹⁷ Eichmann - Mörsdorf III 98.

¹⁸ Über „Kirche und Prozeß“ vgl. Eichmann - Mörsdorf III 14.

¹⁹ SRR 3. 7. 1954 coram Pinna, n. 5: MonEcl 79 (1954) 405.

²⁰ SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220.

²¹ Michael Lega - Vittorio Bartocetti, Commentarius in Iudicia Ecclesiastica II, 2. Aufl., Rom 1950, p. 900.

²² SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210: „ . . . defensionis ius, cuique a iure naturae concessum . . . “. —

nach Wynen ist dies sogar so einleuchtend, daß es keines weiteren Beweises bedarf. Auch in der älteren²³ und jüngeren²⁴ Doktrin wird diese Auffassung unbestritten vertreten.

Die Frage aber, was die Rota in diesem Zusammenhang unter „Naturrecht“ versteht, läßt sich nicht für alle Fälle gleich beantworten. Zunächst würde man zweifellos daran denken, daß es dabei im weitesten Sinn um die Natur des Menschen geht, daß Naturrecht also das ist, was für den Menschen naturrichtig ist, bzw. was sich aus der Natur des Menschen als richtig erkennen läßt. Wenn jedoch die Rota vom Verteidigungsrecht als Naturrecht spricht, meint sie häufig nichts anderes, als daß sich dieses Verteidigungsrecht

A) aus der Natur der Sache

d. h. des Prozesses ergibt. Besonders deutlich sind die diesbezüglichen Aussagen der Rota dann, wenn sie von der Verweigerung des Verteidigungsrechtes spricht, wovon im nächsten Paragraphen ausführlicher zu handeln sein wird. Gemeint ist hier mit „Natur“ jedenfalls das Wesen des Prozesses. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Prozeß seine nähere Ausgestaltung durch die positive Gesetzgebung erfährt; manche Elemente sind aber so wesentlich, daß ohne sie von einem Prozeß gar nicht gesprochen werden kann. Diese wesentlichen Prozeßelemente machen nun die Natur des Prozesses aus²⁵. Dazu zählt die Rota auch das Verteidigungsrecht, da es ja die eine Seite des prozessualen Kontradiktionsprinzips ist²⁶. Ganz deutlich wird der Zusammenhang zwischen Naturrecht

SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 7 vol. 9 p. 90, zitiert D 1, 1, 3: „Item defensio est iuris naturalis“. —

SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 7 vol. 22 p. 500, spricht von der defensio, „quae ipso naturali iure competit reo“. —

SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 5 vol. 23 p. 411: „ . . . rei defensio . . . ex iure naturali corrivatur“. —

SRR 9. 5. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220: „ . . . omnem partem . . . habere ius sese . . . defendendi, et hoc ius provenire ex ipsa lege naturali, est adeo obvium et certum, ut amplius probari non debeat“. —

Ebenso SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 4 vol. 49 p. 101; SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 3 vol. 51 p. 468.

²³ Ludovicus Engel, Collegium universi Iuris Canonici, 10. Aufl., Salzburg 1726, lib. II tit. 28 n. 16, spricht von der Berufung als einer „species defensionis ab ipso iure naturae concessae“. — Anacletus Reiffenstuel, Ius Canonicum universum, Monachii 1702, lib. II tit. 28 n. 281: „ . . . defensio est cuilibet concessa de Iure naturali“.

²⁴ Eduard Eichmann, Das Prozeßrecht des Codex Iuris Canonici, Paderborn 1921, S. 7: „Das Recht des Beklagten auf . . . Verteidigung beruht auf dem natürlichen Recht oder der natürlichen Billigkeit“ (Das in Anm. 1 zitierte Urteil schreibt Eichmann irrtümlich Lega zu; tatsächlich ist es coram Mori ergangen. Vgl. oben Anm. 22). — Vgl. auch Audomar Scheuermann, Die Nichtigkeit des Urteils gemäß der Rechtsprechung der Sacra Romana Rota: Ius Sacrum. Festschrift für Klaus Mörsdorf. München - Paderborn - Wien 1969, S. 676.

²⁵ Vgl. SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118: „ . . . iudicium enim, sine eo quod requirit eius natura, stare nequit.“

²⁶ SRR 27. 2. 1930 coram Mannucci, n. 4 vol. 22 p. 120: „partem conventam iniuste . . . privatam in casu fuisse iure se defendendam, et condemnatam fuisse inauditam, indefensam, absque contradictorio, in quo est substantia iudicii.“

und Wesen des Prozesses in einem Urteil coram Jullien²⁷ herausgestellt, indem Schmalzgrueber²⁸ zitiert wird: „Iuris naturalis sunt petitio actoris, citatio rei, probatio causae, eiusdemque defensio, decisio illius, et sententiae pronuntiatio; nam haec ad substantiam iudicii pertinent, et talia sunt ut sine illis causa controversa recte et rite discuti atque decidi nequeat; . . .“²⁹.

Wollte man freilich das Verteidigungsrecht ausschließlich aus dem Wesen des Prozesses ableiten, weil er ohne Widerspruch nicht „recte et rite“ entschieden werden könne, müßte konsequenterweise gefordert werden, daß dieser Widerspruch tatsächlich immer geleistet wird. Nun ist aber nicht zu übersehen, daß nicht selten auch Prozesse geführt und durch Urteil abgeschlossen werden, ohne daß vom Verteidigungsrecht de facto Gebrauch gemacht wurde. Das Recht auf Verteidigung muß daher noch eine andere, tiefere Wurzel haben als das Wesen des Prozesses. Da außerdem dieses Recht dem Menschen unabhängig davon zusteht, ob er es in einem Prozeß geltend macht oder nicht, muß es letztlich

B) aus der Natur des Menschen

abgeleitet werden, d. h. aus dem, was dem einzelnen Menschen — im Sinne des thomistischen Naturrechts — als „suum“ zusteht. Die Rota tut dies zwar nicht ausdrücklich, läßt aber doch erkennen, daß sie das Verteidigungsrecht den natürlichen Menschenrechten zuordnet. So weist sie etwa auf die Gleichberechtigung der beiden Streitparteien hin³⁰, hebt die besondere Begünstigung des Verteidigungsrechts eines Angeklagten im Strafprozeß hervor³¹ oder spricht auch bloß schlicht vom „ius naturale litigantium“³².

Am klarsten kommt die Tatsache, daß es sich beim Verteidigungsrecht um ein natürliches Recht des Menschen handelt, in der Rotalrechtsprechung dadurch zum Ausdruck, daß es als ein Recht dargestellt wird, auf das auch

²⁷ SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 6 vol. 28 p. 119.

²⁸ Franciscus Schmalzgrueber, *Ius Ecclesiasticum universum*, Rom 1844, lib. II tit. 1 n. 4.

²⁹ Ebenso SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 11 vol. 47 p. 221: „Cum autem ius defensionis . . . pertineat ad substantiam iudicii, patet sententiam latam laborare, ex ipso iure naturali, vitio insanabilis nullitatis.“ —

SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 3 vol. 51 p. 468: „ . . . cum defensio iuris naturalis sit, eius defectus substantialis dicendus est. . . .“ —

Vgl. auch Carl Holböck, *Tractatus de Iurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graz - Wien - Köln 1957, p. 349; Lega - Bartocetti II 908.

³⁰ SRR 20. 3. 1964 coram Sabattani, n. 8: *MonEcl* 90 (1965) 238: „actor et conventus pari iure fruuntur in processu.“ — Vgl. auch SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220. — *Reg. iur.* 32 und 71 in VI^o. — Franciscus X. Wernz - Petrus Vidal - Felix Cappello, *Ius Canonicum* VI, 2. Aufl., Rom 1949, p. 189.

³¹ SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 5 vol. 23 p. 411: „ . . . si ne in contentiosis quidem causis fas est praetermittere ius, quo partes pollent ad suas probationes vel defensiones adhibendas, id potissimum servandum est pro reo in causis criminalibus. Et quidem rei defensio habetur iuridice favorabilis et privilegiata, . . . et ex iure naturali corrivatur.“ — Die Bevorzugung des Angeklagten im Strafprozeß dürfte darin begründet sein, daß er als Einzelperson der weitaus mächtigeren Anklagebehörde gegenübersteht. — Vgl. auch SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, nn. 7, 8 vol. 22 p. 500.

³² SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 3 vol. 31 p. 86.

verzichtet werden kann³³. Deshalb kann man auch nicht sagen, daß das dem Prozeß wesentliche Kontradiktionsprinzip verletzt werde, wenn jemand von der ihm gebotenen Verteidigungsmöglichkeit faktisch keinen Gebrauch macht³⁴. Vom Naturrecht im eigentlichen Sinn gefordert ist daher das Verteidigungsrecht nur insoferne, als die streitende Person die Möglichkeit haben muß, sich zu verteidigen; schon durch das Eröffnen dieser Möglichkeit wird dem Kontradiktionsprinzip und damit dem Wesen bzw. der Natur des Prozesses Rechnung getragen³⁵. Das Recht auf Verteidigung selbst steht aber in der freien Verfügung des Menschen, weil es zu den natürlichen Menschenrechten gehört, auf deren Gebrauch man im Einzelfall auch verzichten kann.

Das Recht auf Verteidigung im (kirchlichen) Prozeß ist daher die dem Menschen von Natur aus zustehende Befugnis und vom Richter einzuräumende Möglichkeit, dem Vorbringen des anderen Streitteils zu widersprechen.

III) Der wesentliche Inhalt des Verteidigungsrechts

A) Das Recht auf Widerspruch

Den eigentlichen Inhalt des prozessualen Verteidigungsrechts stellt das Widerspruchsrecht dar. Insoferne es die eine Seite des dem Prozeß wesentlichen Kontradiktionsprinzips ist, macht es das Verteidigungsrecht sogar aus, es ist mit diesem geradezu identisch: wer sich gegen die Klage verteidigen will, muß ihr widersprechen; und wer Widerspruch leistet, macht eben dadurch von seinem Verteidigungsrecht Gebrauch. Dies sagt mit Lega auch ein Urteil coram Wynen³⁶, wenn es vom „contradictorium seu facultas . . . se defendendi“ spricht. Auch ein anderes Urteil³⁷ umschreibt das Verteidigungsrecht mit dem Hinweis, daß den Streitteilen die Möglichkeit geboten werden müsse, die Beweise des Prozeßgegners zu bekämpfen.

³³ SRR 6. 12. 1916 coram Prior, n. 5 vol. 8 p. 349: „unusquisque enim ius habet renunciandi iuri sese defendendi.“

³⁴ SRR 3. 7. 1954 coram Pinna, n. 5; MonEccl 79 (1954) 405: „ . . . canon 1861 par. 2 loquitur de . . . denegata possibilitate defensionis. Si de facto pars nec per se nec per suum patronum se defendat, sive ob negligentiam sive ob renuntiationem defensionis . . . nec deesse dicenda erit essentia iudicii quae in petitione actoris et contradictione conventi consistit.“

³⁵ SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220: „siquidem ius naturale, licet non postulet ut partes de facto suam causam defendant, tamen exigit ut partibus praebetur possibilitas defensionis, . . . Nam, non concipitur iudicium . . . nisi adsit contradictorium, seu facultas utrique parti concessa se defendendi adversus alterius partis assertiones et allegationes“ (Lega - Bartocetti II 900). — Vgl. auch SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 4 vol. 49 p. 101; SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 5 vol. 51 p. 469; Heribert Jone, Gesetzbuch der lateinischen Kirche III, 2. Aufl. Paderborn 1953, S. 237; Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 679.

³⁶ Vgl. oben Anm. 35.

³⁷ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 4 vol. 30 p. 475: „Elementum essenziale processus in contradictorio est ut pars habeat facultatem impugnandi probationes adversarii, . . .“

B) Das Recht auf Gehör

Damit in einem konkreten Verfahren das Widerspruchsrecht tatsächlich ausgeübt werden kann, muß den Parteien, namentlich dem Angeklagten bzw. Beklagten, zuvor das Recht auf Gehör eingeräumt werden. Dies fordert die Rota ganz ausdrücklich, da es naturrechtlich verboten sei, jemanden ohne rechtliches Gehör zu verurteilen³⁸. Deshalb kann es sich hier keineswegs bloß um ein „*audientiae beneficium*“³⁹ im Sinne einer „Rechtswohltat“⁴⁰ handeln, sondern um eine Forderung der „natürlichen Billigkeit“⁴¹. Die *aequitas naturalis*⁴² verlangt, daß der Richter beide Streitparteien gleichmäßig behandelt; wenn er das Klagevorbringen anhört, muß er notwendigerweise vor seiner Entscheidung auch die Gegendarstellung anhören. Der Grundsatz „*audiatur et altera pars*“ ist dem kontradiktorischen Verfahren vor einem unparteiischen Richter wesensnotwendig⁴³; er entspricht aber auch überhaupt der Würde des Menschen, über den nicht willkürlich verfügt werden darf wie über Tiere oder Sachen. Deshalb war das Recht auf Gehör als wesentliche Voraussetzung des Verteidigungsrechtes auch im Römischen⁴⁴ und im ältesten Kirchenrecht⁴⁵ fest verankert. Das Recht auf Gehör ist genauso vom Naturrecht gefordert wie das Recht auf Verteidigung im allgemeinen⁴⁶.

§ 2 DIE VERKÜRZUNG DES VERTEIDIGUNGSRECHTES UND IHRE FOLGEN FÜR DEN PROZESS

Es wurde bereits dargetan, daß die Rota das Recht auf Verteidigung besonders deshalb als naturrechtlich gefordert ansieht, weil es ein wesentliches Element des Prozesses ist und zu dessen Natur gehört. Von daher erhebt sich nun die Frage, welches Schicksal ein Prozeß erleidet, dem ein wesensnotwendiges Element abgeht.

³⁸ SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 7 vol. 5 p. 121: „... cum ... ipsum ius naturale dicitur non posse partem inauditam damnari.“ —

SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 4 vol. 28 p. 118: „Naturalis enim ratio expostulat ne quis damnetur qui audiri seseque defendere non potuerit.“ —

SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635: „... cum nemo inauditus condemnari debeat.“

³⁹ Wernz - Vidal - Cappello VI 152.

⁴⁰ Vgl. Mörsdorf, *Rechtssprache* 186; — Rudolf Köstler, *Wörterbuch zum Codex Iuris Canonici*, München 1927, S. 52.

⁴¹ Eichmann, *Prozeßrecht* 122. — Dies geben zwar auch Wernz - Vidal - Cappello a. a. O. zu („*aequitatis ratio postulat*“), das Wort „*beneficium*“ könnte aber doch irreführen.

⁴² Vgl. Mörsdorf, *Rechtssprache* 42.

⁴³ Eichmann, *Prozeßrecht* 33; Wernz - Vidal - Cappello, a. a. O.

⁴⁴ D 48, 17, 1 pr.: „*Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*“

⁴⁵ c. 1 X 2, 12: „... nec nos contra inauditam partem aliquid possumus diffinire.“

⁴⁶ Felix M. Cappello, *Summa Iuris Canonici* III, 4. Aufl., Rom 1955, p. 217: „... naturalis est ut nemo damnetur aut suo iure privetur, nisi audiatur eique facultas se defendendi facta sit.“

1) Die Nichtigkeit des Verfahrens bei wesentlichen Prozeßmängeln

Die Rota spricht ganz eindeutig von einem nichtigen Verfahren, wenn ihm ein wesentlicher Mangel anhaftet, und kann sich dabei nicht nur auf die Logik, sondern auch auf das positive Recht (c 1680) stützen. Aber auch schon vor Inkrafttreten des CIC hat es die Rota für selbstverständlich gehalten, daß Prozeß und Urteil auch dann ungültig sind, wenn zwar nicht ein benannter Nichtigkeitsgrund, wohl aber das Fehlen wesentlicher Prozeßelemente geltend gemacht werden konnte⁴⁷. In den Urteilen wird darauf hingewiesen, daß Pius IV. die benannten Nichtigkeitsgründe zwar eingeschränkt hat⁴⁸; jene Urteilsnichtigkeiten, die sich aus dem Wesen des Prozesses ergeben, können jedoch durch diese Maßnahme nicht aufgehoben werden. Sehr deutlich stellt ein Urteil coram Many⁴⁹ heraus, worauf es dem Papst mit dieser Verfügung angekommen ist: „Nam finis quem sibi proposuit Pius IV in hac lege ferenda, fuit ut breviores fierent lites, sublatis inutilibus dilationibus et impedimentis; . . . ergo apertum est Pium IV non sustulisse nisi nullitates quae solemnitates potius iudiciorum aut inutilem abundantiam probationum respiciebat, non vero eas quae de iure naturae sunt necessariae, ideoque substantialia dici possunt; *alioquin* Pius IV non tam solemnitates et superflua iudiciorum rescasset, quam ipsa iudicia destruxisset; iudicium enim, sine eo quod requirit eius natura, stare nequit.“

Die Tatsache, daß sich die Rota relativ häufig und vor allem so ausführlich mit diesem Problem beschäftigt hat, zeigt, daß darüber zumindest bei den Untergerichten nicht genug Klarheit bestand. Aus diesem Grund wäre es wohl zweckmäßig gewesen, wenn der Gesetzgeber im Zuge der Neukodifizierung des Kirchenrechts im Zusammenhang mit cc 1892—1897 darauf hingewiesen hätte, daß die für jeden Rechtsakt erlassenen Bestimmungen der cc 1679, 1680 auch auf die prozessualen Akte, den Prozeß selbst und auf das Urteil sinngemäß anzuwenden sind. Dann wäre auch die Kontroverse, ob die Nichtigkeitsgründe in cc 1892, 1894 erschöpfend aufgezählt sind oder nicht, erst gar nicht entstanden. So aber blieben die Unklarheiten auch weiterhin bestehen.

⁴⁷ SRR 15. 11. 1916 coram Cattani-Amadori, n. 8 vol. 8 p. 337: „Sententiarum nullitas (praeter ea quae substantialis est, utpote quae oritur ex iure naturae, quia deest conditio aliqua a iure ipso naturae requisita) . . .“

⁴⁸ Const. In Throno Iustitiae v. 27. 12. 1561: Bullarium Romanorum Pontificum, ed. Caroli Cocquelines, tom. IV, pars 2, Romae 1745, pp. 97—99, § 13. — Zur Geschichte der benannten Nichtigkeitsgründe vgl. Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 668 f.

⁴⁹ SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118. — Ähnlich SRR 5. 3. 1915 coram Sebastianelli, n. 3 vol. 7 p. 73. —

Vgl. auch SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 6 vol. 9 p. 89: „Verum haec regula solemnitates iudicii respicit quae lege positiva praescribuntur, non autem illa elementa iudicii substantialia, quae ex iure naturae requiruntur, et sine quibus iudicium proprie dictum consistere nequit.“ —

SRR 28. 1. 1918 coram Sebastianelli, n. 2 vol. 10 p. 13: „His tamen pontificiis dispositionibus non obstantibus, immutatae manserunt conditiones ab ipso naturali iure requisitae, ut iudicia valida sint, secus enim iudicia penitus destruerentur.“

Die Rota hielt jedenfalls an ihrer Auffassung, daß Prozeß und Urteil bei wesentlichen Verfahrensmängeln nichtig sind, fest⁵⁰, wobei sie sich nicht nur auf die Doktrin berufen konnte⁵¹, sondern auch von der Apostolischen Signatur bestätigt wurde⁵². Sowohl die Signatur wie auch die Rota beziehen sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf c 1680⁵³.

Daß freilich die Nichtigkeitsgründe, die sich aus der Natur der Sache ergeben, im Einzelfall schwerer nachzuweisen sind als die positiv-rechtlichen, ist unmittelbar einzusehen. Die Rota mahnt daher zu äußerster Vorsicht⁵⁴ und legt bei Nichtigkeitsbeschwerden nach c 1679 strengste Maßstäbe an⁵⁵.

II) Die Nichtigkeit des Verfahrens bei Verkürzung des Verteidigungsrechtes

Da das Verteidigungsrecht zu den Wesenselementen des Prozesses gehört, muß eine Nichtigkeit des Verfahrens zwingend angenommen werden, wenn das Verteidigungsrecht verweigert oder wesentlich beeinträchtigt wird. Im Sprachgebrauch der Rota handelt es sich dabei um eine

⁵⁰ SRR 18. 1. 1921 coram Prior, n. 2 vol. 13 p. 22: „De iure naturae, vero, sententia nulla declarari potest tantummodo si deficit elementum substantiale ipsius iudicii, sine quo nimirum iudicium concipi nequit.“ —

SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 2 vol. 46 p. 371: „ . . . lege positiva minime sublatae sunt nullitates substantiales, seu de iure naturae.“ —

SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169: „Placuit tamen Patribus adherere communiiori sententiae, quae tenet . . . etiam alia esse motiva nullitatis, sive ex iure naturae promanantia, sive iure positivo.“ —

SRR 4. 5. 1955 coram Mattioli, n. 3 vol. 47 p. 358: „Aliae habentur rationes nullitatis in Codice, et aliae ex natura rei subsequuntur.“ —

SRR 8. 11. 1963 coram Annè: Periodica 54 (1965) 25: „Certo certius, dantur casus nullitatis ex ipso iure naturae manantes, quoties nempe causa formalis vel materialis efficiens sententiae deficiunt.“

⁵¹ Z. B. Franciscus Roberti, De Processibus I, 4. Aufl., Civitas Vaticana 1956, p. 620: „Rationes nullitatis desumuntur ex iure naturali et positivo. Quilibet actus iuridicus enim debet habere elementa quibus natura constat et formam ac conditionem iure positivo praeceptas. Utrumque elementum essentiam actus constituunt. Sufficit defectus alterius ut nullitas actus sequatur. Quare duplici ratione potest validitas actus iuridici deficere: 1) Si desint elementa quae ipsum naturaliter constituunt; 2) Si sollemnia vel condiciones desiderantur quae a sacris canonibus requiruntur sub sanctione nullitatis (c 1680 § 1).“ —

Vgl. SRR 9. 2. 1955 coram Wynen, n. 3 vol. 47 p. 218; SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 2 vol. 49 p. 100.

⁵² Decisio Signaturae Apostolicae v. 6. 4. 1920, n. 4: AAS 12 (1920) 256: „Et merito quidem reiectam fuisse querelam nullitatis a recurrente promotam, . . . Nullatenus enim probabat recurrens sententiam incidisse in aliquod vitium sanabile aut insanabile nullitatis, quod in can. 1892 et 1894 recensentur, neve defectum praesefere allicuius essentialis elementi ad normam can. 1680.“

⁵³ SRR 22. 2. 1960 coram Bonet, n. 2 vol. 52 p. 107: „ . . . iure ipso naturae nullitas actus habetur, cum in eo deficiunt quae ipsum essentialiter constituunt (cfr. can. 1680).“

⁵⁴ SRR 4. 5. 1955 coram Mattioli, n. 3 vol. 47 p. 358; SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 2 vol. 46 p. 371.

⁵⁵ Vgl. zum Ganzen Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 677—686.

A) naturrechtliche Nichtigkeit.

Schon vor dem CIC hat die Rota Urteile untergeordneter Gerichte für nichtig erklärt, weil das Verteidigungsrecht verletzt worden war, wobei stets betont wurde, daß ein wesentlicher Prozeßmangel vorliegt⁵⁶; nicht einmal im summarischen Verfahren durfte die Verkürzung und Beschleunigung so weit gehen, daß die Verteidigungsmöglichkeit beeinträchtigt worden wäre⁵⁷. Nach Erlaß des CIC wird in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich von einer naturrechtlichen Urteilsnichtigkeit gesprochen⁵⁸, die unter den positiv-rechtlichen Nichtigkeitsgründen gar nicht erst aufgezählt werden mußte⁵⁹. Und in der Tat ist diese Auffassung so einsichtig, daß es weiterer Beweise nicht bedarf⁶⁰. Diese naturrechtliche Nichtigkeit muß nun näherhin als eine

B) unheilbare Nichtigkeit

qualifiziert werden. Zwar ist die Unterscheidung zwischen heilbarer und unheilbarer Nichtigkeit nicht gerade als glücklich zu bezeichnen⁶¹; auch ist sie erst bei der Schlußredaktion des CIC durchgedrungen⁶². Nichtsdestoweniger steht sie im Gesetz, so daß sich die Rechtsprechung mit diesem Problem auseinandersetzen mußte.

1) Die Auffassung der Rota

In den Urteilen der Rota fällt nun auf, daß sie mitunter fast unreflektiert von einer unheilbaren Nichtigkeit sprechen, solange vom Mangel des Verteidigungsrechtes im allgemeinen die Rede ist. So sagt ein Urteil coram

⁵⁶ SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210: „Hi vero defectus cum sint substantialis, quippe qui adimunt defensionis ius, cuique a iure naturae concessum, processum prorsus nullum reddunt.“ —

SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 6 vol. 5 p. 119: „... in iudicio Trevirensi adest nullitas substantialis, scilicet defectus omnimodus defensionum ex parte conventorum.“

⁵⁷ c. 2 Clem 5, 11: „Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur.“ — Vgl. SSR 7. 2. 1913 coram Many, n. 7 vol. 5 p. 121.

⁵⁸ SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169: „... ex iure naturali nulla habenda est sententia, si denegata fuerit partibus legitima defensio; ...“ —

SSR 8. 11. 1963 coram Annè: Periodica 54 (1965) 25: „Harum (sc. ex ipso iure naturae manantium) nullitatum pacificum exemplum habetur in neglectu iuris defensionis, ...“.

⁵⁹ SRR 27. 2. 1930 coram Mannucci, n. 4 vol. 22 p. 120: „Nullitas vero sententiae ob illegitime denegatum ius defensionis, manifesto iuris naturalis est, atque, ..., licet in trita triplici enumeratione iuris positivi (can. 1892) non recenseatur, quia non indiget recenseri.“ — Auf dieses Urteil beruft sich auch SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 4 vol. 49 p. 101.

⁶⁰ Daß schon die Väter des Konzils von Chalkedon (451) die Verurteilung eines Abwesenden, der sich also nicht verteidigen konnte, für ungültig erklärten, berichtet Joseph Feßler, *Der kanonische Proceß nach seinen positiven Grundlagen und seiner ältesten historischen Entwicklung in der vorjustinianischen Periode*, Wien 1860, S. 135.

⁶¹ Georg Graf, *Die leges irritantes et inhabilitantes im Codex Iuris Canonici*, Paderborn 1936, S. 34, vertritt die bemerkenswerte Auffassung, daß die heilbare Urteilsnichtigkeit gar keine Nichtigkeit im eigentlichen Sinn darstellt, sondern eher eine „besondere Art von Vernichtbarkeit, Anfechtbarkeit“.

⁶² Eichmann - Mörsdorf III 195 (1); — vgl. Roberti, *CICschem* 434 f.

Mannucci⁶³, daß die Verweigerung des Verteidigungsrechtes die naturrechtliche Nichtigkeit des Urteils nach sich ziehe, auch wenn dieser Nichtigkeitsgrund in c 1892 nicht genannt werde. Daß auch in c 1894 Nichtigkeitsgründe aufgezählt werden, wird dabei völlig außer acht gelassen, woraus wohl geschlossen werden muß, daß die Möglichkeit, den Entzug des Verteidigungsrechtes zu den Gründen für die heilbaren Nichtigkeiten zu zählen, nicht einmal in Betracht gezogen wurde.

Ein anderes Urteil⁶⁴ stellt sich demgegenüber sehr bewußt auf den Standpunkt, daß jeder Rechtsakt, dem ein wesentlicher Mangel anhaftet, kraft Naturrechts unheilbar nichtig sei.

Ein Urteil coram Pinna⁶⁵ schließt sich der Meinung Robertis⁶⁶ an, wonach „vitia ex iure ipso naturae, seu ex defectu substantiali dimanantia“ eine unheilbare Nichtigkeit bewirken, und es fährt fort: „Hoc sensu enumeratio facta in can. 1892 non est exclusiva; quare insanabiliter nulla erit sententia lata in processu ubi omnimode deficit defensio rei.“ Einen ganz ähnlichen Standpunkt nimmt auch ein Urteil coram Brennan ein⁶⁷.

Ein Urteil coram Bejan⁶⁸ wieder stellt wie jenes coram Manucci darauf ab, daß der Mangel des Verteidigungsrechtes ein wesentlicher Mangel sei, der zu einer unheilbaren Urteilsnichtigkeit führe, obwohl er in c 1892 nicht genannt werde.

Nun stellt sich allerdings die Frage, wieso die Rota dazu kommt, die Nichtigkeit eines Urteils wegen Verweigerung des Verteidigungsrechtes ohne weiteres als unheilbar zu bezeichnen, obgleich das Gesetz darüber nichts sagt. Diese Frage wird umso drängender, da gerade in jüngster Zeit Heinrich Flatten⁶⁹ mit dem ihm eigenen Scharfsinn nachzuweisen versucht hat, daß die Verkürzung des Verteidigungsrechtes eine lediglich heilbare Nichtigkeit nach sich ziehe⁷⁰.

⁶³ Vgl. oben Anm. 59.

⁶⁴ SRR 26. 2. 1954 coram Mattioli, n. 2 vol. 46 p. 175: „... ipso iure naturae... insanabilis nullitas cuiuscumque actus sequitur, cum certo in ipso deficient ea quae ad essentiam requiruntur.“

⁶⁵ SRR 28. 11. 1957 coram Pinna, n. 3 vol. 49 p. 762.

⁶⁶ Franciscus Roberti, De Processibus II, Rom 1926, p. 228.

⁶⁷ SRR 27. 11. 1958 coram Brennan, n. 3 vol. 50 p. 660 s.: „(Patroni) addunt elenchum non esse exclusivum. Quod quidem verum est quod attinet ad insanabilia vitia ex iure naturae profluentia. Seu can. 1892 elenchum praebet non exclusivum, quatenus praeter nullitates ibidem positive statutas, aliae adsunt quae oriuntur ex substantiali defectu, v. g. si omnimoda possibilitas sese defendendi denegata est partibus, ita ut contradictorium, seu essentia ipsa iudicii deficiat.“

⁶⁸ SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 3 vol. 51 p. 468: „Etsi non contineatur iure positivo Codicis (can. 1892), cum defensio iuris naturalis sit, eius defectus substantialis dicendus est, ideoque, ad normam can. 1680, § 2, inducere valet nullitatem insanabilem sententiae.“

⁶⁹ Heinrich Flatten, Zur Urteilsnichtigkeit im kirchlichen Eheprozeß wegen Verkürzung des Verteidigungsrechtes: Ecclesia et Ius. Festgabe für A. Scheuermann. München - Paderborn - Wien 1968, SS. 645—657.

⁷⁰ Flatten 648—651 geht davon aus, daß c. 1894,¹⁰ nicht nur den Mangel der Ladung in formaler Hinsicht meint, sondern darüber hinaus die Nichtteilnahme einer Partei am Prozeß überhaupt. Wenn nun der völlige Entzug der Verteidigungsmöglichkeit nur eine heilbare Nichtigkeit nach sich ziehe, so könne die teilweise Beschränkung des Verteidigungsrechtes a fortiori nur eine heilbare Nichtigkeit bewirken. — Richtiger erscheint jedoch (vgl. unten SS. 47—66), daß c. 1894,¹⁰ nur den Mangel der formellen Ladung meinen kann; der Entzug des Verteidigungsrechtes dagegen muß eine unheilbare Urteilsnichtigkeit bewirken.

2) Begründung der Unheilbarkeit

a) aus der „Natur der Sache“

Aus den Rotalurteilen selbst kann lediglich das Argument gewonnen werden, daß „naturrechtlich“ nichtige Rechtsakte unheilbar nichtig sind. Verschiedentlich spricht die Rota davon, daß ein Richterspruch, der auf wesentlichen Prozeßmängeln aufbaut, gar keine „iudicialis sententia, sed aliud“ sei⁷¹. Diese Feststellung muß besonders im Falle der Verweigerung des Verteidigungsrechts gerechtfertigt erscheinen, da es sich doch hier um die eine Seite des Kontradiktionsprinzips handelt, das wieder den Prozeß geradezu ausmacht⁷². Wenn aber ein Verfahren derart bedeutende Mängel aufweist, daß von einem Prozeß im eigentlichen Sinn gar nicht mehr gesprochen werden kann, ist nicht zu sehen, wie eine Heilung eintreten sollte, es sei denn durch die neuerliche Durchführung des Verfahrens, bei der die früheren Mängel vermieden werden⁷³. Wollte man in diesem Fall tatsächlich eine nur heilbare Nichtigkeit annehmen, so würde dies zu der absurden Konsequenz führen, daß ein Urteil durch bloßen Fristablauf (EPO Art. 211 § 3) als wahr und gerecht gilt, obwohl das Grunderfordernis richterlicher Gerechtigkeit, das „audiatur et altera pars“, in gröbster Weise verletzt wurde⁷⁴. Im übrigen muß aber grundsätzlich die Frage aufgeworfen werden, ob der menschliche Gesetzgeber ungültige Rechtsakte sanieren kann, wenn die Ungültigkeit selbst aus dem Naturrecht oder auch nur aus der Natur der Sache folgt. Es ist einzuräumen, daß er im Interesse des Gemeinwohls für die Geltendmachung solcher Nichtigkeiten bestimmte Fristen setzen kann, wie er ja auch die Geltendmachung anderer Rechtsansprüche an eine Frist zu binden berechtigt ist⁷⁵. Und tatsächlich setzt ja der CIC für das Vorbringen der Nichtigkeitsbeschwerde Fristen: in c 1893 wird bestimmt, daß unheilbare Urteilsnichtigkeiten innerhalb von 30 Jahren geltend gemacht werden müssen; für heilbare Nichtigkeiten sind in c 1895 äußerstenfalls drei Monate festgesetzt. Dabei ist jedoch zu beachten, daß unheilbar nichtige Urteile auch nach Ablauf der 30 Jahre nichtig bleiben; sie können bloß nicht mehr „per modum actionis“ geltend gemacht werden. Im zweiten Fall dagegen sind die ursprünglich nichtigen Urteile nach Ablauf der Frist aufgrund des Willens des Gesetzgebers gültig⁷⁶.

⁷¹ SRR 26. 2. 1954 coram Mattioli, n. 2 vol. 46 p. 176 —

Vgl. SRR 22. 7. 1942 coram Quattrococo, n. 8 vol. 34 p. 705: „... fas est Patribus in casu concludere Zagrabienses Iudices . . . sententiam pronuntiasse quae nedum nullitate laborat, sed abortivum iudiciale monstrum nuncupanda est in casu.“

⁷² SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 3 vol. 46 p. 371: „... desit etiam discussio in contradictorio, quae necessario requiritur ut iudicium . . . habeatur.“

⁷³ Vgl. A. Crnica, Defectus Codicis I. C. in designandis normis pro querela nullitatis: IPont 15 (1935) 150.

⁷⁴ Man wird hier nicht einwenden können, daß jemand, der nicht fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde erhebt, sich mit dem Urteil zufrieden gibt. In diesem Fall wäre nämlich nicht einzusehen, daß z. B. das Fehlen eines rechtmäßigen Mandats eine unheilbare Nichtigkeit bewirkt (c. 1892,3^o); auch hier könnte man sich schließlich auf den Standpunkt stellen, daß jemand das Urteil akzeptiert, obwohl er (oder der Prozeßgegner) nicht rechtmäßig vertreten war.

⁷⁵ Vgl. c 1701 mit cc 1508—1512.

⁷⁶ Vgl. Flatten 648.

Nun meinen wir aber, daß auch der Wille des Gesetzgebers das Wesen einer Sache nicht verändern kann. Wenn der Prozeß in seinem Wesen aus Klage und Widerspruchsmöglichkeit besteht, kann ein Verfahren, wenn eines dieser Elemente fehlt, niemals als gültiger Prozeß angesehen werden, auch dann nicht, wenn die betroffene Person sich mit einem nichtigen Urteil zufriedenzugeben scheint. Man wird zwar unter Umständen behaupten können, daß jemand, der eine Urteilsnichtigkeit anfechtet, darauf verzichtet, sich gegen das nichtige Urteil zu verteidigen. Man wird jedoch nicht behaupten dürfen, daß durch den vermuteten Verzicht nach Urteilsfällung der im Prozeß aufgetretene Mangel behoben ist. Denn es kann nicht vom nachträglichen Verhalten der Streitparteien abhängen, ob eine für das Leben der Gemeinschaft so wichtige Sache, wie es ein Gerichtsverfahren nun einmal ist, als gültig anzusehen ist oder nicht. Hier kann es allein darauf ankommen, ob die wesenswendige Substanz eines Rechtsaktes vorhanden ist. Ist sie nicht vorhanden, kann nicht einmal der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers die Heilung bewirken. Denn auch ihm ist das Wesen des Prozesses vorgegeben; er kann es nicht verändern.

b) ex legibus latis in similibus nach c 20

Da es hier ganz allgemein um die Heilung nichtiger Rechtsakte geht, können wohl die *leges latae in similibus* im Sinne von c 20 zur weiteren Klärung unserer Frage herangezogen werden. An drei Stellen spricht der CIC von der Heilbarkeit eines nichtigen Aktes⁷⁷: das Prozeßrecht kennt heilbar nichtige Urteile (c 1894), das Ordensrecht spricht von der Heilung einer ungültigen Profess (c 586), und das Eherecht von der Sanation unheiliger Ehen (cc 1138—1141).

Das Wesen der Ordensprofess verlangt einen doppelten Willensakt: Versprechen muß 1) vom Kandidaten freiwillig geleistet (c 572 § 1) und 2) vom Oberen angenommen werden (6^o); dies ist zur Gültigkeit der Profess wesensnotwendig. Daneben gibt es aber auch noch andere Gültigkeitsvoraussetzungen, die positiv-rechtlicher Art sind. Wenn nun die Profess eines „*impedimentum externum*“ wegen ungültig ist, kann der Heilige Stuhl um eine *sanatio* angegangen werden (c 586 § 1). Resultiert die Ungültigkeit aber aus einem Mangel des wesensnotwendigen Konsenses, saniert der Papst nicht, und die Profess kann nur gültig gemacht werden, wenn das Versprechen erneuert wird und der Annahmewille fort dauert (§ 2). Denn die wesentlichen Gültigkeitsvoraussetzungen kann der Papst nicht durch seinen Willen ersetzen.

Noch deutlicher wird dies bei der *sanatio* unheiliger Ehen: in c 1139 § 1 wird ausdrücklich gesagt, daß die *sanatio* nur dann gewährt wird, wenn der natürlicherweise ausreichende Konsens deswegen rechtlich unwirksam geblieben ist, weil ein Hindernis des kirchlichen Rechts dagestand oder die ebenfalls positiv-rechtliche Formvorschrift nicht eingehalten wurde; selbstverständliche Gültigkeitsvoraussetzung für die Heilung der Ehe in der Wurzel ist die Fortdauer des wesensnotwendigen Konsenses. Stand der Gültigkeit der Ehe jedoch ein Hindernis des göttlichen

⁷⁷ Vgl. Köstler 318.

natürlichen Rechts entgegen, saniert die Kirche nicht (§ 2). Wir fügen hinzu: sie kann auch nicht sanieren. Denn aus der Natur der Sache ist zu ersehen, daß keiner der beiden Gatten an Impotenz leidet (c 1068). Die sachnotwendige Voraussetzung für eine gültige Ehe, kann der kirchliche Gesetzgeber durch keine Norm beseitigen; eine aus diesem Grunde ungültige Ehe kann er daher auch nicht sanieren.

Denn wir nun die oben gewonnenen Erkenntnisse in Anwendung von demselben auf unser Problem übertragen, müssen wir zu dem Schluß kommen, daß der kirchliche Gesetzgeber nur solche Urteilsnichtigkeiten heilen kann, die aus seinen eigenen positiv-rechtlichen Nichtigkeitsbestimmungen entstehen sind. Das Wesen des Prozesses aber ist für ihn genauso wenig veränderbar wie das Wesen des Gelübdes oder der ehelichen Konsensleistung⁷⁸.

Ex veteris iuris auctoritate nach c 6,2^o und a fortiori

Das vorkodikarische Recht kannte als benannte Nichtigkeitsgründe den Mangel der Jurisdiktion, der Ladung und des Mandats, denen Pius X. einen weiteren hinzufügte, und zwar den Mangel einer ausreichenden Frist zur Verteidigung auf Beweise, die erst nach Aktenschluß aufgetaucht sind⁷⁹. Die letzte, von Pius X. erlassene Bestimmung findet sich in c 1861 § 2 erster.

Die c 6,2^o sind jene Kanones des CIC, die das alte Recht unverändert übernommen haben, genauso zu werten und zu interpretieren wie dieses alte Recht.

Da aber das alte Recht eine heilbare Urteilsnichtigkeit nicht kannte⁸⁰, die Nichtigkeitsanktion Pius' X. als Androhung einer unheilbaren Urteilsnichtigkeit verstanden werden. Da nun das alte Gesetz in c 1861 § 2 weicht, muß aufgrund von c 6,2^o auch für das derzeit geltende Gesetz die unheilbare Nichtigkeit angenommen werden.

⁷⁸ Vgl. Reiffenstuel lib. II tit. 3 n. 68; Schmalzgrueber lib. II tit. 3 n. 15. — Unsere Entscheidung kann sich übrigens auch auf eine Entscheidung der Apostolischen Signatur beziehen, die in einem an den Erzbischof von Wien gerichteten Reskript v. 7. 11. 1966 (N. 356/66 E) die Bitte um sanatio eines in 3. Instanz (Metropolitengericht München) päpstlich delegiertes Gericht) für nichtig erklärten Urteils des Diözesangerichtes mit der Begründung abgelehnt hat, daß im konkreten Verfahren das ius naturale verletzt worden sei. Ausdrücklich stellt die Signatur fest, die Gewalt des Papstes, nichtig zu erklären, „non posse extendi nisi ad nullitates iuris positivi ecclesiastici, in quo Romanus Pontifex potest dispensare, non vero ad eas quae sunt ordinis divini aut naturalis. Iamvero prout saltem apparet ex actibus nobis traditis, processus et sententia videntur in essentialibus deficere, cum ab exclusione boni sacramenti de qua actum est in litis contestatione transitus factus sit ad exclusionem boni fidei.“ — Vgl. dazu Alexander Dordett, Notae quaedam ad conferentiam Officialium Germaniae habitam anno 1966: Ius Populi Dei, Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, vol. II, Rom 1972, p. 662 (9), wo der Fall kurz erläutert wird.

⁷⁹ Lex propria S. R. Rotae et Signaturae Apostolicae v. 29. 6. 1908, c 27 § 3: AAS 1 (1909) 27. — Ebenso RegRot v. 8. 9. 1909, § 52,2^o: AAS 2 (1910) 802. — Vgl. SRR 5. 3. 1915 coram Sebastianelli, n. 3 vol. 7 p. 73.

⁸⁰ Die zu c 1894 im CIC angegebenen Quellen treffen diese Unterscheidung jedenfalls nicht. — Vgl. auch SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118 s.: „... quod nullitates (in casu a partibus obiectae) non sint ex illis tribus iurisdictionis, mandati et citationis, quae sunt insanabiles, . . .“.

Wenn nun aber schon die teilweise Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes eine unheilbare Nichtigkeit des Urteils bewirkt, muß a fortiori dasselbe auch für die gänzliche Verweigerung des Verteidigungsrechtes gelten. Es wäre schlechthin unbegreiflich, wollte man für diesen Fall eine nur heilbare Nichtigkeit annehmen.

2. TEIL:

DAS VERTEIDIGUNGSRECHT IM BESONDEREN

1. Kapitel:

Prozeßrechtliche Sicherungen des Verteidigungsrechts

Das Prozeßrecht des CIC enthält zahlreiche Normen, die den Zweck haben, das Recht auf Verteidigung zu gewährleisten. In diesem Kapitel sollen aber nur jene Bestimmungen behandelt werden, die keinem Prozeßabschnitt ausschließlich zuzuordnen sind.

§ 3 DAS RECHT AUF ANWALTSCHAFTLICHE VERTRETUNG

1) Stellung und Funktion des Anwalts

Das kirchliche Prozeßrecht kennt zwei verschiedene Arten von Parteivertretern (c 1656): den Prokurator, der „an Stelle und mit Wirkung für und gegen die vertretene Partei“¹ Prozeßhandlungen zu setzen hat, und den Anwalt, der als Rechtskundiger die Partei zu beraten und in der Argumentation vor Gericht zu unterstützen hat. Da an unseren Gerichten beide Funktionen in einer Person vereinigt zu sein pflegen (c 1656 § 4), dürfte eine getrennte Behandlung nicht erforderlich sein.

Im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit hat der Anwalt im kirchlichen Prozeß eine schwache Stellung. Dies springt besonders im Eheprozeß ins Auge, wenn man seine Wirkungsmöglichkeiten etwa mit denen des Bandanwaltes vergleicht, was übrigens häufig zu mehr oder weniger berechtigten Klagen führt². Wenngleich ein sachlicher Vorteil durch eine Stärkung der Anwaltsstellung nicht zu erwarten sein dürfte, wäre sie aus psychologischen Gründen doch zu begrüßen³.

Aufgrund der schwachen Stellung des Anwalts befaßt sich die Rota kaum jemals mit seiner Funktion. Ein einziges Mal wird in einem Ur-

¹ Eichmann - Mörsdorf III 93.

² Z. B. West - Francis 61 f.

³ Vgl. auch Alexander Dordett, Kirchliche Ehegerichte in der Krise, Wien 1971, S. 36 f. — Audomar Scheuermann, Vorschläge zum kirchlichen Eheprozeßrecht: AfkKR 136 (1967) 17. — Nikolaus Hilling, Die Heranziehung der Advokaten zu den kirchlichen Prozessen: AfkKR 103 (1923) 132—136.

teil⁴ unter Berufung auf Thomas von Aquin⁵ gesagt, er dürfe wissentlich eine ungerechte Sache nicht verteidigen; wenn aber die Sache gerecht sei, dürfe er Dinge, die seinen Erfolg vor Gericht gefährden könnten, in kluger Weise verheimlichen, nicht aber Falsches behaupten.

II) Das Recht auf freie Anwaltswahl

A) Das Recht auf eigenen Anwalt

Grundsätzlich hat jede Partei das Recht, sich durch einen Anwalt eigener Wahl vertreten zu lassen (c 1655 § 3); im Ehenichtigkeitsverfahren wird dies sogar gewünscht (EPO Art. 43 § 1), wenngleich ein Anwaltszwang hier nicht vorgesehen ist⁶. Wenn beide Teile die Nichtigkeitserklärung ihrer Ehe anstreben, können sie sich sogar desselben Anwalts bedienen (EPO Art. 43 § 4), obwohl sie in formeller Hinsicht Streitgegner sind.

Die Freiheit der Anwaltswahl besteht jedoch dann nicht, wenn jemand das Armenrecht in Anspruch nimmt (c 1916) und keinen eigenen Anwalt hat.

B) Die Notwendigkeit des Mandats

An sich bezeichnet der CIC als Mandat nur jenen Auftrag, der dem Prokurator erteilt wird (cc 1659, 1660), während der Anwalt eine „commissio“ erhält (c 1661). Wenn jedoch — wie es in der Praxis regelmäßig vorkommt — der Anwalt zugleich Prokurator ist, muß auch ihm ein Mandat im strengen Sinn erteilt werden, damit er im Namen der Partei vor Gericht tätig werden kann.

1) Die Erteilung des Mandats

Das Mandat muß in der Regel in schriftlicher Form ausgestellt sein und auf alle Fälle bei Gericht deponiert bzw. zu den Akten genommen werden.

Da c 1892,3⁰ das Fehlen eines „legitimum mandatum“ unter die Sanktion der unheilbaren Nichtigkeit stellt, ist zu prüfen, was darunter zu verstehen ist. Zunächst ist wohl daran zu denken, daß auch hier — wie bei der scheda citatoria — jene Ausstellungsform gemeint sein könnte, die im Gesetz vorgeschrieben ist. Dies würde bedeuten, daß selbst dann kein „mandatum legitimum“ vorläge, wenn zwar die Form nicht genau eingehalten wurde, der Wille des Mandanten jedoch einwandfrei feststünde. Dies hätte wieder zur Folge, daß allein der Mangel in der Form die unheilbare Nichtigkeit des Prozesses bewirken könnte, was aber der Ge-

⁴ SRR 8. 1. 1944 coram Canestri, n. 7 vol. 36 p. 4 s.

⁵ Summa Theologiae IIa IIae q. 71 a. 3.

⁶ SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 3 vol. 51 p. 468.

setzgeber wohl kaum gewollt haben dürfte. Nun fällt tatsächlich auf, daß die Vorschrift über die äußere Form des Mandats keine Nichtigkeitsklausel enthält; dadurch unterscheidet sie sich sehr wesentlich von jenen Bestimmungen, die hinsichtlich der citatio ergangen sind (c 1723). Daraus wird man wohl schließen dürfen, daß ein „legitimum mandatum“ dann vorliegt, wenn klar und unmißverständlich zu erkennen ist, welche Partei in welcher Sache welchen Anwalt mit ihrer Vertretung beauftragt. Wenn daher eine Partei vor Gericht in einer mündlichen Erklärung mitteilt, wen sie zu ihrem Anwalt und Prokurator bestellen will, und der Notar dies protokolliert und unterschreibt, ist der Parteiwille hinsichtlich des Mandats völlig klar und auch beweisbar. Die Rota stellt daher mit Recht fest, daß die Schriftlichkeit des Mandats nicht zu seiner Gültigkeit notwendig ist, wenn nur der Wille des Mandanten einwandfrei feststeht⁷. Die Legitimität des Mandats im Sinne von c 1892,3⁹ ist dann gegeben, wenn der Wille des Mandanten in beweisbarer Form zum Ausdruck kommt; damit ist auch der Zweck dieser Nichtigkeitsbestimmung, nämlich der Schutz des Verteidigungsrechtes, erfüllt. Nicht legitim wäre ein Mandat dann, wenn ein Anwalt zwar im Auftrag der Partei handelt, dieser Auftrag jedoch nicht nachgewiesen werden kann.

2) Der Entzug des Mandats

Nach c 1664 § 1 haben die Parteien das Recht, ihren Anwälten das Mandat wieder zu entziehen. Damit der Mandatsentzug wirksam wird, ist es aber notwendig, den Anwalt selbst, das Gericht und die Gegenpartei von dieser Tatsache in Kenntnis zu setzen. Für diese Mitteilung ist keine besondere Form vorgeschrieben, sodaß auch von hier aus geschlossen werden kann, daß es dem Gesetzgeber auf den nachweisbaren Willen des Mandanten ankommt.

Man wird allerdings davon ausgehen müssen, daß bei den Parteien die Kenntnis der in c 1664 § 1 niedergelegten gesetzlichen Bestimmung nicht ohne weiteres vorauszusetzen ist. Wenn daher ein Gericht in irgendeiner Weise, wenn auch nicht durch Mitteilung der Partei, erfährt, daß sich diese von ihrem bisherigen Anwalt nicht mehr vertreten lassen will, kann es nicht so tun, als wüßte es von nichts. Da es hier um die Ausübung des Verteidigungsrechtes geht, muß man es als selbstverständliche Pflicht des Gerichtes ansehen, daß es sich die notwendige Gewißheit verschafft und gegebenenfalls die Partei über ihre Mitteilungspflicht belehrt.

Staunen auslösen muß daher ein Rotalurteil, das aber bezeichnenderweise nicht in die offizielle Sammlung der Decisiones aufgenommen wurde⁸: Das Urteil weist eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung des Verteidigungsrechtes zurück, die offenbar damit begründet worden war, daß nicht dem Kläger die Akteneinsicht gewährt wurde, sondern seinem Anwalt, von dem er sich aber nicht mehr vertreten lassen wollte. Die Rota stellt sich — nach dem Buchstaben des Gesetzes zu Recht —

⁷ SRR 10. 3. 1954 coram Wynen, n. 5 vol. 46 p. 214.

⁸ SRR 3. 7. 1954 coram Pinna, n. 5: MonEccl 79 (1954) 405.

auf den Standpunkt, daß der Kläger den Mandatsentzug dem Gericht nicht mitgeteilt habe. Das Gericht hatte jedoch durch einen Brief des betroffenen Anwalts davon Kenntnis, daß ihn der Kläger praktisch nicht mehr als Prozeßbevollmächtigten und Advokaten betrachte; aus diesem Grund bat er selbst darum, von seinem Amt entbunden zu werden, zumal er kein Vertrauen in die Glaubwürdigkeit des Klägers habe. Das Gericht lehnte dieses Ersuchen ab, weil es nicht einmal im Mangel des Vertrauensverhältnisses zwischen Kläger und Anwalt eine „iusta causa“ im Sinne von EPO Art. 54,3^o sehen konnte. Es verschaffte sich aber auch keine Gewißheit über die Absicht des Klägers, sondern sandte trotz allem dem Anwalt die Akten zur Ausarbeitung des Restriktes, was dieser jedoch aus verständlichen Gründen nicht tat.

Wir meinen, daß auch in diesem Fall nicht allein auf den Buchstaben des Gesetzes abzustellen gewesen wäre, sondern auf den Willen des Mandanten, der schließlich dem Gericht nicht ganz unbekannt war. Im berichteten Fall wurde ganz ohne Zweifel das natürliche Verteidigungsrecht grob verletzt, was eine unheilbare Nichtigkeit des Urteils hätte zur Folge haben müssen. Wenn sich die Rota schon scheute, c 1892,3^o auf diesen Fall anzuwenden, hätte doch die Urteilsnichtigkeit wegen c 1680 ausgesprochen werden müssen, weil der Kläger keine Möglichkeit hatte, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich gegen die vorgebrachten Beweise der Gegenseite zu verteidigen.

3) Der *Offizialverteidiger*

Obwohl die Parteien grundsätzlich das Recht haben, einen Anwalt eigener Wahl zu bestellen, den sie natürlich auch selbst zu honorieren haben, hat der Richter in besonderen Fällen das Recht oder sogar die Pflicht, für eine Partei einen Anwalt von Amts wegen zu bestellen. Dies gilt für jene Prozesse, bei denen Anwaltszwang herrscht (c 1655 §§ 1, 2), wenn die Parteien nicht von sich aus für eine geeignete Vertretung sorgen; dies gilt aber auch für Prozesse, die im Armenrecht geführt werden (c 1916). Ein von Amts wegen beigeistellter Anwalt erhält seine Vollmacht nicht von der zu vertretenden Partei, sondern vom Richter. Die Bestellung durch den Richter ersetzt daher das Mandat⁹.

C) Die Zulassung des Anwalts

Die freie Anwaltswahl erfährt eine gewisse Einschränkung dadurch, daß außer dem Mandat seitens der Partei auch noch die ausdrückliche Zulassung des Anwalts durch den Gerichtsherrn notwendig ist (c 1658 § 2). Die Tatsache, daß diese Norm den gesetzlichen Eignungsvorschriften folgt (c 1657), läßt vermuten, daß die Zulassung eines Anwalts von seiner Eignung abhängig zu machen ist. Diese Vermutung wird noch dadurch gestützt, daß die Konsistorial- und Rotaladvokaten nach EPO Art. 48 § 4 dieser Zulassung nicht bedürfen, da bei ihnen die Eignung als erwiesen

⁹ Vgl. SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635 s.

angenommen wird. Trotzdem bleibt dem Bischof aber ein weiter Ermessensspielraum, was sich auch daraus zu ergeben scheint, daß für den Prokurator außer in Eheprozessen (EPO Art. 48 § 4) nur die Eignung, nicht aber eine Zulassung durch den Bischof gefordert wird (c 1658 § 1). Der Bischof könnte daher die Zulassung eines Anwalts außer von seiner Eignung auch noch von anderen Kriterien abhängig machen. So wäre es etwa denkbar, daß er es für unziemlich hält, wenn ein Laie einen Priester in einem Strafprozeß vertritt¹⁰, und aus diesem Grund die Zulassung eines Laien als Anwalt verweigert. Auf einen gesetzlichen Verweigerungsgrund muß er sich dabei nicht stützen. Wenn jedoch die Partei befürchtet, durch die Nichtzulassung ihres Anwalts in ihrem Verteidigungsrecht beeinträchtigt zu sein, steht ihr gegen die Entscheidung des Bischofs nach c 1601 der Rekurs an den Hl. Stuhl offen. Eine Nichtigkeit des Urteils wegen Verweigerung des Verteidigungsrechtes könnte in diesem Fall aber nicht geltend gemacht werden.

III) Der Anwaltszwang

Das kirchliche Prozeßrecht schreibt vor, daß der Angeklagte in einem Strafprozeß von einem Anwalt vertreten sein muß (c 1655 § 1). Im Streitverfahren besteht für am Prozeß beteiligte Minderjährige Anwaltszwang; ebenso wenn es um Dinge geht, die das öffentliche Wohl berühren (§ 2)¹¹. An sich besteht auch in diesen Fällen die Möglichkeit der freien Anwaltswahl; wenn aber die Parteien die Bestellung eines Anwalts unterlassen, ist es Pflicht des Richters, ihnen einen Officialverteidiger beizugeben. Verletzt der Richter diese Pflicht, kann eine Nichtigkeit des Verfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn nur die Partei selbst ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu verteidigen¹². In einem Rotalurteil wird zwar gesagt, das Verteidigungsrecht sei schon dadurch verletzt, wenn ein Officialverteidiger nicht bestellt werde; dies sei in c 1655 so zwingend vorgeschrieben, daß die Nichtbeobachtung dieses Gesetzes zur Nichtigkeit des Prozesses führe¹³. Es wird aber nicht mitgeteilt, worauf sich diese Auffassung gründet. Im Gesetz ist eine Nichtigkeitssanktion jedenfalls nicht vorgesehen; man wird auch kaum behaupten können, daß sich die Mitwirkung eines Anwalts aus der Natur der Sache als unbedingt erforderlich herleiten läßt¹⁴. Gegebenenfalls könnte man jedoch daran den-

¹⁰ SRR 11. 5. 1909 coram Lega, n. 6 vol. 1 p. 40.

¹¹ Nach dieser Gesetzesstelle müßte auch für den Eheprozeß ein Anwaltszwang angenommen werden, da dieser immer auch das öffentliche Wohl berührt. In EPO Art. 43 § 1 wird jedoch nur der Wunsch ausgesprochen, daß die Parteien in einem Eheprozeß von Anwälten vertreten werden sollen. Soweit c 1655 § 2 eine zwingende Vorschrift enthält, ist diese durch die später erlassene EPO für Eheverfahren außer Kraft gesetzt worden (vgl. c 22); das Recht des Richters, den Parteien einen Anwalt zuzuweisen, bleibt aber aufrecht (vgl. EPO Art. 43 §§ 1—3).

¹² SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 224 s.

¹³ SRR 25. 3. 1957 coram Mattioli, n. 2 vol. 49 p. 231: Nachdem c 1655 § 1 wörtlich zitiert wurde, heißt es: „Idque ad ipsius iudicii validitatem praecipi, dubium non est. Unde, adhuc sub invaliditatis sanctione, intellegi debet eiusdem can. 1655, § 2, . . .“

¹⁴ Vgl. SRR 3. 2. 1911 coram Mori, n. 11 vol. 3 p. 51 s.

ken, die Nichtbestellung eines Offizialverteidigers zum Anlaß zu nehmen, restitutio in integrum nach c 1905 § 2,4^o zu beantragen¹⁵.

§ 4 DIE MITWIRKUNG DES NOTARS

I) Seine Funktion hinsichtlich des Verteidigungsrechtes

An sich hat der Notar auch im Prozeß die Funktion eines öffentlichen Urkundsbeamten (c 1585 § 1). Da er aber verpflichtet ist, bei den Vernehmungen anwesend zu sein¹⁶, übt er gewissermaßen eine Kontrolle über den Richter aus, sodaß eine willkürliche Verhandlungsführung oder eine unauthentische Niederschrift der Aussagen hintangehalten wird. Der ursprüngliche Grund dieser Vorschrift lag sogar darin, daß sich eine unschuldige Streitpartei gegen die falschen Behauptungen eines schlechten Richters nicht verteidigen kann; damit die Wahrheit und Gerechtigkeit nicht Schaden leide, ordnete Innozenz III an, daß eine Amtsperson oder aber zwei geeignete Männer bei den Vernehmungen anwesend sein und die Aussagen niederschreiben müssen¹⁷.

In einem Urteil behauptet die Rota sogar, das hier genannte Motiv dieser Anordnung sei von solchem Gewicht, daß es geradezu vom Naturrecht gefordert erscheine, daß bei den Vernehmungen wenigstens noch eine dritte Person anwesend sein müsse, wenngleich es nicht zum Wesen des Prozesses gehöre, daß diese Person unbedingt der Notar zu sein habe¹⁸. Eine naturrechtliche Notwendigkeit wird man freilich kaum strikte beweisen können; das Anliegen selbst ist aber zweifellos berechtigt.

Weil die Funktion des Notars für das Verteidigungsrecht von so großer Bedeutung ist, kann gegebenenfalls auch gegen ihn eine Befangenheitseinrede vorgebracht werden (c 1614 § 3).

II) Die Nichtigkeitssanktion

In c 1585 und EPO Art. 17 wird die Mitwirkung eines Notars im Prozeß zwingend vorgeschrieben. Seine Funktion wird vom Gesetz sogar für so

¹⁵ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, nn. 11, 12 vol. 19 p. 283. — Über die Zulässigkeit der restitutio in integrum vgl. unten S. 109 f.

¹⁶ Streng genommen wird die Anwesenheit des Notars nur für die Zeugenvernehmungen verlangt (c 1773 § 1), da eine analoge Bestimmung für die Parteienvernehmungen fehlt. Da jedoch nach c 1585 § 1 seine Unterschrift auch auf allen anderen Vernehmungsprotokollen sub nullitate actorum vorgeschrieben ist, muß die Anwesenheit des Notars auch bei den anderen Vernehmungen vorausgesetzt werden. Seine Unterschrift ist ja nicht ein reiner Formalakt, sondern die Bestätigung der Authentizität eines Aktes, die der Notar verantwortlich nur dann geben kann, wenn er tatsächlich dafür zu bürgen in der Lage ist. — Vgl. EPO Art. 73.

¹⁷ c. 11 X 2, 19. — Vgl. Wernz - Vidal - Cappello VI 97.

¹⁸ SRR 28. 11. 1957 coram Pinna, n. 5 vol. 49 p. 764. — Vgl. Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 675.

wichtig gehalten, daß alle Gerichtsakte, die nicht von ihm unterschrieben sind, nichtig sind und deshalb auch keinen Beweiswert haben. In besonderer Weise gilt dies für die Vernehmungsprotokolle. Ein Urteil, das seine Begründung aus Aussagen bezieht, deren Authentizität nicht vom Notar bestätigt ist, ist daher nichtig (vgl. c 1680 § 1). Diese Nichtigkeit muß als unheilbar bezeichnet werden, da eine Heilung im Gesetz nicht vorgesehen ist (c 1585 § 1).

§ 5 DIE PROZESSUALEN KAMPFMITTEL

I) Die Widerklage

Das schärfste Verteidigungsmittel ist der Gegenangriff, im Prozeß also die Widerklage (c 1630). Gebrauch machen kann davon jedoch nur, wer selbst das Klagerecht besitzt. Sie kann vor dem Urteil in jedem Stadium des Prozesses eingebracht werden und wird zugleich mit der Hauptklage verhandelt und entschieden, wenn nicht der Richter eine gesonderte Behandlung anordnet.

Die Widerklage kann sich allerdings nur gegen den Kläger selbst richten, nicht gegen den Prokurator, der im Namen des Klägers handelt¹⁹.

II) Die Einrede

A) Die Einrede als *modus defensionis*

Die Aufgabe dieser Untersuchung kann nicht darin bestehen, all das wiederzugeben, was über Begriff und Einteilung der „exceptio“ bereits in den Lehrbüchern und anderen Werken steht²⁰. Uns genügt die Feststellung, daß die Einrede ein wichtiges Verteidigungsmittel ist, durch das der Beklagte das gegen ihn angestrebte Gerichtsverfahren für den Augenblick oder für immer von sich abwehren kann. Für den Augenblick wendet er den Prozeß etwa durch die dilatorische Einrede ab, daß er den Anspruch des Klägers vertragsgemäß erst später erfüllen muß; für immer kann er ein Verfahren abwehren, wenn er etwa die peremptorische Einrede geltend machen kann, daß er den Anspruch des Klägers bereits erfüllt hat, oder daß der Anspruch verjährt, oder daß die Sache schon rechtskräftig entschieden ist.

In der Rotaljudikatur und überhaupt in der kirchlichen Rechtsprechung richten sich jedoch die weitaus meisten Einreden gegen Maßnahmen des

¹⁹ SRR 25. 6. 1915 coram Mori, n. 2 vol. 7 p. 256 s.

²⁰ Eichmann - Mörsdorf III 79 f., 103 f. — Cappello III 185 ff. — Eichmann, Prozeßrecht 78 ff., 102 ff. — Wernz - Vidal - Cappello VI 148 ff., 242 ff.

Gerichtes, sodaß wir uns damit begnügen können, die beiden häufigsten Einreden näher zu untersuchen.

B) Die häufigsten Einreden

1) Die Befangenheitseinrede

a) Das Recht auf den unparteiischen Richter

Zur Natur des Richteramtes gehört, daß der Richter über den Parteien steht und die ihm vorgetragene Sache streng nach Recht und Gerechtigkeit verhandelt und entscheidet. Wenn ein Richter einer Partei gegenüber ein zu enges Nahverhältnis oder aber ein feindschaftliches Verhältnis hat, besteht die große Gefahr, daß er den Aufgaben seines Amtes nicht gerecht wird. In beiden Fällen hätte zwar der Richter die Pflicht, von seinem Amt zurückzutreten (c 1613 § 1); auf jeden Fall hat aber die Partei, die eine Amtsführung des Richters zu ihrem Nachteil befürchtet, das Recht, einen solchen Richter abzulehnen. Dies muß zweifellos als ihr natürliches Recht angesehen werden²¹. Eine andere Frage ist allerdings, ob die von einem befangenen Richter gesetzten Akte ungültig sind. Mit Sicherheit wird man dies wohl dann behaupten können, wenn der Richter in eigener Sache tätig wird (c 201 § 2), also selbst Partei ist. In diesem Fall kann ein normales prozessuales Streitverhältnis gar nicht bestehen, und der Streitgegner wäre von vornherein in einer aussichtslosen Position. Man wird daher ohne Zweifel sagen müssen, daß damit ein naturrechtlicher Nichtigkeitsgrund gegeben wäre²².

Schwieriger ist allerdings die Frage zu entscheiden, ob dies auch dann zutrifft, wenn die richterliche Befangenheit lediglich auf ein besonderes Nah- oder Feindschaftsverhältnis zurückzuführen ist. Denn von vornherein darf nicht ausgeschlossen werden, daß ein Richter die Pflichten seines Amtes von seinen privaten Verhältnissen zu trennen weiß²³. Obwohl auch in c 1613 keine Nichtigkeitsklausel enthalten ist, sind die Autoren in diesem Punkt geteilter Meinung²⁴. Da aber eine Nichtigkeit von Akten

²¹ SRR 31. 5. 1912 coram Lega, n. 12 vol. 4 p. 281: „Nullimode proinde negari potest, sacerdotem inquisitum suo fuisse usum iure, opponendo recusationis exceptionem.“ — Reiffenstuel lib. II tit. 28 n. 316: „... quia naturale quodammodo est, suspectorum Iudicum insidias declinare.“ — Vgl. c. 15 C III q. 5.

²² SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 7 vol. 9 p. 89: „Et dictat ipsa natura neminem posse iudicem esse in propria causa.“ —

Ehrenreich Pirhing, *Ius Canonicum*, tom. I, Dillingen 1675, lib. II tit. 1 n. 74: „Iudex . . . non potest in propria causa iudicare, vel ius sibi ipsi dicere; . . . Ratio est, quia iudex debet esse medius, ac veluti diremptor inter partes litigantes.“ —

Reiffenstuel lib. II tit. 1 n. 204: „Regula est, quod nemo est Iudex in causa propria“ (C 3, 5). „Ubi huius ratio in aequitatem naturalem refunditur, illis verbis: In re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententia.“

²³ SRR 28. 7. 1954 coram Mattioli, n. 6 vol. 46 p. 669: „Nec nullitatem, in casu, a iure naturali profluere dicendum est. Etenim, salutem et iustitiam ex inimicis nostris provenire posse, quis vetat?“

²⁴ Für die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit von Akten befangener Richter: Ewers 52; Eidmann-Mörsdorf III 71. — Gegen die Nichtigkeit: Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 682; Cappello III 139.

eines befangenen Richters aus dem Naturrecht kaum zwingend herzuleiten sein dürfte, neigen wir eher zu der Ansicht, daß ein Richter so lange gültig handelt, bis gegen ihn die Befangenheitseinrede vorgebracht wird. Das Recht, eine Befangenheitseinrede vorzubringen, ist jedoch zweifellos ein Teil des natürlichen Verteidigungsrechtes²⁵.

b) Die Befangenheitsgründe

Die Aufzählung der Befangenheitsgründe in c 1613 § 1 ist sicher nicht vollständig. Ausdrücklich ist im CIC darüber hinaus noch erwähnt, daß niemand in eigener Sache Richter sein darf (c 201 § 2), und daß daher ein Richter, der einen rechtswidrigen Prozeßeingriff gesetzt (c 1855 § 3) oder die Nichtigkeit eines Prozeßaktes verschuldet hat (c 1896), als befangen abgelehnt werden kann.

Nach Ansicht der Rota lassen sich alle Einredegründe im wesentlichen auf drei Gründe der Befangenheit zurückführen:

1. Wenn sich aus dem Streitobjekt direkt oder indirekt ein Vermögensvorteil oder -nachteil für den Richter ergibt;
2. wenn der Richter einer Streitpartei Zuneigung oder Haß entgegenbringt; die Zuneigung zu Verwandten und Verschwägerten in allen Graden der geraden und bis zum zweiten Grad der Seitenlinie wird gesetzlich vermutet;
3. wenn der Richter eine besondere Beziehung zur Streitsache hat, in der er bereits als Anwalt, Prokurator oder in anderer Funktion tätig war, bzw. wenn er in eine ähnlich geartete Streitsache als Partei verwickelt ist²⁶.

c) Die Wirkung der Einrede

Sobald gegen einen Richter die Befangenheitseinrede vorgebracht wird, ist seine Jurisdiktion in dieser Sache zunächst suspendiert²⁷. Dies steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber daraus, daß durch die Einrede ein Zwischenstreit nach c 1837 ausgelöst wird. Wenn der Richter während dieses Streites richterliche Akte setzt, so müssen diese als „*attentata lite pendente*“ (c 1854) gewertet werden; denn in diesem Fall ist der Dissens der Partei schon deshalb vorauszusetzen, weil es ja deren erklärtes Ziel ist, den Richter aus dem Verfahren auszuschalten. *Attentata* sind aber nach c 1855 § 1 nichtig, sodaß ein Richter, gegen den eine Befangenheitseinrede läuft, keine gültigen Prozeßakte setzen kann. Daß er die Befangenheitseinrede selbst nicht mitentscheiden kann, ist nur selbstverständlich²⁸.

²⁵ SRR 13. 10. 1942 coram Teodori, n. 5 vol. 34 p. 766. — Vgl. Wernz - Vidal - Cappello VI 131; Holböck 305.

²⁶ SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 9 vol. 9 p. 90.

²⁷ SRR 13. 10. 1942 coram Teodori, n. 5 vol. 34 p. 766: „*Recusatio iudicis est iurisdictionis ipsius, proposita causa suspicionis, declinatio, eo quod Iudex aliqua ex causa suspectus sit.*“

²⁸ SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 7 vol. 9 p. 89: „*Iudex vero qui de exceptione suspicionis contra seipsum videt, in causa propria iudicare dicendus est, cum huiusmodi exceptio ipsius personam directe tangit.*“ — Vgl. SRR 31. 5. 1912 coram Lega, nn. 11, 12 vol. 4 pp. 280 ss.

d) Das Verfahren

Das Vorbringen der Befangenheitseinrede ist an keine bestimmte Form gebunden. Um aber eine mutwillige Störung des Prozeßfortganges zu vermeiden, schreibt das Gesetz vor, daß die Einrede vor der *litis contestatio* geltend gemacht werden muß (c 1617 mit c 1628 § 1)²⁹. Nur wenn die Befangenheitsgründe erst später auftreten, oder die Partei mit Eid versichert, daß sie erst jetzt von diesen Gründen Kenntnis erhalten hat, ist die Einrede auch nach der Streitpunktfestlegung zulässig (c 1628 § 1, EPO Art. 27 § 3). Grundsätzlich gilt aber nach der *litis contestatio* die Vermutung, daß die Parteien gegen die Richter keine Einwendungen haben oder diese nicht geltend machen wollen³⁰. Vorauszusetzen ist dabei freilich, daß den Parteien die Namen der Richter und aller anderen am Verfahren in amtlicher Funktion beteiligten Personen bekanntgegeben werden (EPO Art. 26).

Bei wem die Einrede vorzubringen ist, bzw. wer darüber zu befinden hat, wird in c 1614 näher geregelt.

Die Entscheidung selbst ist „*expeditissime*“ zu treffen, wobei jedoch die privaten und gegebenenfalls die amtlichen Parteien zu hören sind, sofern diese nicht selbst von der Befangenheitseinrede betroffen sind (c 1616, EPO Art. 33). Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß mit den „*partes*“, die im Zwischenstreit zu hören sind, die Parteien des Hauptstreites gemeint sind. Ausdrücklich ausgeschlossen vom Recht auf Gehör ist jene Person, gegen die sich die Einrede richtet; konsequenterweise muß das auch für den als befangen bezeichneten Richter gelten³¹. Der Grund für diese zunächst sonderbar anmutende Bestimmung dürfte wohl darin liegen, daß es in diesem Nebenstreit nicht um Rechte geht, die dem Betroffenen als Person zustehen; die Ablehnung eines Richters oder einer amtlichen Partei als befangen, beinhaltet auch keinen Vorwurf, gegen den sich diese verteidigen müßten. Dagegen könnte aber der Streitgegner im Hauptverfahren ein Interesse am Verbleiben der abgelehnten Person haben, weshalb er zu hören ist.

An ein förmliches Verhör ist dabei aber nicht zu denken; auch das Einholen einer schriftlichen Stellungnahme würde genügen. Wird in einem Strafprozeß der Promotor als befangen abgelehnt, genügt überhaupt die Einrede als solche, die ja mündlich oder schriftlich begründet werden muß; damit hat sich die in diesem Fall allein zu hörende Partei ausreichendes Gehör verschafft³².

²⁹ Vgl. C 3, 1, 16.

³⁰ SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 10 vol. 9 p. 90: „ . . . reus qui litem coram iudice contestatur, in eum consentire et iuri excipiendi contra illum renunciassse censetur.“

SRR 13. 7. 1918 coram Prior, n. 7 vol. 10 p. 94: „ . . . praesumitur in iudicem concessisse.“

³¹ Gegenteiliger Meinung ist Cappello III 150. Es ist jedoch kaum einzusehen, daß der ausdrückliche Ausschluß der amtlichen Parteien vom Recht auf Gehör, sofern sich die Befangenheitseinrede gegen sie richtet, auf diese beschränkt sein soll.

³² SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 13 vol. 22 p. 502: „ . . . cum . . . porrectus fuerit libellus recusationis a reo . . . exaratus, in quo rationes suspicionis proferebantur, idem Episcopus neminem ulterius audire debebat. Nec revera praescriptum est semper partem bis esse audiendam, praesertim si quaestio non servata forma iudicii agatur, et citissime sit pertractanda.“

Die Form der Entscheidung richtet sich nach den Regeln des Zwischenstreites (c 1840)³³; jedenfalls ist sie aber in rechtlicher und sachlicher Hinsicht zu begründen (c 1840 § 3, EPO Art. 193)³⁴. Eine Berufung gegen den Zwischenentscheid ist nach c 1880,7⁹ und EPO Art. 33 nicht möglich³⁵.

Wird der Befangenheitseinrede stattgegeben, sind die als befangen erklärten Personen auszuwechseln; die Instanz wird dabei nicht geändert (c. 1615 § 1).

2) Die Inkompetenzeinrede

a) Das Recht auf den eigenen Richter

Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz hat der Beklagte, der sich ja von vornherein in der ungünstigeren Position befindet, im Prozeß einen erhöhten Anspruch auf Schutz seiner Rechte³⁶. Die Zuständigkeit des Gerichtes richtet sich daher danach, ob ein Kompetenzgrund für den Beklagten vorhanden ist, da dieser in der Regel vor seinem eigenen Gericht die besseren Verteidigungsmöglichkeiten vorfindet³⁷. Dieser eigene Richter muß allerdings nicht unbedingt der sein, der für den Wohn- oder Nebenwohnsitz des Beklagten zuständig ist (c 1561). Aus Gründen, die in der Prozeßmaterie selbst liegen, könnte dieser auch ganz ausgeschaltet (c 1560) oder nur in Konkurrenz mit anderen Richtern zuständig sein (cc 1564—1567). Wesentlich ist aber, daß sich die Zuständigkeit des Gerichtes nicht danach richtet, ob für den Kläger ein Kompetenzgrund gegeben ist³⁸; dieser hat lediglich die Freiheit der Wahl, wenn für mehrere Gerichte ein Zuständigkeitsgrund vorliegt (c 1559 § 3). Ist aber das angegangene Gericht aus keinem Grund zuständig, hat der Richter die Pflicht, die Klageannahme zu verweigern (c 1609 § 1). Tut er das nicht, hat der Beklagte das Recht, die Inkompetenzeinrede vorzubringen (c 1610).

b) Das Verfahren

Auch die Inkompetenzeinrede ist in der Regel vor der *litis contestatio* einzubringen; nachher ist dies nur unter den in c 1628 § 1 genannten

³³ Befangenheitseinreden sind in der Regel durch Dekret zu entscheiden; nur in Ausnahmefällen wird „iudicialiter“ (c 1840 § 2) vorzugehen sein.

³⁴ Cappello III 140; Eichmann - Mörsdorf III 162.

³⁵ SRR 10. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 10 vol. 22 p. 501; SRR 13. 10. 1942 coram Teodori, n. 5 vol. 34 p. 766.

³⁶ SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 5 vol. 23 p. 411: „... rei defensio habetur iuridice favorabilis et privilegiata.“ — Vgl. Reg.iur. 11 in VI^o.

³⁷ Dordett, Ehegerichte in der Krise 45 f., der auch auf verschiedene Schwierigkeiten aufmerksam macht. Für Eheprozesse schlägt Dordett, *Notae quaedam* 642 f. eine andere Kompetenzregelung nach dem Vorbild von IPO 8 § 1 vor. — Vgl. c. 14 C III q. 6; c. 1 X 2, 2.

³⁸ Von dieser Grundregel gibt es bei Ehenichtigkeitsverfahren eine Ausnahme, die darin liegt, daß der Mann wegen c 93 § 1 die Klage sogar dann vor dem für seinen Wohnsitz zuständigen Gericht einbringen kann, wenn er die Frau böswillig verlassen und einen neuen Wohnsitz begründet hat; vgl. PCI v. 14. 7. 1922: AAS 14 (1922) 526. — Vgl. aber die neue Kompetenzregelung durch MP „*Causas Matrimoniales*“, Art. IV § 1: AAS 63 (1971) 443.

Bedingungen möglich, oder aber auch dann, wenn die *litis contestatio* wegen Unterlassung der *legitima citatio* nichtig ist (c 1723). In jedem Stadium des Prozesses ist die Einrede wegen absoluter Unzuständigkeit zulässig (c 1628 § 2).

Wenn ein an sich unzuständiges Gericht seine Zuständigkeit erklärt, ohne daß dagegen eine Einrede vorgebracht würde, muß angenommen werden, daß die fehlende Kompetenz von der Kirche suppliert wird (vgl. c 209), da das Urteil eines solchen Gerichtes nicht für ungültig angesehen wird (vgl. c 1892,1⁰); nach der *litis contestatio* kann es daher auch von sich aus nicht mehr seine Unzuständigkeit erklären. Wenn die Rota einmal andeutet, daß dies nur „*audita altera parte*“ möglich sei³⁹, so kann das nur so verstanden werden, daß dem Kläger nahegelegt werden könnte, seine Klage zurückzuziehen und vor ein zuständiges Gericht zu bringen. Denn nach einem alten Grundsatz, den schon das Römische Recht kannte⁴⁰, hat der Richter über seine Kompetenz selbst zu befinden (c 1610 § 1, EPO Art. 9), ohne daß er die Parteien dazu anhören müßte.

c) Rechtsmittel gegen die Entscheidung

Gegen eine Entscheidung, die die Einrede der absoluten Inkompetenz zurückweist oder ihr stattgibt, kann an die nächsthöhere Instanz berufen werden (EPO Art. 29).

Handelt es sich aber um eine Entscheidung über die relative Unzuständigkeit, ist eine Berufung nur möglich, wenn der Einrede stattgegeben wurde (c 1610 § 3); in diesem Fall nämlich hätte die Entscheidung über die Einrede die Kraft eines Endurteils⁴¹. Wird dagegen die Einrede abgewiesen, ist eine Berufung nicht möglich (c 1610 § 2), da andernfalls der Beginn des Verfahrens ohne Notwendigkeit hinausgezögert würde⁴².

³⁹ SRR 15. 3. 1933 coram Parrillo, n. 5 vol. 25 p. 155: „*Superveniente igitur exceptione incompetetiae, quam in hoc rerum statu conventus proposuit, non poterat ipse eam de plano excipere et suam incompetetiam declarare, inaudita altera parte, licet ageretur de incompetetia absoluta, quae in quovis litis stadio proponi et a iudice declarari debet; potissimum quia facta exceptio, in partium contradictoria ventilata, poterat levi brachio exsufflari et reiici, quin cogeretur actor superiorem iudicem adire.*“

⁴⁰ D 5, 1, 3.

⁴¹ SRR 27. 4. 1928 coram Florczak, n. 2 vol. 20 p. 138: „*. . . vim sententiae definitivae. Idque . . . pendet ex natura rei, cum revera iudex declarans suam incompetetiam, munere suo functus sit.*“

⁴² Eichmann - Mörsdorf III 69.

2. Kapitel:
Das Verteidigungsrecht bei Prozeßbeginn

§ 6 DIE CITATIO PRIMA

Wenn der CIC von „citatio“ oder „citare“ spricht, kann damit jede Art von Ladung, auch die der amtlichen Parteien und der Zeugen, gemeint sein¹. In unserem Zusammenhang ist aber ausschließlich von jener „citatio alterius partis“ (c 1711 § 1) zu sprechen, die wir auch die prima citatio nennen, „qua causa introducitur“². Diese hat nun nach geltendem Recht eine zunächst rein formale Bedeutung, die freilich keineswegs unterschätzt werden darf.

1) Die Funktion im Prozeß

A) Die Aussagen der Rota

In den Urteilen der Rota wird zumeist — und zwar durchaus mit Recht! — auf den engen Zusammenhang zwischen Ladung und Verteidigungsrecht hingewiesen, da sie sich immer nur dann mit diesem Problem befassen, wenn die Ladung unterlassen und dadurch auch das Verteidigungsrecht außer acht gelassen wurde. Es muß jedoch betont werden, daß die Ladung auch eine vom Verteidigungsrecht unabhängige, selbständige Funktion im Prozeß hat. Wird diese nämlich nicht gesehen, kommt man fast zwangsläufig zu dem verhängnisvollen Schluß, daß der Mangel der Ladung mit dem Mangel des Verteidigungsrechtes gleichzusetzen sei, woraus sich schließlich ergeben müßte, daß auch bei völligem Mangel des Verteidigungsrechtes eine nur heilbare Nichtigkeit des Urteils entstünde. Daß dies ein Trugschluß ist, wird noch zu zeigen sein. Da dieser Trugschluß aber häufig gezogen wird, ist es notwendig, die formelle Ladung von der sich aus ihr ergebenden Konsequenz für das Verteidigungsrecht ganz klar zu unterscheiden. Die Rota tut dies leider nicht immer mit der nötigen Klarheit, wenngleich Ansätze zu dieser Unterscheidung gefunden werden können.

Noch vor Inkrafttreten des CIC nennt ein Urteil coram Sebastianelli³ die Ladung zwar eine naturrechtliche Notwendigkeit, „quia citatio spectat ad naturalem defensionem . . . Unde citatio dicitur esse principium ac fundamentum iudicii seu prima pars iudicii“⁴. Er fährt jedoch fort:

¹ Mörsdorf, Rechtssprache 329.

² SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 2 vol. 31 p. 85; SRR 12. 11. 1949 coram Wynen, n. 10 vol. 41 p. 507.

³ SRR 28. 1. 1918 coram Sebastianelli, n. 4 vol. 10 p. 14.

⁴ Zitiert aus Reiffenstuel lib. II tit. 3 n. 42.

„Verum hoc intelligendum non est de ipso materiali actu citationis“; denn wenn jemand von sich aus vor dem Richter erscheint, um seine Rechte zu verteidigen, sei der Zweck der Ladung erreicht. Ein Urteil coram Many⁵ scheint die citatio ganz eindeutig zu den Prozeßförmlichkeiten zu rechnen, da es zwischen den benannten Nichtigkeitsgründen, zu denen der Mangel der Ladung gehört, und den naturrechtlichen Nichtigkeitsgründen, zu denen der Mangel des Verteidigungsrechtes gehört, unterscheidet.

Besonders deutlich wird der formelle Aspekt der Ladung, wenn die Rota ihre Notwendigkeit auch für höhere Instanzen betont. Auch wenn ein Untergericht darauf hinweisen konnte, daß aus dem Mangel der Ladung im Berufungsverfahren den Parteien kein Unrecht erwachsen ist, da keine neuen Beweise vorgebracht wurden und das Verteidigungsrecht schon in erster Instanz wahrgenommen worden ist, besteht die Rota darauf, daß die Ladung auch im Berufungsverfahren zu erfolgen habe; es handle sich nämlich um einen neuen Streit, der durch ein neues Urteil zu entscheiden sei, weshalb auch alle Wesenselemente des Prozesses erforderlich seien. Zwar wird zur näheren Begründung angeführt: „si citatio partis alterius seu appellatae omitti posset, saepius, ipsa in scia atque indefensa, contra ius naturale sententia ferretur“, doch weist das „saepius“ darauf hin, daß die Notwendigkeit der formellen Ladung mit dieser Begründung nur besonders unterstrichen werden sollte, da sich eben aus einer Unterlassung schwerwiegende Konsequenzen ergeben könnten. Denn ausdrücklich wird die Notwendigkeit „citationis seu vocationis in ius, formaliter faciendae“ herausgestellt⁶.

Der formelle Charakter der Ladung wird aber vollends klar, wenn man die nicht seltene Situation im kirchlichen Eheprozeß ins Auge faßt, daß nämlich beide Teile an der Nichtigkeitserklärung der Ehe interessiert sind. In diesem Fall ist die prozessuale Rollenverteilung eine bloße Fiktion, und der „Beklagte“ will sich gar nicht gegen die Klage verteidigen; er könnte sich sogar desselben Advokaten bedienen wie die klagende Partei (EPO Art. 43 § 3). Der Streit wird also gar nicht zwischen Kläger und Beklagtem, sondern zwischen beiden Parteien einerseits und dem durch den Defensor vinculi vertretenen Eheband andererseits ausgetragen. Das Verteidigungsrecht würde daher durch den Mangel der Ladung gar nicht verletzt werden; trotzdem ist die formelle Ladung „sub sententiae nullitate“ zwingend vorgeschrieben⁷.

B) Das Recht des CIC

Es muß betont werden, daß die positiv-rechtlichen Bestimmungen über die citatio prima in keiner Weise auf das Verteidigungsrecht abstellen; ihnen geht es ausschließlich um die „vocatio in ius“ (c 1711 § 1), durch die das Streitverhältnis herzustellen ist. Dabei handelt es sich eben um

⁵ SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118.

⁶ SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, nn. 3, 4 vol. 28 pp. 117 ss. — Vgl. auch SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635.

⁷ SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 4 vol. 28 p. 117 s.

Prozedurfragen, die durch das positive Recht zu regeln sind, weil sich hierzu aus der Natur der Sache nichts herleiten läßt. Wir müssen den rein formellen Charakter der Ladung deshalb zunächst so einseitig ins Blickfeld rücken, weil gezeigt werden soll, daß auch die Nichtigkeitsbestimmung in c 1894,¹⁰ als eine heilbare nur deswegen konzipiert sein kann, weil sie sich bloß auf die formelle *vocatio in ius* bezieht, nicht aber auf das Verteidigungsrecht. Daß durch die *citatio prima* direkt und unmittelbar nur das Streitverhältnis formell hergestellt werden soll, kann anhand einiger Einzelvorschriften nachgewiesen werden.

1) Die Adressaten der *citatio prima*

Die Ladung ist nicht nur an den Beklagten (c 1712 § 2) zu richten, sondern ebenso auch an den Kläger (§ 3), der den Inhalt der Ladung genau kennt und sich gegen seine eigene Klage ganz gewiß nicht verteidigen will.

2) Der Inhalt der *citatio prima*

Wenn die Ladung primär auf die Einräumung des Verteidigungsrechtes abzielte, wären die Vorschriften darüber, was die Ladung im einzelnen zu enthalten habe, viel zu minutiös geregelt (c 1715); schlechthin unbeantwortbar wäre in diesem Fall auch die Frage, aus welchem Grund diese Formalien unter den Schutz einer Nichtigkeitsstrafe gestellt werden (c 1723). Für die Gewährung des Verteidigungsrechtes wäre es nämlich vollkommen ausreichend, wenn dem Beklagten mitgeteilt würde, daß gegen ihn eine Klage eingebracht wurde, und er sich zu einem bestimmten Termin vor Gericht einzufinden habe. Bei diesem ersten Termin könnte ihm all das mitgeteilt werden, was nach geltendem Recht in der Ladung stehen muß, und er könnte darauf seine Verteidigung aufbauen. Statt dessen verlangt aber c 1715 unter Androhung der Nichtigkeit der Ladung und aller darauffolgenden Prozeßakte (c 1723), daß genau angegeben werden:

1. Die Namen des oder der Richter, bei denen die Klage eingebracht wurde;
2. der Streitgegenstand in wenigstens allgemeinen Worten;
3. der Name des Klägers sowie
4. Vor- und Zuname des Beklagten;
5. die Aufforderung zum Erscheinen vor Gericht mit genauer Orts- und Zeitangabe;

darüber hinaus sind ebenfalls als Gültigkeitserfordernis die Unterschriften des ladenden Richters und des Notars sowie die Beifügung des Gerichtssiegels vorgeschrieben. Mit ähnlicher Akribie hat das Gesetz nur noch Inhalt und Form des Urteils festgelegt (c 1874), worauf sich bezeichnenderweise die übrigen in c 1894 genannten Gründe einer heilbaren Nichtigkeit (2^o—4^o) beziehen. Dies ist verständlich, weil sowohl das Urteil wie auch die Ladung Wirkungen für die kirchliche Öffentlichkeit haben, deren Eintritt zweifelsfrei sichergestellt werden muß. Hinsichtlich der Ladung kann dieser nahezu perfektionistische Formalismus nur dann sinn-

voll erscheinen, wenn dadurch von vornherein jeder Zweifel bezüglich des Streitverhältnisses ausgeschlossen werden soll. Um jedoch dem Beklagten die Möglichkeit zur Verteidigung zu bieten, bedürfte es dieses extrem formalistischen Vorgehens nicht.

3) Die Ladung per edictum

Daß die Ladung keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verteidigungsrecht haben kann, wird besonders deutlich, wenn sie nach c 1720 § 1 per edictum erfolgen muß. In bestimmten Fällen genügt es sogar, wenn die Ladung am Tor der Kurie angebracht wird (§ 2), sodaß als fast sicher anzunehmen ist, daß sie niemals zur Kenntnis des Beklagten gelangen wird; auch der Gesetzgeber konnte das vernünftigerweise nicht annehmen. Im Hinblick auf das Verteidigungsrecht wäre die Ediktalladung daher völlig sinnlos. Wenn sie aber trotzdem unter Androhung der Prozeß- und Urteilnichtigkeit vorgeschrieben ist, muß sie einen anderen Zweck verfolgen: es soll unbezweifelbar festgehalten werden, wer gegen wen vor welchem Gericht worüber streiten will. Auf diese Weise wird das Streitverhältnis formell hergestellt. Und nur wenn dies geschehen ist, kann die Ladung ihre Wirkungen entfalten.

4) Die Wirkungen der *citatio prima*

sind nämlich teils für den Streitgegenstand, teils aber auch für den weiteren Prozeßverlauf von Bedeutung. In c 1725 wird bestimmt:

1. Mit Zustellung der Ladung hört die Sache, um die es in der Klage geht, auf, unstreitig zu sein; sie gilt als umstritten und gerichtshängig.
2. Die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes wird so befestigt, daß alle anderen Gerichte, für die es etwa auch Zuständigkeitsgründe gäbe, ihre Kompetenz verlieren.
3. Die Jurisdiktion eines delegierten Richters wird so befestigt, daß sie auch dann weiterbesteht, wenn die Gewalt des Deleganten aufhört.
4. Die Verjährungs- bzw. Ersitzungsfristen hinsichtlich der nun gerichtshängigen Sache werden unterbrochen.
5. Ab Zustellung der Ladung darf an der streitigen Sache nichts mehr verändert werden; Verstöße gegen diese Bestimmung gelten als rechtswidrige Prozeßeingriffe (c 1854) und sind nichtig (c 1855 § 1).

Aus diesen recht bedeutsamen Wirkungen der *citatio prima* kann nun tatsächlich eine sehr vernünftige Begründung dafür ersehen werden, daß die Ladung auch dann zu erfolgen hat, wenn der Beklagte unbekanntem Aufenthalts ist, und daß im Ladungsformular die handelnden Personen, die zu behandelnde Sache und das angerufene Gericht möglichst genau umschrieben werden müssen. Das Verteidigungsrecht aber hat mit dem direkten Ziel der *citatio prima* nichts zu tun.

C) Die Notwendigkeit der *citatio prima*

Damit die Wirkungen der Ladung eintreten können, ist die Einhaltung jener Förmlichkeiten notwendig, die im positiven Recht vorgeschrieben sind. Notwendig ist die formelle Ladung immer dann, wenn ein Streitverhältnis neu begründet werden soll, bzw. auch dann, wenn eine wesentliche Komponente eines bestehenden Streitverhältnisses geändert wird. Daß die Rota

1) in jeder Instanz

eine Ladung verlangt, wurde zum Teil schon gezeigt⁸. In den höheren Instanzen wird nämlich ein neuer Streit ausgetragen, in dem zwar die Streitparteien und der Streitgegenstand gleichbleiben; der Streit wird aber vor einem anderen Gericht ausgetragen. Das Urteil der unteren Instanz hat den dort geführten Streit beendet; wird der Streit in höherer Instanz wieder aufgenommen, muß das Streitverhältnis neu begründet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Beweislage aus dem Verfahren der Vorinstanz völlig klar sein sollte; denn darauf kommt es bei der formellen Ladung überhaupt nicht an. Auch die Rota betont mit Recht: „ . . . multa praescribuntur ad solemnitatem, non ad meram probationem“⁹. Andere Urteile verweisen auf c 1595 und EPO Art. 213, wonach die höheren Instanzen nach denselben Normen vorzugehen haben wie die erste¹⁰.

Eine *citatio prima* ist auch

2) in jedem Zwischenstreit

notwendig, wenn er „iudicialiter“ durchgeführt und entschieden werden soll (c 1840 § 2). Der Zwischenstreit hat nämlich einen anderen Streitgegenstand als das Hauptverfahren. Deshalb betont die Rota ausdrücklich: „Quando . . . Promotor iustitiae partem habet in negotio principali, citari quoque debet in incidenti, quod nexum habet cum principali, eodem modo quo altera pars est citanda et audienda sub poena nullitatis sententiae ob citationis defectum“¹¹.

Nicht ganz so deutlich tritt die Notwendigkeit der Ladung

3) bei Einführung neuer Klagegründe

während des Verfahrens zutage, da eine Änderung der Klageschrift nach c 1731,¹⁰ überhaupt nur mit Zustimmung des Beklagten erfolgen kann.

⁸ Vgl. oben S. 48.

⁹ SRR 10. 8. 1929 coram Mannucci, n. 2 vol. 21 p. 426.

¹⁰ SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 2 vol. 31 p. 85.

¹¹ SRR 3. 7. 1933 coram Parrillo, n. 3 vol. 25 p. 421. — Im Gegensatz dazu weist SRR 30. 7. 1970 coram Guglielmi, n. 13 vol. 22 p. 502, darauf hin, daß es im Ermessen des Richters liege, einen Zwischenstreit auch durch Dekret zu entscheiden, wofür keine *citatio* erforderlich sei. Auch daraus kann man den formellen Charakter der Ladung erkennen, die eben nur für einen Prozeß notwendig ist.

Die Einholung dieser Zustimmung bringt es jedoch zwangsläufig mit sich, daß klar zum Ausdruck gebracht werden muß, daß dieselben Streitparteien, zwischen denen ein Streitverhältnis bereits besteht, vor demselben Richter, dem auch der frühere Streitgegenstand unterbreitet wurde, nun zusätzlich über einen neuen Gegenstand in Streit liegen. Eine formelle Ladung nach c 1711 ist überflüssig, weil für die Herstellung des Streitverhältnisses hinsichtlich eines neuen Klagegrundes sogar mehr verlangt wird als die bloße *vocatio in ius*. Wenn jedoch ein Urteil *coram Brennan*¹² die heilbare Nichtigkeit eines Urteils hinsichtlich eines Klagegrundes behauptet, der erst im Restrikt geltend gemacht wurde, „*quia praetermissa fuit citatio, seu notificatio novi capitis parti conventae (can. 1894)*“, so sind gegen die Gleichstellung von „*citatio*“ und „*notificatio*“ Bedenken anzumelden. Denn die *citatio* als *vocatio in ius* hat Wirkungen für die kirchliche Öffentlichkeit und kann daher niemals mit einer bloßen *notificatio* an den Beklagten gleichgesetzt werden. Wenn die Ladung nur den Charakter einer Mitteilung hätte, die dem Beklagten die Wahrnehmung des Verteidigungsrechtes ermöglichen soll, wären die Nichtigkeitsbestimmungen in cc 1723 und 1894,¹⁰ kaum verständlich: die Gültigkeit einer bloßen Mitteilung könnte schwerlich von so diffizilen Formvorschriften abhängig gemacht werden, wie sie für die *citatio prima* ergangen sind.

Eine förmliche Ladung ist dagegen

4) nicht bei Richterwechsel

während des Verfahrens notwendig, da hierdurch keine Komponente des Streitverhältnisses verändert wird. Ausgewechselt wird nur die Person des Richters, nicht aber das Gericht als solches, vor dem der Streit anhängig ist (vgl. c 1615 § 1). Zwar ist bei Richterwechsel erforderlich, daß der neue Richter den Parteien in einer Mitteilung namhaft gemacht wird, damit sie gegebenenfalls eine Einrede vorbringen können; dies hat jedoch nichts mit dem Streitverhältnis zu tun, wohl aber kann die Unterlassung einer solchen Mitteilung Auswirkungen auf das Verteidigungsrecht haben.

Mit den bisherigen Darlegungen glauben wir deutlich gemacht zu haben, daß die *citatio prima* zunächst und unmittelbar nur die *vocatio in ius* betrifft, d. h. die formelle Herstellung des Streitverhältnisses. Nicht gezeugnet kann und soll aber werden, daß die formelle Ladung und vor allem ihre Unterlassung in der Regel Auswirkungen auf das Verteidigungsrecht hat.

II) Der Bezug zum Verteidigungsrecht

In den allermeisten Fällen ist die förmliche Ladung die erste Voraussetzung dafür, daß jemand sein Verteidigungsrecht ausüben kann. Und in diesem, aber nur in diesem Sinn stellt sie tatsächlich ein Wesenselement des Prozesses dar. Nur diese von selbst gegebene Sekundärwirkung gibt

¹² SRR 30. 10. 1958 *coram Brennan*, n. 5 vol. 50 p. 553.

der Rota das Recht, unter Berufung vor allem auf Pichler¹³, Reiffenstuel¹⁴ und Schmalzgrueber¹⁵ zu sagen, daß die Ladung, „quatenus est in ius vocatio seu quatenus est actus legitimus, quo quis ex mandato iudicis vocatur in iudicium, iuris experiundi causa“, nicht nur kraft positiven, sondern auch kraft natürlichen Rechts notwendigerweise erforderlich ist¹⁶. Mit Recht wird auch auf die Gefahr hingewiesen, die aus einer Unterlassung der Ladung für das naturrechtlich gewährleistete Verteidigungsrecht entstehen könnte¹⁷.

Mitunter gewinnt man allerdings den Eindruck, als wollte die Rota die formelle Ladung selbst auf eine naturrechtliche Notwendigkeit gründen¹⁸. Dies dürfte auf den großen Einfluß von Wernz-Vidal zurückzuführen sein, die zwar zunächst lediglich feststellen, daß die citatio dem Grundsatz „audiatur et altera pars“ Rechnung trägt¹⁹, dann aber auch die Nichtigkeitsanktion in cc 1723 und 1894,1⁰ ausschließlich damit begründen, daß durch die Unterlassung der Ladung das Verteidigungsrecht verletzt wird²⁰; daß c 1894,1⁰ etwa nur dafür sorgen soll, daß die Herstellung des Streitverhältnisses in der rechten Weise erfolgt, wird nicht einmal in Erwägung gezogen. Der Zweck der Ladung wird einzig darin gesehen, daß der Beklagte von der Tatsache in Kenntnis gesetzt werden soll, daß gegen ihn eine Klage eingebracht wurde. Dabei stellen die Autoren sogar fest, daß von einer persönlichen Ladung abgesehen werden kann, wenn der Beklagte auf anderem Weg von der Einbringung der Klage erfahren hat; die Ladung durch Edikt dürfe jedoch nie unterbleiben²¹. Die Frage, welchen Sinn die Ediktalladung in diesem Fall haben soll, wird nicht gestellt.

Auch andere Autoren scheinen die unterschiedliche Gewichtigkeit der citatio prima, je nachdem sie die Herstellung des Streitverhältnisses bewirkt oder die normale Voraussetzung für die Ausübung des Verteidi-

¹³ Vitus Pichler, *Ius Canonicum secundum quinque Decretalium titulos*, Venetiis 1758, lib. II tit. 3 n. 15: „Citatio quoad absentem est simpliciter necessaria ad valorem Iudicii, . . . Ratio, quia citatio videtur esse iuris naturalis, quod exigit, ut nullus, non prius auditus, condemnetur, cum ordinarie contingat, ut vel culpa vel saltem poena minui possit per excusationem aut defensionem, quam reus potest opponere; si autem non citetur, haec ipsi defensio negatur.“

¹⁴ Reiffenstuel lib. II tit. 3 n. 68: „ . . . quia citatio spectat ad naturalem defensionem, sicque nulli est deneganda; cum nemo inauditus condemnari debeat. Unde et citatio dicitur esse principium, ac fundamentum iudicii, . . . merito ea censetur esse Iuris naturalis, et Divini, quod nec per principem tolli potest.“

¹⁵ Schmalzgrueber lib. II tit. 3 n. 15: Die Ladung „ita necessaria est quoad absentem, ut nullatenus omitti per se loquendo possit, et si omittatur, omnis alius actus iudicialis ipso iure irritus, et nullus est; . . . ne quidem summum pont. aut imperatorem ex plenitudine potestatis eam posse omittere, et dare sententiam, partibus non citatis. Ratio est, quia cum ad defensionem spectet, iuris naturalis est, et in iis, quae sunt iuris naturalis, etiam summi principes iure privatorum censentur.“

¹⁶ SRR 28. 1. 1918 coram Sebastianelli, n. 4 vol. 10 p. 13 s. — Ebenso SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635; SRR 20. 2. 1958 coram Lefebvre, n. 2 vol. 50 p. 102.

¹⁷ SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 4 vol. 28 p. 118; SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 3 vol. 31 p. 86: „Neque intellegitur ‚praxis‘ non citandi in gradibus appellationis, ad quam sese refert Tribunal Y., quae omnino esset reprobanda ut contraria omnibus praescriptis Codicis et facile iuris naturalis litigantium laesiva.“

¹⁸ Z. B. SRR 22. 7. 1942 coram Quattrococo, n. 8 vol. 34 p. 704: „ . . . nititur enim citatio iure naturali.“

¹⁹ Wernz - Vidal - Cappello VI 340.

²⁰ Wernz - Vidal - Cappello VI 344.

²¹ Wernz - Vidal - Cappello VI 345.

gungsrechtes schafft, nicht gesehen zu haben²². Wir sind auch nicht der Meinung, daß die *citatio prima* als *vocatio in ius*, wie sie im CIC konzipiert ist, eine „Folgerung“ aus dem Grundsatz „*audiatur et altera pars*“ ist²³. Wir sehen in ihr vielmehr ein vollkommen selbständiges Element im Prozeß, das zunächst den Zweck hat, hinsichtlich des Streitverhältnisses Klarheit zu schaffen. Daß sie — gleichsam nebenbei — auch die Ausübung des Verteidigungsrechtes ermöglicht, ist genauso unbestritten wie, daß durch die Zustellung des Urteils die Ausübung des Berufungsrechtes ermöglicht wird. Niemand wird aber bestreiten, daß das Urteil ein von der Berufung unabhängiger selbständiger Akt im Prozeßrecht ist.

Im übrigen ist anzumerken, daß die Rota dieses Problem immer nur dann behandelt, wenn eine untere Instanz die Ladung unterlassen hat. Der Mangel der Ladung hat aber zumeist zur Folge, daß dem Beklagten die Verteidigungsmöglichkeit verwehrt bleibt. Es ist daher nur selbstverständlich, daß die Richter, die sich mit einer diesbezüglichen Nichtigkeitsbeschwerde zu befassen haben, ihr Augenmerk weniger der Nichtbegründung des Streitverhältnisses, die ja nur in positiv-rechtlicher Hinsicht einen vergleichsweise geringen Mangel darstellt, zuwenden, als vielmehr der sich daraus ergebenden weitaus schwererwiegenden Konsequenz, daß die Verteidigungsmöglichkeit verwehrt ist. Wenn eine solche aber trotz mangelnder Ladung gegeben war, besteht die Rota mit Recht darauf, daß die wegen Unterlassung der förmlichen Ladung eingetretene Urteilsnichtigkeit ausheilt²⁴. Schon im Hinblick auf die möglichen Konsequenzen für das Urteil muß daher bei der Ladung zwischen ihrem eigentlichen Zweck und ihrer sehr bedeutsamen Nebenwirkung ganz klar unterschieden werden²⁵. Nur durch diese Unterscheidung wird auch einsichtig, daß einer Nichtigkeitsbeschwerde aus c 1894,1^o selbst dann stattgegeben werden muß, wenn das Verteidigungsrecht weder der amtlichen noch der privaten Parteien irgendwie beeinträchtigt gewesen ist²⁶.

Noch einmal sei deshalb festgehalten, daß die *citatio prima* als solche primär der Herstellung des Streitverhältnisses dient. Ihre Unterlassung führt dazu, daß die in c 1725 genannten Wirkungen der Ladung nicht eintreten können; dasselbe gilt auch für die unvollständige Ladung, da c 1725 davon ausgeht, daß die *citatio* „legitime“ durchgeführt wurde. Fehlt aber die Ladung überhaupt, so kann dies darüber hinaus noch zur Folge haben, daß den Parteien die ihnen naturrechtlich gewährleistete Verteidigungsmöglichkeit im Prozeß vorenthalten wird.

Das Verteidigungsrecht wird aber auch dann vorenthalten, wenn eine Partei für säumig erklärt wird, weil sie einer ungültigen Ladung nicht

²² Antonius Hanssen, *De sanctione nullitatis in processu canonico*: Apollinaris 11 (1938) 385, 12 (1939) 237; Heinrich Straub, *Die contumacia im kirchlichen Eheprozeß*: *Ecclesia et Ius*. Festgabe für A. Scheuermann. München - Paderborn - Wien 1968, S. 614 f.

²³ Eichmann - Mörsdorf III 118 f.

²⁴ SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 223: „iamvero in casu accusatus a Tribunalibus secundi et tertii gradus non quidem formiter citatus est, sed ipse sua sponte comparuit, non solum per libellum appellationis, sed etiam per ultiores litteras, in quibus partim exponit suas defensiones, partim proponit novos testes, partim implorat acceleratam causae definitionem.“ — Über „spontanes Erscheinen“ vgl. unten SS. 55—58.

²⁵ Am deutlichsten dürfte dies bisher Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 672 f. getan haben.

²⁶ SRR 22. 7. 1942 coram Quattrococo, n. 8 vol. 34 p. 704.

nachgekommen ist (c 1843 § 1,1^o). In diesem Fall wäre wegen der mangelhaften Ladung (c 1723) auch die Säumigkeitserklärung ungültig. Wenn die Partei aufgrund dieser richterlichen Maßnahme ihre Rechte im Prozeß nicht wahrnehmen kann, sind Prozeß und Urteil unheilbar nichtig²⁷.

III) Die Ersetzbarkeit der *citatio prima*

A) Das spontane Erscheinen

1) Das Recht des CIC

Das Gesetz sieht vor, daß eine förmliche Ladung dann nicht notwendig ist, wenn die Parteien aus eigenem Antrieb vor Gericht erscheinen, um Prozeß zu führen (c 1711 § 2). Als Regelfall wird wohl der anzunehmen sein, daß die Parteien sich gemeinsam an das Gericht wenden, um eine strittige Sache durch richterliches Urteil klären zu lassen. Wenn nämlich das Verfahren auf diese Weise in die Wege geleitet wird, besteht von vornherein die nötige Klarheit darüber, welche Personen vor welchem Gericht worüber streiten wollen, sodaß der Zweck der *citatio prima* erreicht ist.

Für die kirchliche Öffentlichkeit muß die Herstellung eines bestimmten Streitverhältnisses beweisbar sein. Wird das Streitverhältnis in ordentlicher Weise durch die Ladung hergestellt, ist die Beweisbarkeit durch die Schriftlichkeit und die vorgeschriebenen Unterschriften von selbst gegeben. Wenn jedoch die Parteien spontan erscheinen, sodaß eine schriftliche Ladung nicht nötig ist, muß der Notar, dessen Unterschrift öffentlichen Glauben schafft (c 373 § 1), einen entsprechenden Aktenvermerk vornehmen. Erst ab diesem Zeitpunkt besteht das prozessuale Streitverhältnis; der förmliche Aktenvermerk seitens des Notars ersetzt die förmliche Ladung und entfaltet dieselben Wirkungen wie diese.

2) Die Aussagen der Rota

Auch die Rota spricht in einigen Urteilen davon, daß das spontane Erscheinen die förmliche Ladung ersetzt²⁸. An einer Stelle tritt sogar klar

²⁷ SRR 27. 2. 1930 coram Mannucci, n. 4 vol. 22 p. 120: „... sententiam nempe Curiae Z. latam fuisse in contumacem, qui contumax nullatenus erat. Hoc autem in iure est idem ac dicere: partem conventam iniuste, facto nempe ipsius iudicis, privatam in casu fuisse iure se defendendi, et condemnatam fuisse inauditam, indefensam, absque contradictorio, ...“. — Vgl. Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 676; Straub 615.

²⁸ SRR 13. 7. 1918 coram Prior, n. 3 vol. 10 p. 92: „... conventus de facto comparuit, quod ad omnes effectus iuridicos sufficit. Inutiliter enim citatur qui praesens est.“

SRR 22. 7. 1942 coram Quattrococo, n. 8 vol. 34 p. 704: „... adnotarunt Domini Patres citationem, seu actum quo quis de mandato Iudicis in iudicium vocatur, suppleri equidem posse per spontaneam partium comparitionem in iudicio iuris experiundi causa.“

zutage, daß die eigentliche Ersatzhandlung in der förmlichen Aktennotiz des Notars zu sehen ist²⁹.

Zumeist aber spricht die Rota in diesem Zusammenhang wenig korrekt und außerordentlich irreführend von einer „sanatio“, wobei man sich völlig zu Unrecht auf c 1711 § 2 beruft³⁰, da an dieser Gesetzesstelle von einer sanatio weder gesprochen wird, noch eine solche gemeint sein kann. Denn geheilt kann ein nichtiger Akt schließlich nur dann werden, wenn die Nichtigkeit tatsächlich eingetreten ist. Nach der eindeutigen Konzeption von c 1711 tritt aber beim spontanen Erscheinen der Parteien vor Gericht eine Nichtigkeit gerade nicht ein, da sie ja dieselben Rechtswirkungen entfaltet wie die *citatio prima* selbst³¹. Wenn also das Streitverhältnis in der in c 1711 § 2 vorgeschriebenen Weise hergestellt wird, wird eben dadurch eine Urteilsnichtigkeit nach c 1894,1^o absolut ausgeschlossen.

An der Rota wird sogar die Auffassung vertreten, daß der Mangel der Ladung deshalb zu den heilbaren Nichtigkeiten gerechnet wird, „quia, ut ipsa dictat naturalis ratio, sanari potest per spontaneam comparitionem animo interveniendi in iudicio (cfr. can. 1711 § 2)“³². Aus den schon dargelegten Gründen halten wir diese Auffassung für unrichtig. Manche Urteile der Rota unterscheiden einfach nicht klar genug zwischen der Ersetzbarkeit eines Rechtsaktes durch einen anderen und der Heilbarkeit eines nichtigen Rechtsaktes³³, die nur vom Gesetzgeber verfügt werden kann. Außerdem wird nur ganz selten³⁴ beachtet, daß c 1711 § 2 sehr präzise angibt, wie die förmliche Ladung ersetzt werden kann: „ . . . opus non est citatione, sed actuarius significet in actis partes sponte sua iudicio adfuisse.“ Das „sed“ zeigt eindeutig an, was *statt* der Ladung zu geschehen hat, worin also die Ersatzhandlung besteht. Die Tatsache, daß die Parteien spontan erschienen sind, ist dabei nur die notwendige Voraussetzung dafür, daß die Ersatzhandlung gesetzt werden kann, bzw. diese kann nur gesetzt werden unter der Bedingung, „wenn“ die Parteien spontan erscheinen, um einen Prozeß zu führen bzw. sich daran zu beteiligen; denn nur in diesem Fall ist eine förmliche Ladung nicht notwendig.

²⁹ SRR 22. 7. 1942 coram Quattrocolo, a. a. O.: „Nam ut suppletur citatio per spontaneam comparitionem partium coram Iudice, oportet ut actuarius in actis significet partes sponte sua in iudicio adfuisse (can. 1711, § 2).“

³⁰ SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 223: „ . . . praecipuus modus sanandi citationem neglectam, ab ipso Codice (can. 1711, § 2) indicatus, habetur quando citandus sua sponte coram Iudice se sistit.“

SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 3 vol. 31 p. 86: „Sanatio autem huius citationis defectus, unice per spontaneam partium comparitionem obtineri potuerat, iuxta can. 1711, § 2; quod non contingit.“

³¹ Das Nichtvorliegen des Nichtigkeitsgrundes nach c 1894,1^o hat auch Flatten 649 betont. Im Gegensatz zu ihm beziehen wir aber das spontane Erscheinen genauso wie die *citatio prima* nicht primär auf das Verteidigungsrecht, sondern auf die Herstellung des Streitverhältnisses.

³² SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635. — Vgl. auch SRR 20. 2. 1958 coram Lefebvre, n. 2 vol. 50 p. 102.

³³ SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 2 vol. 31 p. 85: „At spontanea partis comparitio ad causam agendam, defectum citationis *supplet*, aut citationem nullam *sanare* censetur; . . .“. — Vgl. Roberti II 223 s.

³⁴ Vgl. oben Anm. 29.

Da jedoch die erwähnte Unterscheidung nicht getroffen und der Gesetzeswortlaut nicht genügend beachtet wird, findet sich in den Rotalurteilen häufig die Meinung, der Mangel der Ladung werde schon dadurch „geheilt“, daß die beklagte Partei tatsächlich in irgendeiner Form am Verfahren teilnimmt und sich verteidigen kann³⁵; in diesem Fall werde der Mangel der Ladung „partis consensu“ saniert³⁶.

3) Die Ursachen des Mißverständnisses

Die Neigung, die förmliche Ladung bzw. deren Ersatz durch das spontane Erscheinen ausschließlich im Zusammenhang mit dem Verteidigungsrecht zu sehen, dürfte auf die Bestimmungen des ältesten Kirchenrechts zurückzuführen sein, die vor allem eingeschärft haben, daß gegen einen Abwesenden nicht gerichtlich vorgegangen werden dürfe³⁷. Vor dem CIC konnten aber Doktrin³⁸ und Judikatur³⁹ ohne jede Gefahr eines Mißverständnisses Ladung und spontanes Erscheinen in diesen ausschließlichen Zusammenhang bringen, da beides durch die qualitativ gleiche Nichtigkeitsstrafung geschützt war. Nach Inkrafttreten des CIC haben sich aber manche Rotarichter⁴⁰ auch weiterhin auf jene Autoren berufen, die das alte Recht dargelegt haben; dabei haben sie jedoch nicht beachtet, daß inzwischen die *citatio prima* durch c 1894,1⁹ eine völlig neue Qualität erhalten hat, die mit der des naturrechtlich gewährleisteten Verteidigungsrechts nicht mehr zu vergleichen ist. Daher muß immer wieder betont werden: Im CIC haben die Ladung und das sie ersetzende spontane Erscheinen primär die Aufgabe, das Streitverhältnis klar zu bestimmen. Wenn daher ein Beklagter im Laufe des Verfahrens vor Gericht erscheint, ohne geladen gewesen zu sein, kann er zwar unter Umständen sein Verteidigungsrecht wahrnehmen; wenn aber der Notar den in c 1711 § 2 geforderten Aktenvermerk nicht vornimmt, ist das Streitverhältnis nicht formell hergestellt. Das hat nun nicht nur zur Folge, daß das Urteil innerhalb von drei Monaten als nichtig angegriffen werden kann (c 1895)⁴¹; es treten auch die in c 1725 aufgezählten Wirkungen der *citatio prima* nicht ein, sodaß etwa bei einer Mehrzahl von zuständigen Gerichten dieselbe Streitsache vor einem anderen Gericht anhängig gemacht werden könnte, das seine Zuständigkeit durch die förmliche Ladung dann so befestigen würde, daß

³⁵ SRR 13. 7. 1918 coram Prior, n. 3 vol. 10 p. 92; SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 223.

³⁶ SRR 4. 2. 1939 coram Canestri, n. 2 vol. 31 p. 85.

³⁷ cc. 2, 4, 11—13 C III q. 9; c. 1 X 2, 12; c. 1 Clem 2, 12. Vgl. auch *Regulae servandae in Iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal v. 6. 3. 1912, art. 5: AAS 4 (1912) 189.*

³⁸ Pichler lib. II tit. 3 n. 15; Reiffenstuel lib. II tit. 3 n. 68; Schmalzgrueber lib. II tit. 3 n. 15; Michael Lega, *De Iudiciis Ecclesiasticis I*, Romae 1896, p. 430.

³⁹ SRR 28. 1. 1918 coram Sebastianelli, n. 4 vol. 10 p. 14: „quando enim quis coram iudice sistit iuris sui experiendi causa, nihil refert an sit praesens per decretum citationis, vel sponte sua citationem praeveniens, aut casu aliquo coram iudice sua iura defensurus; finis enim citationis obtentus est, et defensionis aequae consultum.“ — Vgl. SRR 5. 3. 1915 coram Sebastianelli, n. 4 vol. 7 p. 74.

⁴⁰ SRR 13. 7. 1918 coram Prior, n. 3 vol. 10 p. 92; SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635.

⁴¹ SRR 22. 7. 1942 coram Quattrococo, n. 8 vol. 37 p. 704 s.

das ursprünglich angegangene Gericht seine Kompetenz verliert (c 1568), auch wenn es vielleicht schon die Beweisaufnahme abgeschlossen haben sollte. Auch hinsichtlich des Ausbleibens der übrigen Wirkungen der Ladung könnten sich unabsehbare Folgen für den Prozeß und die Streit-sache ergeben; denn der Streit beginnt erst mit der Zustellung der Ladung bzw. mit dem formellen Vermerk des Notars in den Akten⁴². Die bloße Teilnahme am Verfahren ist jedoch nicht als spontanes Erscheinen zu werten (c 1711 § 2).

B) Die Dispens von der *citatio prima*

In den Urteilen der Rota findet sich ein einziges Beispiel dafür, daß von der Ladung des Beklagten aufgrund päpstlicher Dispens Abstand genommen wurde, da dieser schon in erster Instanz ein Erscheinen vor Gericht abgelehnt hatte, wobei er eine „*epistolam Catholicae Ecclesiae haud reverentem*“ geschrieben hat⁴³. Das Problem selbst wird dabei nicht einmal ausführlich behandelt; die Tatsache der Dispenserteilung wird lediglich am Ende der „*Facti species*“ kurz erwähnt.

Uns stellt sich aber die grundsätzliche Frage, ob bzw. inwieweit der Papst von der *citatio prima* dispensieren kann. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß Autoren vom Range eines Reiffenstuel⁴⁴ oder Schmalzgrueber⁴⁵, auf die sich auch die Rota immer wieder beruft, der Auffassung waren, daß die *citatio* eine naturrechtliche Notwendigkeit darstellt, von der nicht einmal die höchsten menschlichen Gesetzgeber dispensieren können. Da diese Autoren die *citatio prima* in einem ausschließlichen Zusammenhang mit dem Verteidigungsrecht gesehen und behandelt haben, mußten sie tatsächlich zu dieser Meinung kommen. Denn die Gewährung des Verteidigungsrechtes ist vom Naturrecht gefordert, über das weder Papst noch Kaiser Gewalt haben.

Nun hat aber der Papst im berichteten Fall Dispens gewährt. Nach allem, was die bisherige Untersuchung ergeben hat, kann es sich dabei lediglich darum handeln, daß der Papst in einem bestimmten Einzelfall von der förmlichen Ladung dispensierte, durch die normalerweise das Streitverhältnis hergestellt wird. Niemand wird bestreiten, daß der Papst das Recht hat, hinsichtlich seines eigenen Gesetzes Befreiungen zu gewähren (c 80).

Im konkreten Fall kennen wir den Inhalt des Briefes, in dem der Beklagte offenbar Schmähungen gegen die Kirche vorgebracht hat, nicht. Es ist jedoch anzunehmen, daß er in diesem Zusammenhang auch zum Ausdruck gebracht hat, daß er entgegen der Aufforderung des erstinstanzlichen Gerichtes am kirchlichen Verfahren nicht teilnehmen werde. Damit hätte er implizit auf das Verteidigungsrecht verzichtet, was ihm selbstverständlich freistand. In diesem Fall konnte in höherer Instanz ohne Be-

⁴² Vgl. c 1725,5^o: „*Lis pendere incipit; . . .*“.

⁴³ SRR 16. 1. 1952 coram Felici, n. 1 vol. 44 p. 24.

⁴⁴ Reiffenstuel lib. II tit. 3 n. 68: „*. . . merito ea censetur esse Iuris naturalis, et Divini, quod nec per principem tolli potest.*“

⁴⁵ Schmalzgrueber lib. II tit. 3 n. 15: „*. . . nequidem summum pont. aut imperatorem ex plenitudine potestatis eam posse omittere, et dare sententiam, partibus non citatis.*“

denken von einer Prozeßförmlichkeit dispensiert werden, da man die Säumigkeit des Beklagten mit Recht präsumieren durfte.

Die Tatsache dieser einmaligen Dispensgewährung zeigt aber, daß auch der kirchliche Gesetzgeber die eigentliche Funktion der Ladung im Prozeß von ihrer Beziehung zum Verteidigungsrecht sehr wohl unterscheidet.

IV) Die Ladung für amentes

A) Die Funktion des Kurators

Die Herstellung des prozessualen Streitverhältnisses setzt voraus, daß beide Streitparteien sich der prozessualen Rollenfähigkeit erfreuen. Geisteskrank sind wohl parteifähig, nicht aber prozeßfähig und prozeßführungsbefugt; ihre Interessen vor Gericht müssen daher von ihrem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden (c 1648), an den auch die *citatio prima* zu gehen hat (c 1713)⁴⁶. Wenn bei Prozeßeröffnung kein Zweifel darüber besteht, daß eine Partei geisteskrank ist, so kann das Streitverhältnis nur über deren Kurator hergestellt werden⁴⁷. Eine Ladung, die an den Geisteskranken selbst ginge, wäre nicht „*legitima intimata*“ und daher nach c 1723 ungültig, was wieder die — zunächst allerdings nur heilbare — Nichtigkeit des Urteils nach c 1894,1⁰ nach sich zöge. Nun ist aber ein Geisteskranker auch nicht in der Lage, sich selbst zu verteidigen; auch diese Aufgabe hat daher der Kurator wahrzunehmen. Das Fehlen eines Kurators würde daher auch das Verteidigungsrecht tangieren, sodaß sich schon daraus eine naturrechtlich unheilbare Nichtigkeit des Prozesses und Urteils für den Fall ergäbe, daß überhaupt niemand die Interessen des Kranken vertritt. Darüber hinaus sieht aber auch c 1892,2⁰ eine unheilbare Urteilsnichtigkeit vor, wenn wenigstens eine Partei nicht prozeßfähig war⁴⁸.

Auch die Rota unterscheidet die beiden Funktionen des Kurators, der den Geisteskranken in der Parteienrolle und in der Verteidigung zu vertreten hat⁴⁹. Da der Kurator die Vertretung in der Parteienrolle während des ganzen Verfahrens innehat, ist es selbstverständlich, daß sich das Gericht in allen den Prozeß betreffenden Fragen an ihn, nicht aber an die kranke Partei zu wenden hat. So weist die Rota einmal mit Recht eine Rüge der Apostolischen Signatur zurück, die bemängelt hatte, daß die geisteskranke Beklagte weder vor den beiden Instanzen gehört wurde noch ihr die Urteile zugestellt worden sind⁵⁰.

⁴⁶ PCI v. 25. 1. 1943: AAS 35 (1943) 58. — Vgl. zum Ganzen Eichmann - Mörsdorf III 88 ff.

⁴⁷ Über Zulässigkeit und Notwendigkeit des Kurators vgl. unten SS. 60 f.

⁴⁸ Diese Bestimmung meint aber alle Arten der Prozeßunfähigkeit, nicht nur die Geisteskrankheit.

⁴⁹ SRR 20. 3. 1964 coram Sabattani, n. 8: MonEccl 90 (1965) 238: „Nullitas sententiae, in casu, . . . provenit . . . ex eo quod relatio processualis valide instaurata non fuit, quia ex una parte habebatur persona minus firmatae mentis, quae nequibat sua iura recte prosequi aut defendere.“ — Vgl. SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 2 vol. 47 p. 167.

⁵⁰ SRR 18. 5. 1956 coram Sabattani, nn. 2—4 vol. 48 pp. 447 s.

B) Die Bestellung des Kurators

In c 1648 § 1 wird angeordnet, daß für Minderjährige und Geisteskranke deren „parentes aut tutores vel curatores“ vor Gericht zu agieren haben; als Vertreter für Entmündigte und Geistesschwache erwähnt c 1650 allerdings nur die „curatores“, woraus wohl zu schließen ist, daß die in c 1648 § 1 genannten Eltern und Vormünder nur als Vertreter ihrer minderjährigen Kinder bzw. Mündel fungieren können. Wenn die Kinder bereits erwachsen sind, brauchen sie im Falle der Geisteskrankheit einen Kurator; das kann zwar durchaus auch ein Elternteil sein, doch ist dazu eine besondere Bestellung erforderlich. Auf diesem Standpunkt steht auch die Rota, wenn sie in einem Urteil feststellt, daß die Beklagte „a patria potestate emancipata est. Sed usu rationis destituta, curatore indiget qui eam coram Iudice repraesentet (can. 1648)“⁵¹. Da es sich hier um einen Eheprozeß gehandelt hat, hätte dies schon aufgrund von EPO Art. 77 klar sein müssen.

Damit jemand in einem Prozeß als Kurator auftreten kann, bedarf er der Bestellung oder, wenn er bereits staatlicherseits bestellt worden ist, der ausdrücklichen Zulassung durch den für ihn zuständigen Ordinarius (c 1651, EPO Art. 78). Die Bestellung bzw. Zulassung des Kurators erfolgt nicht durch einen prozessualen Entscheid⁵², sondern im Wege eines Gerichtsverwaltungsaktes, nachdem der Bischof die andere Partei und den Ehebandsverteidiger angehört hat (EPO Art. 78 § 3). Der Geisteskranke selbst muß dazu nicht gehört werden; er hat dem Kurator auch kein Mandat zu erteilen⁵³.

Wenn die Bestellung oder Zulassung des Kurators durch den Bischof unterblieben ist, kann dieser keine Vertretungsfunktion im Prozeß ausüben; ein trotzdem mit seiner Beteiligung geführtes Verfahren wäre nach c 1892,2^o unheilbar nichtig⁵⁴.

C) Die Zulässigkeit und Notwendigkeit des Kurators

Die Frage, ob die Bestellung eines Kurators notwendig bzw. überhaupt zulässig ist, wird dann leicht zu beantworten sein, wenn es sich um einen klaren, auch für den Laien erkennbaren Fall von Geisteskrankheit handelt. In weniger klaren Fällen stellt sich jedoch die Frage, ob ein Kurator überhaupt aufgestellt werden darf. Besonders in Ehenichtigkeitsverfahren wegen Geisteskrankheit darf eine solche nicht a priori auf die bloße Klagebehauptung hin angenommen werden, da sie ja erst im Prozeß selbst bewiesen werden muß⁵⁵. Auch ist anzumerken, daß die Notwendigkeit

⁵¹ SRR 18. 1. 1958 coram Heard, n. 2 vol. 50 p. 25.

⁵² SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 2 vol. 47 p. 167.

⁵³ SRR 18. 5. 1956 coram Sabbatani, nn. 2, 5 vol. 48 pp. 447, 448 s. — Vgl. aber Eichmann - Mörsdorf III 91, die für eine Anhörung des Geisteskranken eintreten, sofern der Krankheitszustand dies zuläßt.

⁵⁴ SRR 18. 1. 1958 coram Heard, n. 2 vol. 50 p. 25: „Iudices vero primae instantiae, absque decreto Ordinarii, genitores citaverunt ad filiam repraesentandam in iudicio. Sententia ergo nulla est (can. 1892,2^o).“

⁵⁵ Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 676.

eines Kurators nicht nach dem Zeitpunkt der Eheschließung, sondern nach dem des Prozeßbeginns zu beurteilen ist⁵⁶.

Im Zweifelsfall wird man daher schon am Anfang des Verfahrens einen Arzt heranziehen müssen, um zu klären, ob ein Kurator zu bestellen ist oder nicht⁵⁷. Wenn aber trotz der ärztlichen Untersuchung ein Zweifel bleibt, ist die Prozeßfähigkeit zu vermuten, und die Bestellung eines Kurators muß unbedingt unterbleiben, da die Partei- und Prozeßfähigkeit zu den natürlichen Menschenrechten zählt, deren Verlust strikte nachzuweisen ist⁵⁸. In diesem Fall könnte die Heranziehung eines Kurators auch eine Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes bedeuten.

Wenn aber zum Zeitpunkt des Verfahrens die Geisteskrankheit und damit der Mangel der Prozeßfähigkeit faktisch feststehen, muß ein Kurator bestellt werden. In diesem Fall kann man sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß die Geisteskrankheit erst durch den Prozeß bewiesen werden muß. Denn es geht darum, daß die Rechte des Kranken im Prozeß ausreichend vertreten werden⁵⁹. Zudem ist im Prozeß die Geisteskrankheit für den Zeitpunkt der Eheschließung, nicht für den des Verfahrens nachzuweisen.

V) Der Mangel der *citatio prima* und seine Folgen für den Prozeß

A) Die Nichtigkeitssanktion in c 1894, 1^o

Prozeß und Urteil sind dann heilbar nichtig, wenn die förmliche Ladung überhaupt unterblieben ist, ohne durch das spontane Erscheinen und den Aktenvermerk hierüber ersetzt worden zu sein (c 1711), oder wenn die Ladung den in c 1715 verlangten Inhalt nicht aufweist bzw. nicht rechtmäßig zugestellt worden ist (c 1723). Denn nur dann, wenn die im Gesetz genau dargelegten Förmlichkeiten beobachtet werden, kann man von einer „legitima citatio“ sprechen.

Die heilbare Nichtigkeit des Urteils tritt daher auch dann ein, wenn der Beklagte zwar de facto am Verfahren teilnimmt und sich verteidigt, sein Erscheinen vor Gericht aber auf eine illegitima citatio zurückzuführen ist, es sei denn, daß der Notar durch einen entsprechenden Aktenvermerk die im Gesetz vorgesehene Ersatzhandlung nach c 1711 § 2 setzt.

⁵⁶ SRR 20. 3. 1964 coram Sabattani, n. 8: MonEcl 90 (1965) 239 s.: „Nullitas sententiae ob defectum constitutionis vel interventus curatoris declarari potest et debet, quotiescumque constat coniugem, tempore processus, non frui discretione iudicii necessaria ad contrahendum.“

⁵⁷ SRR 30. 9. 1965 coram Mattioli: MonEcl 92 (1967) 323.

⁵⁸ SRR 2. 12. 1965 coram Mattioli: MonEcl 92 (1967) 324: „E contra,abilitas ad standum in iudicio, cum proveniat Ecclesiae membris ex ipso naturali iure, inalienabilis haberi debet, quoadusque oppositum stricte atque certe non probetur.“ — SRR 30. 9. 1965 coram Mattioli: MonEcl 92 (1967) 323: „ . . . quoadusque absoluta necessitas non appareat, vel res dubia maneat, pro nullitate actorum tuto concludi nequit.“

⁵⁹ SRR 20. 3. 1964 coram Sabattani, n. 8: MonEcl 90 (1965) 240: „Absurdum enim est quod in causa nullitatis matrimonii, perfecte amentes et ipsi in iudicio stare possint, quia amentia non praesumitur, sed de ea debet iudicialiter constare.“

Absurd wäre jedoch die Annahme, daß das völlige Fehlen des Verteidigungsrechtes infolge mangelnder Ladung zu einer nur heilbaren Nichtigkeit führen sollte.

Es ist daran festzuhalten, daß c 1894,¹⁰ lediglich dafür sorgen will, daß die Gerichte die in cc 1711—1722 positiv festgelegten Normen genau einhalten, damit die in c 1725 aufgezählten Wirkungen eintreten können.

Von einem Fehlurteil muß man daher sprechen, wenn die Rota eine Nichtigkeitsbeschwerde nach c 1894,¹⁰ deshalb verwirft, weil der Beklagte trotz fehlerhafter Ladung sich am Prozeß beteiligt hat⁶⁰. Es kann auch kaum aufrechterhalten werden, daß ein nicht geladener Angeklagter aufgrund seiner Berufungsschrift und anderer Schriftsätze als „spontan erschienen“ zu gelten habe, weshalb c 1894,¹⁰ nicht anwendbar wäre⁶¹. Als irrig und absolut falsch muß aber vor allem die Auffassung betrachtet werden, daß durch diesen Kanon das Verteidigungsrecht geschützt werden soll⁶². In einem Fall hält die Rota ein Urteil sogar dann für nur heilbar nichtig, wenn ein neuer Klagegrund erst im Restrikt des Advokaten eingeführt wird und darüber ein Urteil ergeht, ohne daß die Gegenpartei ihre nach c 1731 notwendige Zustimmung gegeben hat und sich auch nicht verteidigen konnte⁶³.

Trotzdem gibt es aber vor allem vor dem CIC in den Rotalurteilen genügend Hinweise darauf, daß die positiv-rechtliche Nichtigkeitsanktion für den defectus citationis primär nur die Einhaltung von Prozeßformalien gewährleisten will: die benannten Nichtigkeitsgründe wurden durchwegs eher auf die Prozeßförmlichkeiten als auf das Wesen des Prozesses bezogen⁶⁴, was umso bemerkenswerter ist, als zu diesem Zeitpunkt eine so klare Unterscheidung gar nicht unbedingt notwendig war, da für beide Nichtigkeitsarten eine Heilbarkeit nicht vorgesehen war.

⁶⁰ SRR 13. 7. 1918 coram Prior, n. 3 vol. 10 p. 92: „... tamen parochus conventus de facto comparuit, quod ad omnes effectus iuridicos sufficit.“ — Bei dieser Entscheidung muß allerdings in Rechnung gestellt werden, daß der Prozeß, gegen den sich die Nichtigkeitsbeschwerde richtet, vermutlich schon vor Inkrafttreten des CIC geführt worden war, sodaß noch das alte Recht angewandt werden mußte, das eine heilbare Nichtigkeit bei bloßem Formmangel nicht kannte.

⁶¹ SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 223.

⁶² SRR 20. 2. 1958 coram Lefebvre, n. 2 vol. 50 p. 120: „... edicit can. 1894,¹⁰ sententiam nullitatem laborare quando deficit citatio legitima conventi; etenim postulatur a iure naturalis defensionis.“

SRR 22. 2. 1960 coram Brennan, n. 13 vol. 52 p. 109: „Nec recte invocatur can. 1894,¹⁰, ac si defuisset in iudicio citatio Vinculi Defensoris, cum revera hic suas scriptas animadversiones exhibuerit.“

⁶³ SRR 30. 10. 1958 coram Brennan, n. 5 vol. 50 p. 553: „... sententia primi gradus nulla dicenda est relate ad exclusam indissolubilitatem, quia praetermissa fuit citatio, seu notificatio novi capituli parti conventae (can. 1894). Nullitas tamen non est insanabilis, et ideo sanationem adepta est elapsis tribus mensibus a sententiae notificatione, quia intra hoc temporis spatium querela proposita non fuit.“

⁶⁴ SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118 s. — SRR 5. 3. 1915 coram Sebastianelli, n. 3 vol. 7 p. 73: „... quae proveniunt ex legum subtilitate vel practicorum rigorosis superstitionibus et formalitatibus.“

SRR 15. 11. 1916 coram Cattani-Amadori, n. 8 vol. 8 p. 337. — SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 6 vol. 9 p. 89: „Verum haec regula solemnitates iudicii respicit quae lege positiva praescribuntur, non autem illa elementa iudicii substantialia, quae ex iure naturae requiruntur, . . .“.

Aber auch später ging diese richtige Einschätzung der positiven Nichtigkeitssanktion für den Mangel der legitima citatio nicht ganz verloren⁶⁵, wengleich das eigentliche Ziel der förmlichen Ladung nicht immer deutlich genug gegenüber dem Verteidigungsrecht abgegrenzt wurde. Daß aber mit c 1894,1^o nicht das Verteidigungsrecht geschützt wird, erhellt auch daraus, daß die Rota die in c 1894 aufgezählten Nichtigkeitsgründe als solche „minoris momenti“ bewertet⁶⁶; das naturrechtlich notwendige Verteidigungsrecht kann dazu zweifellos nicht gerechnet werden. Mit Scheuermann ist vielmehr daran festzuhalten, daß niemals eine nur heilbare Nichtigkeit eintreten kann, wenn der Mangel der Ladung den Entzug des Verteidigungsrechts zur Folge hat⁶⁷.

B) Die Unbrauchbarkeit von c 1894, 1^o für den Schutz des Verteidigungsrechtes

Es wurde bereits dargelegt, daß die Verkürzung des Verteidigungsrechtes der Natur des Prozesses entsprechend eine unheilbare Nichtigkeit des Urteils nach sich ziehen muß⁶⁸. Dies gilt a fortiori dann, wenn sich jemand deshalb nicht verteidigen konnte, weil er nicht geladen wurde und aus diesem Grund am Verfahren gar nicht beteiligt war. Die Urteilsnichtigkeit stützt sich in diesem Fall nicht auf c 1894,1^o, sondern auf c 1680.

Da wir unsere Auffassung schon ausführlich begründet haben⁶⁹, bleibt in diesem Zusammenhang nur noch die Aufgabe, jenen zu widersprechen, die der Meinung sind, daß durch c 1894,1^o in erster Linie das Verteidigungsrecht geschützt werden soll. Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß in der bisherigen kanonistischen Diskussion vor allem davon ausgegangen wird, daß die citatio prima allein deshalb erforderlich ist, um dem Beklagten die Möglichkeit zur Verteidigung zu geben; ihre Bedeutung für den formalen Prozeßablauf wird wenig erkannt. Aus diesem Grund kommt man zu dem Trugschluß, daß sich auch c 1894,1^o auf das Verteidigungsrecht bezieht, was unter den Kanonisten manchmal Verwirrung angerichtet hat.

So hatte Crnica ein deutliches Gespür dafür, daß das Verteidigungsrecht durch diesen Kanon nicht ausreichend geschützt ist. Diesem Dilemma suchte er aber mit der unhaltbaren These zu entkommen, daß der Mangel der citatio nur aufgrund eines Irrtums des Gesetzgebers zu den heilbaren Nichtigkeiten gezählt wird⁷⁰. Wir dagegen halten diese Einordnung für durchaus gerechtfertigt, weil damit bloß die formelle Herstellung des Streitverhältnisses gewährleistet werden soll. Diese Prozeßförmlichkeit hielt der Gesetzgeber für so wichtig, daß er sie unter den Schutz einer

⁶⁵ SRR 10. 8. 1929 coram Mannucci, n. 2 vol. 21 p. 426: „ . . . multa praescribuntur ad solemnitatem, non ad meram probationem.“ — SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 4 vol. 28 p. 118: „ . . . solemnitas illa lex de parte conventa citanda . . .“. — SRR 30. 10. 1953 coram Staffa, n. 2 vol. 45 p. 635.

⁶⁶ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, n. 6 vol. 19 p. 280.

⁶⁷ Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 673.

⁶⁸ Vgl. oben SS 27—34.

⁶⁹ Vgl. oben SS. 28—34.

⁷⁰ Crnica: IPont 15 (1935) 149.

Nichtigkeitssanktion stellte; andererseits schien sie ihm aber wieder nicht so wichtig zu sein, daß die etwa eintretende Nichtigkeit unheilbar sein sollte. Offenbar wollte der Gesetzgeber nicht an einer auf bloß formellen Mängeln beruhenden Urteilsnichtigkeit festhalten, wenn sie von den unmittelbar betroffenen Parteien nicht geltend gemacht wird. Wenn ein Rechtsakt nur deshalb nichtig ist, weil eine positiv-rechtliche Bestimmung verletzt wurde, kann der Gesetzgeber eine solche Nichtigkeit selbstverständlich auch beheben bzw. schon im Gesetz eine Heilungsmöglichkeit vorsehen. Wächst dagegen die Nichtigkeit eines Rechtsaktes aus der Natur der Sache, kann diese unter keinen Umständen geheilt werden. Da nun aber das Verteidigungsrecht zum Wesen des Prozesses gehört, ist die Befürchtung Crnicas, es sei durch c 1894,¹⁰ zu wenig geschützt, unbegründet: dieser Kanon will das Verteidigungsrecht überhaupt nicht schützen.

Weitaus größeres Unheil haben aber Wernz - Vidal - Cappello⁷¹ angeordnet, da sie als *auctores probati* die Rotalrechtsprechung wesentlich beeinflussen haben. Diese Autoren sind nämlich der Meinung, daß die faktische Ausübung des Verteidigungsrechtes einen Mangel der Ladung saniert, sodaß dieser nicht mehr nach c 1894,¹⁰ angegriffen werden kann, was in klarem Widerspruch zu c 1711 steht. Ihre Darstellung erweckt den Eindruck, als sollte durch c 1894,¹⁰ das Verteidigungsrecht geschützt werden. Dabei berufen sich diese Autoren zu Unrecht auf art. 5 der allein für die Apostolische Signatur erlassenen Normen⁷², wonach eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Unterlassung der Ladung nicht zugelassen wird, wenn die nicht geladene Partei trotzdem am Verfahren beteiligt war und sich verteidigen konnte. Hierbei handelt es sich jedoch um ein Spezialgesetz für ein päpstliches Höchstgericht, das für die ordentlichen Gerichte keineswegs das Prozeßrecht des CIC außer Kraft setzen kann. Außerdem ist die Apostolische Signatur ein Gericht *sui generis*, bei dem die ordnungsgemäße Herstellung des Streitverhältnisses schon deshalb keine so große Rolle spielen kann, weil die Signatur aufgrund der ihr zugewiesenen Kompetenzen (c 1603) mit ordentlichen Gerichten nicht vergleichbar ist. Wohl aus diesem Grund ist eine ähnliche Bestimmung in der *Lex propria* der Rota nicht zu finden⁷³.

Auch andere Autoren⁷⁴ ordnen c 1894,¹⁰ dem Verteidigungsrecht zu und müssen daher eine Erklärung dafür suchen, daß die Verletzung dieses Grundrechtes eine nur heilbare Nichtigkeit zur Folge haben soll. Dabei stellen sie sich auf den Standpunkt, daß das Recht der Parteien ohnedies nicht geschmälert werde, da diese ja auch ein heilbar nichtiges Urteil innerhalb von drei Monaten durch die Nichtigkeitsbeschwerde angreifen können; ergreifen sie dieses Rechtsmittel nicht, sei eben anzunehmen, daß sie sich mit dem Urteil zufriedengeben. Diesem Argument könnte ohne prinzipielle Bedenken zugestimmt werden, wenn es lediglich darum

⁷¹ Wernz - Vidal - Cappello VI 591 s. — Vgl. auch Flatten 649.

⁷² SPO v. 6. 3. 1912, art. 5: AAS 4 (1912) 189.

⁷³ Vgl. *Lex propria* S. R. Rotae et Signaturae Apostolicae v. 29. 6. 1908: AAS 1 (1909) 20—35; *RegRot* v. 8. 9. 1909: AAS 2 (1910) 783—850; *Normae* S. R. Rotae v. 29. 6. 1934: AAS 26 (1934) 449—491.

⁷⁴ Heinz Ewers, *Die Nichtigkeitsbeschwerde im kanonischen Prozeßrecht*, München 1952, SS. 38 ff.; Hanssen: *Apollinaris* 12 (1939) 237; Eichmann - Mörsdorf III 196.

ginge, daß in diesem Fall eine kürzere Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels vorgesehen wäre. Hier geht es jedoch um mehr: das ursprünglich nichtige Urteil soll nach Ablauf der Frist gültig sein. Wer daher c 1894,1^o auf das Verteidigungsrecht bezieht, muß von der Voraussetzung ausgehen, daß der menschliche Gesetzgeber Herr über das Wesen des Prozesses ist. Was aber ein Prozeß in seinem Wesen ist, bestimmt nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern die Natur der Sache. Ein in seinem Wesen nichtiger Rechtsakt kann daher durch keine Macht der Welt geheilt werden. Dabei ist es für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsaktes völlig belanglos, ob jemand davon einen Nachteil hat oder nicht, ob er sich dagegen wehrt oder nicht. Da das Verteidigungsrecht zur Natur des Prozesses gehört, kann dieser ohne jenes nicht bestehen. Wird das Verteidigungsrecht verweigert, sind Prozeß und Urteil nichtig. Diese Nichtigkeit kann auch durch ein Gesetz nicht nachträglich geheilt werden. Noch einmal sei betont, daß es in diesem Zusammenhang ja nicht darum geht, daß für die Einlegung eines Rechtsmittels eine kürzere Frist vorgesehen ist als in anderen Fällen — dies könnte der Gesetzgeber ohne weiteres bestimmen. Hier geht es aber darum, daß der Gesetzgeber sagen müßte, die Nichtigkeit eines Prozesses, dem eines seiner sachnotwendigen Elemente fehlt, sei geheilt, und es handle sich jetzt um einen richtigen, vollgültigen Prozeß. Das kann der Gesetzgeber nicht. Das tut er auch nicht. Wenn er nämlich c 1894,1^o dem Verteidigungsrecht zugeordnet hätte, wäre es schlechthin uneinsehbar, warum er nicht auch den Mangel des Mandats (c 1892,3^o) zu den heilbaren Nichtigkeiten gerechnet hat; in diesem Fall könnte man doch mit noch größerer Berechtigung argumentieren, daß sich die Parteien zufriedengeben, wenn sie nichts gegen das Urteil unternehmen, das einen Prozeß entscheidet, in dem sie jemand zwar in ihrem Sinne, aber ohne förmlichen Auftrag verteidigt hat.

Aufgrund unserer Untersuchung halten wir daher fest: Eine völlig unkomplizierte, logisch und sachlich einwandfreie, auch im CIC nach allen Seiten hin gedeckte Lösung des Problems des c 1894,1^o finden wir nur dann, wenn wir diese Gesetzesstelle ausschließlich auf die Herstellung des Streitverhältnisses beziehen, das in cc 1711—1725 eine präzise Regelung erfahren hat. Zur Sicherung des Verteidigungsrechtes dagegen, das durch die Unterlassung der Ladung in höchstem Maß gefährdet sein kann, ist diese Gesetznorm nicht vorgesehen. Das Verteidigungsrecht wird vielmehr, insofern es sich um ein natürliches Menschenrecht handelt, durch das Naturrecht geschützt, an das auch und gerade der kirchliche Gesetzgeber gebunden ist; sofern es aber zur Natur des Prozesses gehört, die dem kirchlichen Gesetzgeber vorgegeben ist und die er daher zu respektieren hat, ist es in c 1680 gesichert. Die dort ausgesprochene Nichtigkeitssanktion gehört aber sachlich nicht zu c 1894, sondern zu c 1892.

VI) Zusammenfassende Thesen

1. Der unmittelbare Zweck der *citatio prima* ist die Herstellung des Streitverhältnisses. Aus diesem Grund müssen in der Ladung eine Reihe

von Daten, die für den Prozeß von Bedeutung sind, genau angegeben werden. Wenn die Ladung unterbleibt, fehlerhaft ist oder nicht ordnungsgemäß zugestellt wird, wird auch das Streitverhältnis nicht hergestellt.

2. Ersatzweise kann das Streitverhältnis jedoch dadurch hergestellt werden, daß die Parteien von sich aus vor Gericht erscheinen, um über die in der Klage bezeichnete Sache einen Streit auszutragen, und der Notar hierüber einen Aktenvermerk vornimmt.

3. Geschieht auch das nicht, ist eine legitime Ladung nicht erfolgt; ihre Wirkungen können daher nicht eintreten. Wird der Mangel bis zum Urteil nicht behoben, so ist dieses nichtig; bei Nichtgeltendmachung heilt die Nichtigkeit jedoch nach drei Monaten aus.

4. Hat die Unterlassung der Ladung zur Folge, daß ein Teil am Verfahren nicht teilnehmen kann und deshalb auch keine Verteidigungsmöglichkeit hat, ist nicht nur das Streitverhältnis nicht hergestellt worden, sondern es wurde auch gar kein Prozeß geführt, der diese Bezeichnung verdient; Prozeß und Urteil sind deshalb unheilbar nichtig.

5. Eine fehlerhafte und daher nichtige Ladung verpflichtet die Parteien nicht zum Erscheinen vor Gericht. Wird trotzdem eine Säumigkeitserklärung ausgesprochen, ist auch diese nichtig. Hat die nichtige Säumigkeitserklärung zur Folge, daß einer Partei das Verteidigungsrecht verwehrt bleibt, sind Prozeß und Urteil ebenfalls unheilbar nichtig. Dasselbe gilt selbstverständlich für den Fall, daß zwar die Ladung ordnungsgemäß erfolgt, eine Verteidigungsmöglichkeit aber trotzdem nicht eingeräumt wird.

6. Kann jedoch das Verteidigungsrecht ausgeübt werden, obwohl keine bzw. eine mangelhafte Ladung erfolgt ist, wird zwar das Streitverhältnis nicht hergestellt, weshalb Prozeß und Urteil heilbar nichtig sind. Diese Nichtigkeit kann aber bei Nichtgeltendmachung ausheilen, da trotz des Formmangels das Wesen des Prozesses nicht verletzt wird.

§ 7 DIE LITIS CONTESTATIO

1) Ihr Zweck

Die *litis contestatio* hat zum Ziel, jene Punkte klarzustellen, über die im Prozeß verhandelt und schließlich geurteilt werden soll (c 1727). Diese Klarheit ist für das Verteidigungsrecht von größter Wichtigkeit, weil der Beklagte erst dadurch in die Lage versetzt wird, seine Verteidigung auf eine konkrete Fragestellung hin auszurichten. Aus diesem Grund muß die in der Streitpunktfestlegung formulierte Prozeßfrage auch einer etwa säumig gewordenen Partei umgehend mitgeteilt werden (c 1729 § 1).

Die Bestimmung über die Vornahme der förmlichen *litis contestatio* steht zwar unter keiner Nichtigkeitssanktion; wenn ihre Unterlassung aber zur Folge haben sollte, daß über eine Prozeßfrage, die dann im Urteil beantwortet wird, keine Erörterung zustandekommt und kein Widerspruch erhoben werden kann, dann leiden Prozeß und Urteil an einem

wesentlichen Mangel (c 1680), sodaß sie unheilbar nichtig sind⁷⁵. Dabei kommt es nicht auf die *litis contestatio* als solche an, sondern auf die aus ihr gewonnene Klarheit über die Streitpunkte⁷⁶.

II) Ihre Wirkungen

Nach der Streitpunktfestlegung kann der eigentliche Streitgegenstand nur noch mit Zustimmung des Beklagten geändert werden (c 1731,1⁰)⁷⁷. Im Ehenichtigkeitsverfahren liegt eine derartige Änderung dann vor, wenn ein neuer Klagegrund vorgebracht wird⁷⁸.

Die Klage kann auch nicht mehr gegen den Widerspruch des Beklagten zurückgezogen werden (c 1740 § 2). Bedeutsam könnte diese Frage vor allem dann werden, wenn etwa der Beklagte in erster Instanz verurteilt wurde, aber in der Berufungsinstanz sich die Beweislage zu seinen Gunsten verschoben hat, sodaß der Kläger, um sich eine Niederlage oder auch nur weitere Gerichtskosten zu ersparen, von seiner Klage Abstand nehmen möchte. Aber auch wenn sich diese Situation schon in erster Instanz ergibt, könnte sich der Beklagte auf den Standpunkt stellen, daß die bloße Tatsache der Klage für ihn eine Rufschädigung bedeutet. Deshalb hat er in jedem Fall das Recht, auf einem Freispruch durch richterliches Urteil zu bestehen (vgl. auch c 1850 § 3)⁷⁹. Das Recht, auf einer Fortführung des Verfahrens zu bestehen, hat der Beklagte aber auch dann, wenn er selbst an einem Erfolg der Klage interessiert ist, was z. B. in Eheprozessen nicht selten vorkommt. Dabei ist freilich vorauszusetzen, daß auch der Beklagte das Klagerecht hat⁸⁰.

Mit der Streitpunktfestsetzung beginnt der eigentliche Prozeß; er tritt in das Stadium der Beweiserhebung. Die Parteien müssen nun darangehen, ihre Beweise und Gegenbeweise dem Gericht vorzulegen (c 1731,2⁰).

⁷⁵ SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 8 vol. 46 p. 673: „(sententia) est nulla iure naturae utpote non respondens controversiae in Tribunali agitatae, nec complectens obiectum litigantibus, et ipsi Vinculi Defensori notum, super quo iura sua praedicti defendere non potuerunt; seu ‚deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt‘ (can. 1680). Et, hoc in casu, defectus actus iuridici ope legis non sanatur. Aliud enim est cum agitur de solemnitatibus seu conditionibus a sacris canonibus sub poena nullitatis requisitis, aliud cum agitur de elementis quae ipso iure naturae requiruntur.“

⁷⁶ SRR 7. 10. 1949 coram Staffa, n. 4 vol. 41 p. 475: „Quoad vero litis contestationem notum est eandem non requiri ad validitatem sententiae, quae sustinetur dummodo obiectum controversiae litigantes probe noverint, et super eodem iura sua defendere potuerint.“

⁷⁷ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, n. 11 vol. 19 p. 283: „Vetatur quoque, post litem contestatam, libellum ab actore mutatum acceptare, nisi altera parte consentiente.“

⁷⁸ Eichmann - Mörsdorf III 124 f. — Vgl. dagegen SRR 30. 10. 1958 coram Brennan, n. 5 vol. 50 p. 553, wo nur die mangelnde „citatio seu notificatio novi capituli parti contentae“ beanstandet wird.

⁷⁹ SRR 7. 5. 1928 coram Parrillo, n. 4 vol. 20 p. 158: „Actio ei denegari non debet, qui sententia ad aliquid restituendum damnatus, condonationem respuens, iudicalem absolute quaeat.“

⁸⁰ Vgl. unten S. 80 f.

3. Kapitel: Das Verteidigungsrecht während des Verfahrens

§ 8 DAS RECHT AUF GEHOR

1) Die Parteienvernehmung

A) Die Vernehmungspflicht

In Prozessen, die das öffentliche Interesse berühren, ist der Richter zur Parteienvernehmung verpflichtet (c 1742 § 1); in anderen Verfahren kann er dies auf Antrag hin tun, oder wenn er es selbst für nötig hält (§ 2)¹. Eine Nichtigkeitsklausel ist mit dieser Bestimmung freilich nicht verbunden, und man wird es auch nicht als natur- oder sachnotwendig hinstellen können, daß die Parteien persönlich vor dem Richter aussagen müssen², wenn nur das Verteidigungsrecht als solches gewahrt bleibt.

In der Regel wird man aber die Vernehmung der Parteien wohl als Selbstverständlichkeit ansehen müssen, da normalerweise erst durch sie alle rechtserheblichen Umstände des Prozeßgegenstandes zur Sprache kommen können, und selten angenommen werden kann, daß dies in der Klageschrift oder im Widerspruch bei der *litis contestatio* erschöpfend geschehen ist.

Wenn den Parteien eine Aussage besonders wichtig erscheint, haben sie das Recht, die wörtliche Protokollierung zu verlangen (EPO Art. 103 § 2; vgl. c 1778). Außerdem sind sie berechtigt, nach der Vernehmung das Protokoll zu lesen und auch Änderungen, Streichungen oder Ergänzungen zu verlangen (EPO Art. 104 § 1; c 1745 § 2 mit c 1780 § 1).

B) Das Aussageverweigerungsrecht

1) Kein Geständniszwang

Grundsätzlich sind die Parteien, auch der Beklagte oder Angeklagte, verpflichtet, dem Richter Rede und Antwort zu stehen; diese Pflicht erstreckt sich jedoch nur auf Fragen, die zu stellen der Richter berechtigt ist (c 1743 § 1)³. Im Einzelfall wird es allerdings nicht immer leicht sein, zu beurteilen,

¹ Vgl. zum Ganzen Johann Uhrmann, *Das Geständnis im kanonischen Prozeß*, Paderborn 1968, SS. 52 ff.

² SRR 8. 2. 1936 coram Jullien, n. 8 vol. 28 p. 120 s.: „Nefas est autem, auctoritate Ss. Canonum neglecta, pro lubito praetermitti ordinis processualis solemnitates, quae, quamvis non sancitae nullitate, lege tamen positive praescriptae sunt . . . , ut facilius inveniatur veritas tutiusque litigantium iura serventur.“

³ Über die Aussagepflicht der Parteien und das richterliche Fragerecht vgl. Uhrmann, *Geständnis* 61 ff.

ob eine konkrete Frage des Richters legitim ist. Ausdrücklich ist im Gesetz nur gesagt, daß niemand gehalten ist, ein Delikt (c 2195) zu gestehen. Deshalb darf dem Angeklagten im Strafprozeß auch nicht der Wahrheits-
eid abverlangt werden (c 1744). Das Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich eigener Delikte ist aber nicht nur im Strafprozeß gegeben, sondern auch im Streitverfahren; dies ist ausdrücklich auch in der EPO vorgesehen (Art. 111). Das bedeutet, daß in einem Ehenichtigkeitsverfahren niemand z. B. einen Ehebruch (c 2357 § 2) oder eine Abtreibung (c 2350 § 1) zugeben muß.

Als gesichert kann deshalb festgehalten werden: wenn der Richter den Angeklagten oder Beklagten fragt, ob er ein bestimmtes Delikt begangen hat, hat dieser das Recht, die Antwort zu verweigern⁴. Das Recht, die Frage zu stellen, wird man dem Richter aber nicht ohne weiteres absprechen dürfen; jedenfalls muß dann aber auch auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen werden⁵.

2) Keine Selbstschädigungspflicht

Für die Richtigkeit der Klagebehauptung hat ausschließlich der Kläger den Beweis zu erbringen (c 1748 § 1). Dem Angeklagten oder Beklagten wird man natürlicherweise zubilligen müssen, daß er an seinem Freispruch interessiert ist. Man kann deshalb von ihm vernünftigerweise nicht verlangen, daß er dem Kläger den Beweis erleichtert; denn niemand ist verpflichtet, sich selbst zu schaden⁶. Daher wäre es durchaus denkbar, daß ein Beklagter in besonderen Einzelfällen sogar berechtigt wäre, jede Aussage zur Sache zu verweigern.

Darüber hinaus wird man wohl auch die Behauptung aufstellen dürfen, daß die in c 1755 § 2, 2^o den Zeugen zugestandenen Aussageverweigerungsgründe a fortiori für den Beklagten Gültigkeit haben⁷. Dieser Schluß scheint schon deshalb berechtigt zu sein, weil c 1823 § 1 den Parteien unter ausdrücklicher Bezugnahme auf c 1755 § 2, 2^o gestattet, aus den dort genannten Gründen die Herausgabe von Dokumenten zu verweigern.

3) Die Folgen der Aussageverweigerung

Jede Aussageverweigerung hat der Richter nach seinem freien Ermessen zu würdigen, und zwar auch dann, wenn sich die Partei auf einen gesetzlichen Verweigerungsgrund stützen kann. Der Beklagte muß daher auch damit rechnen, daß seine Aussageverweigerung als Geständnis gewertet wird (c 1743 § 2). Da aber eine Geständnispflicht vom Gesetz ausdrücklich verneint wird (§ 1), muß der Beklagte berechtigt sein, seine Aussagen und Aussageverweigerungen so zu gestalten, daß der Rückschluß auf ein unausgesprochenes Geständnis unmöglich gemacht oder erschwert wird,

⁴ Wernz - Vidal - Cappello VI 190; Cappello III 232.

⁵ Vgl. Uhrmann, Geständnis 63, besonders Anm. 41.

⁶ Cappello a. a. O.

⁷ So mit Recht Uhrmann, Geständnis 63.

wobei natürlich eine direkte Verletzung der Wahrhaftigkeit nicht geschehen darf.

Der Begriff der illegitimen Aussageverweigerung, die nach c 1743 § 3 auch strafbar ist, darf daher nicht zu extensiv interpretiert werden (vgl. c 19). Da die hierfür vorgesehenen Strafen im Gesetz genau angegeben sind, hat der Richter auch nicht das Recht, über diese hinauszugehen oder andere Strafen zu verhängen; auf keinen Fall ist es ihm erlaubt, eine Säumigkeitserklärung auszusprechen⁸.

4) Die Belehrungspflicht

Im Gesetz findet sich zwar keine Vorschrift, daß der Richter verpflichtet wäre, auf das Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen. Da aber die Parteien ihre Rechte nicht kennen und sich während der Vernehmung auch nicht von ihrem Anwalt beraten lassen können, ist es im höchsten Grade angemessen, daß die Richter es als persönliche Pflicht empfinden, eine diesbezügliche Belehrung zu erteilen. Unter Umständen könnte eine derartige Belehrung sogar zur Folge haben, daß dort die Aussage verweigert wird, wo andernfalls einfach gelogen würde; so gesehen könnte auch die Verweigerung einer Aussage der Wahrheitsfindung dienen.

De lege ferenda ist aber mit Scheuermann zu fordern, daß die Belehrungspflicht gesetzlich verankert wird⁹.

II) Die Formel „audita altera parte“

Manche Gesetze verpflichten den Richter, daß er vor einer Entscheidung entweder beide Parteien, die jeweilige Gegenpartei oder auch nur die amtlichen Parteien anzuhören habe¹⁰. Einige Autoren vertreten nun die Auffassung, daß die konkrete richterliche Entscheidung nach c 105,1⁰ ungültig sei, wenn die jeweils genannten Parteien nicht gehört wurden¹¹.

Wir meinen jedoch, daß c 105,1⁰ ausschließlich den Zweck verfolgt, die Entscheidung eines kirchlichen Oberen an den Rat eines ihm beigegebenen Gremiums bzw. an die Meinungsäußerung eines ihm Untergebenen zu binden. Weder die amtlichen noch die privaten Parteien haben aber gegenüber dem Richter die Stellung eines Beraters oder Untergebenen. Deshalb kann auch der Schluß nicht nachvollzogen werden, daß die Formel „auditis partibus“, „audita altera parte“ oder dgl. eine Nichtigkeitssanktion beinhaltet.

In der in c 1861 § 2 ausgesprochenen Anhörpflicht vor Zulassung neuer Beweise nach Aktenschluß will Ciprotti¹² eine Gültigkeitsvoraussetzung

⁸ SRR 24. 7. 1923 coram Florczak, n. 12 vol. 15 p. 188.

⁹ Scheuermann: AfkKR 136 (1967) 24.

¹⁰ cc 1616, 1634 § 2, 1676 § 3, 1709 § 3, 1729 § 4, 1786, 1787 § 2, 1793 § 2, 1799 § 2, 1806, 1839, 1841, 1856 § 2, 1861 § 2, 1862 § 2, 1915 § 2; EPO Art. 95 § 2, 108, 147 § 1, 205 § 2.

¹¹ Ewers 57; vgl. Eichmann, Prozeßrecht 72.

¹² Pius Ciprotti, De novis probationibus post conclusionem in causa: Apollinaris 12 (1939) 110 s.

sehen, die er auf zwei verschiedenen Wegen zu beweisen sucht. Zunächst meint er, daß sich der Nachsatz „aliter iudicium nullius est momenti“ nicht nur auf die Vorschrift bezieht, daß dem anderen Teil eine ausreichende Frist zur Verteidigung gegen diese neuen Beweise eingeräumt werden müsse, sondern auch darauf, daß sie überhaupt nur zugelassen werden dürfen, wenn er zuvor gehört worden sei. Ciprotti begründet diese Ansicht damit, daß die im Nebensatz enthaltene Norm kein größeres Gewicht haben könne als die, die im Hauptsatz ausgesprochen wird. Wir leugnen die Folgerichtigkeit dieser Behauptung: c 1861 § 2 enthält zwei voneinander unabhängige Normen, die nur durch ein Relativpronomen miteinander verbunden sind, wobei der im Nebensatz stehenden Norm schon von der Sache her größeres Gewicht zukommt. Es ist nicht einzusehen, warum die im Anschluß an den Nebensatz ausgesprochene Nichtigkeitsbestimmung die im Hauptsatz normierte Nebensache ebenso treffen soll wie die im Nebensatz enthaltene Hauptsache, zumal dazu in sachlicher Hinsicht keinerlei Notwendigkeit besteht. Eine gesetzliche Norm gewinnt schließlich ihr Gewicht nicht aus der Grammatik, sondern aus der Sache.

Der zweite Argumentationsweg Ciprottis geht davon aus, daß ein Richter, der in diesem Stadium des Verfahrens neue Beweise zuläßt, ohne die Gegenpartei gehört zu haben, einen widerrechtlichen Prozeßeingriff nach c 1854 setzt, dem die Streitpartei nicht zugestimmt hat; die Entscheidung des Richters sei daher nach c 1855 § 1 nichtig. Diese Nichtigkeit will Ciprotti selbstverständlich nicht nur auf die Zulassungsentscheidung selbst, sondern auch auf die neu vorgelegten Beweise beziehen, auf die sich das Urteil bei sonstiger Nichtigkeit nicht stützen dürfe. Es ist jedoch zu beachten, daß eine Rechtswidrigkeit lediglich darin liegt, daß die Anhörpflicht verletzt wurde; die Entscheidung selbst konnte der Richter aber ohne weiteres auch „parte dissentiente, et in eius praeiudicium“ (c 1854) treffen, ob er nun die Partei angehört hat oder nicht. Mit der Formel „audita altera parte“ stellt der Gesetzgeber ausdrücklich in Rechnung, daß durch eine richterliche Entscheidung jener Tatbestand geschaffen wird, der an sich ein attentatum begründen kann. Wenn aber ein Richter von seinem Recht Gebrauch macht und nach freiem Ermessen entscheidet, kann nicht von einem rechtswidrigen Prozeßeingriff gesprochen werden. Was aber die Verletzung der Anhörpflicht betrifft, so stellt sie zweifellos eine Rechtswidrigkeit dar; da aber der Richter auch dann nach seinem Ermessen entscheiden kann, wenn er die Partei zuvor angehört hat, wird man kaum behaupten können, daß dieser aus der Unterlassung der vorgängigen Anhörung ein „praeiudicium“ entsteht. Man wird deshalb sogar sagen können, daß durch die Formel „audita altera parte“ die Ermessensfreiheit des Richters so stark betont wird, daß ein attentatum gar nicht eintreten kann.

Wenn allerdings in einem Rotalurteil zu diesem Kanon gesagt wird, es genüge, wenn die Partei gehört werde, nachdem ihr eine Verteidigungsfrist eingeräumt worden ist¹³, so kann sich das nur auf die Nichtigkeitsanktion beziehen. Der Anhörpflicht als solcher aber hat der Richter nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes (vgl. c 18) vor seiner Entscheidung

¹³ SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 17 vol. 22 p. 503.

über die Zulassung weiterer Beweise nachzukommen, da der Ablativus absolutus immer eine Vorzeitigkeit ausdrückt.

Der Sinn der vorgängigen Anhörpflicht scheint vor allem darin zu liegen, daß der Richter etwa vorhandene Gegen Gründe schon vor seiner Entscheidung erfährt, damit er diese so treffen kann, daß sie nachher nicht in einem Zwischenstreit angefochten werden kann, der das Hauptverfahren verzögern würde.

In zwei Fällen aber ist die Anhörpflicht bei sonstiger Nichtigkeit geboten:

1. In jedem Zwischenstreit nach c 1856 § 2, da es sich hier um ein eigenes Verfahren handelt, das bei aller gebotenen Kürze auf die wesentlichen Prozeßelemente nicht verzichten kann¹⁴. Ausdrücklich vorgesehen ist die Anhörpflicht im Streit über die Befangenheitseinrede (c 1616) und im Beschwerdeverfahren gegen eine Klageabweisung (c 1709 § 3).
2. Bei Aufhebung eines Zwischenurteils nach c 1841, da das Aufhebungsdekret praktisch einem neuen Urteil in der Sache gleichkommt.

In diesen Fällen hat die Nichtigkeit der richterlichen Entscheidung ihre Wurzel jedoch nicht in c 105,1⁰, sondern in c 1680 § 1, da in jedem Prozeß, auch im Zwischenstreit, das Verteidigungsrecht sachnotwendig einzuräumen ist.

III) Das Beweisantragsrecht

A) Die Rechtsnatur des Beweisantragsrechtes

Ziel eines jeden Prozesses ist, dem Richter die moralische Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Anspruch des Klägers zu Recht besteht (c 1869 § 1). Diese moralische Gewißheit muß sich aber auf bewiesene Tatsachen stützen können (§ 2). Nun liegt zwar die Beweislast ausschließlich beim Kläger; gelingt diesem der Beweis nicht, ist der Beklagte freizusprechen (c 1748). Aber auch der Beklagte hat das Recht, gegebenenfalls Gegenbeweise vorzulegen, um den klägerischen Anspruch abzuwehren.

Der Richter muß sein Urteil jedenfalls auf Beweise stützen, sodaß die Rota mit Recht sagen kann, daß diese das Fundament des Urteils darstellen¹⁵. Darüber hinaus aber sind die Beweise das wichtigste Mittel zur Verteidigung der eigenen Rechte. Aus diesem Grund ist es auch nicht verwunderlich, wenn in den Rotalurteilen das Beweisantragsrecht und das Verteidigungsrecht in unmittelbarem Zusammenhang gesehen werden¹⁶. Ausdrücklich wird auch das Recht des Beklagten betont, in Ausübung

¹⁴ c. 2 Clem 5, 11.

¹⁵ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 10 vol. 22 p. 84: „ . . . cum probationes sint ipsum sententiae definitivae fundamentum.“

¹⁶ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 3 vol. 30 p. 474: „Certe ipsi naturali iure ius habent partes ad suas probationes, exceptiones et defensiones afferendas, quibus sane ipsa sententia definitiva inniti debet. Hoc igitur parti denegato iure, ipsi iniuria fit . . .“ —

SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 10 vol. 22 p. 84: „ . . . nunquam praetermittatur ius, quod partes habent, legitimis suas producendi probationes, exceptiones, defensiones.“

seines Verteidigungsrechtes Gegenbeweise vorzulegen¹⁷. Das Beweisantragsrecht ist ein so wesentliches Bestandteil des Prozesses, daß nicht einmal im Kurzverfahren, das auf die meisten Prozeßförmlichkeiten verzichtet, davon abgesehen werden kann¹⁸. Der Beklagte kann sich zwar damit begnügen, die Klagebehauptung einfach abzustreiten; wenn er aber sein Vorbringen darüber hinaus unter Beweis stellen kann und will, ist der Richter verpflichtet, den Beweisanträgen nach Maßgabe der jeweiligen Sachlage stattzugeben¹⁹. Das Vorbringen von Beweisen ist für den Prozeß genauso wesentlich wie das Verteidigungsrecht²⁰.

B) Der Inhalt des Beweisantragsrechtes

1) Allgemeines

Die Parteien können jeden Beweisantrag stellen, von dem sie meinen, daß er ihren eigenen Interessen förderlich ist. Grundsätzlich sind solche Anträge zwar vor Aktenschluß einzubringen (c 1861 § 1), doch sieht das Gesetz auch Ausnahmen vor. In Prozessen, die Personenstandssachen zum Gegenstand haben, die daher nie zu einer *res iudicata* werden können (c 1903), sind Beweisanträge auch nach der *publicatio* zulässig. Von praktischer Bedeutung ist dies insbesondere für Ehenichtigkeitsprozesse (c 1983 § 1, EPO Art. 178 § 1), wie auch von der Rota hervorgehoben wird²¹. Aber auch in anderen Verfahren sind die Parteien berechtigt, Beweismittel, die erst nach Aktenschluß zu ihrer Kenntnis gelangt sind bzw. erst zu diesem Zeitpunkt herbeigeschafft werden können, dem Gericht vorzulegen. Diese Bestimmung gilt vor allem auch für Strafprozesse, weil die Nichtbestrafung eines Schuldigen, mehr noch aber die Bestrafung eines Unschuldigen in eminenterer Weise das Gemeinwohl berührt²².

Das Beweisantragsrecht ist auch in jeder neuen Instanz einzuräumen (c 1891 § 2), da es sich jeweils um einen selbständigen Prozeß handelt.

¹⁷ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 4 vol. 30 p. 475: „Elementum essenziale processus in contradictorio est ut pars habeat facultatem impugnandi probationes adversarii, ad quod recte faciendum non raro ipsi necesse erit novas probationes vel novos testes adducere.“ — Vgl. Roberti II 161.

¹⁸ SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 7 vol. 5 p. 121: „Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensionis legitimae admittantur“ (c. 2 Clem 5, 11).

¹⁹ SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210: „Ipse (sc. reus) impetitus fuit ab ulterioribus probationibus adducendis; neque rogatus fuit, licet implicite petiisset, utrum testes haberet allegandos in sui tutelam. Iudices . . . pro iudicio ferendo tantum satis habuerunt mancum a reo oblatum defensionis memoriale, licet ipse declaraverit ulterius illud completurum novis argumentis adducendis. . . . Hi vero defectus cum sint substantiales, quippe qui adimunt defensionis ius, cuique a iure naturae concessum, processum prorsus nullum reddunt.“

²⁰ Hanssen: Apollinaris 12 (1939) 200.

²¹ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 4 vol. 30 p. 475.

²² SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 5 vol. 23 p. 410 s.: „Cum enim in causis criminalibus bonum publicum in discrimine vertatur, quia reipublicae, eo magis Ecclesiae valde interest sive quod reus damnatur sive, ac praesertim, ne innocens poenam luat, ideo . . . in his causis . . . numquam ita conclusum est in causa, ut a iudice non possit et debeat admitti nova probatio post conclusionem obtenta sive pro innocentia praesumpti rei, sive pro eius culpabilitate“ (Wernz - Vidal - Cappello VI 713).

Wenn die Parteien aus der Urteilsbegründung der Vorinstanz etwa vorhandene Mängel ihrer Beweisführung erkennen, müssen sie im Berufungsverfahren die Möglichkeit haben, eine Beweisergänzung zu beantragen²³. Aber auch wenn die Beweise, auf die sich das für eine Partei günstige erstinstanzliche Urteil stützt, durch die Ergebnisse der zweitinstanzlichen Untersuchung erschüttert werden, muß die Partei noch im gleichen Verfahren die Möglichkeit haben, sich gegen eine Verschlechterung ihrer Position zu wehren²⁴. Die Rota lehnt die Auffassung ab, daß die Nichtzulassung neuer Beweise für die Parteien keinen Schaden bringe, da sie solche ja auch noch in höherer Instanz vorlegen könnten; mit Recht weist die Rota darauf hin, daß allein schon der Zeitverlust und die zusätzlichen Prozeßkosten einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil mit sich brächten²⁵.

Für den Strafprozeß ist festzuhalten, daß der Angeklagte nicht nur das Recht hat, Beweise dafür beizubringen, daß er die ihm zur Last gelegte Straftat nicht begangen hat bzw. gar nicht begangen haben kann, indem er etwa für die Tatzeit ein Alibi nachzuweisen in der Lage ist. Selbst wenn der äußere Straftatbestand feststeht, ist der Angeklagte berechtigt, Schuldaußschließungs- oder -minderungsgründe geltend zu machen und dafür auch Beweise anzubieten²⁶. Dem Angeklagten im Strafprozeß ist im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten weitestgehend entgegenzukommen²⁷.

2) Das Recht auf Zeugenbenennung

In jedem Prozeß steht den Parteien das Recht zu, Zeugen namhaft zu machen (c 1754), die ihr Vorbringen bestätigen können. Die Zeugnisfähigkeit unterliegt zwar gewissen gesetzlichen Beschränkungen (c 1757)²⁸, doch diese festzustellen, ist Sache des Richters. In Personenstandssachen sind vom Gesetz auch enge Verwandte als Zeugen zugelassen (c 1757 § 3,3^o). Keinerlei Beschränkung gibt es für die von den Parteien abhängigen Personen, wie etwa für Angestellte²⁹.

²³ SRR 22. 5. 1937 coram Canestri, n. 3 vol. 29 p. 354: „ . . . ad sententiam devenerunt Iudices quin partibus daretur facultas sua argumenta supplendi . . . “.

²⁴ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 11 vol. 22 p. 84.

²⁵ A. a. O. n. 12 p. 85.

²⁶ SRR 7. 7. 1924 coram Massimi, n. 3 vol. 16 p. 286: „Neque concessa est ei facultas excusationem ab imputabilitate in foro externo evincendi, reo competens, . . . “.

SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 4 vol. 23 p. 410: „ . . . si reus, qui de delicto accusatur, in sui defensionem causae alleget quae imputabilitatem facti criminosi penitus tollant vel minuunt, ius eidem reo est agnoscendum, ut admittatur ad dictas causas comprobandas.“

²⁷ SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 7 vol. 22 p. 500: „ . . . hisce in casibus largitas opportune suadetur adhibenda, dummodo fines iuris non praetergrediantur.“

²⁸ Ausführlich dargestellt bei Paul Wirth, *Der Zeugenbeweis im kanonischen Recht*, Paderborn 1961, SS. 63 ff.

²⁹ SRR 11. 4. 1922 coram Prior, n. 5 vol. 14 p. 95: „ . . . famuli a testimonio ferendo per sacros canones non arcentur, neque eo ipso quod famulatum gerunt, suspecti habendi sunt.“

Auf die Vernehmung einmal genannter Zeugen kann auch verzichtet werden; in diesem Fall hat jedoch der Prozeßgegner das Recht, deren Einvernahme zu verlangen (c 1759 § 4)³⁰.

Die Parteien haben außerdem das Recht, bestimmte „Wahrfragen“ oder „Wahrsätze“³¹ zu formulieren und dem Richter zu überreichen, damit er sie den Zeugen vorlege (c 1761 § 1); dieses Recht besteht auch hinsichtlich der Befragung des Streitgegners (c 1745 § 1)³². Die Entscheidung über die Zulässigkeit solcher Fragen liegt allerdings beim Richter (c 1773 § 2), der sich jedoch ausschließlich an den in c 1775 genannten Kriterien zu orientieren hat. Wenn er ohne gesetzlichen Rechtfertigungsgrund Wahrfragen der Parteien zurückweist, könnte dies zu einer Verletzung des Verteidigungsrechtes führen³³, was sich freilich im Einzelfall nur sehr schwer beweisen ließe.

Die Zeugen sollen in der Regel nur einmal vernommen werden; vor Akteneinsicht können die Parteien aber die nochmalige Vernehmung eines Zeugen beantragen, doch müßte dieser Antrag wohl mit einer Begründung versehen werden, damit der Richter die Notwendigkeit oder zumindest Nützlichkeit einer Zweitvernehmung abschätzen kann (c 1781). Nach Aktenveröffentlichung ist ein derartiger Antrag nur in besonderen Ausnahmefällen möglich, wobei in Personenstandsverfahren ein schwerwiegender, in anderen Prozessen sogar ein sehr schwerwiegender Grund anzugeben ist; dasselbe gilt auch für die Neueinführung eines Zeugen in diesem Prozeßstadium (c. 1786)³⁴. Der Grund für diese Vorsicht des Gesetzes ist evident: Wenn die Parteien den Inhalt der Prozeßakten bereits kennen, besteht die erhöhte Gefahr der Zeugenbeeinflussung.

3) Das Recht auf Beiziehung eines Sachverständigen

In einigen Fällen sieht das Gesetz die Einholung von Sachverständigen-gutachten zwingend vor³⁵. Da aber der CIC das Gutachten zu den ordentlichen Beweismitteln rechnet, müssen die Parteien das Recht haben, auch in anderen Prozessen die Beiziehung eines Sachverständigen zu beantragen³⁶. Die Auswahl und Bestellung des Sachverständigen liegt freilich beim Richter (c 1793 § 1); nur in privaten Streitsachen können sich die Parteien auf einen bestimmten Sachverständigen einigen und diesen dem Richter zur Bestellung vorschlagen (§ 2). Auch für den Sachverständigen können die Parteien Fragepunkte formulieren, die sie vom Gutachter beantwortet haben wollen (c 1799 § 1).

Wenn die Urheberschaft eines bestimmten Schriftstückes umstritten ist, kann auch ein Schriftvergleich anhand anderer Schriften desselben Verfassers, deren Echtheit feststeht, beantragt werden (c 1800 §§ 1, 2); ge-

³⁰ Vgl. Wirth 129 f.; vgl. auch unten S. 81.

³¹ Über deren Zweck vgl. Eichmann - Mörsdorf III 131; vgl. auch Wirth 146 f.

³² Vgl. Uhrmann, Geständnis 55 f.

³³ Hanssen: Apollinaris 12 (1939) 203.

³⁴ Vgl. Wirth 122 f.

³⁵ In Ehenichtigkeitsverfahren wegen Geisteskrankheit (c 1982) oder Impotenz bzw. im Nichtvollzugsverfahren (c 1976).

³⁶ Vgl. dazu Johann Uhrmann, Der Sachverständigenbeweis im kanonischen Prozeß, München 1964 (ungedruckte Lizentiatsarbeit), S. 56.

gebenenfalls könnte auch der Antrag gestellt werden, daß die als Verfasser bezeichnete Person vor Gericht geladen wird, um nach dem Diktat des Richters oder eines Graphologen eine Schriftprobe abzugeben (§ 3).

4) *Das Recht auf Führung eines Urkundenbeweises*

In jedem Prozeß steht den Parteien auch das Recht zu, ihren Anspruch bzw. die Haltlosigkeit des gegnerischen Anspruchs durch öffentliche oder private Dokumente zu beweisen (c 1812). Wird die Echtheit der Kopie eines Dokumentes in Zweifel gezogen, kann beantragt werden, daß der Richter die Kopie mit dem Original vergleichen läßt (c 1821). Jede Partei ist auch berechtigt, von der anderen Partei die Vorlage der in deren Besitz befindlichen beide Parteien betreffenden Urkunden, wie z. B. Testamente, Verträge und dgl., zu verlangen (c 1822). Wenn aber der betroffene Streitteil für sich selbst oder für Verwandte und Verschwägerte in gerader sowie im ersten Grad der Seitenlinie befürchtet, daß durch die Herausgabe der Urkunde Rufschädigung, gefährliche Mißhandlungen oder andere sehr schwere Übel erwachsen könnten (c 1755 § 2,2^o), besteht für ihn keine Vorlagepflicht (c 1823 § 1). In diesem Fall hat die fordernde Partei das Recht, die Frage, ob und wie dieses Dokument doch noch herbeigeschafft werden könnte, in einem Zwischenstreit klären zu lassen (c 1824 § 1).

5) *Sonstige Beweismittel*

Eine wichtige Funktion als Beweismittel haben die einfache und gehobene Rechtsvermutung³⁷; wer sich auf eine solche berufen kann, ist von der Beweislast befreit (c 1827).

Da die kirchliche Gerichtsbarkeit in der Praxis meist Ehegerichtsbarkeit ist, spielen der richterlichen Augenschein (cc 1806—1811)³⁸ sowie der Ergänzungs- und Schätzungseid (cc 1829—1833)³⁹ im kirchlichen Prozeß praktisch keine Rolle; deshalb wurde auch in den Rotalurteilen darüber noch nicht gehandelt.

C) Die Grenzen des Beweisantragsrechts

Die Parteien können ihre Rechte natürlich nicht uneingeschränkt ausüben, da sonst die Rechte des Streitgegners zu kurz kämen. Ganz allgemein ist die Grenze des Beweisantragsrechtes daher dort anzusetzen, wo das Recht der Gegenpartei, ihren Anspruch durchzusetzen, beginnt; eine weitere Grenze wird durch das Wohl der Gemeinschaft gezogen, die nicht daran interessiert sein kann, daß Gerichtsverfahren zu lange unentschieden bleiben. Aus diesem Grund sieht das Gesetz vor, daß nach einer bestimmten Zäsur im Verfahren in der Regel keine Beweisanträge mehr gestellt wer-

³⁷ Eichmann - Mörsdorf III 155 f.

³⁸ Eichmann - Mörsdorf III 149 f.

³⁹ Eichmann - Mörsdorf III 158 f.

den können (c 1861 § 1). Die Rota sagt: Wenn Anträge nicht rechtzeitig gestellt werden, ist zu vermuten, daß auf sie verzichtet wurde⁴⁰.

Darüber hinaus wird dem Richter das Recht und die Pflicht zugewiesen, eine zu große Zahl an Zeugen nicht zuzulassen (c 1762); außerdem hat er Personen von der Zeugenschaft auszuschließen, die vom Gesetz als ungeeignet, verdächtig oder unfähig erklärt werden (c 1757)⁴¹. Auch die Zulassung von Zweitvernehmungen liegt im Ermessen des Richters (c 1781)⁴².

Der Ermessensspielraum, der dem Richter hinsichtlich der Zulassung von Beweisen zur Verfügung steht, ist sicherlich sehr beachtlich, für eine geordnete Prozeßführung aber auch unerlässlich. Im übrigen sind die Parteien dem Richter ja nicht schutzlos ausgeliefert.

D) Die Nichtzulassung von Beweisen

Wenn der Richter Beweise, die für den Ausgang des Verfahrens unter Umständen von entscheidender Bedeutung sein könnten⁴³ und deshalb notwendig für die Urteilsbildung sind, nicht zuläßt, stellt dies einen schweren Verstoß gegen das Wesen des Prozesses dar, der ohne Beweise nicht zu denken ist. Wenn dieser Mangel während des Verfahrens nicht mehr behoben werden kann, sind Prozeß und Urteil nichtig⁴⁴. Die unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens tritt auch dann ein, wenn etwa in einem Strafprozeß dem Angeklagten keine Möglichkeit gegeben wird, Schuldminde- rungsgründe vorzubringen, da dies eine wesentliche Verletzung des Verteidigungsrechtes ist⁴⁵. Jede wesentliche Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes muß notwendig zur Nichtigkeit des Urteils führen, auch wenn sie im Stadium der Beweiserhebung erfolgt⁴⁶.

Wenn ein einzelner Beweisantrag vom Untersuchungsrichter abgelehnt wird, kann diese Entscheidung zum Gegenstand eines Zwischenverfahrens gemacht werden (c 1837), in dem das Richterkollegium tätig wird (EPO Art. 69, 95 § 2). Hat die Entscheidung ein Einzelrichter getroffen, könnte dieser für das Zwischenverfahren im Sinne von c 201 § 2 wohl als be-

⁴⁰ SRR 22. 11. 1941 coram Canestri, n. 3 vol. 33 p. 872: „ . . . si actor iuri sibi concesso non est usus, praesumitur eum . . . renuntiasse ulterioribus inquisitionibus.“

⁴¹ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 3 vol. 30 p. 474: „Iudicis ergo est ex officio excludere testes inidoneos et numerum testium cohibere si magis definitionem impediunt quam iuvent, seu sint inutiles ad veritatem detegendam.“ — Vgl. auch: SRR 11. 5. 1909 coram Lega, n. 5 vol. 1 p. 39; SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 5 vol. 22 p. 80; SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 9 vol. 27 p. 224; SRR 22. 10. 1936 coram Wynen, n. 5 vol. 28 p. 624. — Zum Ganzen vgl. Wirth 133 f.

⁴² SRR 13. 7. 1931 coram Parrillo, n. 6 vol. 23 p. 282.

⁴³ Die Wichtigkeit eines Beweises läßt sich von vornherein naturgemäß schwer abschätzen. Deshalb wird der Richter einen Beweisantrag wohl nur dann ablehnen dürfen, wenn er positive Anhaltspunkte dafür hat, daß der angebotene Beweis überflüssig oder nicht zweckdienlich ist.

⁴⁴ SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210.

⁴⁵ SRR 7. 7. 1924 coram Massimi, n. 3 vol. 16 p. 286, rügt zwar die Verletzung des Verteidigungsrechtes, erklärt das Urteil aber nicht für nichtig, sondern fällt ein meritorisches Urteil, in dem der Angeklagte freigesprochen wird. Ob dies aufgrund einer besonderen Vollmacht der Rota geschah, geht aus dem Urteil nicht hervor.

⁴⁶ Vgl. Hanssen: Apollinaris 12 (1939) 200, 209, 220.

fangen abgelehnt werden (vgl. cc 1855 § 3, 1896). Dieselben Möglichkeiten stehen aber auch jener Partei zu, die sich durch die Zulassung eines Beweisantrages beschwert fühlt (vgl. EPO Art. 188 § 2)⁴⁷.

Wird ein derartiger Zwischenstreit nicht angestrengt, muß wieder vermutet werden, daß die richterliche Entscheidung hingenommen wird. Voraussetzung für die Berechtigung dieser Vermutung ist freilich, daß der Richter seine Entscheidung den Parteien mitteilt und ihr eine Art Rechtsmittelbelehrung beifügt; darauf könnte nur dann verzichtet werden, wenn den Parteien ein Anwalt zur Verfügung steht, der ja einer Rechtsmittelbelehrung nicht bedarf.

§ 9 DAS RECHT AUF WIDERSPRUCH

1) Die Formel „*consentiente altera parte*“

Wie das Gesetz in einigen Fällen dem Richter die Pflicht auferlegt, die Parteien anzuhören, bevor er eine Prozeßhandlung vornimmt, so verlangt es von ihm in anderen Fällen, daß er ihre Zustimmung einholt. Dieses Zustimmungsrecht der Parteien hat natürlich weitaus größeres Gewicht als das bloße Recht auf Gehör, da die Parteienzustimmung die Voraussetzung dafür ist, daß die Prozeßhandlung gültig zustandekommt. Wird nämlich die erforderliche Zustimmung nicht gegeben oder gar nicht erst eingeholt, ist der nachfolgende Akt nichtig, da es sich in diesem Fall ganz ohne Zweifel um einen gesetzwidrigen Prozeßeingriff zum Nachteil der betroffenen Partei handeln würde (c 1854). Zum Unterschied von der Anhörpflicht, die das freie Ermessen des Richters nicht beeinträchtigt, ist der Richter durch die Formel „*consentiente altera parte*“ an die Zustimmung der Parteien gebunden. Den Parteien ist hier ein gesetzlich verankertes Widerspruchsrecht eingeräumt.

Der CIC sieht im einzelnen vor:

1. Nach der *litis contestatio* ist eine Änderung des eigentlichen Klageinhalts nur mit Zustimmung des Beklagten möglich, es sei denn der Klageanspruch würde herabgesetzt (c 1731,1^o). Durch eine Ausweitung der Klage während des Verfahrens würde der Beklagte nämlich vor eine neue Situation gestellt, der er mit seinem bisherigen Verteidigungskonzept unter Umständen gar nicht begegnen könnte; seine Position im Prozeß würde dadurch verschlechtert.

Stimmt aber der Beklagte einer Klageänderung doch zu, so muß dies ausdrücklich und in beweisbarer Form geschehen; andernfalls darf nämlich

⁴⁷ Das Dekret, das über einen Beweisantrag entscheidet, ist ein „prozeßleitender Beschluß“, das nicht mit einem *decretum interlocutorium* im Sinne von c 1880,6^o (EPO Art. 214 § 1) verwechselt werden darf (vgl. Mörsdorf, Rechtssprache 352 f.). Die Frage, ob gegen ein derartiges Dekret eine selbständige Berufung an die höhere Instanz möglich ist oder nicht, kann sich daher gar nicht stellen (vgl. SRR 13. 7. 1931 *coram Parrillo*, nn. 2—6 vol. 23 pp. 280 ss.).

das Endurteil nur jene Fragen beantworten, die in der *litis contestatio* als entscheidungsbedürftig aufgeworfen worden sind (vgl. c 1844 § 2)⁴⁸. Wird die Klage ohne die erforderliche Zustimmung erweitert und ergeht darüber auch das Endurteil, ist dieses in jenen Punkten, die über die ursprüngliche Prozeßfrage hinausgehen⁴⁹, unheilbar nichtig; ist diesbezüglich eine klare Trennung nicht möglich, weil etwa der Klageinhalt in seiner Qualität verändert wurde⁵⁰, ist das ganze Urteil ungültig⁵¹.

Die Zustimmung des Beklagten ist auch für eine Klageerweiterung in höherer Instanz notwendig (EPO Art. 219 § 2)⁵².

2. In der Regel sind die Zeugen unter Eid zu nehmen (c 1767 § 1). In Streitsachen aber, die lediglich die privaten Interessen der Streitparteien betreffen, kann der Richter darauf verzichten, wenn alle am Prozeß beteiligten Parteien zustimmen (§ 3). Auch diese Bestimmung hat einen Bezug zum Verteidigungsrecht: Wenn eine Partei der Meinung ist, daß ein bestimmter Zeuge unter Eid eher die Wahrheit sagen wird, kann sie auf einer Vereidigung bestehen, damit ihre Position im Prozeß nicht verschlechtert wird. Verzichtet der Richter ohne die notwendige Zustimmung auf die Eidesleistung, ist nach der Konzeption des CIC auch dies ein attentatum und die Zeugenaussage selbst nach c 1855 § 1 nichtig. Ob sich allerdings die Nichtigkeit dieses einen Prozeßaktes auch auf das Urteil auswirkt, hängt davon ab, in welchem Maß sich dieses auf die nichtige Zeugenaussage stützt.

Der CIC scheint jedoch die Bedeutung des Parteien- und Zeugeneides zu überschätzen und geht daher zu weit, wenn er vorschreibt, daß grundsätzlich alle Aussagen vor Gericht unter Eid zu machen sind⁵³. *De lege ferenda* wäre zu wünschen, daß es dem Ermessen des Richters anheimgestellt würde, die Wahrhaftigkeit einer Aussage beschwören zu lassen. Wenn man schon der Meinung ist, daß ein Eid die Wahrheitsliebe fördert, so würde dieses Ziel auch dann erreicht, wenn der Richter vor der Vernehmung auf die Möglichkeit aufmerksam macht, daß nachher der Wahrheitseid verlangt werden könnte⁵⁴.

3. Zum Unterschied von anderen Prozessen können die Parteien in Streitsachen, die nur ihre privaten Interessen betreffen, gegebenenfalls gemeinsam einen Sachverständigen dem Richter zur Bestellung vorschlagen. Kommt der Vorschlag nur von einer Partei, kann er vom Richter nur

⁴⁸ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, n. 11 vol. 19 p. 283.

⁴⁹ Dies ist der Fall, wenn etwa im Eheprozeß ein weiterer Ehenichtigkeitsgrund eingeführt wird.

⁵⁰ Dies ist der Fall, wenn statt des ursprünglich angegebenen ein anderer Ehenichtigkeitsgrund geltend gemacht wird.

⁵¹ Die hier behauptete Urteilsnichtigkeit gründet sich ausschließlich auf das positive Recht, das die Zustimmung des Beklagten zur Klageänderung verlangt; sie tritt daher auch dann ein, wenn sich der Beklagte *de facto* gegen den neuen Klagegrund verteidigen konnte. Konnte er das nicht, liegt auch eine Verletzung des Verteidigungsrechtes vor, sodaß das Urteil darüber hinaus auch „naturrechtlich“ nichtig wäre.

⁵² SRR 11. 12. 1961 coram De Jorio, n. 16 vol. 53 p. 659: „Facta est collegio potestas etiam in gradu appellationis novum admittendi caput, si nemo . . . cotradicat. . . At, contadicente altera parte, (causae) reiciendae essent a limine a iudicibus appellationis.“

⁵³ Ausnahmen von diesem Grundsatz: cc 1744, 1758, 1767 § 3.

⁵⁴ Vgl. Dordett, *Notae quaedam* 654 f.; Wirth 185 ff.

dann aufgegriffen werden, wenn die andere Partei zustimmt (c 1793 § 2). Die ratio legis ist einsichtig: Die Gegenpartei könnte mit gutem Grund den Verdacht haben, daß der vorgeschlagene Sachverständige dem Streitgegner zu nahe stehen könnte; deshalb muß ihr ein Widerspruchsrecht zustehen. Die Verletzung dieses Rechtes ist als attentatum zu werten (c 1854); daher ist das widerrechtlich zustandegekommene Gutachten nichtig (c 1855 § 1) und ohne Beweiskraft.

4. Nach Aktenschluß muß den Parteien oder ihren Anwälten eine ausreichende Frist zur Ausarbeitung des Verteidigungsschriftsatzes eingeräumt werden (c 1862 § 1). Die einmal festgesetzte Frist kann der Richter nur mit Zustimmung beider Parteien verkürzen (§ 2). Die Ausarbeitung eines Schriftsatzes erfordert in jedem Fall einen gewissen Zeitaufwand. Wird den Parteien eine Frist gesetzt, ist es ihr gutes Recht, über den ganzen ihnen zur Verfügung gestellten Zeitraum zu disponieren. Eine willkürliche Verkürzung der Frist käme daher einer Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes gleich. Die Fristverkürzung ohne Zustimmung ist ein rechtswidriger Prozeßeingriff; schreitet der Richter vor Ablauf der ursprünglich festgesetzten Frist zur Urteilsfällung, ohne daß die Parteien ihr Verteidigungsrecht wahrnehmen konnten, ist das Urteil unheilbar nichtig⁵⁵.

5. An anderen Stellen räumt das Gesetz den Parteien ebenfalls ausdrücklich ein Widerspruchsrecht ein, ohne aber die Formel „consentiente altera parte“ zu verwenden.

So ist der Beklagte berechtigt, auf einer Weiterführung des Verfahrens zu bestehen, auch wenn der Kläger die Klage zurückziehen will (c 1740 § 2). Es ist allerdings nicht notwendig, daß er der Einstellung des Verfahrens ausdrücklich zustimmt; es genügt, daß er gegen den Einstellungsantrag keine Einwendungen vorbringt. Wenn ihm dagegen der Antrag gar nicht mitgeteilt wird, oder er ihm ausdrücklich widerspricht, ist ein etwa erfolgter Einstellungsbeschluß ungültig, zwar nicht deshalb, weil ein attentatum vorliegt, sondern weil es in c 1740 § 2 expressis verbis so bestimmt wird: Daß die Klagerückziehung nicht bekämpft wird, ist für deren Wirksamkeit ebenso erforderlich wie die Annahme durch den Richter. Der Beklagte hat das Recht, die Fortsetzung des Prozesses zu verlangen⁵⁶.

Für den Eheprozeß könnte sich aus dieser Bestimmung eine eigenartige Situation ergeben, da der Promotor iustitiae unter bestimmten Umständen berechtigt ist, von der Klage zurückzutreten (EPO Art. 41 § 4). Da auch die EPO von der Fiktion auszugehen scheint, daß die Eheleute Streitgegner sind (vgl. Art. 202 § 2)⁵⁷, könnte eine Gegenpartei, die ebenfalls kein Klagerecht hat, auf der Weiterführung des Prozesses bestehen. Vernünftigerweise wird man das freilich höchstens für den Fall anerkennen kön-

⁵⁵ SRR 28. 11. 1957 coram Pinna, n. 3 vol. 49 p. 762: „ . . . termini et acta sunt bases et fundamenta sententiae.“ Vgl. Sigismundus Scaccia, Tractatus de Iudiciis, lib. II, Coloniae Agrippinae 1738, cap. 3 q. 14 n. 290.

⁵⁶ Vgl. SRR 7. 5. 1928 coram Parrillo, n. 4 vol. 20 p. 158; vgl. auch oben S. 67.

⁵⁷ „(Sententia) exprimat . . . qui sit actor, reus, . . . defensor vinculi . . .“. Mit „actor“ und „reus“ können nur die beiden Eheleute gemeint sein.

nen, daß diese Gegenpartei tatsächlich gegen die Klage streitet⁵⁸. Andernfalls würde sich die absurde und vom Gesetzgeber sicher nicht gewollte Konsequenz ergeben, daß die nichtklageberechtigten Parteien ein Verfahren weiterführen können, das zu beginnen sie gar nicht berechtigt waren. De lege ferenda wäre aber doch zu wünschen, daß das wirkliche Streitverhältnis ganz klar zwischen Kläger und Ehebandsverteidiger hergestellt wird. Der andere Ehepartei könnte seinem je eigenen Interesse gemäß an die Seite einer dieser Streitparteien als Privatbeteiligter hinzutreten⁵⁹.

Ein gewisses Widerspruchsrecht haben die Parteien auch in dem Fall, daß der Streitgegner auf die Vernehmung eines von ihm genannten Zeugen nachträglich verzichtet, da sie verlangen können, daß dieser Zeuge doch gehört werden soll (c 1759 § 4). Allerdings haben sie darauf kein striktes Recht, da die Zulassung des Zeugen weiterhin von der Ermessensentscheidung des Richters abhängt (c 1762); das Verlangen, den Zeugen, auf den verzichtet worden ist, dennoch zu vernehmen, ist nämlich einer Zeugenbenennung gleichzuhalten.

Schließlich hat jede Partei ein Widerspruchsrecht auch in dem Fall, daß ihr Streitgegner eine Berichtigung in der Urteilsausfertigung beantragt (c 1878 § 2). Hier schreibt jedoch das Gesetz selbst die Vorgangsweise vor (§ 3), sodaß keine Probleme entstehen können.

II) Die Ablehnung gegnerischer Beweismittel

A) Das Ablehnungsrecht

Den Parteien steht das Recht zu, Beweismittel, mit deren Hilfe der Streitgegner seinen Anspruch untermauern will, als unzulässig abzulehnen. Diese Ablehnung bezieht sich auf das Beweismittel als solches, noch nicht auf seinen Inhalt. Deshalb muß die Ablehnung schon zu einem Zeitpunkt erfolgen, bevor der Richter über die Zulassung des Beweismittels entscheidet.

An sich ist schon der Richter verpflichtet, Zeugen (c 1764 § 1) oder Sachverständige (c 1795 § 2) nicht zuzulassen, wenn für sie ein gesetzlicher Ausschlussgrund (c 1757) besteht. Nur hinsichtlich der ungeeigneten und verdächtigen Zeugen ist eine Ausnahme in dem Sinn erlaubt, daß sie zwar angehört werden dürfen, ihre Aussage aber nicht als

⁵⁸ Ein Reskript der Sakramentenkongregation v. 30. 5. 1938 an den Erzbischof von Mailand verneint die Frage, ob klageunfähige Parteien auf der Fortsetzung des Prozesses bestehen können, wenn der Promotor die Klage zurückzieht, überhaupt. (Abgedruckt bei Joseph Wenner, Kirchliche Eheprozeßordnung, 3. Aufl., Paderborn 1956, S. 232).

⁵⁹ Ansätze für eine derartige Regelung finden sich bereits in der EPO: Art. 43 § 3 sieht vor, daß sich die Parteien gemeinsam von einem einzigen Anwalt vertreten lassen können, wenn beide um die Nichtigkeitserklärung ihrer Ehe bitten. Art. 113 § 2 verwendet sogar die Formulierung „Si utraque pars matrimonium accusaverit, . . .“. Daraus kann freilich noch nicht geschlossen werden, daß die Eheleute auch gemeinsam als Kläger im Prozeß auftreten könnten. Insgesamt ist die EPO nämlich so konstruiert, daß die Parteien auf jeden Fall formell Streitgegner sind, wenn auch einzelne Normen mit der Möglichkeit rechnen, daß sie de facto das gleiche Ziel anstreben.

voll beweiskräftig zu werten ist (c 1758). Da jedoch der Richter im Einzelfall nicht immer wissen kann, ob ein Ausschließungsgrund vorliegt, können auch die Parteien einen begründeten Ausschließungsantrag gegen Zeugen (c 1764 § 2) und Sachverständige (c 1796 § 1) einbringen. Zu den Sachverständigen im weiteren Sinn ist auch der Dolmetsch zu rechnen, der von den Parteien ebenfalls abgelehnt werden kann (c 1641).

Dokumente und Urkunden können als Beweismittel nur insoferne abgelehnt werden, als ihre Echtheit bestritten wird (c 1819). Auch das Beweismittel einer einfachen oder gehobenen Rechtsvermutung kann zurückgewiesen werden, indem aufgezeigt wird, daß die Voraussetzungen, auf die sie sich gründet, im konkreten Fall nicht gegeben sind; die gehobene Rechtsvermutung ist überhaupt nur auf diese Weise zu erschüttern, da ein materieller Gegenbeweis gegen sie nicht zulässig ist (c 1826)⁶⁰.

B) Die Ablehnungsgründe

Das Gesetz erklärt manche Personen für eine Zeugenschaft als ungeeignet, verdächtig oder gar unfähig (c 1757)⁶¹. Dieselben Ausschließungsgründe gelten auch für Sachverständige (c 1796 § 1); gegen diese könnten unter Umständen aber auch Einwendungen wegen mangelnder fachlicher Eignung (c 1795 § 1) oder Zuverlässigkeit (c 1794) vorgebracht werden. Als rechtmäßiger Ablehnungsgrund müßte auch die erfolgreiche Bestechung eines Zeugen oder Sachverständigen geltend gemacht werden können (vgl. c 1755 § 3).

In der Judikatur der Rota spielt vor allem die Ablehnung feindlicher Zeugen (c 1757 § 2,3⁶²) eine Rolle, die ausdrücklich als rechtmäßig zugegeben wird⁶². Das Recht auf Ablehnung feindlicher Zeugen besteht selbst dann, wenn es im konkreten Prozeß um schwer zu beweisende Tatbestände geht⁶³.

C) Die Grenzen des Ablehnungsrechtes

Beweismittel des Streitgegners können in der Regel nur abgelehnt werden, solange nicht der Verdacht besteht, daß die Ablehnung des Mittels bloß deshalb erfolgt, weil sein materieller Inhalt der eigenen Position im Prozeß schadet. Sofern es sich nicht um die Ablehnung von Dokumenten oder Rechtsvermutungen handelt, deren Inhalt ja nicht vom guten oder bösen Willen einer Person abhängt, muß dem Ablehnungsrecht eine Gren-

⁶⁰ Vgl. Eichmann - Mörsdorf III 155 f.

⁶¹ Ausführlich dargestellt bei Wirth 58 ff.

⁶² SRR 11. 3. 1924 coram Mannucci, n. 7 vol. 16 p. 104: „Adversarius ordinario praesumitur calumniosus, nemo enim praesumitur velle conscientiam suam periurio onerare pro inimico, sed magis contra.“ — Vgl. D 2, 1; c. 31 X 5, 3; vgl. auch Wirth 79 f.

⁶³ SRR 25. 2. 1911 coram Mori, n. 11 vol. 3 p. 101: „Inimici . . . excluduntur a testimonio ferendo etiam in factis occultis et difficilis probationis. Ratio conclusionis deducitur ex indole humanae voluntatis, quae odio capitali erga aliquem affecta moveri solet non ex spiritu veritatis, sed ex animo ulciscendi iniuriam. Hinc iudicium inimici in negotio adversarii sui est regulariter turbatum et praeiudicatum.“

ze gezogen werden. Die Person eines Zeugen kann daher nur bis zur Offenlegung der Zeugenaussage abgelehnt werden (c 1783,1⁶⁴). Nach diesem Zeitpunkt kann der Zeuge als Person nur dann abgelehnt werden, wenn die Partei nachweisen oder zumindest unter Eid versichern kann, daß ihr der Ausschließungsgrund erst zu diesem späteren Zeitpunkt bekannt geworden ist (c 1764 § 4)⁶⁵. Das setzt naturgemäß voraus, daß die Parteien nicht erst durch die Einsichtnahme in die Akten erfahren, welche Personen in ihrem Prozeß als Zeugen ausgesagt haben oder als Gutachter tätig geworden sind.

Der CIC hat es in wenig glücklicher Weise den Parteien selbst zur Pflicht gemacht, daß sie die von ihnen genannten Zeugen einander mitteilen (c 1763). Sinnvoll ist diese Bestimmung nur, wenn es sich um Streitsachen rein privaten Interesses handelt, in denen der Richter nur auf Antrag hin vorgehen kann (cc 1618, 1619 § 1). Wenn es sich aber um Verfahren handelt, die das Gemeinwohl berühren, in denen also der Richter auch von Amts wegen Beweise herbeischaffen kann und muß (c 1619 § 2), ist es sinnvoller, wenn dem Richter auferlegt wird, den beteiligten Parteien die Namen der Zeugen mitzuteilen, wie dies in EPO Art. 126 § 1 vorgesehen ist.

Nach c 1763 soll die gegenseitige Mitteilung der Zeugen noch vor deren Vernehmung erfolgen, doch ist das nicht zwingend vorgeschrieben; nach Gesetz und Vernunft muß dies aber noch vor Veröffentlichung der Zeugenaussagen geschehen. Da den Parteien für den Einspruch gegen die Person eines Zeugen eine gesetzliche Frist von drei Tagen zusteht (c 1764 § 4), ist damit auch der letztmögliche Zeitpunkt der Bekanntgabe angezeigt⁶⁶.

Werden einer Partei die Zeugen des Streitgegners oder auch die von Amts wegen eingeführten Zeugen und Sachverständigen⁶⁷ nicht vor Akteneinsicht bekanntgegeben, kann c 1783,1⁰ keine Anwendung finden; die Parteien müssen in diesem Fall das Recht haben, Ausschließungsgründe gegen die Person eines Zeugen auch nachträglich geltend zu machen, selbst wenn diese schon früher bekannt gewesen wären. Daß unter diesen Umständen die Gefahr besteht, daß die Parteien ihre Entscheidung, ob sie gegen die Person eines Zeugen oder Sachverständigen Einspruch erheben oder nicht, auch vom Inhalt der Aussage bzw. des Gutachtens abhängig machen, liegt auf der Hand. Den Parteien kann aber nicht ein Recht beschnitten werden aus Gründen, die allein der Richter zu verantworten hat. Man wird allerdings nicht ohne weiteres eine Nichtigkeit solcher Zeugenaussagen annehmen können, da c 1763 keine Nichtigkeitsklausel enthält⁶⁸. Eine solche liegt zweifelfrei nur dann vor, wenn Ausschließungsgründe nach c 1757 § 3 geltend gemacht werden, die ja anhand objektiver Kriterien nachgewiesen werden können. In den Fällen der §§ 1, 2 ist gegebenenfalls durch ein Zwischenverfahren festzustel-

⁶⁴ SRR 13. 7. 1931 coram Parrillo, n. 7 vol. 23 p. 283.

⁶⁵ SRR 14. 7. 1913 coram Lega, n. 5 vol. 5 p. 444: „... non fas est nisi nova exoriatur causa . . . excipere contra testes . . . quocumque momento litis: sed exceptiones contra personas testium sunt proponendae ante examen.“ — Zum Ganzen vgl. Wirth 137 f.

⁶⁶ Vgl. dazu Wirth 128 f.

⁶⁷ Für diese muß wegen c 1796 die rechtzeitige Bekanntgabe vorausgesetzt werden.

⁶⁸ Anders Ewers 69 unter Berufung auf Cappello III 207.

len, ob Ausschließungsgründe tatsächlich vorliegen; gelingt dieser Nachweis, könnte der Richter diese Aussaagen noch immer als Beweisstützen heranziehen (c 1758), deren Wert freilich recht unterschiedlich sein kann.

Eine weitere Grenze des Ablehnungsrechtes liegt darin, daß eine Partei einen von ihr selbst eingeführten Zeugen nur dann ablehnen kann, wenn die Gründe dafür erst nach der Nennung aufgetreten oder bekannt geworden sind (c 1764 § 3)⁶⁹. Auf keinen Fall aber kann eine Partei sich auf einen Zeugen berufen und diesen zugleich ablehnen⁷⁰.

Die Ablehnung eines Beweismittels kann einen Zwischenstreit auslösen, in dem zu klären ist, ob sich die Ablehnung auf einen gesetzlichen Ausschließungsgrund stützt. Dieser Zwischenstreit kann aber vom Richter bis zum Ende des Hauptstreites aufgeschoben werden, wenn die Entscheidung sofort und ohne Schwierigkeiten nicht gefällt werden kann, es sei denn, daß der Aufschub den Beweis des Ablehnungsgrundes unmöglich macht (c 1764 § 5).

III) Die *publicatio*

A) Das Recht auf Akteneinsicht

1) Die *Rechtsnatur der publicatio*

Vor der *discussio causae* müssen alle bis dahin geheim gebliebenen Beweise offengelegt werden (c 1858)⁷¹. Der Grund für diese Bestimmung liegt darin, daß die für den Prozeß sachnotwendige Erörterung der Prozeßmaterie nicht erfolgen kann, wenn die am Verfahren Beteiligten gar nicht wissen, was konkret erörtert werden soll⁷².

Vor dem CIC bestand über diese Notwendigkeit nicht genug Klarheit⁷³. Besonders unter dem Einfluß der großen Kanonisten Pirhing⁷⁴, Reiffenstuel⁷⁵ und Schmalzgrueber⁷⁶ waren manche Rotarichter der Meinung, die *publicatio* sei nicht prozeßwesentlich; denn der Richter kenne ohnedies immer den Inhalt der Akten und die Rechte der Parteien⁷⁷. Immerhin geben aber auch diese Richter zu, daß es eine Forderung der Gerechtigkeit sei, wenigstens auf Antrag hin Akteneinsicht zu gewähren, damit

⁶⁹ SRR 14. 7. 1913 coram Lega, n. 5 vol. 5 p. 444.

⁷⁰ SRR 23. 5. 1959 coram Pinna, n. 8 vol. 51 p. 273: „Absonum sane est quod praetendit mulier haec scil. provocare ad aliquem testem simulque adversus eum excipere vetando ne audiatur.“

⁷¹ Die Zeugenaussagen können sofort nach der letzten Vernehmung publiziert werden, auch wenn andere Beweise noch ausständig sind (c 1782 § 1).

⁷² SRR 26. 2. 1954 coram Mattioli, n. 2 vol. 46 p. 176.

⁷³ Vgl. Hanssen: *Apollinaris* 12 (1939) 215, 224.

⁷⁴ Pirhing lib. II tit. 20 n. 202.

⁷⁵ Reiffenstuel lib. II tit. 20 nn. 523, 524.

⁷⁶ Schmalzgrueber lib. II tit. 20 n. 131.

⁷⁷ SRR 28. 1. 1918 coram Sebastianelli, n. 5 vol. 10 p. 14: „ . . . iudici semper publicatae sunt attestations, seu nota acta iudicii, et partium iura.“

die Parteien sich verteidigen können⁷⁸. Trotz alledem könne aber der Richter Gründe haben, die *publicatio* zu verweigern⁷⁹. Nur ein Urteil *coram Mori* zählt die Verweigerung der Akteneinsicht zu den wesentlichen Prozeßmängeln, da dadurch das Verteidigungsrecht beeinträchtigt wird⁸⁰.

Da der kirchliche Prozeß unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindet (c 1640 § 1), und auch die Parteien selbst nur ausnahmsweise bei den Zeugenvernehmungen anwesend sein dürfen (c 1771), kann es eigentlich tatsächlich keine Zweifel darüber geben, daß die *publicatio* unter diesen Umständen wesensnotwendig ist, da überhaupt erst durch sie eine Verteidigung gegen die Beweise des Streitgegners möglich wird⁸¹.

Für jene Beweise, die erst nach Aktenschluß vorgelegt werden, schärft c 1861 § 2 die Offenlegung noch einmal ausdrücklich ein⁸².

2) Inhalt und Umfang der *publicatio*

Nach c 1858 ist grundsätzlich alles zu publizieren, was sich an Beweiskräftigem in den Prozeßakten befindet und bisher geheimgehalten wurde. Nach EPO Art. 138 § 2 gilt dies auch für die Leumundsnoten; das Richterkollegium kann hier jedoch eine Ausnahme beschließen⁸³. Klar muß aber sein, daß sich das Urteil nie auf Beweise stützen darf, die nicht veröffentlicht worden sind.

Wenn unerhebliche Beweise nicht offengelegt worden sind, so mag dies ohne Schaden für das Urteil hingenommen werden können⁸⁴. Dasselbe kann von einzelnen Beweisstücken gelten, deren Inhalt auch in anderen Beweisen aufscheint, sodaß darüber eine Erörterung und Verteidigung möglich ist⁸⁵. Auch ist zu beachten, daß die Offenlegung von Beweisen, die erst nach Aktenschluß vorgelegt werden, nach c 1861 § 2 nur dann zwingend notwendig ist, wenn es sich dabei um wirklich neue Beweise handelt. Unannehmbar ist aber das Argument eines Rotalurteils, daß Briefe einer Partei, die vom Streitgegner dem Gericht vorgelegt werden, nicht publiziert werden müssen, da sie der Partei, die diese Briefe geschrieben hat, ohnehin bestens bekannt seien⁸⁶. Die Parteien wären

⁷⁸ A. a. O.: „ . . . publicatio sit de iustitia, non autem de substantia processus.“

⁷⁹ SRR 22. 11. 1913 *coram Lega*, n. 21 vol. 5 p. 599: „ . . . si pars petat publicationem probationum adversarum et haec denegatur, ius habet appellandi ad superiorem iudicem et nisi iudex inferior doceat, se probabilibus rationibus publicationem denegasse, istam facere cogetur.“

⁸⁰ SRR 16. 6. 1910 *coram Mori*, n. 2 vol. 2 p. 210.

⁸¹ Cappello III 288; Ewers 58 f.; Lega - Bartocetti II 902; Eichmann - Mörsdorf III 168; Roberti II 157; Wernz - Vidal - Cappello VI 432.

⁸² SRR 5. 7. 1927 *coram Parrillo*, n. 11 vol. 19 p. 283; SRR 3. 7. 1954 *coram Pinna*, n. 5: MonEcll 79 (1954) 405; SRR 29. 1. 1960 *coram Filipiak*, n. 2 vol. 52 p. 21; und viele andere, aber auch schon SRR 27. 4. 1917 *coram Prior*, n. 15 vol. 9 p. 93.

⁸³ Die österreichischen Diözesengerichte sind übereingekommen, die pfarrlichen Leumundsnoten grundsätzlich nicht zu publizieren (vgl. Dordett, *Notae quaedam* 659). Da sie demnach auch nicht zur Urteilsbildung herangezogen werden dürfen, ist ihre Einholung ein reiner Formalakt, der nur gesetzt wird, um der Norm (EPO Art. 139 § 1) zu genügen.

⁸⁴ SRR 16. 2. 1957 *coram Wynen*, n. 7 vol. 49 p. 103: „ . . . sententia appellata nullo modo innititur adulterio actoris.“

⁸⁵ SRR 27. 10. 1953 *coram Canestri*, n. 3 vol. 45 p. 615.

⁸⁶ SRR 29. 1. 1960 *coram Filipiak*, n. 3 vol. 52 p. 22.

nämlich überfordert, wenn sie sich gegen alle nur denkbaren Beweise verteidigen müßten; sie müssen sich an das halten können, was tatsächlich an Beweisen vorliegt. Deshalb sind alle Beweisstücke zu veröffentlichen. Im konkreten Fall wäre die Partei vielleicht in der Lage gewesen, zu erklären, unter welchen Umständen die Briefe geschrieben worden sind, woraus sich eine ganz andere Beurteilung in der Sache hätte ergeben können; möglicherweise wäre sogar die Echtheit der Briefe bestritten worden.

Ein besonderes Problem stellt auch in diesem Zusammenhang die fiktive Prozeßgegnerschaft im Ehenichtigkeitsverfahren dar, wenn beide Teile dasselbe Ziel verfolgen. Hier wird man tatsächlich kaum behaupten können, es sei wegen des Verteidigungsrechtes naturrechtlich gefordert, daß einer Partei die Beweise der anderen offengelegt werden müssen.

Die Behauptung der Rota, c 1861 § 2 sei nur dann sinnvoll anzuwenden, wenn ein echtes Streitverhältnis und deshalb auch ein wirkliches Verteidigungsbedürfnis besteht, hat sicherlich viel für sich⁸⁷. Nichtsdestoweniger schreibt aber nicht nur der CIC, sondern auch die EPO (Art. 178 § 3) die *publicatio* vor. In beiden Fällen wird freilich als Zweck der Offenlegung die Einräumung der Verteidigungsmöglichkeit angegeben. Wenn jedoch eine echte Streitgegnerschaft nicht besteht, kann auch kein echtes Verteidigungsbedürfnis vorliegen; die Unterlassung der Aktenveröffentlichung hätte daher auch keine Auswirkungen auf das Urteil⁸⁸. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Parteien im Ehenichtigkeitsprozeß zwar im Ziel einig sein, dieses Ziel aber mit unterschiedlicher Begründung anstreben können; in diesem Fall sind sie Streitgegner.

B) Die Geheimhaltung von Beweisen

Das Urteil darf sich nur auf Beweise stützen, die im Prozeßakt enthalten (c 1869 § 2), und den Parteien bekanntgemacht worden sind (c 1858). Mündliche Informationen an den Richter sind verboten (c 1866 § 1).

Wenn sich das Urteil im Gegensatz dazu auf Beweise stützt, die die Parteien nicht einsehen, und gegen die sie sich daher auch nicht verteidigen konnten, ist das Urteil nichtig⁸⁹. Dies ist auch dann der Fall, wenn

⁸⁷ SRR 27. 11. 1958 coram Brennan, n. 3 vol. 50 p. 661: „... saepe assertio actoris nullum habet exceptorem praeter Defensorem Vinculi. Pars conventa raro contradicit petitioni actoris, sed vel eidem accedit vel sese remittit iustitiae Tribunalis. Gravari ideo nequit si eidem non notificantur ea quae, actore instante, gesta sunt; copia sese defendendi, in casu, non datur ei qui nec se defendere optat. Can. 1861, § 2 proinde practicam applicationem in causis nullitatis matrimonii habere potest, si congestae fuerint novae probationes instante Defensore Vinculi.“

⁸⁸ Diese Konsequenz ist freilich nur theoretisch möglich. In der Praxis ist es so, daß die Parteien zwar Beweise anbieten, den Inhalt (etwa der Zeugenaussagen) aber erst durch die *publicatio* erfahren. Oft genug sprechen die Beweise objektiv gegen das Klagebegehren; die Parteien müssen sich daher sogar gegen ihre eigenen Beweise verteidigen. Die Verweigerung der Akteneinsicht wäre daher eine Verweigerung des Verteidigungsrechtes. Die Akteneinsicht dürfte nur dann verweigert werden, wenn feststeht, daß eine Partei damit ein anderes Ziel als das der Verteidigung verfolgt. Vgl. dazu Cappello, *Quaestio canonica: Periodica* 19 (1930) *71—*73.

⁸⁹ SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210; SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, n. 11 vol. 19 p. 283.

sich das Urteil auf etwas stützt, was im Akt gar nicht enthalten ist, was also die Parteien ebenfalls nicht wissen konnten, sodaß ihnen eine Verteidigung dagegen unmöglich war⁹⁰. Wenn aber für das Urteil auch noch andere Gründe ausschlaggebend waren, gegen die eine Verteidigung möglich gewesen ist, wird die Gültigkeit des Urteils nicht anzuzweifeln sein⁹¹.

In einem Rotalurteil⁹² wird die Auffassung vertreten, daß es möglich sei, Zeugenaussagen nur dem Anwalt, nicht aber der Partei selbst, offenzulegen, ohne daß dadurch das Verteidigungsrecht verletzt werde. Dem Anwalt wird allerdings ausdrücklich das Recht eingeräumt, mit seinem Mandanten über den Inhalt der Aussage zu sprechen; nur den Namen des Zeugen darf er ihm nicht nennen. Diese Vorgangsweise läßt das Recht tatsächlich zu (EPO Art. 130 § 2), schreibt aber zugleich umfangreiche Vorsichtsmaßnahmen vor: mindestens zwei Personen, die mit der Ehesache selbst nichts zu tun haben und deren Integrität außer Zweifel steht, müssen Erkundigungen über die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen einholen; darüber hinaus sollen diese Personen aber auch das Vertrauen der Parteien genießen. Diese letzte Bestimmung setzt voraus, daß die Parteien wenigstens von der Tatsache unterrichtet werden, daß ein Zeuge ungenannt bleiben will. Obwohl der Richter einen solchen Zeugen nur aus schwerwiegenden Gründen zulassen darf, bleibt dieser Bestimmung gegenüber ein großes Unbehagen bestehen, zumal nicht einmal zwingend vorgeschrieben ist, daß die Erkundigungspersonen das Vertrauen der Parteien haben müssen. Dieses Unbehagen wird offenbar auch von einigen Rotarichtern geteilt. Denn die Vorinstanz in der besprochenen Sache — ebenfalls ein Rotalturnus — betont im Urteil, daß die Aussage dieses Zeugen nicht berücksichtigt wurde, weil gegen sie eine Verteidigung nicht möglich war⁹³.

In der Tat besteht die Gefahr, daß durch die Zulassung eines anonym bleibenden Zeugen das Verteidigungsrecht verletzt wird, selbst dann, wenn alle in EPO Art. 130 § 2 angeordneten Vorsichtsmaßnahmen mit peinlichster Korrektheit durchgeführt werden. Mag nämlich auch für die Ausübung des Verteidigungsrechtes der sachliche Inhalt einer Aussage entscheidend und meist auch ausreichend sein, so ist doch auf die Möglichkeit aufmerksam zu machen, daß für das Verteidigungsrecht auch durch das Verschweigen der Quelle eines Beweises Schaden entstehen könnte⁹⁴.

⁹⁰ SRR 26. 2. 1954 coram Mattioli, n. 4 vol. 46 p. 180: „Essentialem ergo iudicii disceptionem in casu prorsus defecisse dicendum est.“

⁹¹ SRR 26. 3. 1957 coram Felici, n. 3 vol. 49 p. 237: „... cum decisio . . . multis aliis rationibus fundetur, et conclusio prof. Palmieri unum tantum sit argumentum . . . : unde, etsi hoc falsum sit, sententia multis aliis maneat confortata rationibus decidendi.“

⁹² SRR 5. 8. 1940 coram Grazioli, n. 4 vol. 32 p. 679 s.: „Nihilominus vel si nonnisi sub secreto audiri testis potuisset, haud inde defensionis ius violatum . . . affirmari posset, dum omnia acta sub secreto actricis patrono notificata fuisset. Vel reticito enim notitiarum fonte, patrono semper licuisset opportunas vel necessarias a cliente . . . expostulare explicationes ad munus suum rite obeundum.“

⁹³ SRR 25. 7. 1938 coram Wynen, n. 3 vol. 30 p. 460: „... quoniam scilicet actrix sese defendere non potuit, neque eius advocatus id praestare valuit, cum adstrictus sit iureiurando de secreto servando ideoque informationes . . . exquirere nequeat.“

⁹⁴ Es wäre denkbar, daß die Partei sich gegen eine Zeugenaussage nur dadurch verteidigen kann, indem sie nachweist, daß dieser Zeuge bei einer von ihm geschilderten Begebenheit gar nicht dabei war.

Jedenfalls sollte ein Richter von dieser Möglichkeit nur bei allergrößter Notwendigkeit Gebrauch machen; in der Regel ist auf einen Zeugen, der ungenannt bleiben will, zu verzichten.

Im ganzen ist jedoch festzuhalten, daß nichts als erwiesen gelten kann, wogegen sich die Parteien nicht verteidigen konnten⁹⁵. Wird das Verteidigungsrecht durch die Nichtveröffentlichung von Beweisen wesentlich beeinträchtigt, zieht dies die unheilbare Nichtigkeit des Urteils nach sich. Die Meinung einiger Autoren, daß die Urteilsnichtigkeit heilbar sei⁹⁶, wurde bereits dem Grundsatz nach zurückgewiesen⁹⁷. Völlig unverständlich ist jedoch die Auffassung, wonach zwar die Nichtveröffentlichung der nach der publicatio vorgelegten Beweise die Nichtigkeit des Urteils zur Folge haben soll, nicht aber die „Nichtbekanntgabe des Beweisstoffes“, der im Zuge des ordentlichen Beweiserhebungsverfahrens zustandegebracht wurde⁹⁸.

IV) Die *discussio causae*

Nachdem die Parteien in die Prozeßakten Einsicht genommen haben, und der Richter Aktenschluß verfügt hat, muß den Parteien eine angemessene Frist zur Verfügung gestellt werden, damit sie bzw. ihre Anwälte den Verteidigungsschriftsatz ausarbeiten können (c 1862 § 1).

A) Die Rechtsnatur der *discussio*

Nach c 1552 § 1 gehört die „*legitima disceptatio*“ ex definitione zum Wesen auch des kirchlichen Prozesses. Erst durch sie wird sichergestellt, daß niemand ohne Gehör und Verteidigung verurteilt wird⁹⁹. Dieser Notwendigkeit kann nämlich nicht allein dadurch Rechnung getragen werden, daß man den Parteien während des Beweiserhebungsverfahrens Gelegenheit gibt, zur Prozeßsache Stellung zu nehmen und Beweise anzubieten; sie müssen vielmehr auch die Möglichkeit haben, das gesamte Beweismaterial in die Erörterung miteinzubeziehen. Daher ist die *discussio causae* nach Aktenschluß ein wesentlicher Bestandteil der *legitima dis-*

⁹⁵ Lega - Bartoccetti II 908.

⁹⁶ Lega - Bartoccetti II 902; Flatten 650; Hanssen: Apollinaris 12 (1939) 224.

⁹⁷ Vgl. oben SS. 29—34.

⁹⁸ Eichmann, Prozeßrecht 169 f. — Eichmann scheint die cc 1858, 1861 § 2 lediglich als rein positiv-rechtliche Normen zu werten. Da c 1858 tatsächlich keine Nichtigkeitsanktion enthält, mußte er zu der uns unverständlichen Meinung kommen. Die *publicatio* ist aber eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Verteidigungsrechtes; daher ist sie ein Wesenserfordernis des kanonischen Prozesses. Die hier anwendbare Nichtigkeitsanktion steht in c 1680.

⁹⁹ SRR 27. 2. 1930 coram Mannucci, n. 4 vol. 22 p. 120: „... partem conventam iniuste, facto nempe ipsius iudicis, privatam in casu fuisse iure se defenderdi, et condemnatam fuisse inauditam, indefensam, absque contradictorio, in quo est substantia iudicii.“

ceptatio¹⁰⁰; die Prozeßparteien müssen Gelegenheit haben, unter Umständen die gegnerischen Beweise auch zu bekämpfen¹⁰¹. Wenn einer privaten oder auch amtlichen Partei diese Möglichkeit nicht geboten wird, ist das Urteil, weil es einen Prozeß ohne Erörterung entscheidet, unheilbar nichtig¹⁰².

Jede Erörterung nimmt aber eine gewisse Zeit in Anspruch, weshalb den Parteien eine Frist zu setzen ist, die der Schwierigkeit des Prozeßgegenstandes und der Fülle des Beweismaterials angemessen sein muß. Darauf haben Gesetzgebung und Judikatur schon immer Wert gelegt¹⁰³, und noch zehn Jahre vor Inkrafttreten des CIC wurde zu den ursprünglich drei benannten Nichtigkeitsgründen ein vierter hinzugefügt, der die Nichtigkeit des Urteils für den Fall vorsah, daß den Parteien nicht genügend Zeit eingeräumt wurde, um auf nach Aktenschluß vorgelegte Beweise antworten zu können¹⁰⁴. Ausreichende Verteidigungsfristen gehören ebenso zum Wesen des Prozesses wie das Verteidigungsrecht selbst¹⁰⁵. Wenn daher die Richter nach Aktenschluß so schnell zur Urteilsfällung schreiten, daß es den Parteien unmöglich ist, zum Beweismaterial Stellung zu nehmen, ist das Urteil unheilbar nichtig¹⁰⁶.

Wird innerhalb einer angemessenen Frist von der Verteidigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht, ist zu vermuten, daß die Parteien darauf verzichtet haben (vgl. c 1867)¹⁰⁷.

B) Form und Inhalt der discussio

Da für den kirchlichen Prozeß das Prinzip der Schriftlichkeit gilt (c 1643), ist auch das Verteidigungsvorbringen als Schriftsatz einzureichen (c 1863

¹⁰⁰ SRR 26. 2. 1954 coram Matioli, n. 2 vol. 46 p. 176: „Nullum ergo datur iudicium absque disceptatione, nullaque disceptatio haberi potest ubi materia, de qua disceptandum est, uniuscuiusque ex illis, qui iudicio necessario intersunt, plenae cognitioni, ex integro, non deferatur.“

SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 8 vol. 46 p. 372: „... patronus defensionem non scripsit, nec Vinculi Defensor animadversiones exhibuit; unde, et disceptatio deest.“

¹⁰¹ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 4 vol. 30 p. 475: „Elementum essentielle processus in contradictorio est ut pars habeat facultatem impugnandi probationes adversarii, ...“

¹⁰² SRR 22. 6. 1960 coram Bonet, n. 5 vol. 52 p. 107: „Si vero Vinculi Defensor non interveniat in disceptatione seu discussione causae, ipsa sententia irrita habenda est.“

SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 8 vol. 46 p. 373: „... disceptatio deest. Inde sententia ... dicenda est nulla. ... seu ‚deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt‘ (can. 1680). Et, hoc in casu, defectus actus iuridici ope legis non sanatur.“

¹⁰³ c. 2 Clem 5, 11. — Vgl. SRR 11. 5. 1909 coram Lega, n. 6 vol. 1 p. 40; SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 7 vol. 5 p. 121.

¹⁰⁴ Lex propria S. R. Rotae et Signaturae Apostolicae v. 29. 6. 1908, c 27 § 3: AAS 1 (1909) 27. — Vgl. auch SRR 15. 11. 1916 coram Cattani-Amadori, n. 8 vol. 8 p. 337.

¹⁰⁵ Scaccia cap. 3 q. 14 nn. 289 s.: „... sententia lata, terminis substantialibus non servatis, est nulla, et nullitas est insanabilis: ... (non) sententia potest consistere, et stare sine terminis substantialibus.“ — Vgl. SRR 27. 4. 1917 coram Prior, n. 6 vol. 9 p. 89.

¹⁰⁶ SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220: „Sin autem Iudex, post conclusionem in causa partibus notificatam, adeo celeriter sententiam fert, ut partibus impossibile sit defensionem suam exhibere, vel novos testes excutiendos inducere, per se patet sententiam inde latam laborare vitio insanabilis nullitatis.“

¹⁰⁷ SRR 27. 4. 1917 coram Prior, nn. 14 s. vol. 9 p. 92 s.; SRR 3. 7. 1954 coram Pinna, n. 5: MonEcl 79 (1954) 405.

§ 1). Das Recht, einen Restrikt vorzulegen, haben die Parteien auch dann, wenn sie nicht von einem Anwalt vertreten werden. Und wenn sie nicht wissen, daß ihnen dieses Recht zusteht, sind sie aus Gründen der Gerechtigkeit darauf aufmerksam zu machen. Es ist ein schlechthin unbegreifliches Argument, wenn die Rota einmal sagt, eine derartige Aufforderung gehöre nicht zum Wesen des Prozesses, und ihre Unterlassung berühre auch nicht die Gültigkeit des Urteils, da eine Partei dem Gericht ohnehin keine Rechtsbelehrung erteilen könnte¹⁰⁸. Der Hauptzweck des Restriktes liegt ja nicht darin, die Richter über die Rechtslage aufzuklären; es soll vielmehr zu den Beweisen Stellung genommen werden. Die Parteien haben das Recht, an der Art und Weise der Beweiserhebung Kritik zu üben; niemand kann doch leugnen, daß auch einem juristischen Laien ein Urteil etwa darüber zuzutrauen ist, ob bei den Zeugenvernehmungen Suggestivfragen gestellt wurden (vgl. c 1775). Außerdem ist es durchaus legitim, wenn die Parteien einzelne Aussagen als falsch, uneinheitlich, widersprüchlich oder unklar (c 1783,2^o) bekämpfen. Sie können auf Erinnerungslücken hinweisen oder auch darauf, daß die Zeugen von einzelnen Fakten in einer Weise reden, als ob sie Augen- und Ohrenzeugen wären, obgleich sie davon höchstens vom Hörensagen wissen können (vgl. c 1789,2^o). Die Parteien können sogar ohne jede juristische Bildung in der Lage sein, auf Irrtümer und Widersprüche in einem Gutachten aufmerksam zu machen (vgl. c 1804), die Echtheit einer Urkunde oder eines Briefes zu bestreiten (vgl. c 1820) oder auch eine von der Gegenseite in Anspruch genommene Rechtsvermutung zu erschüttern (vgl. cc 1826, 1827). Zu all dem braucht man keine besondere Ausbildung, und die Richter haben daher die Pflicht, derartige Einwände zumindest zur Kenntnis zu nehmen und in der Urteilsbegründung zu berücksichtigen.

Mitunter wird sich überdies auch die Notwendigkeit ergeben, im Verteidigungsschriftsatz neue Beweisanträge zu stellen¹⁰⁹. Diese Möglichkeit sieht das Gesetz ausdrücklich vor (c 1861 § 1), und auch die Rota sagt, daß die Nichtzulassung weiterer Beweise unter Umständen sogar eine Nichtigkeit des Urteils begründen könnte¹¹⁰. Jetzt erst sind die Parteien nämlich in der Lage, die vom Streitgegner vorgelegten Beweise im einzelnen zu bekämpfen, während sie bisher nur versuchen konnten, ihren eigenen Anspruch unter Beweis zu stellen bzw. den gegnerischen Anspruch als solchen zu widerlegen. Besonders jene Partei, die sich gegen die Klage zu verteidigen hat, kann dies oft genug nur tun, indem sie den Nachweis dafür zu erbringen sucht, daß die gegnerischen Beweise nicht schlüssig sind. Denkbar wäre auch, daß eine Partei erst aufgrund eines gründlichen Aktenstudiums die sachliche Notwendigkeit erkennt,

¹⁰⁸ SRR 8. 7. 1919 coram Prior, n. 3 vol. 11 p. 121: „ . . . id tamen ad substantiam iudicii non pertinet, ac proinde eius omissio irritam non reddit sententiam. Neque videtur actorem inde damnatum passum fuisse; . . . inverosimile autem est actorem, qui nullum advocatum adhibuit in causa agitanda, tribunal ecclesiasticum de iure canonico in hac re instruere potuisse.“

¹⁰⁹ SRR 9. 3. 1955 coram Wynen, n. 8 vol. 47 p. 220: „ . . . defensionem suam exhibere, vel novos testes excutiendos inducere, . . .“

¹¹⁰ SRR 16. 6. 1910 coram Mori, n. 2 vol. 2 p. 210: „Iudices . . . pro iudicio ferendo tantum satis habuerunt mancum a reo oblatum defensionis memoriale, licet ipse declaraverit ulterius illud completurum novis argumentis adducendis. . . . Hi vero defectus cum sint substantiales, . . .“

bestimmte Nebenfragen, wie z. B. die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugen, unter Beweis zu stellen, wofür sie bisher vielleicht noch gar keinen Anlaß sehen konnte¹¹¹.

Nach c 1863 § 2 haben die Parteien selbst ihre Schriftsätze untereinander auszutauschen, doch muß dem Gericht wohl die Pflicht zugewiesen werden, für die Einhaltung dieser Prozeßvorschrift zu sorgen¹¹². Im Ehenichtigkeitsverfahren sind die Schriftsätze beim Richter einzureichen, und zwar in so viel Exemplaren, als im konkreten Prozeß notwendig sind (EPO Art. 179 § 2); diese Exemplare sind sofort „cura tribunalis“ zu verteilen, damit die Sachentscheidung nicht hinausgeschoben wird (§ 5). „Cura tribunalis“ kann in diesem Zusammenhang nur „unter der Leitung (Aufsicht) des Gerichtes“ heißen¹¹³. Das Gericht hat daher nicht nur auf die Einhaltung dieser Vorschrift hinzuwirken, sondern muß den Austausch der Schriftsätze gegebenenfalls selbst besorgen¹¹⁴.

Auch der Austausch der Schriftsätze hat einen bedeutsamen Bezug zum Verteidigungsrecht¹¹⁵. Denn ihr Zweck liegt, sofern nicht überhaupt neue Beweise beantragt werden, darin, den Richtern eine Wertung des Beweistoffes vorzuschlagen, die dem je eigenen Interesse der Parteien entspricht. Zwar ist der Richter gehalten, die moralische Gewißheit „ex actis et probatis“ zu gewinnen (c 1869 § 2), aber manche Beweise können sehr unterschiedlich interpretiert werden, sodaß die Ausführungen der Parteien, auch wenn sie im strengen Sinn keine Beweiskraft haben, auf die richterliche Beweismwürdigung durchaus nachhaltigen Einfluß nehmen könnten, ohne daß dies in der Urteilsbegründung zum Ausdruck käme. Die Parteien haben daher ein legitimes Recht darauf, den Schriftsatz des Streitgegners kennen zu lernen, um ihm widersprechen zu können. Die Unterlassung des Austausches der Schriftsätze könnte daher auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes mit sich bringen und insoferne auch Auswirkungen auf die Gültigkeit des Urteils haben. Ob sich das freilich im Einzelfall immer beweisen ließe, sei dahingestellt¹¹⁶.

Auf jeden Fall aber räumt das Gesetz den Parteien das Recht ein, auf die Argumente der Gegenpartei zu antworten (c 1865 § 1). Ausdrücklich sieht auch die EPO vor, daß die Parteien und der etwa am Verfahren beteiligte Promotor iustitiae berechtigt sind, sich mit den Animadversiones des Ehebandsverteidigers auseinanderzusetzen (Art. 180 § 2). Denn die discussio causae besteht eben nicht nur darin, daß die Parteien zum Beweismaterial Stellung nehmen; auch die Schlußfolgerungen, die die Par-

¹¹¹ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 11 vol. 22 p. 84: „ . . . quo denegato, gravamen irreparabile ipse potest pati, cum nempe deficiat super his novis punctis possibilitas probandae contradictionis, et iudices, qui iudicare non possunt nisi ex actis et probatis, careant illis probationibus et argumentis, quae actori negata sunt.“

¹¹² Flatten 653.

¹¹³ Köstler 102 verweist auf „iussu et cura Innocentii III“ in der Praefatio zum CIC, Abs. 10.

¹¹⁴ Flatten 653 meint, daß auch im Eheprozeß „die Parteien . . . selbst die Verantwortung dafür (tragen), daß ihre Schriftsätze jeweils der Gegenpartei zugehen“. Wir meinen dagegen, daß diese Verantwortung wegen EPO Art. 179 § 5 letztlich dem Gericht zufällt.

¹¹⁵ Ciprotti, De communicatione defensionum: Apollinaris 9 (1936) 309 f.

¹¹⁶ Vgl. Flatten 665.

teilen aus dem Beweisstoff ziehen, müssen in die Erörterung miteinbezogen werden.

An sich dürfen die Parteien zu den Ausführungen des Streitgegners nur einmal Stellung nehmen; aus schwerwiegenden Gründen kann der Richter aber eine weitere Replik erlauben, wobei er jedoch alle Parteien gleichmäßig zu behandeln hat (c 1865 § 2; EPO Art. 180 § 4). Im Ehenichtigkeitsverfahren muß stets dem Bandanwalt das Schlußwort überlassen werden (c 1984 § 1; EPO Art. 183 § 1). Deshalb ist es zwar ein Verstoß gegen das Gesetz, wenn der Ehebandsverteidiger an der Urteilssitzung teilnimmt (EPO Art. 198 § 1; vgl. c 1871 § 2), doch eine Beeinträchtigung des Verteidigungsrechtes der Parteien dürfte sich daraus kaum ergeben¹¹⁷.

§ 10 DAS ZWISCHENSTREITVERFAHREN

1) Der Zwischenstreitgegenstand

Zum Gegenstand eines Zwischenstreites kann jede Frage gemacht werden, die mit dem Hauptverfahren in irgendeinem Zusammenhang steht und deren vorgängige Klärung für das Endurteil von Bedeutung sein kann (c 1837). Es ist freilich unmöglich, alle nur denkbaren Gegenstände eines Zwischenstreites aufzuzählen; angesichts der vielfältigen Zwischenstreitmöglichkeiten gibt es keine für jeden Einzelfall anwendbare Regel.

Grundsätzlich kann aber jede richterliche Maßnahme und jedes Vorgehen des Prozeßgegners durch eine Zwischenklage bekämpft werden; dies gilt vor allem dann, wenn es in der jeweils zutreffenden Norm heißt, daß ein „praeiudicium“ vermieden werden muß¹¹⁸. In besonderer Weise ist die Möglichkeit eines Zwischenstreites dann gegeben, wenn der

¹¹⁷ SRR 3. 7. 1954 coram Pinna, n. 4; MonEcl 79 (1954) 404 s.: „Nec dicatur praesentiam defensoris vinculi secumferre laesionem legitimae defensionis partis ac si timendum esset ne iudices sententiam ferant sub vigilantia et pressione argumentorum eiusdem. Siquidem iniuriosam esset putare iudices adeo parum perpensis acta causae ut quodvis genus influxus patiantur. Nec contra legem ageret vinculi defensor si coram iudicibus loqui auderet: ius enim habet ut audiatur postremus (can. 1984 par. 1), quin id obesse censeatur legitimae partis actricis defensionis.“ —

Vgl. dagegen Eichmann - Mörsdorf III 177 (1), wonach eine Nichtigkeit der Urteils-sitzung geltend gemacht werden könnte, wenn an ihr eine amtliche Partei teilgenommen hat. Da aber EPO Art. 198 § 1 keine Nichtigkeitsklausel enthält, dürfte eine Urteils-nichtigkeit nur dann angenommen werden, wenn durch die Teilnahme der amtlichen Partei an der Urteilssitzung das Verteidigungsrecht wesentlich beeinträchtigt worden wäre. Dies im Einzelfall nachzuweisen, wird allerdings kaum jemals möglich sein. Wenn man aber in der Formulierung „convenient soli iudices, remotis quibusvis tribunalis administris“ eine positiv-rechtliche Nichtigkeitsanktion sehen will, muß man auch in der Anwesenheit des Notars einen Nichtigkeitsgrund erblicken (vgl. c 18), was jedoch auch Eichmann - Mörsdorf a. a. O. ablehnen.

¹¹⁸ So heißt es in c 1583, daß der Untersuchungsrichter in jedem Stadium des Verfahrens abberufen werden kann, „iusta tamen de causa, et citra partium praeiudicium“. Ein solches praeiudicium könnte schon daraus entstehen, daß sich der neue Untersuchungsrichter erst in die Prozeßmaterie einarbeiten müßte, so daß eine Verzögerung des Verfahrens die Folge wäre.

Richter einen Antrag ablehnt oder einem Antrag des Gegners stattgibt (vgl. EPO Art. 188 § 2). Ausdrücklich sieht das Recht vor, daß über Einwände gegen Zeugenaussagen (c 1785) und gegen den Wahrheitsgehalt eines Dokumentes (EPO Art. 162 § 2) im Wege des Zwischenstreites entschieden wird.

Sonderarten des Zwischenstreites sind das Verfahren über die Versäumnisschuld (cc 1842—1851), der Eintritt eines Dritten in das Hauptverfahren (cc 1852, 1853) und schließlich das Nichtigkeitsverfahren wegen widerrechtlicher Prozeßeingriffe (cc 1854—1857)¹¹⁹. Hinsichtlich des Attentatsbegriffs ist festzuhalten, daß „attentatum“ immer die Verletzung einer Norm des Prozeßrechtes ist¹²⁰. Wenn daher eine Entscheidung in das Ermessen des Richters gestellt ist, kann diese Entscheidung, wie immer sie ausfällt, keinen widerrechtlichen Prozeßeingriff darstellen¹²¹.

Das Zwischenstreitverfahren ist ein wichtiges Mittel der Verteidigung, das die Parteien immer dann in Anspruch nehmen können, wenn sie eine für den Ausgang des Hauptverfahrens bedeutsame Nebenfrage durch richterliche Entscheidung klären lassen wollen. Eine Partei, die eine Zwischenklage einbringt, verfolgt stets das Ziel, ihre Stellung im Prozeß zu verbessern oder Nachteile auszuschalten, die das Endurteil ungünstig beeinflussen könnten.

II) Verfahren und Entscheidung

1. Gegen jedes Dekret des Untersuchungsrichters kann an das Richterkollegium rekurriert werden, womit ein Zwischenstreit eingeleitet wird. Der Rekurs hat spätestens zehn Tage nach Mitteilung des Dekrets zu erfolgen (EPO Art. 188 § 2).

2. Die Zwischenklage ist mündlich oder schriftlich vorzubringen. In der Begründung ist vor allem darzutun, inwieweit ein Zusammenhang zum Hauptverfahren gegeben ist (c 1838).

3. Vor Annahme oder Abweisung der Zwischenklage sind die Parteien zu hören. Dann ist zunächst zu entscheiden, ob tatsächlich ein Zusammenhang mit dem Hauptverfahren besteht und ob eine ausreichende Begründung vorliegt (c 1839, EPO Art. 189 § 1). Ist eines von beiden nicht gegeben, ist die Zwischenklage abzuweisen (EPO Art. 189 § 2); gegen die Klageabweisung kann an die nächsthöhere Instanz Berufung eingelegt werden (c 1709 § 3 mit c 1838).

4. Wird die Zwischenklage nicht zurückgewiesen, muß noch beschlossen werden, ob die Zwischensache sogleich verhandelt und entschieden oder bis zum Abschluß des Hauptverfahrens zurückgestellt werden soll (EPO Art. 189 § 2).

5. Schließlich ist festzustellen, ob der Zwischenstreit durch Urteil oder Dekret zu entscheiden ist (c 1840 § 1). Dazu sind die Parteien zu hören;

¹¹⁹ Vgl. Eichmann - Mörsdorf III 161 ff.

¹²⁰ SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 5 vol. 30 p. 475: „... quaelibet perversio ordinis processualis in praeiudicium partium facta potest attentata constitui.“

¹²¹ Vgl. oben S. 71.

eine Berufung gegen den Gerichtsbeschuß ist nicht möglich (EPO Art. 190 § 1). Über den Entscheidungsmodus bei Zwischenstreitverfahren gibt es keine feste Regel; der Richter hat je nach Art und Gewicht der Zwischensache nach eigenem Ermessen vorzugehen¹²².

6. Wurde beschlossen, daß der Streit durch ein Zwischenurteil zu entscheiden ist, sind die wesentlichen Verfahrensgrundsätze zu beachten; die Fristen sind jedoch möglichst kurz zu bemessen (c 1840 § 2, EPO Art. 191). Die am Hauptverfahren beteiligten Parteien sind zu laden und zu hören, bei sonstiger Nichtigkeit des Zwischenverfahrens¹²³. Gegebenenfalls sind auch Beweise zuzulassen, die dann publiziert werden müssen. Das Zwischenurteil muß in rechtlicher und sachlicher Hinsicht zumindest kurz begründet werden.

7. Wurde hingegen beschlossen, daß die Zwischensache durch Dekret zu entscheiden ist, ist den Parteien die Möglichkeit einer schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zur Sache einzuräumen (EPO Art. 192). Der Beschluß des Richterkollegiums ist ebenfalls zu begründen (c 1840 § 3, EPO Art. 193).

8. Wurde die Behandlung der Zwischensache gemäß EPO Art. 189 § 2 aufgeschoben, ist darüber zusammen mit dem Hauptstreit zu verhandeln und zu urteilen (EPO Art. 194).

9. Ein Zwischenurteil oder -dekret kann vor dem Endurteil bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes von Amts wegen oder auf Antrag hin jederzeit korrigiert oder aufgehoben werden; dazu sind die Parteien zu hören (c 1841).

III) Rechtsmittel gegen Zwischenentscheide

A) Die Berufung

Gegen Zwischenentscheide ist nicht immer eine Berufung möglich. Es muß aber festgehalten werden, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Berufung nicht davon abhängt, ob der Zwischenstreit in Form eines Urteils oder eines Dekretes ergangen ist; die Bezeichnung ist völlig unerheblich, da die rechtliche Wirkung in beiden Fällen gleich ist¹²⁴.

In unserem Zusammenhang sind zwei gesetzliche Berufsverbote von Bedeutung: Danach ist eine selbständige Berufung gegen Zwischenurteile oder -dekrete unzulässig, wenn sie nicht die Wirkung eines Endurteils haben; die Berufung gegen die Zwischenentscheidung könnte jedoch mit der gegen das Endurteil verbunden werden (c 1880,6^o). Überhaupt un-

¹²² SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 3 vol. 22 p. 79.

¹²³ SRR 3. 7. 1933 coram Parrillo, n. 3 vol. 25 p. 421: „Quando . . . Promotor iustitiae partem habet in negotio principali, citari quoque debet in incidenti, quod nexum habet cum principali, eodem modo quo altera pars est citanda et audienda sub poena nullitatis sententiae ob citationis defectum.“

¹²⁴ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 5 vol. 22 p. 80: „Simplex enim denominatio non immutat rei naturam, et iudicis ordinatio, quanquam dicatur decretum, causae meritum potest attingere eique praeiudicare.“

zulässig ist eine Berufung gegen Urteile, für die gesetzlich festgelegt ist, daß sie „expeditissime“ zu fällen sind (c 1880,7⁰).

Dieses zuletzt genannte Berufungsverbot bietet keinerlei Schwierigkeiten, da nur auf den Wortlaut des entsprechenden Gesetzes zu achten ist. „Expeditissime“ zu entscheiden ist über die Befangenheitseinrede (c 1616), über die Berufung gegen die Abweisung einer Klageschrift (c 1709 § 3), sowie in allen Zwischenstreitigkeiten wegen ungesetzlicher Prozeßeingriffe (c 1856 § 2). In diesen Fällen ist eine Berufung niemals möglich, wobei es unerheblich ist, ob das Zwischenurteil die Wirkung eines Endurteils hat. Einen Zwischenstreit, der gegen den Beklagten und Berufungskläger angestrengt worden war, weil er einen rechtswidrigen Prozeßeingriff gesetzt hatte, hat die Rota durch das Zwischenurteil entschieden, daß der Beklagte nach c 1554 das Klage- und damit auch das Berufungsrecht verloren hat; da der Zwischenstreit wegen eines attentatum geführt worden sei, sei er „expeditissime“ zu entscheiden gewesen, weshalb das Zwischenurteil inappellabel sei¹²⁵. Das Hauptverfahren in der Berufungsinstanz wurde daraufhin eingestellt, und das für die Klägerin günstige Urteil der Vorinstanz wurde rechtskräftig und vollstreckbar, ohne daß der Beklagte dagegen etwas unternehmen konnte.

Weitaus schwerer ist aber die Frage zu entscheiden, ob ein Zwischenurteil im Einzelfall die Wirkung eines Endurteils hat. Klar wäre die Antwort nur dann, wenn aufgrund eines Zwischenurteils das Hauptverfahren überhaupt eingestellt werden müßte. Diese Situation ergäbe sich etwa, wenn sich die Richter für unzuständig erklären (c 1610 § 3). Aber auch die Entscheidung, daß jemand kein Berufungsrecht hat, wäre — zum Beispiel — ein Urteil mit definitiver Wirkung, da es das Zustandekommen eines Endurteils in der Sache nicht mehr zuläßt¹²⁶.

Die EPO erklärt in Ergänzung zu c 1880,6⁰, daß ein Zwischenurteil dann die Wirkung eines Endurteils hat, wenn es der Partei eine Beschwernis zufügt, die auch durch das Endurteil nicht mehr beseitigt werden kann, wie z. B. die Zurückweisung von Beweisen, die auf das zu fallende Urteil wirklich Einfluß nehmen könnten (EPO Art. 214 § 2). Auch diese Legaldefinition ist freilich reichlich unbestimmt. Außerdem muß der Berufungsrichter, der die Zulässigkeit der Berufung im konkreten Einzelfall zu prüfen hat (EPO Art. 215 § 2), zu diesem Zweck ohnedies den ganzen Akt studieren, da er ja sonst nicht beurteilen kann, ob der abgelehnte Beweis das Endurteil in der Sache beeinflussen könnte. Dann erst wäre er in der Lage, über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden; nach diesem Arbeitsaufwand hätte er aber auch gleich über die Berufung selbst eine Entscheidung treffen können, sodaß die Beschränkung des Berufungsrechtes in diesem Punkt nicht besonders sinnvoll zu sein scheint.

¹²⁵ SRR 5. 8. 1937 coram Wynen, vol. 29 pp. 594 ss.

¹²⁶ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 7 vol. 22 p. 81: „At vim definitivae habent sententiae interlocutoriae, eae imprimis quae imponunt finem litis, praecludentes viam ad ulteriora prosequenda, ita ut sententia definitiva inutilis evadat; vel parantes in negotio principali praeiudicium, ita ut definitiva sit ferenda in praefinito sensu: ex. gr. si iudex interloquendo pronuntiat aliquem non potuisse de iure appellare; aliquem non esse minorem, qui ergo tacite excluditur a beneficio restitutionis in integrum, petito in principali.“

Mit einigem Recht gehen daher die meisten Rotalurteile davon aus, daß die Nichtzulassung von Beweisen ein gravamen ist, das ein Präjudiz für das Endurteil schaffen könnte, sodaß eine Berufung zulässig ist¹²⁷. Die Rota macht allerdings auch darauf aufmerksam, daß durch die unterschiedslose Zulassung solcher Berufungen das Recht und die Pflicht des Richters, die Zeugenanzahl zu beschränken, ad absurdum geführt werden könnte¹²⁸. Um aus diesem Dilemma herauszukommen, wird man wohl keine feste Regel finden können. Im Einzelfall mag es aber auch einmal ganz klar feststellbar sein, daß ein Zeuge zur weiteren Aufhellung des Sachverhalts bestimmt nichts beitragen kann. Wenn aber auch nur eine vage Möglichkeit besteht, daß dies doch der Fall sein könnte, dürfte eine Berufung gegen die etwa erfolgte Abweisung eines Beweisantrages nicht verhindert werden.

Im übrigen wird immer die gesamte Beweislage berücksichtigt werden müssen: Ein Zeuge, der ein Faktum nur vom Hörensagen kennt, kann ohne Schaden abgelehnt werden, wenn Augen- und Ohrenzeugen zur Verfügung stehen; seine Ablehnung kann aber der Sache sehr schaden, wenn sonstige Beweise kaum vorhanden sind¹²⁹.

Einem Zwischenurteil wird man jedenfalls immer dann eine definitive Wirkung zusprechen müssen, wenn das etwa entstehende gravamen durch das Endurteil 1) überhaupt nicht, 2) nur sehr schwer, 3) nur mit nachteiligen Folgen für die Partei, oder 4) nur zum Teil behoben werden kann¹³⁰.

B) Andere Rechtsmittel

Wenn im Zwischenverfahren wesentliche Prozeßelemente nicht beachtet werden, bewirkt dies nach der allgemein geltenden Norm (c 1680) die Nichtigkeit auch des Zwischenurteils. Diese muß allerdings nicht unbedingt Auswirkungen auf das Endurteil haben. Hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Zwischenurteile gibt es keine Beschränkungen in der Art, wie sie für die Berufung gegeben sind.

Restitutio in integrum könnte auch gegen ein Zwischenurteil nur dann beantragt werden, wenn die Zwischensache bereits zur res iudicata geworden ist und ein ordentliches Rechtsmittel nicht zur Verfügung steht (c 1905 § 1). Zu beachten ist jedoch, daß Zwischenurteile in der Regel erst zusammen mit dem Endurteil rechtskräftig werden (vgl. c 1841). Die restitutio muß aber anwendbar sein, wenn aufgrund des Zwischenurteils das Hauptverfahren gar nicht mehr weitergeführt werden kann (vgl. c

¹²⁷ SRR 30. 7. 1930 coram Guglielmi, n. 4 vol. 22 p. 499; SRR 11. 8. 1931 coram Guglielmi, n. 7 vol. 23 p. 412; SRR 16. 7. 1937 coram Teodori, n. 3 vol. 29 p. 512; SRR 13. 10. 1942 coram Teodori, n. 3 vol. 34 p. 764; u. a.

¹²⁸ SRR 13. 7. 1931 coram Parrillo, n. 3 vol. 23 p. 281; SRR 28. 7. 1938 coram Heard, n. 3 vol. 30 p. 473.

¹²⁹ SRR 17. 2. 1930 coram Jullien, n. 10 vol. 22 p. 84.

¹³⁰ Hieronymus Gonzales, Glossema ad Regulam Octavam Cancellariae, Romae 1611, pp. 176—178.

1902,3⁰)¹³¹. Unerheblich ist dabei, ob die Zwischenentscheidung durch Urteil oder Dekret erfolgt ist, da der Unterschied zwischen beiden nicht in der rechtlichen Wirkung, sondern nur in der Verschiedenartigkeit des vorausgehenden Verfahrens liegt¹³². Wenn aber die Zwischensache zusammen mit der Hauptsache zur *res iudicata* geworden ist, müßte auch gegen ein Zwischenurteil die selbständige *restitutio in integrum* möglich sein¹³³.

¹³¹ SRR 24. 7. 1923 coram Florczak, n. 4 vol. 15 p. 183: „Contra quaslibet sententias igitur, idest non solum contra definitivas, verum et contra interlocutorias vim definitivae habentes, peti concedique potest restitutio in integrum.“

¹³² Dagegen SRR 3. 12. 1949 coram Felici, n. 2 vol. 41 p. 531 s.: „Quoad decreta vix concipitur hoc extraordinarium remedium, tum quia decreta vim definitivam plerumque non obtinent, tum quia, etsi per accidens vim habeant definitivam, vix non possunt per ordinaria remedia iuris corrigi et infirmari. Ceterum can. 1905 statuit restitutionem in integrum ‚adversus sententias‘, neque nulla est ratio ob quam tale extraordinarium remedium ultra sententias extendendum sit.“

¹³³ Denkbar wäre z. B., daß sich jemand gegen ein Zwischenurteil wehren will, durch das festgestellt wurde, daß er einen Zeugen bestochen hat. Ohne jeden Bezug zum Gegenstand des Hauptverfahrens könnte er daran interessiert sein, sich von diesem Vorwurf zu reinigen. Wenn dies während des Hauptverfahrens nicht gelingt, er aber später seine Unschuld dadurch dartun kann, daß er etwa den Nachweis erbringt, daß das Zwischenurteil nur durch eine arglistige Täuschung der Gegenpartei zustande gekommen ist (c 1905 § 2,3^o), müßte dagegen eine selbständige *restitutio in integrum* möglich sein.

4. Kapitel: Die Rechtsmittel gegen das Urteil

§ 11 DIE BERUFUNG

1) Die Rechtsnatur der Berufung

Jene Partei, die sich durch ein Urteil beschwert fühlt, hat in der Regel das Recht, dagegen Berufung einzulegen, d. h. den Richter der übergeordneten Instanz anzurufen, damit er das Urteil überprüfe und gegebenenfalls aufhebe (c 1879). Die Berufung ist daher ein wichtiges Mittel der Verteidigung.

Da nun das Verteidigungsrecht aus dem Naturrecht stammt und zum Wesen des Prozesses gehört, kommt es bei den alten Kanonisten¹ und auch in Rotalurteilen² manchmal zu mißverständlichen Formulierungen, die die Meinung aufkommen lassen könnten, daß das Berufungsrecht als solches eine naturrechtliche Forderung wäre. Obwohl diese Autoren gleichzeitig darauf hinweisen, daß die näheren Modalitäten vom positiven Recht zu regeln sind, wird man nach guter scholastischer Methode auch hinsichtlich der Substanz des Berufungsrechtes zu unterscheiden haben. Es wäre nämlich durchaus auch ein Prozeßrecht vorstellbar, das das Rechtsmittel der Berufung nicht kennt. Es entspricht zwar der Vernunft und Billigkeit, daß ein richterliches Urteil überprüfbar ist; man wird aber auch einem Verfahren, das keiner Kontrolle durch eine Oberinstanz unterliegt, kaum die Qualität eines legitimen Prozesses absprechen dürfen. Deshalb wird man wohl sagen müssen, daß das Berufungsrecht als solches nicht naturrechtlich gefordert ist; naturrechtlich gefordert ist aber das Recht auf Verteidigung. In welchem Ausmaß dieses zu gewähren ist, bestimmt das positive Recht. Wenn aber das positive Recht die Möglichkeit der Berufung einräumt, ist es das natürliche Recht der Partei, von dieser Verteidigungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Dieser notwendigen Unterscheidung tragen jene Autoren Rechnung, die den naturrechtlichen Charakter, von dem sie im Zusammenhang mit der Berufung sprechen, dem Verteidigungsrecht zuordnen³.

¹ Pichler lib. II tit. 28 n. 7: „Appellatio materialiter sumpta et quoad substantiam est iuris naturalis . . . cum appellatio sit species iustae defensionis, et remedium contra iniquum gravamen.“

Schmalzgrueber lib. II tit. 28 n. 6: „Patet proinde saluberrimum istud iuris remedium esse, imo non iuris, sed naturae; cum enim species quaedam defensionis sit, . . . appellationem quoad substantiam iuris naturalis esse.“

² SRR 23. 5. 1910 coram Heiner, n. 23 vol. 2 p. 180: „Quum igitur ius appellationis, quoad substantiam seu naturaliter seu materialiter, sit de iure naturae, . . .“

³ Engel lib. II tit. 28 n. 16: „Est enim appellatio species defensionis ab ipso iure naturae omnibus concessae.“ — Vgl. auch Reiffenstuel lib. II tit. 28 n. 281. — Ebenso SRR 6. 12. 1916 coram Prior, n. 2 vol. 8 p. 347: „Ius appellandi, enim, est species quaedam defensionis, quae quoad substantiam a iure naturae provenit.“

Wollte man dem Berufungsrecht an sich diese Qualität zubilligen, dürfte der menschliche Gesetzgeber diesbezüglich keinerlei Beschränkungen vornehmen, da er das Naturrecht nicht außer Kraft setzen und die Natur einer Sache nicht verändern kann. Die Tatsache, daß es Berufungsverbote gibt, läßt sich nur deshalb rechtfertigen, weil das Berufungsrecht weder aus dem Naturrecht noch aus der Natur des Prozesses zwingend abgeleitet werden kann.

Da aber unsere Rechtsordnung das Berufungsrecht kennt, und dieses ein wichtiges Verteidigungsmittel darstellt, darf es niemandem ohne gesetzlichen Grund entzogen werden; im Zweifelsfall müßte zugunsten des Appellanten entschieden werden.

II) Der Gegenstand der Berufung

Die Berufung richtet sich gegen ein Urteil, von dem behauptet wird, daß es sachlich ungerecht ist. Die Ungerechtigkeit kann im Urteilspruch selbst, aber auch in der Urteilsbegründung liegen⁴. Die Ungerechtigkeit des Urteils kann durch eine falsche Beweiswürdigung verursacht sein; sie kann aber auch darin ihren Grund haben, daß das Gesetz auf den Sachverhalt falsch angewandt wurde.

Ist aber ein Urteil nicht nur ungerecht, sondern zugleich auch ungültig, ist dagegen mit der Nichtigkeitsbeschwerde vorzugehen. Unhaltbar und klar gegen das Gesetz (c 1880,3⁰) ist die Auffassung, daß ein nichtiges Urteil, wenn der Nichtigkeitsgrund in cc 1892, 1894 nicht ausdrücklich genannt ist, auch durch die Berufung angegriffen werden könnte⁵. Diese Meinung ist das Produkt einer gewissen Hilflosigkeit, die in der unheilvollen Idee wurzelt, daß eine Nichtigkeitsbeschwerde nur in den Fällen der cc 1892, 1894 möglich ist, wovon noch zu sprechen sein wird. An dieser Stelle aber ist festzuhalten, daß Gegenstand des Berufungsverfahrens nur die Frage sein kann, ob das Urteil der Unterinstanz seinem Inhalt nach zu bestätigen oder zu verwerfen ist (c 1891 § 1). Das setzt notwendig ein gültiges Urteil voraus⁶, da andernfalls dem Berufungsgericht für die Sachentscheidung die Kompetenz fehlt. Ist das Urteil nichtig, steht der Oberinstanz lediglich zu, diese Nichtigkeit festzustellen; nach dieser Feststellung ist aber die Kompetenz des Berufungsgerichtes erschöpft, sodaß es ein Urteil in der Sache gar nicht mehr fällen kann⁷.

⁴ E. Wagner, De iure appellandi: EphIC 3 (1947) 359—366.

⁵ SRR 27. 11. 1959 coram Sabattani, n. 6 vol. 51 p. 564: „Neque dicatur incongruum omnio esse proponere appellationem a sententia nulla. Nam, quando nullitas sententiae non respondet expresse legis dispositioni (cann. 1892, 1894), sed derivari debet vel a iure naturae, vel a dependentia ab aliquo actu irriti, tunc amplius agi non potest de nullitate clara et notoria, quae iustificat querela nullitatis. Iam in Iure Romano postulabatur declaratio nullitatis, si nullitas esset ‚aperta‘ et ‚expressa‘; secus esset appellandum“ (D 49, 1, 12 und 19).

⁶ SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 5 vol. 46 p. 372: „... deficiente valida sententia appellata, deficit etiam obiectum controversiae iudicialis in gradu appellationis.“

⁷ SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 5 vol. 49 p. 102: „Si deinceps appareat sententiam appellatam reapse laborare vitio insanibilis nullitatis, causam ad ferendam sententiam novam ad Tribunal primi gradus remittenda est, nisi S. Rota specialem Commissionem Pontificiam obtinuerit tractandi et definiendi causam quoad meritum iam in prima instantia.“

Die Berufung gegen ein nichtiges Urteil ist jedenfalls ebensowenig möglich⁸ wie die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein in meritorischer Hinsicht ungerechtes Urteil⁹.

Die Berufung ist also jenes Verteidigungsmittel, das den Parteien die Möglichkeit einräumt, sich gegen ein sachlich ungerechtes Urteil zur Wehr zu setzen. In einer neuen Instanz können sie ihre Rechtsauffassung noch einmal darlegen und sogar neue Beweise vorbringen, um darzutun, daß die Vorinstanz die Sachlage falsch gewürdigt oder auch das materielle Recht falsch angewandt hat. Mit der Berufung verfolgen die Parteien jedenfalls das Ziel, daß das ihrer Meinung nach ungerechte Urteil aufgehoben und ein neues, günstigeres Urteil gefällt wird.

III) Die Beschränkung des Berufungsrechtes

A) Der Mangel des Klagerechts

Da die Berufung eine Art Klage ist, durch die ein neuer Prozeß ausgelöst wird, gelten die Klagerechtsbeschränkungen (EPO Art. 37 § 1; vgl. cc 1646, 1971 § 1,1⁰) auch für sie¹⁰. Bei einem Verstoß nach c 1554 kann das Klage- und damit das Berufungsrecht auch noch während des Verfahrens verloren gehen¹¹.

Man wird sich freilich die Frage vorlegen müssen, ob das Berufungsrecht nicht doch dem Verteidigungsrecht näher steht als dem Klagerecht. Wenn man schon die Klagerechtsbeschränkungen beibehalten will, sollte doch das Berufungsrecht davon nicht berührt werden¹².

B) Die Rechtskraft des Urteils

Wenn ein Urteil einmal in Rechtskraft erwachsen ist, kann dagegen nicht mehr Berufung eingelegt werden (c 1880,4⁰). Rechtskräftig entschieden ist eine Sache dann, wenn zwei gleichlautende Urteile vorliegen (c 1902, 1⁰) oder auch nur ein einziges, gegen das aber nach c 1880 nicht Berufung eingelegt werden kann (c 1902,3⁰). Als *res iudicata* gilt ein Urteil auch dann, wenn die Berufung nicht fristgerecht eingelegt (c 1881) oder verfolgt (c 1883) worden ist (c 1902,2⁰); in diesem Fall gilt die Rechts-

⁸ SRR 4. 2. 1967 coram Ewers, n. 7: EphIC 25 (1969) 335: „... sententiam primae instantiae esse radicaliter nullam, ... et ideo ab ea non dari appellationem (can. 1880,3⁰).“

⁹ SRR 26. 3. 1957 coram Felici, n. 2 vol. 49 p. 236: „Querela nullitatis ... respicit tantum formam processus, non vero meritum causae ... : sufficit enim appellatio ad interpretationem forte erroneam emendandam.“ — Vgl. auch SRR 8. 6. 1956 coram Filipiak, n. 5 vol. 48 p. 526.

¹⁰ PCI v. 3. 5. 1945: AAS 37 (1945) 149.

¹¹ Vgl. SRR 5. 8. 1937 coram Wynen, n. 5 vol. 29 p. 597.

¹² Scheuermann: AfkKR 136 (1967) 35.

vermutung, daß auf die Berufung verzichtet worden ist (c 1886)¹³. Auch wenn jemand im Berufungsverfahren die Instanz verfallen läßt, wird das Urteil der Vorinstanz rechtskräftig (c 1736).

Die Berufungsfrist läuft jedoch erst ab dem Zeitpunkt, zu dem das Urteil den Parteien tatsächlich zugestellt wird¹⁴, da es sich hierbei um ein *tempus utile* (c 35) handelt, das für den nicht läuft, der vom Beginn der Frist nichts weiß oder am rechtzeitigen Handeln gehindert ist.

Urteile in Personenstandssachen erwachsen niemals in Rechtskraft (c 1903). Trotzdem wird nach zwei gleichlautenden Urteilen eine wenigstens vorläufige Rechtskraft angenommen (cc 1903, 1989, EPO Art. 217 § 2), da die Gemeinschaft gerade auch in Personenstandssachen wenigstens einigermaßen klare Verhältnisse braucht und die Frage, welchem Stand ihre Glieder angehören, nicht für immer unbeantwortet lassen kann. Eine Ausnahmestellung genießt hier nur der Bandanwalt, der auch nach zwei gleichlautenden Urteilen gegen das Ehe- oder Weiheband *pro sua conscientia* Berufung einlegen kann (cc 1987, 1998 § 2, EPO Art. 221 § 1). Bei Vorliegen von neuen und schwerwiegenden Argumenten können auch die Privatparteien die nächsthöhere Instanz angehen (cc 1903, 1989, EPO Art. 217 § 2).

C) Der Verzicht auf Berufung

Wer durch eine schriftliche Erklärung auf die Berufung ausdrücklich verzichtet, verliert das Berufungsrecht (c 1880,9⁰). Von vornherein verzichtet auf das Berufungsrecht, wer sich mit dem Streitgegner darüber verständigt hatte, daß der Streit durch einen Schiedseid (c 1834) entschieden werden soll; wenn sich das Urteil tatsächlich auf diesen Schiedseid stützt, ist eine Berufung unzulässig (c 1880,5⁰).

Auch der Kontumazierte hat, „solange er sich von der Prozeßversäumnis nicht gereinigt hat, kein Berufungsrecht, weil eine nicht gerechtfertigte Säumnis einem Verzicht gleichkommt“¹⁵ (c 1880,8⁰). Die Versäumnisschuld wird ja nur dann ausgesprochen, wenn sich eine Partei weigert, am Prozeß teilzunehmen (c 1842). Diese Weigerung impliziert einen Verzicht auf das Verteidigungsrecht, wozu auch das Berufungsrecht gehört¹⁶. Der Prozeßsäumige kann sich aber auch nachträglich von der Versäumnisschuld reinigen und hat dann das Recht, *restitutio in integrum* zum Zweck der Berufung zu beantragen (c 1847)¹⁷.

¹³ SRR 20. 6. 1922 coram Prior, n. 3 vol. 14 p. 192; SRR 24. 7. 1923 coram Florczak, n. 2 vol. 15 p. 182.

¹⁴ SRR 22. 7. 1911 coram Prior, n. 23 vol. 3 p. 382: „... tempus utile ad appellandum, non incipit decurrere a momento sententiae prolatae, sed a momento cognitionis obtentae de lata sententia.“

¹⁵ Eichmann - Mörsdorf III 190.

¹⁶ Zum Problem vgl. Josef Negwer, Die Contumacia im kanonischen Eheprozeß: OAKR 8 (1957) 241—253.

¹⁷ Straub 620—624.

D) Andere Beschränkungen

Bereits oben¹⁸ wurde dargetan, daß gegen Zwischenurteile, die nicht die Wirkung eines Endurteils haben (c 1880,6^o), wie auch gegen Urteile, die von Gesetzes wegen „expeditissime“ zu fällen sind (c 1880,7^o), eine Berufung nicht möglich ist. Ebenfalls schon gezeigt wurde, daß ein nichtiges Urteil nicht Gegenstand einer Berufung sein kann (c 1880,3^o)¹⁹; Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde können zwar gemeinsam vorgebracht werden (vgl. c 1895), doch handelt es sich dabei um einen Eventualantrag; die Berufung kann nur behandelt werden, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen wird.

Da der Papst auf Erden keinen Richter über sich hat (c 1556), kann auch ein von ihm gefällttes Urteil nicht vor einem anderen Richter angegriffen werden; ebensowenig kann ein Urteil der Apostolischen Signatur durch Berufung an ein anderes Gericht bekämpft werden (c 1880,1^o). Wurde einem Richter vom Papst oder in seinem Auftrag die Vollmacht erteilt, eine Sache unter Ausschluß der Berufung zu entscheiden, so kann auch gegen dieses Urteil das Rechtsmittel der Berufung nicht eingesetzt werden (c 1880,2^o).

IV) Die Ausübung des Berufungsrechtes und seine Wirkung

Die Berufung ist nach Zustellung des Urteils innerhalb von zehn Tagen bei jenem Gericht vorzubringen, das das Urteil gefällt hat (c 1881). Die Berufungsverfolgung ist innerhalb eines Monats beim Berufungsgericht aufzunehmen, doch kann die Unterinstanz diese Frist verlängern (c 1883).

Grundsätzlich kann aus der Berufung, die von einem Streitteil eingelegt wird, auch der andere Teil Nutzen ziehen (c 1887 § 1). Das bedeutet, daß, wenn der Appellant nur einen Teil des Urteils angreift, der Streitgegner auch gegen andere Teile berufen kann, und zwar auch noch nach Ablauf der Berufungsfristen (§ 2).

Die Berufung hat in der Regel Suspensivwirkung (c 1889 § 2); der Richter, der das Urteil gefällt hat, wird dadurch gehindert, sein Urteil zu vollstrecken (§ 1).

Das Berufungsverfahren ist ein selbständiger Prozeß, in dem das Gericht auf dieselbe Weise vorzugehen hat wie das Gericht der ersten Instanz (cc 1595, 1596). Das Berufungsgericht hat daher auch zu prüfen, ob die Berufung zulässig ist, und hat dementsprechend auch die Möglichkeit, die Berufung abzuweisen (vgl. c 1709 § 1). Wenn daher etwa in einem Ehenichtigkeitsprozeß das negative Urteil der ersten Instanz so klar und eindeutig in seiner Begründung ist, daß kein Richter anders geurteilt hätte, kann das Berufungsgericht, wenn nicht neue Beweise vorgelegt werden, die Berufung ebenso ablehnen wie eine Klage²⁰. Die Berufung

¹⁸ SS. 94—96.

¹⁹ Vgl. oben SS. 99 f.

²⁰ SRR 15. 3. 1910 coram Persiani, n. 10 vol. 2 p. 111: „In genere non admittitur appellatio quae aperte videatur frivola et frustratoria.“

des Ehebandsverteidigers kann dagegen nicht abgelehnt werden, weil sie gemäß c 1986 eingelegt werden muß.

§ 12 DIE NICHTIGKEITSBESCHWERDE

Ebenso wie die Berufung ist die Nichtigkeitsbeschwerde ein wichtiges Verteidigungsmittel, mit dessen Hilfe sich die Parteien gegen ein ihnen nicht genehmes Urteil zur Wehr setzen können. Während sich aber die Berufung gegen die Verletzung des materiellen Rechts wendet, richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Verletzungen des formellen Prozeßrechts, die so schwerwiegend sind, daß sie ein gültiges Urteil nicht zustandekommen lassen. Auch die Verfahrensnormen verfolgen ja das Ziel, den Richter in die Lage zu versetzen, zu einem wahren und gerechten Urteil zu kommen; ihre Verletzung kann dazu führen, daß ein in meritorischer Hinsicht ungerechtes Urteil gefällt wird. Das Rechtsmittel der Berufung böte in diesem Fall jedoch zu geringen Schutz, da die Parteien zumindest den Nachteil einer verlorenen Instanz in Kauf nehmen müßten. Es entspricht daher dem Verteidigungsbedürfnis der Parteien und der Logik, daß dasselbe Gericht, das eine wichtige Verfahrensvorschrift verletzt hat, den Fehler wieder behebt (vgl. auch c 1897 § 2).

Natürlich besteht unter Umständen die Gefahr, daß die Nichtigkeitsbeschwerde aus rein formalistischen Beweggründen erhoben wird. Dieser Nachteil muß in Kauf genommen werden. Sinnvollerweise wird man von diesem Rechtsmittel aber nur dann Gebrauch machen, wenn in einem neu zu führenden Prozeß ein auch in sachlicher Hinsicht anderes Urteil erwartet werden kann.

Das unmittelbare Ziel der Nichtigkeitsbeschwerde liegt darin, daß der Richter gezwungen wird, seinen Fehler, der zur Ungültigkeit des Urteils geführt hat, wieder gutzumachen; dadurch wird die Position der betroffenen Partei im Prozeß verbessert, was vielleicht dazu führen kann, daß sich auch die Beweislage zu ihrem Gunsten ändert.

1) Das nichtige Urteil

Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich ausschließlich gegen Urteile, die ungültig sind. Für die Ungültigkeit eines Urteils kann es verschiedene Ursachen geben²¹. Festzuhalten ist, daß ein Urteil nicht nur aus Gründen nichtig sein kann, die in cc 1892, 1894 genannt sind²². Es kann doch nicht

²¹ Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 667—691. — Obgleich nicht beabsichtigt ist, diese gründliche Untersuchung hier zu reproduzieren, läßt es sich angesichts der Unsicherheit, die in dieser Frage manchmal sichtbar wird, nicht vermeiden, einige Grundsätze noch einmal zu betonen.

²² Dagegen SRR 26. 3. 1957 coram Felici, n. 3 vol. 49 p. 237: „ . . . nullitatem insanabilem, cuius casus . . . taxative per can. 1892 statuuntur.“ — Vgl. Lega — Bartocetti II 1025.

übersehen werden, daß es im Prozeßrecht des CIC eine ganze Reihe von Bestimmungen gibt, die eine Nichtigkeitssanktion enthalten²³, ganz abgesehen von der allgemeinen Norm in c 1680.

Selbstverständlich ist zuzugeben, daß ein einzelner nichtiger Prozeßakt nicht unbedingt die Nichtigkeit des Urteils nach sich ziehen muß. Wenn das Urteil aber von diesem einen nichtigen Akt so abhängig ist, daß es ohne ihn weder zustandegekommen noch verständlich wäre, dann gibt es nur eine einzige logische Konsequenz, die negativ auch in c 1680 § 2 ausgesprochen ist: das Urteil ist nichtig.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß nichtige Akte vor dem Urteil geltend gemacht werden müssen²⁴. Der kirchliche Gesetzgeber konnte nicht damit rechnen, daß die vor seinem Forum Streitenden einen nichtigen Akt noch während des Verfahrens anzugreifen in der Lage sind. Wenn er ausgerechnet für Eheprozesse, die weitaus am häufigsten vor kirchlichen Gerichten geführt werden, auf einen Anwaltszwang ausdrücklich verzichtet (EPO Art. 43 § 1), mußte er in Kauf nehmen, daß die Parteien einen nichtigen Akt als solchen nicht erkennen. Abgesehen davon kommt z. B. die in c 1861 § 2 ausgesprochene Nichtigkeit in der Regel erst durch das Urteil zur Kenntnis der Parteien, sodaß vorher eine Nichtigkeitseinrede gar nicht möglich ist; und ausdrücklich wird in diesem Kanon die Nichtigkeit des Urteils angedroht²⁵.

Auch die Behauptung, daß die Nichtigkeit von Akten, die nur das private Interesse der Parteien berühren, ausheilt, wenn sie nicht geltend gemacht wird²⁶, ist unannehmbar.

Wenn das Gesetz eine Nichtigkeit statuiert, kann auch nur wieder das Gesetz oder der Gesetzgeber die Nichtigkeit für geheilt erklären²⁷; dies müßte aber ausdrücklich geschehen. Und bei naturrechtlich nichtigen Akten ist an eine Heilung überhaupt nicht zu denken.

Die überwiegende Mehrzahl der Rotalurteile — besonders jener, die in den letzten Jahren veröffentlicht worden sind — hält mit Recht daran fest, daß die Nichtigkeit eines Urteils nicht nur aus den in cc 1892, 1894 aufgezählten Gründen wachsen kann, sondern auch aus solchen, die ent-

²³ Einzeln angeführt bei Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 668.

²⁴ SRR 3. 7. 1933 coram Parrillo, n. 2 vol. 25 p. 421: „Quando ius nulla declarat acta . . . vult ut super ipsis non feratur sententia, et partes tempore utili provideant pro nullitatis declaratione et pro novis actis valide conficiendis.“ — Vgl. Olisius Robleda, *Criteria nullitatis sententiae iudicialis: Periodica* 50 (1961) 24.

²⁵ Ciprotti: *Apollinaris* 12 (1939) 112, rechnet mit der Möglichkeit, daß in diesem Fall der ganze Prozeß nichtig sein könnte. Es ist aber absolut nicht einzusehen, weshalb die vorausgehenden Prozeßakte, die schließlich gültig gesetzt worden sind, aufgrund eines einzelnen ungültigen Aktes, der erst nach Aktenschluß gesetzt wurde, ebenfalls nichtig sein sollen.

²⁶ SRR 7. 10. 1949 coram Staffa, n. 5 vol. 41 p. 475: „Animadvertendum . . . nullitates . . . respicientes negotia quae privatorum tantum intersunt, etiam iuris naturalis . . . , generaliter expressa vel tacita renuntiatione sanari . . . Tacita renuntiatio praesumitur si libere pars progressa sit ad ulteriora.“

²⁷ SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169 s.: „Actus autem nullus, ob violatum vel neglectum praescriptum legis ecclesiasticae, a Summo Pontifice sanari potest, cum ipse valeat dispensare ab omnibus legibus ecclesiasticis. . . . sanatis actis nullis, . . . sanatur quoque nullitas derivata sententiae, . . . Ceterum sanatio actorum causae, generaliter facta a Legislatore, complectitur eo ipso et sanationem sententiae.“

weder auf dem Naturrecht beruhen, oder aber aus einzelnen Prozeßakten abzuleiten sind, die kraft positiven Rechts nichtig sind²⁸.

Mit Scheuermann ist zu betonen, daß nur die Aufzählung der heilbaren Urteilsnichtigkeiten in c 1894 erschöpfend ist²⁹. Diese Aufzählung aber ist tatsächlich erschöpfend, da außer für die dort genannten Fälle an keiner einzigen Stelle des Prozeßrechts eine nur heilbare Nichtigkeit angedroht wird. Ob nämlich eine Nichtigkeit heilbar ist, kann nicht durch komplizierte Interpretations-³⁰ oder willkürliche Erklärungsversuche³¹ festgestellt werden, sondern ausschließlich durch das Gesetz bzw. den Gesetzgeber. Wenn der Gesetzgeber dazu schweigt, darf ihm ein Heilungswille nicht unterstellt werden. Denn Gesetze sind zunächst nach ihrem eigentlichen Wortsinn zu interpretieren (c 18). Wenn daher ein Gesetz eine Nichtigkeit statuiert, ist davon auszugehen, daß die unter Verletzung der Norm gesetzte Rechtshandlung nichtig ist und bleibt; die ihr an sich zukommenden Rechtswirkungen können nur dadurch zur Entfaltung gebracht werden, daß der entsprechende Akt noch einmal, diesmal in gültiger Form, gesetzt wird, oder aber dadurch, daß der Gesetzgeber in einem ausdrücklichen Gnadenakt die Folgen der Rechtsverletzung nachsieht und die Nichtigkeit saniert. Deshalb sind alle jene Nichtigkeiten, die das Gesetz ohne nähere Qualifikation androht, als unheilbare zu verstehen.

Hinsichtlich der in cc 1892, 1894 nicht genannten Nichtigkeitsgründe wird gerade in jüngster Zeit der Wunsch geäußert, der Gesetzgeber möge sie im neuen CIC taxativ aufzählen, damit auf diese Weise jede Unklarheit ausgeschlossen wird³². Eine erschöpfende Aufzählung der positivrechtlichen Nichtigkeitsgründe in einem einzigen Kanon wäre in der Tat zu begrüßen. Ob es aber gelingen kann, alle nur denkbaren Möglichkeiten jener Urteilsnichtigkeiten, die sich aus der Natur des Prozesses ergeben, taxativ zu benennen, muß dahingestellt bleiben. Vielleicht würde es aber schon genügen, wenn die Aussagen von c 1680 in c 1892 eingefügt würden, indem etwa festgelegt wird:

c 1892 *Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, quando . . .*

4^o *Lata est super causa, in qua elementum processum ipsum essentialiter constituens deficit;*

5^o *Ab aliquo processus actu nullo dependet.*

²⁸ SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 8 vol. 46 p. 373; SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169; SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 2 vol. 49 p. 100; SRR 28. 11. 1957 coram Pinna, n. 3 vol. 49 p. 762; SRR 27. 11. 1958 coram Heard, n. 2 vol. 50 p. 632; SRR 27. 11. 1958 coram Brennan, n. 3 vol. 50 p. 660 s.; SRR 24. 10. 1959 coram Bejan, n. 3 vol. 51 p. 468; SRR 22. 2. 1960 coram Bonet, n. 2 vol. 52 p. 106; SRR 25. 1. 1962 coram Mattioli: *MonEccl* 87 (1962) 477; und besonders ausführlich mit Belegstellen aus Doktrin und Judikatur: SRR 8. 12. 1963 coram Anné: *Periodica* 64 (1965) 22—24: „Nullitates sententiae insanabiles oriuntur aliae ex ipso iure naturali, aliae ex iure positivo sive modo originario sive modo derivativo. Nullitates sententiae insanabiles originariae ex iure positivo orientes enumerantur can. 1892 . . . Revera horum auctorum et sententiarum Rotalium Doctrinae assentiendum videtur in quantum agitur exclusive de nullitate sententiae originaria ex ipso iuris positive praescripto. At vero, praeter casus nullitatis insanabilis ex iure positivo a can. 1892 recensitos, admittendi sunt alii casus sive ex ipso iure naturae, sive casus nullitatis derivatae ex iure positivo. . . .“ — Vgl. auch oben S. 28 (52).

²⁹ Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 672.

³⁰ Flatten 648—651.

³¹ Wernz - Vidal - Cappello VI 587; Lega - Bartocetti II 1016.

³² Flatten 648; Dordett, Ehegerichte 76; Dordett, Notae quaedam 661 f.

Damit wären wenigstens jene Unklarheiten beseitigt, die hinsichtlich der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde bestehen.

II) Die Nichtigkeitsbeschwerde

Keine andere Bestimmung des kanonischen Prozeßrechtes hat, seitdem der CIC in Kraft getreten ist, den Auditoren der Rota mehr Schwierigkeiten bereitet, als die in cc 1893, 1895 gesetzte Norm, daß gegen die im jeweils vorstehenden Kanon genannten Urteilsnichtigkeiten innerhalb von 30 Jahren bzw. drei Monaten die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Daraus hat man den Schluß gezogen, daß nur in diesen Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde möglich ist, während jene Urteile, deren Nichtigkeit aus anderen Gründen entstanden ist, durch die Berufung oder die restitutio in integrum anzugreifen sind³³. Erst in den letzten 20 Jahren haben einzelne Rotarichter zur Kenntnis genommen, daß gegen ein nichtiges Urteil gar kein anderes Rechtsmittel in Anspruch genommen werden kann als die Nichtigkeitsbeschwerde³⁴. Andere Urteile zitieren die unterschiedlichen Auffassungen, ziehen aber aus der Tatsache der Diskrepanz in den Auffassungen verschiedene Schlüsse. Während ein Urteil das Problem völlig offen läßt und in meritorischer Hinsicht feststellt, daß im konkreten Fall ohnehin keine Urteilsnichtigkeit vorliegt³⁵, sagt ein anderes Urteil, daß angesichts der Unklarheit in Lehre und Rechtsprechung den Parteien nicht das Recht abgesprochen werden kann, Nichtigkeitsbeschwerde auch dann zu erheben, wenn der Nichtigkeitsgrund nicht in cc 1892, 1894 genannt ist³⁶; ein drittes Urteil zieht wieder den umgekehrten

³³ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, n. 7 vol. 19 p. 280; SRR 3. 7. 1933 coram Parrillo, n. 2 vol. 25 p. 421; SRR 22. 10. 1937 coram Wynen, nn. 2, 5 vol. 28 pp. 621, 624; SRR 17. 3. 1945 coram Wynen, n. 5 vol. 37 p. 199; SRR 7. 10. 1949 coram Staffa, n. 5 vol. 41 p. 475; SRR 12. 11. 1949 coram Wynen, nn. 9, 13 vol. 41 pp. 506, 509; SRR 7. 6. 1961 coram Canals, n. 2 vol. 53 p. 306. — Vgl. auch Matthaeus Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici* III, 5. Aufl., Turin-Rom 1962, p. 350; Eichmann, *Prozeßrecht* 179; vor allem aber Wernz-Vidal-Cappello VI 593: „Extra casus hoc loco Codicis enumeratos, petitio declarationis nullitatis sententiae non procedit. . . . sed (datur remedium) appellationis aut pro diverso casu restitutionis in integrum.“

³⁴ SRR 5. 5. 1954 coram Bonet, n. 5 vol. 46 p. 372; SRR 28. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169; SRR 16. 2. 1957 coram Wynen, n. 5 vol. 49 p. 102 (Wynen scheint also seine Auffassung geändert zu haben!); SRR 28. 11. 1957 coram Pinna, n. 3 vol. 49 p. 761 s.; SRR 8. 11. 1963 coram Annè: *Periodica* 54 (1965) 29 f. mit Belegstellen aus Judikatur und Doktrin; SRR 4. 2. 1967 coram Ewers, n. 7: *EphC* 25 (1969) 335 (dieses Urteil wurde zwar am 17. 2. 1969 coram Czapla: *EphC* 25 [1969] 336—339, aufgehoben, weil die Nichtigkeit des vorhergehenden Urteils nicht anerkannt worden ist; indirekt wird aber doch zugegeben, daß auch außerhalb von cc 1892, 1894 die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist). —

Vgl. auch Ewers 56, 81 f.; Joseph Noval, *Commentarium Codicis Iuris Canonici* IV, pars I, *Augustae Taurinorum* — Romae 1920, n. 644; Scheuermann, *Nichtigkeit des Urteils* 689 f.; A. Vermeersch — I. Creusen, *Epitome Iuris Canonici* III, 7. Aufl., Mecheln-Rom 1956, p. 116; vor allem aber Roberti, *Circa limites querelae nullitatis et restitutionis in integrum: Apollinaris* 1 (1928) 477; Roberti II 219 ff.

³⁵ SRR 27. 10. 1953 coram Canestri, n. 2 vol. 45 p. 613: „Et ita, inter Doctores, res controversa manet.“

³⁶ SRR 27. 11. 1959 coram Sabattani, n. 6 vol. 51 p. 564.

Schluß, daß nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde angesichts der bestehenden Unklarheit nicht zu gewähren ist³⁷.

Nun ist natürlich zuzugeben, daß aus der systematischen Einordnung der cc 1893, 1895 gefolgert werden könnte, daß der Gesetzgeber nur in den in cc 1892, 1894 genannten Fällen eine Nichtigkeitsbeschwerde zulassen wollte. Aber die Tatsache, daß das Urteil auch aus anderen Gründen nichtig sein kann, bleibt bestehen und wird von der Rota fast allgemein zugegeben. Will man die Nichtigkeitsbeschwerde als Rechtsmittel nicht zulassen, stehen nur noch die Berufung und die *restitutio in integrum* zur Wahl.

Die Berufung muß wegen c 1880,3⁰ ausscheiden³⁸. Aber auch die *restitutio* ist nicht einsetzbar, da sie eine *res iudicata* voraussetzt (c 1905 § 1). Was eine *res iudicata* ist, sagt c. 1902; wenn der Gesetzgeber hier von „*sententia*“ spricht, wird man ihm wohl zubilligen müssen, daß er ein gültiges Urteil meint, zumal die *res iudicata* die gehobene Rechtsvermutung begründet, daß das Urteil wahr und gerecht ist (c 1904 § 1), und sie vor allem zwischen den Parteien Recht schafft (§ 2), was von einem nichtigen Urteil schon deshalb nicht angenommen werden darf, weil es die einem Urteil an sich zukommenden Wirkungen gar nicht entfalten kann. Somit kommt auch die *restitutio* als geeignetes Rechtsmittel nicht in Frage.

Will man aber nicht annehmen, daß der Gesetzgeber die Parteien einem Richter, der ein ungültiges Urteil fällt, recht- und schutzlos ausliefern wollte, muß ein Ausweg gesucht werden. Als nächstliegende Lösung des Problems bietet sich wieder das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde an. Ewers erklärt sie „entsprechend der *aequitas canonica* in Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien“ als das einzig zulässige Rechtsmittel³⁹. Dieser Argumentation kann zweifellos gefolgt werden, zumal sie sich auf die zweite in c 20 angegebene Norm stützt; da jedoch der Begriff „*aequitas canonica*“ etwas unbestimmt und wenig konkret ist⁴⁰, kann der Rückgriff auf sie vielleicht doch nicht ganz befriedigen, weshalb ein anderer Argumentationsweg vorgeschlagen werden soll, der von der ersten im selben c 20 genannten Norm ausgeht.

Wenn außer Streit steht, daß es Urteilsnichtigkeiten auch außerhalb von cc 1892, 1894 gibt, kann zunächst eingeräumt werden, daß für diese ein eigenes Rechtsmittel im Gesetz nicht vorgesehen ist. Nun sagt aber c 20: Wenn zu einer bestimmten Sachfrage eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt, so ist die für ähnliche Sachfragen erlassene Gesetzesnorm heranzuziehen, außer es handelt sich um die Applikation von Strafbestimmungen.

Im voraus ist klarzustellen, daß c 1893 keine Strafbestimmung enthält; es wird im Gegenteil ein Rechtsmittel zur Verfügung gestellt. Wir haben bereits gesagt, daß eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung darüber fehlt, ob und welches Rechtsmittel gegen Urteilsnichtigkeiten außerhalb von

³⁷ SRR 7. 10. 1965 coram Mattioli: MonEcl 91 (1966) 655.

³⁸ Wenn Eichmann, Prozeßrecht 179, behauptet: „Die Berufung ist unzulässig: . . . c) gegen eine nach c 1892, 1894 nichtige Sentenz; gegen diese kann die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden“, so ist demgegenüber festzuhalten, daß c 1880,3⁰ diese Einschränkung auf cc 1892, 1894 nicht enthält.

³⁹ Ewers 81 f.; vgl. auch Eichmann - Mörsdorf III 194 f.

⁴⁰ Vgl. Mörsdorf, Rechtssprache 42.

cc 1892, 1894 zu ergreifen ist. Die Norm in c 1893 ist aber zweifellos für eine ganz ähnliche Sachfrage ergangen. Somit besteht aber auch kein Hindernis, das in c 1893 eingeräumte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde auch in allen jenen Fällen von unheilbarer Urteilsnichtigkeit in Anspruch zu nehmen, die von c 1892 nicht erfaßt sind.

Es können aber auch keine sachlichen Bedenken dagegen bestehen, nichtige Urteile mit der Nichtigkeitsklage nach c 1679 anzugreifen⁴¹. Einwände dagegen könnten höchstens vom Standpunkt der Gesetzssystematik aus gemacht werden⁴². Andererseits wird man aber wohl zuzugestehen haben, daß es erlaubt sein muß, auf eine allgemeine Norm auszuweichen, wenn eine spezielle nicht zur Verfügung steht. Wenn es aber die Absicht des Gesetzgebers war, die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde ganz eng abzugrenzen⁴³, dann ist darauf hinzuweisen, daß er selbst diese Grenze durch c 1680 sehr weit geöffnet hat. Und daß eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein nach c 1680 nichtiges Urteil grundsätzlich möglich ist, hat die Apostolische Signatur schon im Jahre 1920 eingeräumt⁴⁴. Denn auch der Gesetzgeber des CIC wollte und konnte nur jene Nichtigkeitsgründe einschränken, die seiner Gewalt unterliegen⁴⁵. Nun wäre es aber doch völlig unverständlich, wenn eine Nichtigkeitsbeschwerde zwar gegen die in cc 1892, 1894 genannten positiv-rechtlichen⁴⁶ Nichtigkeiten eingesetzt werden könnte, nicht aber gegen jene, die sich aus der Natur der Sache notwendig ergeben. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Festzuhalten ist daher: Alle jene nichtigen Urteile, die von cc 1892, 1894 nicht erfaßt werden, können ebenfalls durch die Nichtigkeitsbeschwerde angegriffen werden. Dabei ist es von geringem praktischen Gewicht, ob man sich in Ausübung dieses Rechtes auf c 1679 oder in Anwendung von c 20 auf c 1893 stützt. Bei unheilbaren Nichtigkeiten gilt in beiden Fällen eine Einspruchsfrist von 30 Jahren (c 1893 bzw. c 1701 mit c 1511 § 2)⁴⁷. Die Vorgehensweise bei Geltendmachung der Nichtigkeitsbeschwerde ist in cc 1893, 1895—1897 bzw. EPO Art. 208, 210, 211 näher geregelt.

⁴¹ Scheuermann, Nichtigkeit des Urteils 690.

⁴² Vgl. Mörsdorf, Rechtssprache 359 ff., Eichmann - Mörsdorf III 194 f.

⁴³ Ewers 45.

⁴⁴ Vgl. oben S. 28 (52).

⁴⁵ Vgl. SRR 7. 2. 1913 coram Many, n. 5 vol. 5 p. 118: „... apertum est Pium IV non sustulisse nisi nullitates quae solemnitatem potius iudiciorum . . . respiciebant, non vero eas quae de iure naturae sunt necessariae, ideoque substantiales dici possunt; alioquin Pius IV non tam solemnitates . . . rescasset, quam ipsa iudicia destruxisset; iudicium enim, sine eo quod requirit eius natura, stare nequit.“

⁴⁶ Daß mit c 1894,1^o nur die positiv-rechtliche Seite der citatio gemeint sein kann, wurde bereits zu zeigen versucht (vgl. oben SS. 61—65). In c 1892,2^o ist insoferne ein naturrechtliches Element miteinbezogen, als hier auch — aber nicht nur! — jene prozeßunfähigen Personen gemeint sind, die den Vernunftgebrauch noch nicht oder nicht mehr haben.

⁴⁷ Vgl. Roberti II 231: „Cum Codex nullum tempus praefiniat, non restat nisi ut triginta annis concludantur, quo tempore omnes actiones expirant.“

§ 13 DIE AUSSERORDENTLICHEN RECHTSMITTEL

Jeder Prozeß muß einmal durch ein endgültiges Urteil entschieden werden, das in ordentlicher Weise nicht mehr angefochten werden kann (cc. 1880,4^o, 1903); das liegt im Interesse der Gemeinschaft wie auch der Streitparteien selbst. Realistischerweise hat aber der Gesetzgeber auch mit der Möglichkeit gerechnet, daß solche endgültige Urteile sich später manchmal als Fehlurteile erweisen könnten. Er mußte deshalb dafür sorgen, daß sich die Parteien gegen ein Fehlurteil selbst dann noch zur Wehr setzen können, wenn ihnen ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr zur Verfügung steht: Unter bestimmten Bedingungen können sich die Parteien gegen die Ungerechtigkeit eines solchen Urteils — je nach Art des Prozeßgegenstandes — durch die *restitutio in integrum* oder die Wiederaufnahme des Verfahrens verteidigen.

1) Die restitutio in integrum

Die *restitutio in integrum* ist ein außerordentliches Rechtsmittel, das nur dann zum Einsatz kommen kann, wenn die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung oder der Nichtigkeitsbeschwerde nicht oder nicht mehr zur Verfügung stehen; dies jedoch nur dann, wenn die offenkundige Ungerechtigkeit eines in Rechtskraft erwachsenen Urteils feststeht (c 1905 § 1).

Schon aus dieser Grundbedingung ist zu ersehen, daß nichtige Urteile mit diesem außerordentlichen Rechtsmittel nicht anzugreifen sind, da sie höchstens den Schein einer Rechtskraft gewinnen können. Natürlich kann auch ein nichtiges Urteil ungerecht sein; zunächst ist aber die Nichtigkeit zu beheben. Erst wenn eine Nichtigkeitsbeschwerde, weil die Nichtigkeit des Urteils bereits ausgeheilt ist, und auch eine Berufung nicht mehr möglich ist, käme die *restitutio* in Frage.

Dies muß deshalb auch an dieser Stelle so ausdrücklich betont werden, weil an der Rota besonders Parrillo die Auffassung vertreten hat, daß die *restitutio* eine Art Quasi-Nichtigkeitsbeschwerde ist, die immer dann Platz zu greifen habe, wenn eine Nichtigkeitsbeschwerde deshalb nicht erhoben werden kann, weil kein Nichtigkeitsgrund der cc 1892, 1894 vorliegt⁴⁸. Gegen diese Auffassung hätten jedoch schon deshalb Bedenken bestehen müssen, weil in diesem Fall dieses Rechtsmittel wohl schwerlich als ein außerordentliches bezeichnet werden könnte.

Eine weitere in c 1905 § 1 genannte Grundbedingung für die Gewährung der *restitutio* ist die offensichtliche Ungerechtigkeit des Urteils. Diese wird jedoch nur in vier Fällen angenommen, die in c 1905 § 2 erschöpfend⁴⁹ aufgezählt sind:

1. Ein Urteil ist dann offenkundig ungerecht, wenn es sich auf Dokumente stützt, die sich nachträglich als falsch herausgestellt haben.

⁴⁸ SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, nn. 5—8 vol. 19 pp. 278—281.

⁴⁹ So mit Recht Eichmann - Mörsdorf III 199.

Es genügt also nicht, daß falsche Dokumente zu den Akten genommen worden sind. Damit die restitutio gewährt werden kann, muß gezeigt werden, daß sich das Urteil auf diese Dokumente stützt⁵⁰. Denn das Ziel der restitutio ist, daß das Verfahren wieder aufgenommen werden soll, damit das Urteil verbessert werden kann. Der Begriff Dokumente ist im weitesten Sinn zu verstehen und meint alle Schriftstücke, die als Beweismittel im Akt liegen⁵¹.

2. Ein Urteil ist auch dann offenkundig ungerecht, wenn erst nachträglich Dokumente auftauchen, die neue Tatsachen beweisen, die — wären sie schon früher bekannt gewesen — zu einer gegenteiligen Entscheidung geführt hätten.

Wieder genügt es nicht, daß irgendwelche Dokumente oder neue Tatsachen vorgebracht werden, und mögen diese noch so schwerwiegend sein; es muß dadurch vielmehr eindeutig dokumentiert werden können, daß das Urteil irrig und falsch ist⁵².

3. Ein Urteil ist auch offenkundig ungerecht, wenn es nur dadurch so und nicht anders ausgefallen ist, weil eine Partei zum Schaden der anderen mit Arglist vorgegangen ist und so den Richter täuschen konnte.

4. Schließlich ist ein Urteil dann offenkundig ungerecht, wenn ein Gesetz ganz offensichtlich mißachtet wurde.

Unter „Gesetz“ sind alle rechtschaffenden Akte zu verstehen, auch private Verträge und Dokumente⁵³, Urteile, Stiftungen usw.⁵⁴. Da jedoch das Ziel der restitutio die Bekämpfung der Ungerechtigkeit eines Urteils ist, können hier nur solche Gesetzesverletzungen gemeint sein, die das materielle Recht betreffen⁵⁵. Auch an dieser Stelle ist zu betonen, daß die Rechtsverletzung so offensichtlich sein muß, daß in einem neuen Verfahren ein anderslautendes Urteil zu erwarten ist.

Über all das hinaus ist noch eine wesentliche Voraussetzung für die Gewährung der restitutio zu beachten: Der Schaden, der der Partei durch das ungerechte Urteil entstanden ist, darf nicht von ihr selbst verursacht sein (c 1687 § 2 mit c 1905 § 1). Wenn sie daher einen der oben genannten Gründe schon während der Berufungsfrist hätte geltend machen können und trotzdem nicht Berufung eingelegt hat, kann die restitutio nicht gewährt werden⁵⁶. Es handelt sich hier eben um ein außerordentliches Rechtsmittel, das auch nur in außerordentlichen Fällen eingesetzt werden kann.

⁵⁰ SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 8 vol. 27 p. 221.

⁵¹ Nach Eichmann - Mörsdorf III 199 auch die Niederschriften der Aussagen.

⁵² SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 8 vol. 27 p. 222.

⁵³ Entscheidung der Signatura Apostolica v. 6. 4. 1920, n. 4: AAS 12 (1920) 256.

⁵⁴ SRR 3. 12. 1949 coram Felici, n. 3 vol. 41 p. 532.

⁵⁵ Eichmann - Mörsdorf III 200; SRR 3. 12. 1949 coram Felici, n. 3 vol. 41 p. 532: „ . . . non tamen comprehendere videtur . . . leges processuales . . .“ — Dagegen: SRR 5. 7. 1927 coram Parrillo, nn. 3—16 vol. 19 pp. 278—287; SRR 11. 4. 1935 coram Wynen, n. 7 vol. 27 p. 221: „Ubi lex non distinguit, neque nobis distinguere debemus“, ideoque sub verbo ‚legis‘ omnem legem intelligendam esse, tam substantialem quam proceduralem.“

⁵⁶ SRR 16. 2. 1925 coram Jullien, n. 2 vol. 17 p. 83.

II) Die Wiederaufnahme des Verfahrens

A) Der Gegenstand der Wiederaufnahme

Eine *res iudicata* gilt aufgrund einer gehobenen Rechtsvermutung als wahr und gerecht (c 1904 § 1). Tatsächlich kann aber auch ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil falsch und ungerecht sein. Diese Möglichkeit besteht in erhöhtem Maße dann, wenn die Rechtskraft bereits nach einem einzigen Urteil eintritt, weil dieses nicht angefochten wurde. Aber von einem, der Berufung einlegen kann, dies jedoch unterläßt, ist mit Recht zu vermuten, daß er dem Urteil zustimmt, obgleich er aus völlig anderen Gründen bewegen sein mag, auf die Berufung zu verzichten⁵⁷.

Nun gibt es aber einzelne Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach so sind, daß es nur auf die objektive Wahrheit und Gerechtigkeit ankommen kann. Dazu gehören die Personenstandssachen, unter denen hinsichtlich der praktischen Bedeutung für die Tätigkeit der kirchlichen Gerichte die Ehesachen herausragen. Diesbezügliche Urteile können niemals eine *res iudicata* werden (cc 1903, 1989), und ihre Vollstreckung ist immer nur provisorisch⁵⁸. Daher kann es gegen Urteile in Ehesachen auch keine *restitutio in integrum* geben⁵⁹. Dies ist aber auch nicht notwendig, da an ihrer Stelle die wesentlich leichter zu erreichende Wiederaufnahme des Verfahrens zur Verfügung steht (cc 1903, 1989, EPO Art. 217 § 1)⁶⁰.

⁵⁷ SRR 20. 6. 1922 coram Prior, n. 3 vol. 14 p. 191 s.

⁵⁸ A. a. O. n. 4 p. 192. — Vgl. Thomas Sanchez, *De matrimonii Sacramento*, Anverpiae 1607, lib. VII disp. 100 n. 1: „... sententia per errorem decidens illud (matrimonium) esse validum, vel hoc dissolvendum, nulla ratione assumere potest vires rei iudicatae, sive quod bis confirmata sit, sive quod ab ea non appellans censeatur consentire. Quia sententia illa, transiens in rem iudicatam, foveret peccatum, separando veros coniuges, vel uniendo eos qui tales esse nequeunt. At nullum vinculum, quantumcumque multiplicatum, potest firmare actum, ex quo peccatum consurgit.“ — Daraus folgert Prior a. a. O. n. 5 p. 193, daß die allgemeine Regel des c 1989 nicht anwendbar ist, wenn das Eheband durch den Tod eines Eheteils gelöst ist. Ehesachen würden nur deshalb nicht zur *res iudicata*, weil die Beachtung des Urteils die Sünde fördern könnte; wenn aber diese Gefahr nicht mehr bestehe, diene das Urteil nicht mehr dem öffentlichen, sondern nur dem privaten Interesse. — Es wird aber doch zu fragen sein, ob nicht auch im besprochenen Fall ein öffentliches Interesse an der Feststellung bestehen könnte, wer mit wem verheiratet war. In c 1972 wird zwar die gehobene Rechtsvermutung zugunsten der Gültigkeit der Ehe aufgestellt, so daß nach dem Tod eines Teils eine selbständige Ehenichtigkeitsklage nicht mehr möglich ist; ein Zwischenstreit darüber ist aber weiterhin zulässig. Daher duldet c 1989 keine Einschränkung: Urteile in Ehesachen werden niemals zur *res iudicata*.

⁵⁹ SRR 29. 2. 1955 coram Brennan, n. 3 vol. 47 p. 169: „*Restitutio enim in integrum est remedium comparatum adversus res iudicatas, quod invocari non potest in causis matrimonialibus.*“ — Ebenso SRR 7. 6. 1961 coram Canals, n. 3 vol. 53 p. 306. — Vgl. Ioannes M. Pinna, *An concedi possit restitutio in integrum in causis nullitatis matrimonii*: *Revue de Droit Canonique* 1 (1951) 32—36.

⁶⁰ So mit Recht Eichmann-Mörsdorf III 241, wo die frühere Auffassung korrigiert wurde; vgl. Klaus Mörsdorf, *Zur Eheprozeßordnung für die Diözesangerichte v. 15. 8. 1936*: *Theologische Quartalschrift* 120 (1939) 368. — Ebenso SRR 15. 4. 1958 coram Pasquazi, n. 4 vol. 50 p. 253; SRR 7. 6. 1961 coram Canals, n. 3 vol. 53 p. 306 (dieses Urteil erklärt die Notwendigkeit dieses Rechtsmittels aber zu Unrecht damit, daß für jene Nichtigkeitsfälle, die von cc 1892, 1894 nicht erfaßt sind, irgendein Rechtsmittel zur Verfügung stehen müsse).

B) Die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens⁶¹

EPO Art. 217 § 1 bestimmt, daß ein Eheverfahren vor dem Berufungsgericht auch in dem Fall wieder aufgenommen werden kann, wenn die Berufungsfrist (EPO Art. 215 § 1) versäumt wurde oder Instanzenverfall (c 1736) eingetreten ist. Das bedeutet, daß, wenn eine Ehesache noch nicht durch zwei gleichlautende Urteile in wenigstens provisorische Rechtskraft erwachsen ist, die Berufungsfrist praktisch nicht drängt⁶²; dann ist es auch nicht erforderlich, neue und schwerwiegende Argumente vorzubringen.

Dies ist allerdings dann notwendig, wenn bereits zwei gleichlautende Urteile vorliegen (EPO Art. 217 § 2)⁶³. Im Gegensatz zur *restitutio* müssen diese Argumente jedoch nicht so schwer sein, daß sie zwangsläufig ein anderes Urteil fordern würden (§ 3). Die Argumente müssen auch nicht völlig neu sein; man könnte sich auch darauf berufen, daß der Richter die vorgelegten Beweise nicht richtig gewürdigt hat⁶⁴. Eine bloße Kritik der Urteilsbegründung genügt jedoch nicht; man muß sich dabei auf konkrete Fakten oder Gesetzesstellen, die unberücksichtigt geblieben sind, berufen können⁶⁵. Zu weitgehend wäre aber die Forderung, daß die neuen Argumente derart sein müssen, wie sie c 1905 § 2 für die *restitutio* verlangt⁶⁶.

Was die Schwere der vorzubringenden Argumente betrifft, so müssen diese so beschaffen sein, daß eine Korrektur des Urteils zumindest möglich⁶⁷ oder wahrscheinlich⁶⁸ erscheint. Auf keinen Fall aber ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig, wenn es von vornherein ausgeschlossen erscheinen muß, daß das Urteil aufgehoben wird⁶⁹.

⁶¹ Othmar Heggelbacher, Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Artikel 217 der kirchlichen Eheprozeßordnung: OAKR 14 (1963) 217—225, legt die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme unter Verwendung der Rotalrechtsprechung ausführlich dar, weshalb hier nur die wichtigsten Grundsätze angegeben werden sollen. — Vgl. auch die jüngste Untersuchung in der Festschrift für Heinrich Flatten von Audomar Scheuermann, *Die nova audientia in der Eherechtsprechung der S. R. Rota*.

⁶² SRR 10. 5. 1952 coram Wynen, n. 6 vol. 44 p. 297: „... appellatio ab actore adversus sententiam pro validitate matrimonii promota non statim declaratur deserta, si prosecutio appellationis negligitur aliquatenus.“

⁶³ Die Berufung des Defensors nach EPO Art. 221 § 1 ist hier auszuklammern, da es sich in diesem Fall um eine echte Berufung handelt; neue und schwerwiegende Argumente muß der Bandanwalt dabei nicht vorbringen.

⁶⁴ SRR 13. 5. 1953 coram Mattioli, n. 8 vol. 45 p. 340: „Quae quidem laesiones vel rerum substantiam spectare possunt, ubi Iudices falsa acceptaverint, vera reiecerint, incongrua seu inepta admiserint.“ — Vgl. SRR 10. 1. 1957 coram Pinna, n. 2 vol. 49 p. 6.

⁶⁵ SRR 7. 6. 1958 coram Heard, n. 2 vol. 50 p. 373.

⁶⁶ SRR 29. 5. 1958 coram Brennan, n. 2 vol. 50 p. 355: „Nec novum nec grave argumentum constituunt criticae motae in sententias impugnatas, nisi eadem vitiis inficiantur propter quae Codex in causis transeuntibus in rem iudicatum concedit remedium extraordinarium restitutionis in integrum.“ — Vgl. auch SRR 5. 5. 1960 coram Mattioli, n. 2 vol. 52 p. 255.

⁶⁷ SRR 13. 7. 1954 coram Felici, n. 2 vol. 46 p. 609; SRR 28. 6. 1956 coram Lamas, n. 4 vol. 48 p. 605; SRR 10. 1. 1957 coram Pinna, n. 2 vol. 49 p. 6.

⁶⁸ SRR 13. 5. 1953 coram Mattioli, n. 9 vol. 45 p. 340: „... fundata probabilitas...“

⁶⁹ SRR 15. 6. 1961 coram Pinna, n. 2 vol. 53 p. 315: Im vorliegenden Fall war eine Ehe in zwei Instanzen wegen unheilbarer Impotenz des Mannes für nichtig erklärt worden. Dieser hat sich danach einer schweren Operation unterzogen, die als außerordentliches Mittel zu bewerten war, und wurde geheilt. Da sich aber an der juristischen

Die neuen und schwerwiegenden Argumente müssen zugleich mit dem Antrag auf Wiederaufnahme vorgelegt werden; es ist nicht ausreichend, ihre Vorlage für das wiederaufgenommene Verfahren in Aussicht zu stellen⁷⁰. Denn die Richter der dritten oder höheren Instanz, die über die Wiederaufnahme zu entscheiden haben, müssen prüfen, ob sie überhaupt sinnvoll ist. Dies ist nur möglich, wenn sie sich vom Gewicht der neuen Argumente und von der Tatsache, daß sie noch nicht richtig gewürdigt wurden, überzeugen können⁷¹. Bei der Prüfung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens ist jedoch eine gewisse Großzügigkeit angezeigt⁷².

Wenn Gründe für die Wiederaufnahme vorliegen, liegt ihre Würdigung zwar im Ermessen der Richter, die über den Antrag zu entscheiden haben; sie dürfen die Wiederaufnahme aber nicht verweigern, wenn sie die vorgebrachten Argumente als ausreichend erkennen und anerkennen, da unter diesen Umständen ein Rechtsanspruch auf Wiederaufnahme des Verfahrens besteht⁷³. Aus diesem Grund scheint es auch gerechtfertigt zu sein, die Wiederaufnahme als (außerordentliches) Rechtsmittel zu bezeichnen; sie verfolgt dasselbe Ziel wie die Berufung.

Wenn die entsprechenden Beweisanträge schon während des Verfahrens hätten gestellt werden können, besteht jedoch ein Rechtsanspruch im strengen Sinne nicht⁷⁴. In jedem Fall kann aber der Beschluß des Richterkollegiums, der einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ablehnt, durch die Berufung angegriffen werden, da ein solcher Antrag genauso wie die Berufung Ähnlichkeit mit einer Klage hat (c 20 mit c 1709 bzw. EPO Art. 61, 66).

Wertung der Impotenz nichts ändern konnte, war trotz des neuen Gutachtens eine Korrektur des Urteils ausgeschlossen. Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens war daher abzulehnen; das Eheverbot wurde jedoch aufgehoben.

⁷⁰ SRR 13. 7. 1954 coram Felici, n. 2 vol. 46 p. 609; SRR 20. 12. 1958 coram Pinna, n. 3 vol. 50 p. 738.

⁷¹ SRR 10. 4. 1954 coram Heard, n. 2 vol. 46 p. 298.

⁷² SRR 20. 5. 1957 coram Doheny, n. 2 vol. 49 p. 436: „... e constanti NSO iurisprudentia, constat ea (praescripta) benigna quadam largitate interpretanda et applicanda esse . . .“

⁷³ SRR 13. 7. 1954 coram Felici, n. 2 vol. 46 p. 609: „Novam audientiam esse ex iure concedendam . . . indubium est.“ — SRR 29. 3. 1958 coram Mattioli, n. 2 vol. 50 p. 233: „Causas de statu personarum . . . posse, ac debere denuo tractari, quoties . . . praesto sit . . .“ — SRR 19. 5. 1921 coram Massimi, n. 2 vol. 13 p. 112, spricht in diesem Zusammenhang vom „ius seu privilegium“. Zur Bedeutung von „privilegium“ vgl. Mörsdorf, *Rechtssprache* 48 f.

⁷⁴ Vgl. SRR 22. 11. 1941 coram Canestri, n. 3 vol. 33 p. 871 s.

SCHLUSS

1. Das Verteidigungsrecht gehört zu den natürlichen Grundrechten des Menschen. Dieser kann auf eine Verteidigung verzichten. Ein Verzicht wirkt sich jedoch höchstens auf seine Position im Prozeß aus; die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Rechtsakten bleibt davon unberührt.

2. Das Verteidigungsrecht gehört zum Wesen des Prozesses in dem Sinn, daß die Möglichkeit zur Verteidigung eingeräumt werden muß. Wird dies versäumt, kann von einem Prozeß im eigentlichen Sinn nicht mehr gesprochen werden.

3. Der Grundinhalt des Verteidigungsrechtes ist das Recht auf Widerspruch gegenüber der Klage. Damit ein Widerspruch möglich ist, sind jedoch einige Voraussetzungen zu schaffen:

Der Beklagte ist zu laden, damit er weiß, daß er sich verteidigen kann. Abgesehen davon hat die Ladung aber auch eine selbständige Funktion im Prozeß.

Dem Beklagten ist der Streitgegenstand mitzuteilen, damit er weiß, was von ihm gefordert wird, bzw. wogegen er sich verteidigen soll.

Der Beklagte hat das Recht, Anträge zu stellen, Gegenbeweise vorzulegen und sich aller prozessualen Kampfmittel zu bedienen, die das Recht vorsieht.

Dem Beklagten sind die Akten offenzulegen, damit er weiß, auf welche Beweise sich die Klage konkret stützt.

Dem Beklagten ist eine ausreichende Frist einzuräumen, damit er seine Verteidigung durchdenken und schriftlich ausarbeiten kann. Es ist ihm auch die Möglichkeit zu bieten, die Argumente des Prozeßgegners kennenzulernen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.

4. Wird dem Beklagten eine dieser Voraussetzungen nicht gewährt oder wesentlich beschnitten, ist dies einem Entzug des Verteidigungsrechtes gleichzustellen, der gegebenenfalls die unheilbare Nichtigkeit des Urteils zur Folge haben könnte.

5. Das Verteidigungsrecht kann nicht schrankenlos ausgeübt werden. Es findet seine Grenze am Recht des Streitgegners und am Gemeinwohl. Aufgabe des positiven Rechts ist es, diese Grenzen in möglichst ausgewogener Weise festzulegen.

6. Die gesetzlichen Bestimmungen des CIC gewährleisten das Verteidigungsrecht an sich in ausreichendem Maß. Wünschenswert wäre noch mehr Klarheit hinsichtlich der Funktion der Ladung und des spontanen Erscheinens sowie bezüglich der Urteilsnichtigkeiten und der Nichtigkeitsbeschwerde.

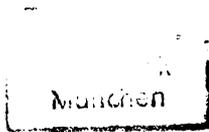
7. Für den Ehenichtigkeitsprozeß wäre auch im Zusammenhang mit dem Verteidigungsrecht zu wünschen, daß in dieser besonderen Art des Streitverfahrens das prozessuale Streitverhältnis auch in formaler Hinsicht zwischen dem Kläger und dem Ehebandsverteidiger hergestellt wird. Dadurch käme klarer zum Ausdruck, wer gegen wen streitet.

8. Zu erwägen wäre, ob es nicht aus psychologischen Gründen zweckmäßig sein könnte, Parteien- und Bandanwalt mit gleichen Rechten aus-

zustaten¹. Diese Gleichstellung könnte in manchen Punkten auch so erfolgen daß die derzeitigen Rechte des Ehebandsverteidigers beschnitten werde.

9. Wenn die Parteien ohne Anwalt Prozeß führen, müßten die Richter gesetzlich verpflichtet sein, jede Entscheidung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

Wünschenswert wäre jedoch, wenn das Beispiel des Diözesan- und Metropolitanrichters Wien Nachahmung fände: Bestellung und Besoldung hauptamtlicher Anwälte durch den Bischof. Schulungen in Kursen über Prozeß- und Ehe recht, die für eine größere Region stattfinden und periodisch wiederholt werden sollten, könnten für die nötige Qualität sorgen.



¹ Vgl. Dordett, Notae quaedam 652.

² Vgl. Dordett, Notae quaedam 648 f.