

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	3 (1884)
Artikel:	Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten : nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874
Autor:	Hafner, H.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896719

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten

nach Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes betr. die Organisation
der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

Von **Dr. H. Hafner**, Bundesrichter.

I. Entstehungsgeschichte.

Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 hat die Gesetzgebung über einen Theil des Privatrechts der Kompetenz des Bundes unterworfen, von der Unification der Gerichtsorganisation und des Civilprozesses — mit Ausnahme des Betreibungs- und Concursverfahrens — dagegen abgesehen. Man konnte sich aber doch der Einsicht nicht verschliessen, dass der Erfolg der Vereinheitlichung des materiellen Rechts gefährdet sei, wenn nicht wenigstens eine einheitliche Instanz geschaffen werde, welche die verschiedene Auslegung und Anwendung desselben verhindere. Schon der Art. 64 der B.-V., welcher in der Hauptsache die Zuständigkeit der Bundesgesetzgebung mit Bezug auf das Privatrecht normirt, enthält daher am Schlusse die Bestimmung: „Die Rechtsprechung selbst verbleibt den Kantonen, mit Vorbehalt der dem Bundesgerichte eingeräumten Kompetenzen.“ Und in Art. 114 der B.-V. ist gesagt, „die Bundesgesetzgebung hat die Befugnisse festzustellen, welche dem Bundesgerichte nach Erlassung der in Art. 64 der B.-V. vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind.“ Wir werden weiter unten sehen, dass die Berufung bloss auf Art. 64 zu enge war und vom Gesetze aufgegeben wurde.

Schon bei Berathung der Bundesverfassung war in den eidgenössischen Räthen die Frage lebhaft debattirt worden, welche Stellung dem Bundesgerichte mit Bezug auf die nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheidenden Civilstreitigkeiten zu geben sei. Mit Recht hat man aber von der Normierung dieser Stellung in der Bundesverfassung selbst abgesehen und dieselbe der Gesetzgebung überlassen. Die Regelung ist dann bekanntlich in den Art. 29 und 30 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege erfolgt.*). Während man dabei allseitig — und angesichts des Inhaltes der gegenwärtigen B.-V., d. h. der von derselben zwischen der kantonalen und der Bundesgesetzgebungsgewalt gezogenen Grenzscheidung gewiss mit Recht — darüber einverstanden gewesen zu sein scheint, dass das Bundesgericht nicht (wie das deutsche Reichsoberhandelsgericht vor der Unification der Gerichtsorganisation und Prozessgesetzgebung in

*) Dieselben lauten:

Art. 29. In Rechtsstreitigkeiten, die von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat, oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachzusuchen.

Für die Werthbestimmung ist der Betrag massgebend, welcher bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig war.

Im Einverständnisse beider Parteien können in solchen Rechtsstreitigkeiten auch erstinstanzliche kantonale Haupturtheile, mit Umgehung einer zweiten Instanz in den Kantonen, sofort an das Bundesgericht gezogen werden.

Art. 30. Für dieses Rechtsmittel besteht eine peremptorische Frist von 20 Tagen, von der Mittheilung des angefochtenen Urtheils an gerechnet. Die Prozesspartei, welche davon Gebrauch machen will, hat sich darüber binnen dieser Frist bei der kantonalen Gerichtsstelle, die das Urtheil erlassen hat, zu erklären. Geschieht dies, so hat die betreffende Gerichtsstelle das Urtheil sammt den Akten beider Parteien binnen einer Frist von 14 Tagen, von der abgegebenen Erklärung an gerechnet, dem Präsidenten des Bundesgerichtes einzusenden.

Nach Empfang der Akten setzt der Präsident den Tag fest, an welchem das Geschäft bei dem Bundesgericht zur Verhandlung kommen soll und lässt den Parteien davon Kenntniss geben.

Die Parteien haben das Recht, an dem festgesetzten Tag vor dem Bundes-

Deutschland) an die Stelle der sonst zuständigen höchsten kantonalen Gerichte mit derjenigen Zuständigkeit, welche nach dem kantonalen Gesetze dem obersten Gerichtshofe zu komme, treten könne, sondern dass zur Sicherstellung der Einheit des Rechts auf dem der Bundeskompetenz unterworfenen Gebiete ein Rechtsmittel geschaffen werden solle, welches unter einheitlich für die ganze Schweiz zu bestimmenden Voraussetzungen die Anrufung des Bundesgerichtes gestatte und ein einheitliches Verfahren vor diesem Gerichtshofe festsetze, — gingen dagegen in den eidgenössischen Räthen die Ansichten über die dem Bundesgerichte einzuräumenden Befugnisse auseinander. Dabei unterlief indess, wie später zu zeigen ist, ein Missverständniss, indem gerade im wesentlichsten Punkte, der Befugniss zur Feststellung der relevanten Thatsachen, eine Meinungsverschiedenheit in Wirklichkeit gar nicht, sondern nur scheinbar bestand.

Es steht heute wohl ausser Frage, dass in Folge des Inkrafttretens des eidgenössischen Obligationenrechts die Bestimmungen der Artikel 29 und 30 des bezeichneten Gesetzes nicht mehr genügen, sondern einer Revision bedürfen. Dagegen besteht keine Einigkeit darüber, worin die Revision zu bestehen habe. Während sich die Ansicht geltend macht, dass unter grundsätzlicher Festhaltung des gegenwärtigen Rechtsmittels nur der Streitwerth, von dessen Höhe die Zulässigkeit desselben bedingt ist, herabzusetzen und für gewisse Proceduren, die summarischen Prozesse, ein besonderes beschleunigtes Verfahren festzusetzen sei, mangelt es, wie die erwähnten Berathungen der Bundesversammlung und die Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins vom Jahre 1882 beweisen,

gericht zu erscheinen und das Streitverhältniss mündlich vorzutragen oder durch Bevollmächtigte vortragen zu lassen.

Das Bundesgericht hat seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen. Sollte aber über bestrittene Thatsachen, welche von entscheidendem Einflusse auf die Urtheilsfällung sind, durch die kantonalen Instanzen ein Beweis überhaupt nicht zugelassen worden sein, so kann das Bundesgericht eine Akten vervollständigung durch die nämliche Instanz, welche das Urteil gefällt hat, anordnen und hierauf ohne weitere Parteivorträge das Endurteil erlassen.

auch nicht an Stimmen, welche eine wesentliche Äenderung des Rechtsmittels verlangen, sei es in der Richtung einer Beschränkung der Kompetenzen des Bundesgerichtes, indem dasselbe zum blossen Cassationsgerichte gemacht werden soll, sei es im Sinne einer Erweiterung dieser Kompetenzen dahin, dass dem Bundesgerichte in allen an dasselbe gelangenden Fällen nicht bloss die Ueberprüfung der Rechtsfragen sondern auch der Thatfragen überwiesen werden soll, oder endlich dahin, dass das Bundesgericht theils, für geringfügigere Streitsachen, als Cassationshof, theils, für wichtigere Fälle, als Appellationshof zu fungiren habe. Inwiefern eine solche Ergänzung oder Äänderung der Befugnisse des Bundesgerichtes als Oberinstanz in Civilsachen wünschbar oder nothwendig und auf Grundlage der gegenwärtigen Bundesverfassung, wonach die Gesetzgebung über den Civilprozess und die Gerichtsorganisation dem Bunde entzogen und die Regelung des Verfahrens vor den kantonalen Gerichten ausschliesslich Gegenstand der kantonalen Gesetzgebung ist, möglich und durchführbar sei, soll in Nachfolgendem zu erörtern versucht werden. Dabei wird es am Richtigsten sein, wenn vor Allem das Wesen des bestehenden, in den oben erwähnten Gesetzesbestimmungen normirten Rechtsmittels möglichst erschöpfend untersucht und festgestellt wird, wozu ausser diesen Gesetzesbestimmungen selbst die Entstehungsgeschichte derselben heranzuziehen ist.

Aus der letztern dürfte Folgendes von Interesse und daher hervorzuheben sein.

Von der Auffassung ausgehend, dass nur die Wahl bleibe zwischen Zulassung der Appellation, welche den ganzen Rechtsstreit — That- und Rechtsfragen — vor das Bundesgericht bringe, und der Kassation oder Nichtigkeitsbeschwerde, wonach eine Weiterziehung an das Bundesgericht nur wegen gewisser im Gesetze bestimmt bezeichneter, beschränkter Nichtigkeitsgründe statthaft wäre, hatte sich der Entwurf des Redactors des Gesetzes, Dr. J. Blumer, für die Zulassung bei der Rechtsmittel entschieden. Dieser Entwurf lautete nämlich dahin:

„Rechtsstreitigkeiten, bei denen es sich um Anwendung und Auslegung derjenigen Bundesgesetze handeln wird, welche kraft Art. 38 des Eisenbahngesetzes sowie gemäss Art. 64 der B.-V. erlassen werden sollen, sind, wenn eine Partei sich über den Spruch des erstinstanzlichen kantonalen Gerichtes beschwert und der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 2000 hat, mit Uebergehung einer allfälligen zweiten Instanz im Kanton auf dem Wege der Berufung (Appellation) oder der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zu ziehen.“

„Für beide Rechtsmittel besteht eine peremptorische Frist von 30 Tagen, von der Eröffnung des Urtheils an gerechnet, binnen welcher sie mittelst schriftlicher Eingabe bei dem Präsidenten des Bundesgerichts ergriffen werden müssen.“

„Hinsichtlich der Beweisregeln hat sich das Bundesgericht in solchen Fällen an die Prozessordnung des betreffenden Kantons zu halten.“

Zur Begründung dieses Entwurfes, welcher zweifellos noch sehr der Ergänzung bedürftig gewesen wäre, führte der Redactor in seinem Berichte an das eidgenössische Justizdepartement folgendes an:

„Die Frage ist, ob Urtheile kantonaler Gerichte, welche die Anwendung der zu erlassenden Bundesgesetze civilrechtlichen Inhaltes zum Gegenstande haben, auf dem Wege der Appellation oder der Kassation an das Bundesgericht weiter zu ziehen seien. Ich entscheide sie im Sinne der Appellation, welche allein dem Richter gestattet, den ihm vorliegenden Rechtsfall in seiner Gesamtheit (Fleisch und Blut, und nicht bloss als Cadaver) zu würdigen und zu erörtern, — welche ihn nicht zwingt, ein Urtheil, mit dem er nicht einverstanden ist, bloss aus dem Grund zu bestätigen, weil sich nicht gerade ein im Gesetze aufgezählter Kassationsgrund auf dasselbe anwenden lässt. Würden wir das Bundesgericht bloss als Kassationsbehörde hinstellen, so wäre es kaum zu vermeiden, dass zuerst der kantonale Instanzenzug durchgemacht werden müsste, ehe man an's Bundesgericht gelangen könnte; gewähren wir dagegen die Appellation, so können wir das sehr unvolksthümliche Institut einer dritten Instanz vermeiden, indem wir die Berufung von der ersten Instanz direkt an's Bundesgericht gehen lassen, gleichwie das deutsche Oberhandelsgericht an die Stelle der obersten *) Instanz in den Einzelstaaten getreten ist. Neben der Appellation soll übrigens eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Inkompétence oder andern formellen Gebrechen des erstinstanzlichen Urtheils nicht ausgeschlossen sein.“

*) Jedoch durchgängig der dritten Instanz, was bekanntlich zur Folge hatte, dass für eine Anzahl Staaten die Handelsgerichtssachen von der Weiterziehung an das Oberhandelsgericht gänzlich, oder doch mit Ausnahme weniger Fälle, ausgeschlossen waren, weil die Landesgesetzgebung die Anrufung der dritten Instanz für dieselben nicht gestattete,

„Nach dem deutschen Reichsgesetze, durch welches das Oberhandelsgericht in Leipzig eingeführt worden ist, sind für letzteres in allen Beziehungen die Prozessgesetze desjenigen Einzelstaates massgebend, in welchem der Rechtsstreit erstinstanzlich beurtheilt worden ist. Diese Bestimmung mag grundsätzlich nicht unrichtig sein, aber in unsren schweizerischen Verhältnissen wäre es mit grossen Unzuträglichkeiten verbunden,*) wenn sich das Bundesgericht als Appellationsbehörde in dem ganzen Verfahren den kantonalen Gesetzen und Uebungen anbequemen müsste. Es gibt z. B. Kantone, in denen weder irgend eine Instruktion des Prozesses durch einen einzelnen Richter noch sonst ein schriftliches Vorverfahren, sondern lediglich eine mündliche Verhandlung vor dem gesammten Gerichte stattfindet; diess würde doch zu sehr im Widerspruche stehen mit dem sonst beim Bundesgerichte üblichen Verfahren. Ich sehe auch keinen besondern Nachtheil darin, wenn bezüglich des äussern Prozessganges das Bundesgericht sein Gesetz anwendet; anders verhält es sich dagegen allerdings, wenn es sich im einzelnen Falle um die Feststellung thatsächlicher Verhältnisse handelt, mit den Beweisregeln. Hier wäre es allerdings nicht zulässig, dass der zweitinstanzliche Richter nach ganz andern Gesetzen entscheiden würde als der erstinstanzliche.“

Der Entwurf des Redactors wurde sodann einer vom Bundesrathe ernannten Kommission **) überwiesen, von derselben aber nicht acceptirt. Vielmehr vereinigte sich diese Kommission (wie es scheint einstimmig und von bloss redaktionellen Verschiedenheiten abgesehen) auf denjenigen Vorschlag, welcher dann vom B.-Rathe an die Bundesversammlung gebracht wurde und folgendermassen lautet:

„Art. 26. In Rechtsstreitigkeiten die nach den Bundesgesetzen zu erledigen sind, welche gemäss Art. 64 der B.-V. oder kraft Art. 38 des „Eisenbahngesetzes erlassen werden, und deren Gegenstand einen Hauptwerth „von wenigstens Fr. 3000 hat, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem „Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachzusuchen.“

„Für dieses Rechtsmittel besteht eine peremptorische Frist von 15 Tagen, binnen welcher die Streitsache mittelst schriftlicher Eingabe bei dem Präsidenten des Bundesgerichtes anhängig gemacht werden muss.“

„Das Bundesgericht hat in solchen Fällen seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen.“

*) Ganz ebenso war es in Deutschland.

**) Bestehend aus dem Vorsteher des eidgen. Justizdepartements, Bundesrath Cérésole, Ständerath Dr. Blumer und den Nationalräthen Dubs, Philippin, Segesser, Brunner und Censi.

Die Begründung dieses Vorschlags röhrt wiederum von Dr. Blumer her. Dieselbe ist wörtlich in die Botschaft des Bundesraths vom 23. Mai 1874 übergegangen und daher auch im Bundesblatt (Jahrgang 1874 Bd. I S. 1059 ff.) enthalten. Bei deren Bedeutung für das richtige Verständniss des Rechtsmittels dürfte ihr Abdruck hier um so eher am Platze sein, als der betreffende Band des Bundesblattes kaum in Handen aller Leser dieser Zeitschrift sich befindet.

Die Begründung lautet folgendermassen :

„Die schweizerische Rechtseinheit, welche durch Art. 64 der Bundesverfassung auf einem allerdings nur beschränkten Gebiete in Aussicht genommen ist, wird nur dann von entschiedenem praktischem Werthe sein, wenn für eine gleichförmige Praxis der Gerichte in der Anwendung der zu erlassenden Bundesgesetze civilrechtlichen Inhaltes gesorgt wird, und dieser Zweck kann nur in der Weise erreicht werden, dass man gegen die Urtheile kantonaler Gerichte einen Weiterzug an das Bundesgericht öffnet. War man hierüber bei den Berathungen über die Bundesrevision so ziemlich einverstanden, so gingen dagegen die Ansichten darüber, ob dieser Weiterzug in der Form der Appellation oder der Kassation stattfinden solle, bedeutend auseinander. Der Nationalrath hatte im Jahre 1872 bereits in der Bundesverfassung selbst den Grundsatz aussprechen wollen, dass das Bundesgericht nur Kassationsbehörde sein solle in Civilsachen, bei denen die Anwendung der zu erlassenden Bundesgesetze in Frage kommt; der Ständerath hingegen trat dem Beschluss des Nationalrathes nicht bei, und so entstand der jetzige Art. 114 der B.-V., welcher die Frage, in welcher Weise der Weiterzug an das Bundesgericht zu organisiren sei, gänzlich offen gelassen hat.

„Ein unbeschränktes Berufungsrecht an's Bundesgericht in der Weise, dass gegen jedes Urtheil kantonaler Gerichte, gleichviel ob es sich dabei hauptsächlich um thatsächliche oder um rechtliche Fragen handle, die Appellation ergriffen werden könnte, würde ohne Zweifel manche Vortheile darbieten. Die Fragen des Thatbestandes und der Rechtsanwendung hängen oft auf's innigste mit einander zusammen und der oberste Gerichtshof kann im einzelnen Falle nur dann ein vollkommen gerechtes Urtheil fällen, wenn er freie Hand hat für die Beurtheilung aller Verhältnisse, welche dabei in Betracht kommen. So wichtig indessen diese Vorzüge einer eigentlichen Appellationsinstanz sind, so würde doch, wollte man das Bundesgericht zu einer solchen erheben, die ausserordentliche Verschiedenheit der kantonalen Prozessgesetze grosse, beinahe unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten. Würde die Bundesverfassung die Möglichkeit geöffnet haben, eine einheitliche Gesetzgebung auch über den Civilprozess aufzustellen, so wäre es leicht und wohl auch passend gewesen, das unbeschränkte Appel-

lationsverfahren einzuführen; nun aber, da für die Ermittlung der Thatsachen nichts anders übrig bliebe als in zweiter Instanz sich an dasjenige kantonale Prozessgesetz zu halten, welches dem Verfahren vor erster Instanz als Norm diente, könnte von einer gleichförmigen gerichtlichen Praxis doch nicht in vollem Umfange die Rede sein. Es würde auch das Aktenmaterial, welches von den kantonalen Gerichten an's Bundesgericht gelangen würde, keineswegs immer ein vollständiges, zur Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse genügendes sein, indem z. B. die Zeugenverhöre nicht in allen Kantonen protokollirt werden. Unter diesen Umständen schien es uns, es müsse von einer unbeschränkten Appellation abstrahirt und die Aufgabe des Bundesgerichts dahin beschränkt werden, dass es, unter Zugrundelegung des von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestandes, lediglich die Frage der richtigen Anwendung des Gesetzes zu prüfen habe. Dass es dann aber in dieser Funktion nicht weiter zu beschränken sei, und namentlich nicht etwa, wie es in Frankreich üblich ist, ein unrichtig befundenes Urtheil an eine untere Instanz zurückweisen müsse, sondern es selbst abändern könne, glauben wir durch die allgemein gehaltene Fassung, die wir dem Artikel geben, hinlänglich ausgedrückt zu haben.

„Eine wichtige Frage ist ferner, ob man den Weiterzug an's Bundesgericht gestatten wolle schon gegen erstinstanzliche oder erst gegen letztinstanzliche Urtheile der kantonalen Gerichte. Wählt man das Letztere, so schafft man allerdings für die meisten Kantone eine dritte Instanz; allein das erstere Auskunftsmittel würde doch zu sehr in die Gerichtsorganisation der Kantone eingreifen, welchen die Rechtsprechung in Art. 61 der B.-V. ausdrücklich garantirt ist. Allerdings sind daneben die dem Bundesgerichte einzuräumenden Kompetenzen vorbehalten, aber es kann diesem Vorbehalte doch nicht wohl die Auslegung gegeben werden, dass das Bundesgericht an die Stelle der kantonalen Obergerichte zu treten habe. Den Nachtheil einer dritten Instanz können übrigens die Kantone selbst dadurch beseitigen, dass sie für gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten nur eine regelmässige Instanz aufstellen, wie es z. B. im Kanton Zürich mit den Handelsstreitigkeiten der Fall ist.“

Die Bundesversammlung räumte dem Ständerathe die Priorität ein und dieser überwies den Gesetzesentwurf einer Kommission, deren Berichterstatter wieder Dr. Blumer war. Aus seinem Berichte ist folgende Stelle hervorzuheben:

„Art. 26. Die wichtigen Fragen, welche hier in Betracht fallen, veranlassten auch im Schoosse ihrer Kommission eine längere Discussion, welche indessen damit endigte, dass die Mehrheit dem vom Bundesrathe angenommenen System im Wesentlichen beipflichtete. Mehrfach wurde zwar bedauert, dass durch dasselbe für alle wichtigen Fälle eine dritte Instanz geschaffen werde, und es wurde daher der Antrag gestellt, es solle der sich über ein erst-

„instanzliches kantonales Urtheil beschwerenden Partei die Alternative geöffnet werden, entweder an's kantonale Obergericht oder an das Bundesgericht zu rekurriren, in der Meinung, dass, wenn sie sich für das Erstere entscheide, alsdann der nachherige Weiterzug an's Bundesgericht wegfallen.“ Die Mehrheit der Kommission wollte indessen in keiner Weise in die Gerichtsorganisation der Kantone, bezw. in die Kompetenz der Obergerichte eingreifen, und selbst der Antrag, es sollen wenigstens im Einverständnisse beider Parteien erstinstanzliche Urtheile, mit Uebergehung der zweiten kantonalen Instanz, sofort an's Bundesgericht gezogen werden dürfen, fand keinen genügenden Anklang. Man war ferner nicht allgemein einverstanden mit der absoluten Fassung des Schlusssatzes von Art. 26, und es wurde, um dem Bundesgerichte für die richtige Ausmittelung des Thatbestandes etwas freiere Hand zu geben, vorgeschlagen zu sagen: Das Bundesgericht urtheile auf Grundlage der von den kantonalen Gerichten produzirten Beweismittel, jedoch könne der Instruktionsrichter, wenn es ihm nothwendig scheine, auch eine Ergänzung des vorliegenden Aktenmaterials veranstalten. Auch dieser Antrag blieb indessen in Minderheit.“

Bei der Berathung im Ständeratthe wurde das vom Bundesrathe vorgeschlagene System im Wesentlichen adoptirt. Hinzugefügt wurden Absatz 2 und 3 des gegenwärtigen Art. 29 des Organisationsgesetzes und eine weitere Bestimmung, welche das Verfahren vor dem Bundesgerichte (Mündlichkeit oder Schriftlichkeit) beschlug und hier ausser Betracht fallen kann. Ferner wurde die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels auf 20 Tage festgesetzt. Alle andern Anträge *) wurden abgelehnt.

*) Diese Anträge gingen im Wesentlichen dahin:

- 1) Zum 1. Alinea des Entwurfs.
 - a) „Der Streitwerth solle wenigstens 5000 Fr. betragen.“
 - b) „Jede Partei solle das Recht haben, das B.-G. als zweite urtheilende Instanz anzurufen.“
- 2) Zum 3. Alinea des Entwurfs.
 - a) Beifügung folgenden Satzes: „Sollte das Gericht, bezw. in erster Linie der in Sachen bestellte Instruktionsrichter, in entscheidender Richtung thatsächliche Lücken zu ergänzen als durchaus nöthig erachten, so kann dies ausnahmsweise geschehen. Das Bundesgericht fällt auch dannzumal ohne Rückweisung das Endurtheil.“
 - b) Streichung desselben und Aufnahme folgenden Satzes: „Die neue Beurtheilung geschieht auf Grundlage der von den kantonalen Gerichten produzirten Beweismittel. Soweit dahерige Erhebungen noch nothwendig wären, hat solches durch den Instruktionsrichter stattzufinden.“
- 3) Zum ganzen Artikel:

„Das Bundesgericht urtheilt als Cassationsbehörde über letzthinstantzliche Urtheile kantonaler Gerichtsbehörden, insoweit als gegen dieselben wegen Verletzung eines, gemäss Art. 64 der B.-V.

Der Nationalrat strich vorerst im ersten Absatze des Entwurfes, — als nicht erschöpfend, — die Berufung auf die Artikel 64 der B.-V. und Art. 38 des Eisenbahngesetzes und nahm die gegenwärtige allgemeine Fassung: „in Rechtsstreitigkeiten, die vor kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind“, an. Dabei war man indess allseitig darüber einverstanden, dass nur eidgenössische Gesetze privatrechtlichen Inhalts in Betracht kommen. Im Fernern wurde, namentlich mit Rücksicht auf die Ehestreitigkeiten (Art. 54 der B.-V.), bei welchen als nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten eine Schätzung in Geld nicht möglich ist, der Passus beigefügt: „oder der (sc. Streitgegenstand) seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt.“ Im Uebrigen ist aus den Verhandlungen des Nationalrathes Folgendes hervorzuheben: Die Kommission mehrheit wollte im ersten Absatze des Artikels ausdrücklich sagen, dass die Abänderung des kantonalen Haupturtheils nur wegen irriger Anwendung des Gesetzes solle nachgesucht werden können, — während die Kommission minderheit nicht nur den ersten Absatz so, wie er vom Ständerathe beschlossen worden, annahm, sondern am Schlusse des vierten Absatzes im Sinne der vom Ständerathe verworfenen Anträge die Aufnahme folgenden Zusatzes beantragte: „Sollte der Thatbestand unklar oder mangelhaft sein, oder sollte über bestritten Thatsachen, welche von entscheidendem Einfluss auf

und Art. 38 d. Eisenbahnges., erlassenen Bundesgesetzes Beschwerde geführt wird. Die Beschwerde ist innert einer Nothfrist von 14 Tagen u. s. w.

„Die Nichtigkeitsbeschwerde findet nur statt in Streitigkeiten, deren Streitwert wenigstens 3000 Fr. beträgt und nur insoweit, als die Verletzung eines der genannten Bundesgesetze von wesentlichem Einfluss auf den Hauptentscheid war.“

„Wird die Beschwerde begründet erfunden, so wird die Kassation des rekurrirten Urtheils erkannt. Das Bundesgericht erlässt alsdann auch das Endurtheil. Zu diesem Zwecke werden die Parteien zu einer mündlichen Schlussverhandlung eingeladen, insofern von ihnen auf eine solche nicht verzichtet wird.“

„die Urtheilsfällung sind, ein Beweis überhaupt nicht aufgenommen worden sein, so kann das Bundesgericht eine „Akten vervollständigung durch einen Instructionsrichter aus seiner Mitte vornehmen lassen und hat hierauf ohne weitere Parteiverträge das Endurtheil zu erlassen.“ Zur Begründung der beidseitigen Anträge wurde nach den Protokollen des Nationalrathes im Wesentlichen Folgendes geltend gemacht: „die Kommissions-Mehrheit hob hervor, dass sie nur in der Redaction, keineswegs dem Sinne nach von dem Vorschlage des Bundesrathes abweiche. Sie wolle bestimmt eine Kassationsinstanz; das Bundesgericht solle nicht untersuchen, ob die Thatfragen richtig beurtheilt seien; sondern nur, ob die Gesetze eine richtige Anwendung und Auslegung gefunden, um in solcher Weise eine einheitliche Durchführung der Bundesgesetzgebung zu sichern. Die Beurtheilung der Thatfragen solle auch fernerhin ausschliesslich den kantonalen Gerichten zukommen. Die Kommissions-Minderheit bemerkte: Ein dermassen beschränktes Rechtsmittel, wie die Mehrheit vorschlage, komme nirgends vor und werde auch von der Rechtswissenschaft zurückgewiesen; dasselbe entspreche weder den Anforderungen eines geläuterten Prozesses noch den Bedürfnissen der Bevölkerung. Der von der Minderheit vorgeschlagene Weg habe den Vorzug, dass auf demselben nicht bloss das formelle, sondern auch das materielle Recht gesucht werden könne. Unter Kassationsinstanz verstehe man die Möglichkeit, ein Urtheil abzuändern, wenn dasselbe eine offbare Gesetzesverletzung enthalte, aber auch die Möglichkeit einer Urtheilsänderung, wenn darin eine Verletzung des Verfahrens liege. Nach dem Vorschlage der Mehrheit sei aber das Verfahren nicht in Betracht gezogen. Wenn aber das Bundesgericht in Beziehung auf das Verfahren nicht entscheiden könne, so müsse sich entweder Missstimmung gegen das Gesetz erzeugen, oder das Bundesgericht werde sich gezwungen sehen, die ihm gezogene Schranke selbst zu durchbrechen. Das Bundesgericht dürfe nicht der Diener von 25 Prozessordnungen sein, welche zum guten Theile den Forderungen einer geläuterten Rechtspflege

nicht zu entsprechen vermögen. Als Ausweg aus diesem Irrwege wolle der Minderheitsvorschlag die Möglichkeit geben, da, wo durch das Verfahren ein materielles Unrecht eingetreten sei, dieses Verfahren zwar nicht aufzuheben, aber in passender Weise zu ergänzen. Dadurch werde das Bundesgericht nicht zu einer reinen Appellationsinstanz erhoben. Der Thatbestand, wie er von dem kantonalen Gerichte festgestellt worden sei, solle auch ferner die Regel bilden. Dagegen solle *a u s n a h m s w e i s e* das Bundesgericht das Recht erhalten, *B e w e i s e b e i z u b r i n g e n*, welche auf den Prozess einzuwirken vermögen, die aber von dem untern Gerichte nicht erhoben worden seien. Ebenso erhalte es die Befugniss, den Thatbestand nach Bedürfniss zu klären, und Niemand werde das Bundesgericht verpflichten wollen, auf nicht liquide Thatsachen hin ein Urtheil abzugeben. Man sei es dem Bürger schuldig, die richtige Anwendung des eidgenössischen Gesetzes zu sichern und die Möglichkeit zu beseitigen, dass dieses Recht durch das Verfahren in den untern Instanzen wieder illusorisch werde. Man habe aber auch die Pflicht, die Entwicklung des eidgenössischen Rechtes zu fördern, was vorzugsweise dadurch geschehe, dass das Bundesgericht mit Attributen ausgestattet werde, welche die Kantone veranlassen können, von ihren eigenen oberen Instanzen abzusehen und sich nach und nach dem Bundesgerichte anzuschliessen, das, wenn man in Beziehung auf die Gerichtsorganisation unbedingt freie Hand hätte, als die obere Instanz für die Kantone hingestellt werden sollte.“

Das Resultat der Discussion war, dass sowohl der Antrag der Kommission mehrheit als derjenige der Minderheit abgelehnt, dagegen die Aufnahme des folgenden Zusatzes am Ende des vierten Absatzes — jetziger Art. 30 lemma 4 — mit 55 gegen 54 Stimmen, welche letztere dem Beschluss des Ständerathes beipflichteten, beschlossen wurde: „Sollte über bestrittene Thatsachen, welche „von entscheidendem Einflusse auf die Urtheilsfällung sind, „durch die kantonalen Instanzen ein Beweis überhaupt nicht

„zugelassen worden sein, so soll“) das Bundesgericht eine „Aktenvervollständigung durch die nämliche Instanz, welche „das Urtheil gefällt hat, anordnen und hierauf ohne weitere „Parteiverträge das Endurtheil erlassen.“

Dieser Beschluss erhielt in der Folge auch die Zustimmung des Ständerathes. Die Anträge, welche sich auf Form und Frist der Einlegung des Rechtsmittels und den Gang des Verfahrens vor dem Bundesgerichte bezogen, können, weil für das Wesen des Rechtsmittels unerheblich, hier übergangen werden und mag nur noch bemerkt werden, dass im Nationalrathe der Antrag, den Streitwerth auf Fr. 5000 festzusetzen, eine starke Minderheit (47 gegen 61 Stimmen) auf sich vereinigte, während der Antrag auf Heruntersetzung desselben auf Fr. 2000 nur 23 Stimmen machte.

II. Construction des Rechtsmittels.

Wenden wir uns nun, nachdem in Vorstehendem die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, soweit sie für das Verständniss des letztern erheblich schien, gegeben worden ist, zu der Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen, so besteht vorerst darüber kein Zweifel, dass die „Weiterziehung ans Bundesgericht“^{**)} ein ordentliches Rechtsmittel ist, welches den Rechtsstreit an dieses Gericht devolvirt und die Rechtskraft des kantonalen Urtheils bis zum Erlass des bundesgerichtlichen Erkenntnisses suspendirt, sofern nicht diejenige Partei, welche von dem Rechtsmittel Gebrauch macht, dasselbe in ihrer dem Gerichte eingegebenen Erklärung ausdrücklich nur auf einen Theil der kantonalen Entscheidung beschränkt. Liegt eine solche ausdrückliche, einen Verzicht auf die Anfechtung des übrigen Theiles enthaltende, Beschränkung vor, so dürfte das kantonale Urtheil mit Bezug auf die nicht angefochtenen Theile gegenüber der

*) Warum das ganz richtige „soll“ in der definitiven Redaction des Gesetzes in das unrichtige „kann“ umgewandelt wurde, ist unerfindlich.

**) So wird der Kürze wegen das Rechtsmittel in diesem Aufsatze bezeichnet werden.

betreffenden Partei rechtskräftig und vollstreckbar werden. Denn wenn diess auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, so folgt es wohl aus dem allgemeinen prozessualischen Grundsatze, dass jedes der Weiterziehung fähige Urtheil in Rechtskraft erwächst, soweit auf die Anfechtung desselben von der beschwerten Partei in rechtsverbindlicher Form Verzicht geleistet wird; letzteres ist aber unzweifelhaft der Fall, wenn die Verzichtserklärung gegenüber dem Gerichte erklärt wird.*⁾ Indess dürfte es nicht unzweckmässig sein, wenn bei der Revision des Gesetzes eine bezügliche Bestimmung aufgenommen würde.

1. Was die Bedingungen der Zulässigkeit der Weiterziehung einer Rechtsstreitigkeit an das Bundesgericht angeht, so sind dieselben folgende:^{**)}

- a. die Weiterziehung an das Bundesgericht findet nur statt gegen kantonale Haupturtheile, dagegen ist es nicht absolut erforderlich, dass das kantonale Urtheil ein letztinstanzliches sei;
- b. der Streitgegenstand muss eine bestimmte Höhe haben oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegen, und
- c. die Streitigkeit muss nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sein.

Ad a. Als Haupturtheil ist offenbar dasjenige Urtheil zu betrachten, in welchem über die Hauptsache, d. h. den eingeklagten Anspruch entschieden und der Rechtsstreit erledigt wird,^{†)} im Gegensatz zu den Zwischen- und

^{*)} Vgl. Renaud, Lehrbuch des gem. deutsch. Civilprozesses (1. Aufl.) S. 424 bei Anm. 11.

^{**) Das Vorhandensein derselben ist von Amteswegen zu prüfen; dagegen findet eine Vorprüfung durch die kantonalen Gerichte nicht statt. Vgl. z. B. Amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. II. S. 510 f., S. 159 ff.; VIII. S. 777 ff. S. 318 Erw. 3. u. Bd. V. S. 261 f.}

^{†)} Vgl. Amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. V. S. 261 f. Die Abweisung einer Klage oder die Verwerfung einer Appellation aus prozessualischen Gründen, wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen (prozesshinderner Einreden) oder mangelnder Appellationsbedingungen fällt nicht darunter.

Vorurtheilen, welche entweder die Beweissätze und Beweislast regeln (Beweisurtheil), oder einen Zwischenstreit über einen prozessualischen Streitpunkt erledigen oder endlich über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheilungsmittel entscheiden, ohne dass durch die Entscheidung der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise betroffen, gutgeheissen oder aberkannt wird. Es ist, was die Beweisurtheile (Beweisinterlocute) betrifft, bekannt, dass nicht alle Civilprozessgesetze ein solches, d. h. eine Beweisverfügung zulassen, welche für das spätere Verfahren bindende Kraft hat und selbständig der Anfechtung durch Rechtsmittel, Apellation u. s. w., unterliegt, sondern dass mit Bezug auf den Gang des Verfahrens die kantonalen Prozessgesetze sehr auseinandergehen. Während es solche gibt, welche das Beweisverfahren einem besondern Abschnitte vorbehalten, welcher entweder durch ein den Richter bindendes und appellables Beweisurtheil oder durch ein bindendes oder nicht bindendes, jedoch nicht sofort, sondern erst mit dem Endurtheil anfechtbares Beweisdecret eröffnet wird, verlangen andere Gesetze, dass die Beweise gleichzeitig mit den tatsächlichen Behauptungen angeboten werden, so dass weder eine Beweisaufgabe noch eine Aufforderung zur Beweisantrag stattfindet (System der Beweisverbindung); ja es gibt sogar kantonale Civilprozessgesetze, welche den Richter zur Abnahme aller von den Parteien angebotenen Beweise, ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit der streitigen, zum Beweise verstellten Thatsache, verpflichten. Unter solchen Umständen ist klar, dass Einheit in den Voraussetzungen der Zulässigkeit des Rechtsmittels nur in der Weise erzielt werden konnte, dass die Anfechtung von Beweisbescheiden nur im Zusammenhang mit der Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache zugelassen wurde. Uebrigens müsste natürlich, wenn man die selbständige Weiterziehung der Beweisurtheile an das Bundesgericht zulassen wollte, das Erforderniss einer bestimmten Höhe des Streitwerthes anders normirt werden, als es im Gesetze geschehen ist, indem sonst der Fall eintreten könnte, dass wohl das Zwischenurtheil, nicht aber das Haupt-

urtheil an's Bundesgericht gezogen werden könnte. Denn während beim Beweis- oder Zwischenurtheil in der Regel vor den beiden kantonalen Instanzen als Streitgegenstand einfach der eingeklagte Anspruch erscheint, ist diess bei der Appellation gegen das Haupturtheil nicht nothwendig der Fall, sondern kann der Streit- resp. Beschwerdegegenstand in der Appellationsinstanz erheblich unter dem Werthe des eingeklagten Anspruches stehen, z. B. wenn sich eine Partei bei dem die Klage nur theilweise gutheissenden erstinstanzlichen Urtheile beruhigt. Nach dem citirten Bundesgesetze ist aber für die Weiterziehung an das Bundesgericht derjenige Betrag massgebend, welcher bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig war.

Das Gesagte gilt auch bezüglich der Vorurtheile, wie solche z. B. das zürcherische Prozessrecht (§ 444 des Ges. betr. die zürch. Rechtspflege) ausnahmsweise zulässt.*^{*)} Speiser** hat darauf aufmerksam gemacht, dass bei Prozessen, wo eidgenössisches und kantonales Recht gemeinsam zur Anwendung kommen, die Abgrenzung der Kompetenz des Bundesgerichts oft am Besten dadurch gewonnen werden könnte, dass die nach eidgenössischem Recht zu entscheidenden Streitpunkte zum Gegenstande eines Vorurtheils

^{*)} Vgl. Urthl. d. B.-G. vom 6. Nov. 1880 in S. d. Ehlte Kurr. Der angeführte § des Ges. betr. die zürch. Rechtspflege lautet: „Ueber alle der Klage entgegengestellten Einreden soll in der Regel in Einem Urtheile entschieden werden.“

„Ausnahmsweise ist es gestattet, eine einzelne oder mehrere Einreden zum Gegenstand eines besondern Vorurtheils zu machen, wenn dieselben für das Eintreten auf die andere entscheidend sind und auf diesem Wege bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart werden kann.“

„Vorurtheile sind hinsichtlich der zu ergreifenden Rechtsmittel wie Endurtheile zu behandeln.“

Ermöglicht eine einzelne Einrede die Abweisung der Klage und damit die definitive Entscheidung des Rechtsstreits, so ist ohne Weiteres das Endurtheil zu erlassen und liegt dann, wenn die Klage gestützt auf eine solche einzelne Einrede, z. B. diejenige der Verjährung, zurückgewiesen wird, das Haupt- oder Endurtheil vor. Amt. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. VI. S. 541 ff., bes. S. 543 Ew. 1.

^{**) In seinem Referate an die schweiz. Juristenversamml. v. 19. Sept. 1882.}

gemacht würden, und daran den Vorschlag geknüpft, dass in solchem Falle die selbständige Weiterziehung der Vorurtheile an's Bundesgericht gestattet werden sollte. Dieser Vorschlag hat zweifellos viel für sich. Ja es liesse sich sogar fragen, ob unter der bezeichneten Voraussetzung die sofortige selbständige Anfechtung solcher Vorurtheile beim Bundesgericht nicht schon auf Grundlage des gegenwärtigen Gesetzes zugelassen werden könnte und sollte. Der Gesetzgeber hat offenbar bei Erlassung des Gesetzes an die Fälle, wo eidgenössisches und kantonales Recht nebeneinander zur Anwendung kommen, nicht gedacht und dürfte daher m. E. der Wortlaut des Art. 29 für den Richter kaum ein Hinderniss sein, jetzt schon im Sinne des Speiser'schen Vorschlages zu verfahren. Denn, wie weiter unten^{*)} noch zu erörtern ist, kann ja in Fällen der gemeinsamen Anwendbarkeit von kantonalem und eidgenössischem Recht überhaupt jener Gesetzesbestimmung nicht wörtlich nachgelebt werden.

Dass Contumazurtheile als Haupturtheile im Sinne des citierten Gesetzes zu betrachten sind, kann mit Grund nicht bezweifelt werden.^{**)} Dagegen werden dieselben, wie später zu zeigen ist, nur ganz ausnahmsweise beim Bundesgerichte mit Erfolg angefochten werden können.^{***)}

In allerneuster Zeit hat das Bundesgericht in seinem Urtheile vom 2. November 1883 in Sachen Oppliger contra Frank u. Söhne auch die Weiterziehung der vom Strafrichter im Adhäsionsprozesse über den Civilpunkt gegebenen Entscheidung zugelassen, wodurch die gewiss nicht im Interesse der öffentlichen Rechtsordnung liegende Möglichkeit gegeben ist, dass die Entscheidung über die strafrechtlichen und diejenige über die civilrechtlichen Folgen derselben Handlung in demselben Verfahren in verschiedenem Sinne erfolgt, also strafrechtlich eine Verurtheilung, civilrechtlich

^{*)} S. unten II ad. c.

^{**) Vgl. Urthl. d. B.-G. v. 18. Sept. 1880 in S. der Ehlte Martin, amtl. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. VI. S. 459.}

^{***)} Vgl. unten Ziff. II. 4 a. E.

dagegen eine Freisprechung stattfindet*), auch wenn die Voraussetzungen des civilrechtlichen Anspruches und der Bestrafung völlig zusammenfallen. Der Gesetzgeber dürfte es wohl bei der Revision des Organisationsgesetzes angemessen erachten, diesen Punkt durch eine Bestimmung ausdrücklich zu regeln, am Besten vielleicht in der Weise, dass zur Anfechtung der Civil- und der Strafentscheidung — soweit nämlich auch letztere nach eidgenössischen Gesetzen (Markenschutzgesetz, Gesetz über das Urheberrecht) zu erlassen ist — gemäss Art. 114 der B.-V. ein einheitliches Rechtsmittel geschaffen wird. Soweit dagegen für das Strafgerkenntniss das kantonale Gesetz massgebend ist, sollte die selbständige Weiterziehung der im Adhäsionsprozesse erfolgten Entscheidung über den Civilpunkt jedenfalls nicht unbeschränkt zugelassen, sondern dafür gesorgt werden, dass die oben bezeichnete Möglichkeit einer verschiedenen Beurtheilung des Straf-

*) Allerdings hat das Bundesgericht in einem acht Tage früher in Sachen Schärer & Cie. contra Fritschi und Wodtli (mit geringerer Stimmenmehrheit) erlassenen Entscheide gegen das kantonale Strafurtheil, soweit dasselbe auf der Anwendung bundesgesetzlicher Strafbestimmungen beruht, den staatsrechtlichen Rekurs als zulässig erklärt und bei dem Verhältnisse, in welchem im Adhäsionsprozesse die Geltendmachung des Civilanspruchs zur Strafsache steht, sollte man glauben, dass im Falle der Aufhebung des Strafgerkenntnisses als der Hauptsache dann ohne Weiteres auch die Entscheidung über den Civilpunkt dahin fallen würde, sofern der Verurteilte sich derselben nicht freiwillig unterzieht. Diess schreiben auch die in dem bundesgerichtlichen Entscheide in Sachen Oppliger angezogenen Bestimmungen der Freiburger Strafprocessordnung ausdrücklich vor. Im Falle Oppliger contra Frank ist jedoch die gegentheilige Ansicht, — dass nämlich nur die Aufhebung der den Strafpunkt beschlagenden Dispositive mittels des staatsrechtlichen Rekurses erwirkt werden könne, die Entscheidung über den Civilpunkt dagegen einzig mittelst des civilprocessualischen Rechtsmittels der Weiterziehung der Anfechtung: unterliege — zur Geltung gelangt, was namentlich für diejenigen Fälle sehr bedenklich ist, wo der Civilpunkt wegen ungenügenden Streitwerthes nicht selbständig nach Art. 29 und 30 leg. cit. an's Bundesgericht gezogen werden kann. Es ist jedoch zu hoffen, dass das Bundesgericht in einem solchen Falle von seiner Ansicht zurückkommen werde. Dass im Strafprozesse die Strafsache, nicht der Civilanspruch, die Hauptsache ist, sollte nicht bezweifelt werden.

und Civilpunktes, insbesondere im Fall einer strafrechtlichen Verurtheilung des Angeschuldigten, nicht eintreten kann.

Darüber, ob auch die im summarischen Verfahren (Schuldbetreibungsverfahren zur Erledigung liquider Ansprachen; Befehlsverfahren oder Besitzprozess zur Regulirung des Besitzes, sei es zum Schutze, sei es — bei völliger Liquidität der thatsächlichen Verhältnisse und völliger Klarheit der anwendbaren Rechtsgrundsätze — zur Abänderung bestehender Verhältnisse) in denjenigen Kantonen, welche ein solches Verfahren kennen, erlassenen Verfügungen und Bescheide als Haupturtheile im Sinne des Art. 29 des Organisationsgesetzes zu betrachten seien, hat das Bundesgericht sich auszusprechen bis jetzt keine Veranlassung gehabt. Geht man davon aus — und diess erscheint sowohl nach der Entstehungsgeschichte als nach dem Inhalte der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 29 und 30 leg. cit.) wie überhaupt nach der ganzen Construction des Rechtsmittels m. E. als das Richtige — dass unter Haupturtheilen nur die der Rechtskraft fähigen nach einlässlichem contradictorischem Verfahren erlassenen Erkenntnisse zu verstehen seien, so fallen wenigstens nach zürcherischem Rechte jene Bescheide (Verfügungen, Rekursalbescheide) nicht darunter. Denn wenn denselben auch eine gewisse formelle Rechtskraft insofern zukommt, als sie vollstreckbar sind und ihre Vollstreckbarkeit weder durch Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels noch durch Anhebung der Klage auf dem ordentlichen Civilprozesswege gehemmt werden kann, so ermangeln sie doch der inneren oder materiellen Rechtskraft und kann daher die Einrede der abgeurtheilten Sache nicht aus denselben hergeleitet werden.*)

Es wird sich weiter unten Anlass bieten, diesen Punkt, namentlich bezüglich dessen Regulirung für die Zukunft, einlässlicher zu besprechen.

*) Vergl. Ullmer, Kommentar zum zürch. priv. Gesetzb., Supplementband Nr. 3241, und Sträuli, Kommentar zum Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege S. 344 Anm. 1 zu § 714, und S. 349 Anm. 2 ff. zu § 723.

Dass das kantonale Urtheil nicht nothwendig ein *letzte*-instanzliches sein muss, um der Weiterziehung an das Bundesgericht zu unterliegen, geht aus Art. 29 Abs. 2 hervor, wonach im Einverständnisse beider Parteien auch erstinstanzliche Urtheile sofort an das Bundesgericht gezogen werden können. Doch kommt ein solches Einverständniss begreiflich nicht häufig vor und mag hier nur bemerkt werden, dass selbstverständlich die Befugnisse des Bundesgerichtes durchaus die gleichen sind, ob die Parteien von dem Rechte der Umgehung der zweiten kantonalen Instanz Gebrauch machen oder nicht; in beiden Fällen kommt Artikel 30 zur Anwendung**). Als *letzte* kantonale Instanz, deren Urtheil beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen einseitig von einer Partei an das Bundesgericht gezogen werden kann, ist diejenige anzusehen, über welcher kein oberer kantonaler Richter steht, bei welchem deren Erkenntnisse mittelst eines ordentlichen mit *suspensive effect* versehenen Rechtsmittels angefochten werden können. Diese Gerichte sind durchgehends die kantonalen Gerichte *zweiter* Instanz (Obergerichte, Kantonsgerichte, Appellationsgerichte). Doch ist nicht ausgeschlossen, dass in denjenigen Kantonen, welche gegen obergerichtliche Urtheile das ausserordentliche, den Eintritt der Rechtskraft nicht hindernde, Rechtsmittel der Kassations- oder Nichtigkeitsbeschwerde bei einem über dem Gerichte zweiter Instanz stehenden besonderen Kassationsgerichte zulassen, vorerst wenigstens bezüglich derjenigen Mängel des kantonalen Haupturtheils, welche nur mittelst dieses kantonalen, dagegen nicht mit dem eidgenössischen Rechtsmittel geheilt werden können, den Weg der Kassationsbeschwerde beschreiten und erst nachher an das Bundesgericht gelangen**).

*) Meili, der Civil- und Strafprozess des Bundes und des Kantons Zürich, Bd. I S. 279 wird wohl mit der Stelle: „Bei Ausübung des *jus saltandi* ist das Bundesgericht Appellationsgericht“, nichts Gegentheiliges behaupten wollen.

**) Vergl. Entschd. d. B.-G. v. 23. Oct. 1880 in Sachen Suter contra Spinnerei a. d. Lorze, Amtl. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. VI S. 632 ff.

Hierüber weiter unten, bei Besprechung des Art. 30 lemma 4, das Nähere (siehe u. Ziff. II, 4 und III).

Ad b. Das Erforderniss einer bestimmten Höhe des Streitwerthes kann sich natürlich nur auf vermögensrechtliche Ansprüche beziehen, indem nur diese, sofern sie nicht schon in einer Geldforderung bestehen, in Geld schätzbar sind. Es war demnach, sofern die nach eidgenössischen Gesetzen *) zu entscheidenden nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht der Zuständigkeit des Bundesgerichtes ganz entzogen werden sollten, die Aufnahme des oben bezeichneten vom Nationalrathе beschlossenen Zusatzes nothwendig. Soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, kommt es für die Anfechtbarkeit des kantonalen Urtheils beim Bundesgericht weder auf den Streitgegenstand noch auf denjenigen Betrag an, um welchen die das kantonale Urtheil weiterziehende Partei sich durch das letztinstanzliche Urtheil verkürzt glaubt (summa gravaminis, Beschwerdegegenstand), sondern massgebend ist derjenige Vermögenswerth, welcher in der letzten kantonalen Instanz (vor Obergericht, Kantonsgericht) noch streitig war. Indessen besteht hier insofern eine Inkongruenz, als in dem Falle, wo die Parteien von dem Rechte der Umgehung der zweiten kantonalen Instanz Gebrauch machen, die Möglichkeit vorhanden ist, dass Streitigkeiten an's Bundesgericht gebracht werden können, welche bei Durchlaufung der zweiten kantonalen Instanz dessen Zuständigkeit entzogen wären. Zur Erläuterung mag folgendes Beispiel dienen. Es klagt Jemand eine Forderung von Fr. 4000 ein, welche der Beklagte gänzlich bestreitet. Die erste Instanz heisst die Forderung nur theilweise z. B. im Betrage von Fr. 2000 gut. Die eine Partei beruhigt sich bei diesem Entscheide, die andere dagegen nicht. Erlangt die letztere Partei die Zustimmung der ersteren, so kann sie den Streit sofort vor das

*) Insbesondere nach dem Bundesgesetze über Civilstand und Ehe vom 24. Dezbr. 1874 (Statusklagen, Ehesachen). Doch kann auch das Bundesgesetz über die bürgerliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 in Betracht kommen.

Bundesgericht bringen, da vor derjenigen kantonalen Instanz, welche in concreto (und darauf wird es ankommen müssen) zuletzt geurtheilt hat, 4000 Fr. streitig waren. Ist dagegen ein solches Einverständniss nicht zu erzielen, so kann die Streitigkeit nur an das kantonale obere Gericht gezogen werden; denn da vor diesem Gerichte nur noch Fr. 2000 im Streite liegen, so ist die Weiterziehung ans Bundesgericht unstatthaft.

Für die Berechnung der vor der letzten kantonalen Instanz streitig gewesenen Summe ist der Hauptwerth, d. h. die Hauptforderung, massgebend, blosse Nebenforderungen (Accessorien), wie Zinsen, Prozesskosten^{*}), welche in Verbindung mit dem Hauptanspruche geltend gemacht werden, sind also von der Berechnung ausgeschlossen. Ob auch Früchte und Schadensersatzforderungen ausser Berechnung fallen, ist zweifelhaft, jedoch wohl im Anschlusse an die unten Note* citirte Bestimmung der eidgenössischen Civil-Prozess-Ordnung zu verneinen. Es kann die Frage auch für den Fall von Bedeutung sein, wo über solche Ansprüche nach eidgenössischem, über den Hauptanspruch dagegen nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist, was zweifellos vorkommen kann, z. B. wenn mit der Vindication eines Grundstücks auch Ersatz des durch die ungerechtfertigte Benutzung verursachten Schadens oder Herausgabe der Bereicherung verlangt wird u. s. w. Denn für die Zuständigkeit des Bundesgerichtes wird es nach dem Gesetze wohl darauf ankommen müssen, ob die nach eidgenössischem Rechte zu entscheidenden Ansprüche einen Hauptwerth von Fr. 3000 haben oder ihrer Natur nach einer Schätzung nicht unterliegen. Anders liegt die Sache, wenn ein vom eidgenössischen Rechte regirtes Rechtsverhältniss in der Weise für die Entscheidung eines dem kantonalen Rechte unterworfenen Rechtsstreits massgebend ist, dass die letztere vom Bestehen oder Nichtbestehen desselben abhängt, die Klage aber nicht auf Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen jenes präjudiziellen Rechtsverhältnisses

*) Vergl. Art. 94 Abs. 2 der eidgen. C.-P.-O.; anders theilweise § 228 des zürch. Ges. betr. die zürch. Rechtspflege.

geht, sondern diese Frage lediglich als Vorfrage erscheint, z. B. wenn ein aus dem Personen- oder Familienstande hergeleiteter Alimentations- oder erbrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird und das Klagebegehren nur auf Entscheidung über den letzteren, nicht auch über das Recht des Personen- oder Familienstandes gerichtet ist. In solchem Falle wird, soweit für die Entscheidung der Vorfrage das eidgenössische Recht massgebend ist, die Kompetenz des Bundesgerichtes sich nicht damit begründen lassen, dass der Streitgegenstand seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliege; denn die Existenz oder Nichtexistenz jenes Rechtsverhältnisses ist eben — weil das Klagegesuch nicht auf dessen Feststellung tendirt — nicht Streitgegenstand, sondern nur Prädjudizialpunkt; die vorfraglich darüber gegebene Entscheidung wird daher, wenigstens nach der jetzt herrschenden Meinung, auch nicht rechtskräftig. Ob in solchen Fällen die Kompetenz des Bundesgerichtes dann anzunehmen sei, wenn der eingeklagte Anspruch selbst, trotzdem für die Entscheidung über denselben das kantonale Recht massgebend ist, den erforderlichen Hauptwerth hat oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt, hängt von der Interpretation der Worte: „In Rechtsstreitigkeiten, die . . . nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind“, ab. Das Bundesgericht hat die Frage in seinem Entscheide vom 19. Mai 1882 in Sachen Trafford contra Blanc bejaht.^{*)} Darüber weiter unten ad c.

Da für die Werthbestimmung der Betrag massgebend ist, welcher bei dem letzten kantonalen Entscheide noch streitig war, so ist klar, dass im Falle einer Widerklage der Gegenstand der Widerklage mit demjenigen der Klage zusammengerechnet werden muss, sofern beide Ansprüche nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen sind; im andern Falle fällt derjenige Anspruch ausser Betracht, welcher der Beurtheilung nach kantonalem Rechte unterliegt. Ebenso findet Zusammenrechnung statt im Falle einer Streitgegnossenschaft. Wenn aber nur einzelne Kläger oder

^{*)} Amtl. Samml. der b.-g. Entschdg. Bd. VIII. S. 318 ff.

Beklagte oder ein Kläger nur gegen einzelne Beklagte oder ein Beklagter nur gegen einzelne Kläger das kantonale Urtheil weiterzieht, so wird nur der Werth der zwischen diesen Personen schwebenden Streitigkeit in Betracht kommen. Darüber, wie es im Falle der *objectiven und subjektiven Klagenhäufung*, soweit letztere ausser dem Falle der eigentlichen Streitgenossenschaft nach den kantonalen Prozessgesetzen zugelassen wird, zu halten sei, herrscht in den letzteren keine Uebereinstimmung; die einen gestatten die Zusammenrechnung, die anderen dagegen nicht. Die eidgenössische Civilprozessordnung (Art. 42 und 43) lässt die Zusammenrechnung nicht zu^{*)} und es wird, so lange keine andere gesetzliche Bestimmung besteht, auf dieselbe um so eher abzustellen sein, als einerseits natürlich die Bedingungen der Zulässigkeit des Rechtsmittels *einheitlich* festgestellt werden müssen und anderseits bei Berathung des Organisationsgesetzes in den Räthen wiederholt geäussert worden ist, dass für das Verfahren vor dem Bundesgerichte die Bestimmungen der eidgenössischen Civil-Prozessordnung, soweit möglich, massgebend sein sollen. Folgerichtig müssen daher auch, wenn mittelst *objectiver Klagenhäufung* vermögensrechtliche und nichtvermögensrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, die in keinem innern Zusammenhange stehen, die Voraussetzungen der Weiterziehung für jeden Anspruch besonders zutreffen.

Was endlich die Ausmittelung des Streitwerthes betrifft, so hat dieselbe, wie das Bundesgericht auch schon anerkannt hat, nöthigenfalls von Amtes wegen zu geschehen. Immerhin ist das Zugeständniss der Gegenpartei wenn nicht von entscheidender so doch von grosser Bedeutung, da im Zweifel jedenfalls die Zuständigkeit des Bundesgerichts anzunehmen ist. Es sollte daher in allen Fällen, bevor ein Fall zur bundesgerichtlichen Verhandlung gelangt, darüber Gewissheit herrschen, ob die Gegenpartei die vom Gesetze für die Kom-

^{*)} Vergl. Beschluss des Bundesgerichts vom 22. Dezbr. 1882 in Sachen Lamon und Cons. contra Bern; nicht abgedruckt; ferner Amtl. Samml. der b.-g. Entschd. Bd. V. S. 559 und 560.

petenz des Bundesgerichts verlangte Höhe des Streitwerthes anerkennt. Ich werde bei Behandlung der Frage, ob die Anschliessung an das Rechtsmittel zuzulassen sei, auf diesen Punkt zurückkommen (s. unten S. 191) und meine Ansicht darüber, wie derselbe für die Zukunft passend geordnet werden könnte, aussprechen.

Die Erörterung der Frage, ob der Streitwerth herabzusetzen sei, wird am Richtigsten mit der Besprechung der weitemen Frage verbunden werden, ob neben dem bestehenden ein neues Rechtsmittel geschaffen werden solle.

Ad c. Was das dritte (materielle) Erforderniss, dass die Streitigkeiten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden seien, angeht, so sind als eidgenössische Gesetze zweifellos nur diejenigen gesetzlichen Bestimmungen zu betrachten, welche kraft der Bundesverfassung auf dem in der letztern vorgeschriebenen Wege als rechtsverbindliche, verpflichtende Anordnungen von Rechtssätzen erlassen worden sind.*) Es ist nicht überflüssig, diess hier ausdrücklich hervorzuheben.

Bekanntlich hat das Bundesgesetz über das Obligationenrecht nicht das gesamme Obligationenrecht codifizirt, sondern die Regelung einzelner Materien der kantonalen Gesetzgebung überlassen.**) Nun gibt es Kantone, welche für diese Materien das eidgenössische Obligationenrecht als ergänzendes Gesetz erklärt haben, während z. B. der Kanton Waadt von diesem Vorgehen bezüglich der Hypothekarerträge durch die Befürchtung zurückgeschreckt worden sein soll, dass dann in Streitfällen das Bundesgericht letzte Instanz werden würde, was für das Hypothekarwesen allzu gefährlich wäre.***) Diese Annahme ist eine unbegründete. Denn soweit bundesgesetzliche Bestimmungen für Materien, welche

*) Vergl. hiezu Laaband, in Marquardsen's Handbuch des öffentl. Rechts Bd. II, S. 70 ff.; ferner Amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. VIII. S. 844 ff.; Bd. IX. S. 53 f., 169 und 172 f. betr. die Voraussetzungen der Entmündigung.

**) Vergl. meine Ausgabe des eidgen. Obligationenrechts Einleitung S. XII und S. XXI ff.; ferner Speiser in dieser Zeitschrift Bd. XXIV S. 430 ff.

***) Vergl. Speiser a. a. O. S. 432.

der Regelung durch die kantonale Gesetzgebung unterliegen, von letzterer anwendbar erklärt werden, beruht ihre Rechtsverbindlichkeit nicht auf einer Anordnung des Bundes, sondern der kantonalen Gesetzgebungsgewalt, sie sind also bezüglich jener Materien nicht Bundes- sondern kantionale Gesetze.*). Dagegen dürfte das Bundesgericht für solche Fälle gemäss Art. 31 Ziff. 1 des Org. Gesetzes als Oberinstanz aufgestellt werden können. Nach dem soeben bezeichneten Vorgange scheint aber das Bundesgericht von dieser Seite her keine Ueberlastung mit Geschäften befürchten zu müssen.

Zweifelhafter mag die in dem bereits angeführten Falle Traffod contra Blanc (Amtl. S. d. b.-g. Entschg. Bd. VIII S. 320 ff.) aufgeworfene, vom Bundesgerichte aber unentschieden gelassene Frage sein, ob nur die eidgenössischen Gesetze über materielles Privatrecht oder auch Bestimmungen über das Prozessrecht, soweit solche ausnahmsweise in eidgenössischen Gesetzen vorkommen, unter die Bestimmung des Art. 29 leg. cit. fallen. Zwar kann wohl darüber keine Meinungsverschiedenheit bestehen, dass in Streitigkeiten, welche materiell nach eidgenössischem Rechte zu erledigen sind und aus diesem Grunde gemäss Art. 29 an das Bundesgericht gelangen, letzteres auch gleichzeitig Beschwerden über Verletzung solcher prozessrechtlichen Vorschriften zu prüfen befugt ist.**) Wenn aber das Bundesgericht in der Hauptsache nicht kompetent ist, sei es, weil überhaupt eidgenössisches Privatrecht nicht zur Anwendung kommt, sei es, weil der Streitwerth nicht diejenige Höhe erreicht, von welcher die Weiterziehung ans Bundesgericht abhängt, so kann sich fragen, ob wegen Verletzung der vereinzelten prozessrechtlichen Vorschriften der Bundesgesetzgebung das Rechtsmittel des Art. 29 oder dasjenige des Art. 59 des Organisationsgesetzes (staatsrechtlicher Recurs) das zulässige Rechtsmittel sei. Die Frage ist namentlich insofern von Be-

*) Vergl. Laband a. a. O. S. 72.

**) Vergl. Amtl. S. d. b.-g. Entschd. Bd. VIII S. 526. Erw. 2.

deutung, als die Zulässigkeit des staatsrechtlichen Recurses nicht durch eine gewisse Höhe des Streitwerthes bedingt ist. Die dem Prozessrechte angehörenden bundesgesetzlichen Vorschriften sind, wie bereits bemerkt, nicht zahlreich. In Betracht kommen, neben den im Obligationenrecht enthaltenen, namentlich Art. 11 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe, welcher die Beweiskraft der Civilstandsregister und der Auszüge aus denselben normirt, und Art. 11 des Bundesgesetzes über die Haftpflicht der Eisenbahnen, welcher für Haftpflichtfälle das Princip der freien Beweiswürdigung aufstellt.*). Ich habe mich früher im Falle Trafford contra Blanc dafür ausgesprochen, dass (sofern man überhaupt, was mir allerdings das Richtige erscheint, eine Beschwerde wegen Verletzung solcher Vorschriften beim Bundesgerichte als zulässig ansieht)**) der staatsrechtliche Rekurs das stattliche Rechtsmittel sei, und halte jetzt noch an dieser Ansicht sowohl mit Rücksicht auf die den Art. 29 und 30 leg. cit. zu Grunde liegenden Verfassungsbestimmungen (Art. 64 und 114 der B.-V.) als die Entstehungsgeschichte und den Inhalt derselben (Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 lemma 4) fest. Denn es scheint mir daraus klar hervorzugehen, dass es für die

*) Eine Beschwerde ans Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 11 des Haftpflichtgesetzes ist nur insofern statthaft, als das kantonale Gericht bei der Beweiswürdigung statt der darin niedergelegten Grundsätze die abweichenden Regeln seines kantonalen Prozessrechtes zur Anwendung gebracht hat. Dagegen kann die Art, wie der kantonale Richter von dem ihm durch Art. 11 eingeräumten freien Ermessen Gebrauch gemacht hat, nicht Gegenstand einer Beschwerde sein. Auch bezüglich Art. 11 des Civilstandsgesetzes wird in der Regel die Beschwerde sich nur darauf stützen können, dass vom kantonalen Richter die Grundsätze seines kantonalen Rechts über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden statt der bundesgesetzlichen Spezialbestimmung zur Anwendung gebracht worden sind. Doch sind hier auch andere Fälle, welche zu einer Beschwerde beim Bundesgericht Veranlassung geben können, gedenkbar. In den erstern Fällen beschlägt die Beschwerde eine *staatsrechtliche Frage*, das Verhältniss der Bundesgesetze zu den kantonalen Gesetzen, und dürfte daher auch aus diesem Grunde der *staatsrechtliche Rekurs* als das anwendbare Rechtsmittel erscheinen.

**) Siehe hierüber unten S. 198 f.

Zulässigkeit des hier in Frage stehenden Rechtsmittels darauf ankommt, ob die materielle Streitsache — im Gegensatz zu den nach Prozessrecht zu entscheidenden bloss prozessualischen Streitpunkten, wie die Frage der Beweiskraft der vorgebrachten Beweismittel — nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sei oder nicht; wenn man auch nicht grosses Gewicht darauf legen will, dass der Zweck des Rechtsmittels Abänderung des kantonalen Urtheils ist, während bei blosser Verletzung prozessualischer Bestimmungen das Bundesgericht nur zur Aufhebung des Urtheils und Rückweisung der Sache an die kantonalen Gerichte berechtigt wäre, ja in der Regel ohne auch nur den prozessualischen Streitpunkt, die Beweisfrage, selbst definitiv lösen zu können. Von grosser Bedeutung ist diese Frage nicht, da, wie bereits erwähnt, die Bundesgesetzgebung nur ganz vereinzelte prozessrechtliche Bestimmungen enthält und Beschwerden über deren Verletzung nicht häufig vorkommen werden. Es ist daher hier von einer weiten Ausführung abzusehen und mag nur der Wunsch ausgesprochen werden, dass bei Revision des Gesetzes auch dieser Punkt geordnet werden möge.

Dagegen kann in dem Gesetze kein Grund dafür gefunden werden, die Kompetenz des Bundesgerichts auf diejenigen Fälle zu beschränken, wo der Rechtsstreit ausschliesslich und unmittelbar nach einem eidgenössischen Gesetze über materielles Recht zu entscheiden ist. Dieselbe muss vielmehr auch da anerkannt werden, wo eidgenössisches Recht bloss theilweise — neben kantonalem Rechte — bezüglich einzelner Präjudizialpunkte oder einzelner Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder nur mittelbar zur Anwendung kommt. Fälle der ersten Art sind bisher schon vorgekommen*) und werden nunmehr nach Inkrafttreten des eidgenössischen Obligationenrechts nicht selten sein. In denselben ist das Bundesgericht, wie es in Sachen Trafford contra Blanc **) ausgesprochen, „freilich zu rechtlicher Ueberprüfung „der kantonalen Entscheidung nicht in vollem Umfang wohl

*) Vergl. Amtl. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. VII. S. 836 ff.

**) Amtl. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. VIII. S. 319.

„aber insoweit kompetent, als dieselbe auf eidgenössischem Rechte beruht; d. h. das Bundesgericht ist zur Erledigung „desjenigen Theils des Rechtsstreites befugt, welcher nach „eidgenössischem Rechte zu beurtheilen ist, während, soweit „es sich um die Anwendung kantonalen Rechtes handelt, „die Entscheidung der kantonalen Gerichte aufrechterhalten oder vorbehalten werden muss.“ Wie bereits oben hervorgehoben worden, hat Speiser *) den Vorschlag gemacht, dass soweit die Verbindung, in welchem kantonalem und eidgenössischem Recht in einem Rechtsstreit stehen, diess zulasse, die nach eidgenössischem Recht zu entscheidende Frage zum Gegenstand eines Vorentscheides gemacht und gegen den letztern der Weiterzug an's Bundesgericht gestattet werde. Ich habe mich bereits oben dahin ausgesprochen, dass m. E. jetzt schon im Sinne dieses Vorschlages verfahren werden dürfte, insofern einzig diejenigen Streitpunkte, welche durch den Vorentscheid ihre Erledigung gefunden haben, nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden sind. Die Schwierigkeiten gegen dieses Verfahren dürften wohl nur in den kantonalen Prozessgesetzen liegen, welche solche Vorentscheide nicht kennen, und auf deren Gestaltung die Bundesgesetzgebung keinen Einfluss hat. Ob die Verbindung von kantonalem und eidgenössischem Rechte in einem Prozesse eine so enge sein könne, dass, wie Speiser meint, eine Ausscheidung mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden wäre und daher nichts anderes übrig bleibe, als dem Bundesgerichte die Prüfung des Rechtsstreites auch in Bezug auf die Anwendung des kantonalen Rechtes zu gestatten, z. B. in Konkursstreitigkeiten, welche Speiser speciell hervorhebt, scheint mir doch zweifelhaft. Schwierig mag die Ausscheidung in vielen Fällen sein, unmöglich wohl kaum. Ja es dürfte sich leicht ergeben, dass manchmal die Feststellung des Inhaltes des kantonalen Rechtes noch schwieriger und jedenfalls dem

*) Referat des Herrn Reg.-Rath Dr. Paul Speiser in Basel, betr. das Verfahren vor Bundesgericht im Anschluss an die kantonale Rechtspflege, für die Jahresversammlung des schweiz. Juristenvereins am 18. und 19. Septbr. 1882.

Bundesgerichte nicht mit derjenigen Sicherheit, wie dem kantonalen Gerichte, möglich wäre, namentlich mit Bezug auf solche Kantone, die kein geschriebenes Recht besitzen.*) Für unmöglich halte ich es aber, ein bestimmtes Princip aufzustellen, nach welchem die von Speiser vorgeschlagene Ausscheidung durchgeführt, bezw. die Grenze zwischen denjenigen Fällen, in welchen dem Bundesgerichte die Ueberprüfung der Anwendung des kantonalen Rechtes zu überweisen wäre, und in welchen nicht, gesetzlich bestimmt werden könnte.**) Hier bleibt m. E. nur eine Wahl, entweder man erklärt das Bundesgericht zur Nachprüfung des ganzen Entscheides, ohne Rücksicht auf das anwendbare Recht kompetent, oder man beschränkt seine Zuständigkeit in Uebereinstimmung mit dem gegenwärtigen Gesetze auf die nach eidgenössischem Rechte zu entscheidenden Streitpunkte. M. E. kann die Wahl aus konstitutionellen Gründen nur in letzterm Sinne ausfallen. Dadurch wird dann auch erreicht, dass das Bundesgericht in die Lage kommt, die unumgänglich nothwendige Grenzbe-reinigung zwischen eidgenössischem und kantonalem Rechte möglichst genau und vollständig vorzunehmen und durchzuführen, damit man in den Kantonen weiss, inwieweit das kantonale Recht und die kantonale Gesetzgebungsgewalt in Folge der Bundesgesetzgebung dahin gefallen sind. Wenn man dabei zu der Erkenntniss gelangt, dass die Unifikation des gesamten bürgerlichen Rechtes, wie des Civilprozesses und der Gerichtsorganisation, ein unabweisbares Bedürfniss sei, so ist diess jedenfalls kein Fehler.

*) Vergl. hiezu Art. 3 der eidgen. C.-P.-O.; dieser Artikel könnte dann jedenfalls bezüglich des kantonalen Rechts nicht mehr zur Anwendung gebracht werden, sondern hätte das Bundesgericht von Amts wegen das kantonale Recht zu erforschen, was mitunter auf dem nicht unbedenklichen Wege der privaten Erkundigung geschehen müsste.

**) Ausnahmsweise kann das Bundesgericht kraft der Specialbestimmung des Art. 49 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe in den Fall kommen, kantonales Recht anwenden zu müssen. Siehe dazu die bundesgerichtl. Entscheidungen amtl. Samml. Bd. II. S. 503 ff.; Bd. III. S. 388 und 394; Bd. V. S. 599; Bd. VI. S. 150 ff.; Bd. VII. S. 378 und 546; Bd. VIII. S. 347 und 518 ff.; Bd. IX. S. 89.

Die Kompetenz des Bundesgerichts ist aber auch begründet, wenn eidgenössisches Recht nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zur Anwendung kommt. Diess kann insbesondere dann der Fall sein, wenn streitig ist, nach welchem Rechte, ob nach kantonalem oder Bundesrecht, eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden sei. Mag es sich um die zeitliche Wirksamkeit eines Bundesgesetzes oder um die Fortgeltung des kantonalen Rechtes handeln, so kann jene Frage immer nur durch Auslegung der bundesgesetzlichen Bestimmungen beantwortet werden, und zwar entweder aus den Uebergangsbestimmungen oder aus dem Inhalte des Gesetzes selbst. Denn da die Bundesgesetze den kantonalen Gesetzen vorgehen, so ist ihr Inhalt dafür entscheidend, inwieweit die kantonalen Gesetze fortbestehen oder, weil mit einem Bundesgesetze im Widerspruch stehend, ausser Kraft getreten seien. Mag also in einem Falle ein kantonales Gericht eidgenössisches oder kantonales Recht zur Anwendung gebracht haben, so ist die unterliegende Partei, welche glaubt, dass statt des eidgenössischen das kantonale oder statt des letztern das eidgenössische Recht hätte Anwendung finden sollen, berechtigt, das Urtheil an das Bundesgericht zu ziehen, und ist letzteres kompetent (berechtigt und verpflichtet), die Frage zu prüfen, welches Recht massgebend sei. In beiden Fällen steht die Verletzung des eidgenössischen Rechtes in Frage, — im einen Falle durch Nichtanwendung auf ein Verhältniss, welches demselben unterliegt, im andern Falle durch Anwendung auf einen Thatbestand, auf welchem das eidgenössische Recht keine Anwendung finden will, — und ist die Streitigkeit nach dem Gesagten wenigstens mittelbar nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden. Ob das kantonale Urtheil in seinen Erwägungen die Frage der Anwendung der Rechte ausdrücklich berührt oder nicht, hat natürlich auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels keinen Einfluss. Je nachdem das Bundesgericht die Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes verneint oder bejaht, ist das kantonale Urtheil (wenn nämlich darin eidg. statt kantonalem Recht angewendet worden) aufzuheben und die Sache

zu neuer Beurtheilung zurückzuweisen, beziehungsweise (wenn das kantonale Gericht selbst schon die Streitigkeit nach dem anwendbaren kantonalen Rechte beurtheilt hat) die materielle Behandlung der Sache wegen Inkompotenz abzulehnen, oder (wenn die Streitigkeit materiell nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen ist) vom Bundesgerichte der bestätigende oder abändernde Endentscheid, nöthigenfalls nach Vornahme einer Aktenvervollständigung, zu erlassen. Denn es ist kein Grund vorhanden, in diesen Fällen ein anderes Verfahren einzuschlagen, als in denjenigen, wo eidgenössisches und kantonales Recht nebeneinander zur Anwendung kommen. Da das Gesetz diese Fälle nicht ausdrücklich berührt, immerhin aber davon keine Rede sein kann, dass dieselben dem Rechtsmittel haben entzogen werden wollen, sondern offenbar nur ein Versehen vorliegt, so muss die Kompetenz des Bundesgerichtes aus der Bestimmung des Rechtsmittels beziehungsweise aus den dem Gesetze zu Grunde liegenden Prinzipien, welche sind: Herstellung der einheitlichen Rechtssprechung auf dem Gebiete des gemeinsamen Rechtes und Ausschluss des kantonalen materiellen Rechtes aus dem Rechtsmittel, bestimmt werden.

Mit der soeben erörterten verwandt und nach gleichen Grundsätzen zu entscheiden ist die weitere Frage, wie es sich mit der Kompetenz des Bundesgerichts verhalte, wenn die räumliche Wirksamkeit des eidgenössischen Privatrechtes streitig ist, d. h. wenn in Frage steht, ob eidgenössisches oder ausländisches Recht zur Anwendung komme. Zur Beurtheilung dieser Frage ist das Bundesgericht beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Rechtsmittels immer kompetent und daher diejenige Partei, welche sich durch das kantonale Urtheil beschwert hält, berechtigt, die Streitigkeit an das Bundesgericht zu ziehen, wenn sie glaubt, dass das kantonale Gericht die Frage der Rechtsanwendung unrichtig entschieden habe. Denn auch die Frage nach der räumlichen Wirksamkeit des eidgenössischen Rechtes kann nur aus seinem Inhalte, seinem Geiste und seinen allgemeinen Prinzipien beantwortet

werden und ist daher für dieselbe ebenfalls eidgen. Recht massgebend.*⁾ Ebenso hat das Bundesgericht in der Sache selbst zu entscheiden, also das Endurtheil zu erlassen, wenn es findet, dass die Streitigkeit nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen sei, ohne Unterschied, ob das kantonale Gericht ebenfalls von dieser Auffassung ausgegangen ist oder unrichtiger Weise ausländisches Recht angewendet hat. Wie aber, wenn das Bundesgericht findet, dass ausländisches Recht anzuwenden sei? Hat es dann auch in der Sache selbst zu entscheiden, d. h. zu prüfen, ob der kantonale Richter das ausländische Recht richtig verstanden habe, beziehungsweise, wenn der selbe unrichtiger Weise eidgenössisches statt ausländisches Recht zur Anwendung gebracht, die Streitsache nunmehr selbst nach letzterem Rechte zu beurtheilen? Oder steht der Entscheid in der Sache selbst ausschliesslich dem kantonalen Gerichte zu, so dass es im ersten Fall einfach bei dem kantonalen Urtheil sein Verbleiben hat, im zweiten Falle dagegen dasselbe aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen ist? So wünschbar und zweckmässig es vielleicht sein möchte, dem Bundesgerichte auch in solchen Fällen den Entscheid zu übertragen, so glaube ich doch, dass nach dem gegenwärtigen Gesetze ihm derselbe nicht zukomme, sondern die Frage im letztern Sinne zu lösen sei. Denn es ist weder ein gesetzlicher noch ein innerer Grund vorhanden, diese Fälle anders zu behandeln, als diejenigen, wo der Streit sich darum gedreht hat, ob kantonales oder eidgen. Recht zur Anwendung komme, und das Bundesgericht sich für die Anwendbarkeit des erstern erklärt hat, oder diejenigen Fälle, wo beide Parteien mit dem kantonalen Richter darüber einig gehen, dass ausländisches Recht zur Anwendung komme, und nur der Inhalt des ausländischen Rechtes zwischen ihnen streitig ist, — Fälle, in welchen die Weiterziehung an's Bundesgericht unbedingt ausgeschlossen ist. Dagegen wird bei der Revision des Gesetzes zu erwägen sein, ob dem Bundesge-

*⁾ Vgl. meine Ausgabe des schweizerischen Obligationenrechts, Einleitung S. XXIV ff. und Wächter, Pandekten, Bd. I S. 146 f.

richte nicht wenigstens dann, wenn der Rechtstreit wegen der Frage, welches Recht zur Anwendung komme, an das-selbe weitergezogen worden ist, auch der Endentscheid in der Sache selbst zu übertragen sei. Vorausgesetzt immerhin, dass das Rechtsmittel für die Zukunft nicht überhaupt anders konstruiert wird.

2. In subjektiver Hinsicht steht das Recht, ein kantonales Haupturtheil an das Bundesgericht zu ziehen, „jeder Partei“ zu. Darunter sind aber nicht bloss die Hauptparteien und deren Universalsuccessoren zu verstehen, sondern auch die Nebenintervenienten, welche wenigstens insofern zur Ergreifung des Rechtsmittels befugt sind, als sie nach der betreffenden kantonalen Prozessordnung, unter welcher der Prozess verhandelt und entschieden worden ist, zur selbständigen Fortsetzung des Prozesses und zur Ergreifung von Rechtsmitteln berechtigt sind. (Vgl. eidg. C.-P.-O. Art. 10 ff., 16; Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege, §. 245 ff., Sträuli, Kommentar, S. 128 Anm. 3.) *)

Aus dem Begriffe des civilprozessualischen Rechtsmittels als Schutzmittel der Parteien gegen Verletzungen, welche dieselben durch den Entscheid der untern Gerichtsinstanz erlitten haben, folgt aber, dass nur diejenige Partei das Rechtsmittel ergreifen kann, welche durch gänzliche oder theilweise Verwerfung ihrer in der Hauptsache vor dem kantonalen Gerichte gestellten Anträge beschwert ist. Soweit eine Partei mit ihren Begehren obgesiegt hat, mangelt ihr der Grund, sich über das kantonale Urtheil zu beschweren und dessen Abänderung zu ihren Gunsten zu verlangen. **).

*) Ebenso in Ehesachen die Staatsanwaltschaft, sofern das betreffende kantonale Prozessrecht sie zur Intervention und selbständigen Ergreifung von Rechtsmitteln berechtigt.

**) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. VII, S. 377. Die in jenem Ehescheidungsfalle aufgestellte Behauptung, dass die Weiterziehung des kantonalen Urtheils seitens derjenigen Partei, welche vor kantonalem Gericht das Begehr auf definitive Scheidung gestellt und mit demselben obgesiegt hatte, vor Bundesgericht aber nur temporelle Trennung beantragte, aus dem Grunde zugelassen werden müsse, weil die Parteien nach dem Gesetze nur auf definitive Scheidung, nicht auf zeitliche Trennung:

3. Den Gang des Verfahrens in der eidgenössischen Instanz regelt Art. 30 des Organisationsgesetzes.

a. Die zwanzigtägige Frist, welche zur Einlegung des Rechtsmittels besteht, wird von der Mittheilung des angefochtenen Urtheils an berechnet. Die Bestimmung der Form der Mittheilung kantonaler Urtheile steht der kantonalen Gesetzgebung zu. Im Falle der Umgehung der zweiten kantonalen Instanz (Art. 29 Abs. 3) wird die Frist von dem Zeitpunkte an zu berechnen sein, mit welchem die kantonale Appellationsfrist beginnt, und es ist daher nicht ausgeschlossen, dass, wenn diese Appellationsfrist weniger als 20 Tage beträgt, die Parteien sich noch nach Ablauf derselben (wenn also das Urtheil nach kantonalem Rechte rechtskräftig geworden) auf Anrufung des Bundesgerichtes einigen. Der Fall wird indess nicht leicht vorkommen. Wird dagegen die Weiterziehung gegen ein letztinstanzliches kantonales Urtheil erklärt, so ist die Bestimmung des Beginnes der Frist nicht so einfach. Wo nach dem kantonalen Rechte für alle oder gewisse Erkenntnisse nur die mündliche oder nur die schriftliche Eröffnung stattfindet, bietet zwar die Berechnung keine Schwierigkeit; anders verhält es sich, wenn beide Eröffnungsarten neben einander, d. h. nach der mündlichen auch noch die schriftliche Mittheilung, vorgeschrieben sind, wie z. B. nach §. 192 f. des Gesetzes über die zürcherische Rechtspflege. Es liesse sich die Ansicht vertreten, dass darauf abgestellt werden müsse, ob das kantonale Urtheil erst mit der schriftlichen oder schon mit der mündlichen Eröffnung rechtskräftig werde und dass im letztern Falle die Frist wenig-

klagen können, und nur dem Richter (und zwar nicht bloss dem kantonalen, sondern auch dem Bundesgerichte) nach freiem Ermessen das Recht zustehe, vorerst auf zeitliche Trennung zu erkennen, ist entschieden unrichtig. Denn wenn die Parteien nicht auf zeitliche Trennung, sondern nur auf Scheidung klagen können, so ist klar, dass sie auch gegen ein Urtheil, durch welches gemäss ihrem Antrage auf definitive Scheidung erkannt worden, kein Rechtsmittel ergreifen und nicht in der Rechtsmittelinstanz einen vor dem untern Gerichte nicht zulässigen Antrag stellen können. Sie könnten vielmehr einleuchtend nur ihren frühern, bereits gutgeheissenen, Antrag wiederholen.

stens insofern von der mündlichen Eröffnung an berechnet werden müsse, als die Partei, welche das Rechtsmittel ergreifen will, bei derselben anwesend gewesen. Indessen scheint es mir richtiger, die schriftliche Mittheilung für den Beginn der Frist als massgebend zu betrachten und zwar nicht bloss desshalb, weil dadurch alle Complikationen vermieden werden, sondern namentlich auch mit Rücksicht darauf, dass dieses Verfahren m. E. dem Willen des Gesetzgebers eher entspricht. Denn wo die Prozessgesetze beide Eröffnungsarten vorschreiben, lassen dieselben in der Regel die Fristen zur Ergreifung ordentlicher oder ausserordentlicher Rechtsmittel erst von der schriftlichen Mittheilung an beginnen und manifestirt sich gerade hierin die Bedeutung der letztern. (Vgl. eidg. C.-P.-O. Art. 193; Ges. betr. die zürch. Rechtspflege §§. 664 u. 706. Deutsche R.-C.-P.-O. §§. 477 u. 514). Die wirksame Einlegung des Rechtsmittels unmittelbar nach der mündlichen und vor der schriftlichen Mittheilung ist indess nicht ausgeschlossen. Im Allgemeinen ist noch zu bemerken, dass der Tag, an welchem die Mittheilung des kantonalen Urheils erfolgt, nicht mitgerechnet wird, so dass also die Parteien volle 20 Tage zur Ergreifung des Rechtsmittels frei haben, und dass nach einem Beschluss des Bundesgerichtes (Amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. II. S. 147 f.) die Frist als innegehalten zu betrachten ist, wenn die Weiterzugserklärung innerhalb derselben der eidgenössischen Post übergeben worden ist. Da es sich um eine gesetzliche Frist handelt, ist keine Erstreckung, sondern nur Wiedereinsetzung gegen deren Ablauf zulässig. Gleichwie das Vorhandensein der formellen und materiellen Voraussetzungen des Rechtsmittels (Art. 29 Abs. 1) ist auch die Einhaltung der Frist von Amtes wegen zu prüfen. Dagegen findet eine Vorprüfung durch die kantonalen Gerichte nicht statt.*). Dass die Nichteinhaltung der den kantonalen Gerichtsstellen zur Einsendung der Akten an's Bundesgericht festgesetzten Frist der Partei, welche das Rechtsmittel eingelegt hat, nicht schaden kann, ist selbstverständlich.

*) Vgl. aml. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. II. S. 510 f.

b. Die Form, in welcher das Rechtsmittel einzulegen ist, besteht in der Abgabe einer hierauf gerichteten Erklärung bei derjenigen kantonalen Gerichtsstelle, welche das Urtheil erlassen hat. Die Erklärung kann nicht bloss schriftlich, sondern auch mündlich erfolgen, sofern nach dem betreffenden kantonalen Gesetze die Gerichtsbehörde resp. deren Kanzlei zu protokollarischer Aufnahme mündlicher Erklärungen verpflichtet oder dieselbe sonst hiezu bereit ist. Selbstverständlich muss in der Erklärung das betreffende Urtheil deutlich bezeichnet sein; weitere Requisite sind nach dem Gesetze nicht zu erfüllen. Dagegen hat das Bundesgericht in einem Kreisschreiben an die kantonalen Gerichte den Wunsch ausgesprochen, dass die Parteien angehalten werden möchten, in der Weiterzugserklärung auch die Anträge, die sie vor Bundesgericht stellen wollen, zu formuliren. Es ist natürlich sehr zu wünschen, dass dieser Anordnung des Bundesgerichtes — und zwar mehr, als es bisher geschehen ist — Folge geleistet werde. Allein da nach dem Gesetze die Anträge nicht als wesentlicher Bestandtheil der Weiterzugserklärung erscheinen, so kann weder die Unterlassung der Angabe einen Nachtheil für die betreffende Partei zur Folge haben, noch ist letztere gehindert, bei der mündlichen Verhandlung vor Bundesgericht andere resp. weitergehende Anträge zu stellen. Hoffentlich wird das zukünftige Gesetz die Vorschrift aufstellen, dass die Weiterzugserklärung auch die Anträge enthalten müsse.

c. Die Wirkung der Einlegung des Rechtsmittels angehend, so besitzt dasselbe, wie bereits früher hervorgehoben worden, Suspensiveffekt.*). Zu erörtern bleibt hier nur noch das Recht der Anschliessung. Das Bundesgericht hat den Anschluss zugelassen**), m. E. mit Unrecht. Dass für das Verfahren vor Bundesgericht die kantonalen Gesetze nicht massgebend sein können, also nichts darauf ankommen kann, ob das Prozessrecht desjenigen Kantons, aus welchem

*) Siehe oben S. 165.

**) Siehe amtl. Samml. d. b.-g. Entscheid. Bd. II. S. 166; Bd. VI S. 156 und andere nicht abgedruckte Entscheidungen.

im einzelnen Fall das angefochtene Urtheil herrührt, die Anschliessung gestatte oder nicht, sondern die Entscheidung der Frage lediglich auf Grund der Art. 29 und 30 leg. cit. einheitlich für die ganze Schweiz zu geben ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Nun ist das Recht der Anschliessung eine Institution des positiven Rechtes; es versteht sich keineswegs von selbst, sondern muss im Gesetze ausdrücklich anerkannt sein. Eine solche Anerkennung enthalten die angeführten Gesetzesbestimmungen nicht, sondern aus deren Inhalt (Art. 30 Abs. 1) ist auf den gegentheiligen Willen des Gesetzgebers zu schliessen. Da die Partei, welche das Rechtsmittel nur für den Fall ergreifen will, als auch der Gegner von demselben Gebrauch macht, sich mit einer eventuellen Weiterzugserklärung helfen kann, so scheint mir für die Zulassung des Anschlusses auch kein Bedürfniss vorhanden zu sein. Wohl aber kann dieselbe in folgender Richtung von nachtheiligen Folgen sein. Nach den auch für das Verfahren vor Bundesgericht als Oberinstanz zur Anwendung kommenden Bestimmungen der eidgen. C.-P.-O. soll unmittelbar nach der Parteiverhandlung die Erlassung und Verkündigung des Urtheils erfolgen. Diess wird nun in verwinkelten Streitigkeiten, z. B. in Rechnungsprozessen, ohne Nachtheil für die Rechtssprechung nicht möglich sein, wenn erst bei der mündlichen Verhandlung der Anschluss erklärt und neue Anträge gestellt werden, daher in solchen Fällen eine Verschiebung der Berathung und Urtheilsausfällung eintreten müssen. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich annehme, dass gerade dieser Umstand wesentlich die eidgenössischen Räthe bestimmt habe, das Recht der Anschliessung nicht zu gestatten. Jedenfalls dürfte der Gesetzgeber es als nothwendig erachten, sich hierüber bei Revision des Gesetzes deutlich auszusprechen, und für den Fall, als er sich für die Zulassung entscheiden sollte, mag hier folgender Vorschlag seinen Platz finden. Es ist früher hervorgehoben worden, dass eine Beweisaufnahme über das Vorhandensein des in Art. 29 Abs. 1 festgesetzten Streitwerthes erst nach der Verhandlung vor Bundesgericht vermieden, vielmehr dieser

Punkt schon vor der Verhandlung geordnet werden sollte. Wenn es nun auch richtig ist, dass das Bundesgericht seine Kompetenz von Amtswegen zu prüfen hat und dass derjenigen Partei, welche das kantonale Urtheil weiterziehen will, obliegt, das Vorhandensein der erforderlichen Höhe des Streitwerthes darzuthun, so ist doch klar, dass in zweifelhaften Fällen das Bundesgericht die übereinstimmende Taxation der Parteien als massgebend erachten und eine Beweisaufnahme über den Streitwerth nicht von Amteswegen anordnen wird. (Vrgl. Art. 94 der eidgen. C.-P.-O.) Um nun einerseits darüber, ob die Parteien in der Taxation des Streitwerthes einig gehen oder ob eine Beweisaufnahme hierüber erforderlich sei, vor der mündlichen Verhandlung über die Hauptsache Klarheit zu gewinnen und anderseits dem Rechte der Anschliessung den nöthigen Raum zu geben, dürfte es sich empfehlen, dass das Gesetz die kantonalen Gerichtsstellen verpflichtet, vor Einsendung der Akten an das Bundesgericht von einer Weiterzugserklärung sofort der Gegenpartei durch Verfügung Kenntniss zu geben und derselben eine, vom Gesetze allgemein zu bestimmende, Frist anzusetzen, innert welcher sie sich sowohl über das Vorhandensein des erforderlichen Streitwerthes als über die Anschliessung an das Rechtsmittel auszusprechen und ihre Anträge zu stellen hätte, unter der Androhung, dass Stillschweigen als Anerkennung der nothwendigen Höhe des Streitwerthes, beziehungsweise als Verzicht auf den Anschluss ausgelegt würde. Selbstverständlich wäre dadurch dem Bundesgerichte das Recht nicht genommen, die Sache von Amteswegen von der Hand zu weisen, wenn es fände, dass die erforderliche Höhe des Streitwerthes nicht erreicht sei.

d. Schliesslich ist, was das Verfahren vor dem Bundesgerichte betrifft, noch hervorzuheben, dass dasselbe ein m ü n d l i c h e s ist, — schriftliche Begründung der Anträge wird nicht zugelassen*) — und dass das Ausbleiben der Parteien im Verhandlungstermin für dieselben in der Regel unschädlich ist, indem es für sie keine weitere Folge hat, als dass

*) Vgl. aml. Samml. d. b.-g. Entschdgn. Bd. VIII. S. 341 f, Erw. 1.

sie das Recht auf mündliche Begründung ihrer Anträge verwirken. *) Kontumazialfolgen sind an das Ausbleiben nicht geknüpft. Ja es ist nicht einmal erforderlich, dass vor Bundesgericht bestimmte Anträge gestellt werden. Die Parteien können sich einfach auf die vor den kantonalen Gerichten formulirten Anträge beziehen und diess ist anzunehmen, wenn sie gänzlich stillschweigen d. h. sich auf die Einlegung des Rechtsmittels bei der zuständigen Gerichtsstelle beschränken.

Ein formloseres, die Parteien weniger beschwerendes Verfahren ist schwerlich gedenkbar. Leider wissen die Parteien diese Wohlthat des Gesetzes nicht immer gehörig zu würdigen.

4. Was nun den wesentlichsten Punkt, nämlich den Inhalt des Rechtsmittels, d. h. den Umfang angeht, in welchem dem Bundesgerichte die Prüfung des angefochtenen Urtheils zusteht, so stellt das Gesetz, — abgesehen davon, dass eine Abänderung des kantonalen Urtheils nur insoweit statthaft ist, als die Parteien darauf antragen, — zwei Beschränkungen auf. Die eine ist bereits oben hervorgehoben worden und besteht darin, dass das kantonale Recht (materielles und Prozess-Recht) dem Rechtsmittel entzogen ist; die andere Schranke, welche mit der ersten im Zusammenhange steht, ergibt Art. 30 Abs. 4 leg. cit., welcher bestimmt, dass das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen habe. Weitere Beschränkungen bestehen nicht und sogar die beiden genannten sind nicht rein durchgeführt, indem, wie später zu zeigen ist, die Feststellung des Thatbestandes nicht ausschliesslich den kantonalen Gerichten zusteht, sondern die allfällig bei der bundesgerichtlichen Verhandlung sich als nothwendig erweisende Ergänzung desselben durch das Bundesgericht zu geschehen hat, wobei letzteres auch in die Lage kommt, kan-

*) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. IV. S. 632 f.

tonales Recht anwenden zu müssen. Um die Beschränkungen, welche schon vielfachen Missverständnissen ausgesetzt gewesen sind, richtig zu verstehen, erscheint es vor Allem nöthig, den Begriff des Thatbestandes festzustellen. Es ist schon die Ansicht vertreten worden, dass als Thatbestand nur zu betrachten seien die in dem kantonalen Urtheile festgestellten Thatsachen, d. h. die nach mehreren (nicht allen) kantonalen Prozessgesetzen*) in das Urtheil auf Grundlage der Akten aufzunehmende gedrängte Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse und der Parteianträge (der sog. faktische Theil) nebst den in den Entscheidungsgründen enthaltenen thatsächlichen Feststellungen. Von dieser Ansicht ist zu sagen, dass dieselbe, so sehr es für das Bundesgericht angenehm wäre, wenn die Sache so geordnet wäre, de lege lata vollständig unbegründet ist. Dieselbe würde mit Nothwendigkeit erfordern, dass das eidg. Gesetz einerseits jene Form für die Feststellung des Sachverhaltes vorschreibe, also die kantonalen Gerichte verpflichtete, die Anträge der Parteien und die zu deren Begründung angeführten Thatsachen, sowie die Vorgänge des Verfahrens in dem Urtheile selbst zu verurkunden, und anderseits die in dieser Form erfolgten Feststellungen für das Bundesgericht massgebend erklärte. Hievon ist aber überall keine Rede. Weder stellt das Bundesgesetz eine solche Formvorschrift auf, noch enthält dasselbe die Bestimmung, dass der in dem kantonalen Urtheile festgestellte Thatbestand dem Erkenntnis des Bundesgerichtes zu Grunde zu legen sei, sondern es spricht von dem von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand. Für die Form, in welcher diese Feststellung zu geschehen hat, sind daher einzig die kantonalen Prozessgesetze massgebend und es dürfte sich ja sogar fragen, ob der Bund competent wäre, abweichende Vorschriften aufzustellen. Was nun aber die kantonalen Prozessgesetze angeht, so verlangen allerdings mehrere derselben (in Uebereinstimmung mit Art. 185

*) So zürch. Gesetz über die Rechtspflege §§. 485 und 680. Vgl. auch Eidg. C.-P.-O. Art. 185.

der eidg. C.-P.-O.) eine Darstellung der wesentlichen that-sächlichen Verhältnisse und der Anträge der Parteien in dem Urtheile; allein sie legen dieser Darstellung keineswegs (wenigstens nicht durchweg, sondern nur ganz ausnahmsweise) die Bedeutung einer richterlichen (für die höhere Instanz massgebenden) Feststellung des Sachverhalts bei, welche das Zurückgehen auf die Akten, auf welcher sie beruht, entbehrlich machen oder gar ausschliessen würde. Dieselbe hat nur formale Bedeutung; sie soll die rasche Orientirung über den Streitgegenstand und den Gang des Verfahrens, besonders die Beweiserhebung, für Parteien und Richter erleichtern und wird in der Regel ohne Mitwirkung des Gerichtes von der Gerichtskanzlei angefertigt.*). Eine Ausnahme trifft nur zu für diejenigen wenigen Kantone, in welchen weder ein schriftliches Vorverfahren noch eine besondere Protokollirung der mündlichen Parteiverhandlungen stattfindet, sondern die Anträge und Vorträge der Parteien lediglich im Urtheile selbst vorgemerkt werden. Hier ist natürlich der Inhalt des Urtheils für das Bundesgericht massgebend.

Als Thatbestand im Sinne der bundesgesetzlichen Bestimmung ist zu erklären das gesammte vor den kan-

*) So ist es unbedingt nach zürch. Rechte. Für das Vorbringen der Parteien (Anträge, Klagebegründung, Einreden, Beweisanerbieten u. s. w.) bildet nicht der sog. factische Theil des Urtheils, sondern ausschliesslich das Verhandlungs-Protokoll Beweis; ebenso bezüglich der Aussagen der Zeugen und der sämmtlichen Vorgänge des Verfahrens. Eine Ausnahme machen nur die zweitinstanzlichen Urtheile, indem neue thatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Anerkennungen, soweit solche gemäss §.676 der zürch. C.-P.-O. noch vor zweiter Instanz erfolgen, manchmal (richtiger Weise?) nur in den Erwägungen des obergerichtl. Urtheils Erwähnung finden. — In Folge bundesgerichtlichen Kreisschreibens haben einige Obergerichte in sehr anerkennenswerther Weise angefangen, den ganzen Thatbestand im Urtheile selbst festzustellen und zwar in einer Weise, welche als durchaus erschöpfend und zuverlässig bezeichnet werden darf. Kann diese Feststellung auch nicht das Zurückgehen auf die Akten ersetzen resp. entbehrlich machen, so erleichtert sie doch das Aktenstudium wesentlich. — Vrgl. auch Stooß in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. XIX S. 434.

tonalen Instanzen vorgebrachte Verhandlungsmaterial, wie sich dasselbe nach der in den Akten und dem Urtheil (in der kantonalgesetzlich vorgeschriebenen resp. zulässigen Form) enthaltenen Beurkundung und Würdigung des kantonalen Gerichts darstellt. Darunter fallen also die (sowohl in der Hauptsache gestellten, als die prozessualischen) Anträge der Parteien und die zu deren Begründung vorgebrachten Thatsachen (Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Klagethatsachen, Einredethatsachen u. s. w.), überhaupt das gesammte thatsächliche Vorbringen der Parteien, die Erklärungen (Bestreitungen, Anerkennungen) derselben, die Beweisanerbieten, die Erhebung der Beweise, überhaupt die sämtlichen bekundeten Vorgänge des Verfahrens und die rein tatsächliche Würdigung des Vorbringens der Parteien und des Beweisergebnisses. Letztere wird in der Regel im Urtheile (im Endurtheile oder einem demselben vorhergehenden Vor- oder Zwischenurtheile) und zwar in dessen Fntscheidungsgründen enthalten sein und soweit diess der Fall ist, ist der Inhalt des kantonalgerichtlichen Urtheils für das Bundesgericht massgebend. Die übrigen Theile des Thatbestandes sind dagegen, wie bereits bemerkt, in weitaus den meisten Fällen nicht im Urtheile, sondern in den auf den Rechtsstreit bezüglichen Akten (Protokollen, Rechtsschriften u. s. w.) festgestellt und ist daher ein Zurückgehen des Bundesgerichts auf den Inhalt der Prozessakten in allen Fällen unumgänglich. Die Thatsachen müssen, um es kurz zu sagen, da entnommen werden, wo sie sich in dem eingesandten Aktenmaterial festgestellt finden.

Die Consequenzen, welche sich daraus ergeben, dass das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen hat und das kantonale Recht dem Rechtsmittel entzogen ist, bestehen einerseits darin, dass jedes neue Vorbringen vor Bundesgericht unbedingt ausgeschlossen ist, also neue Ansprüche und Anträge (Erweiterungen oder Veränderungen der vor dem letzten

kantonalen Gerichte gestellten Anträge) nicht gestellt, sowie neue thatsächliche Behauptungen oder Beweismittel zur Rechtfertigung der früheren Anträge nicht vorgebracht, beziehungsweise nicht berücksichtigt werden dürfen, — und anderseits darin, dass die rein tatsächlichen Annahmen des letzten kantonalen Gerichts weder mit der Behauptung, dass der kantonale Richter zu einem unrichtigen Ergebnisse gelangt sei, noch aus dem Grunde, weil es bei Beurtheilung der Thatfragen gesetzwidrig zugegangen sei, beim Bundesgerichte angefochten werden können, überhaupt alle Beschwerden, welche vor den kantonalen Gerichten beobachtete Verfahren beschlagen, ausgeschlossen sind. Hieron besteht, wie früher hervorgehoben worden und noch zu erörtern ist, nur insofern eine Ausnahme, als für die Feststellung der Thatsachen eidgenössisches Recht massgebend war und dasselbe aus Irrthum über dessen Existenz oder dessen Inhalt dabei nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Was speziell das Verbot neuen Vorbringens betrifft, so ist es selbstverständlich, dass Unterlassungen, welche vor den kantonalen Gerichten begangen worden sind, vor Bundesgericht nicht gut gemacht werden können.*.) Allein das Verbot trifft auch das Vorbringen solcher Thatsachen, die trotz Anwendung des erforderlichen Fleisses vor den kantonalen Gerichten nicht vorgebracht werden konnten, weil sie sich erst später ereignet haben oder weil sie den Parteien ohne ihre Schuld nicht bekannt waren. Im letzten Falle, sowie wenn neue Beweismittel entdeckt worden sind, ist der Weg der Wiederherstellung (Revision) gegen das kantonale Urtheil zu beschreiten, soweit das kantonale Prozessrecht dieses Rechtsmittel kennt; im ersten Falle ist ein neuer Prozess anzuheben, beziehungsweise die That-

*) Vgl. amtl. Sammlung d. b.-g. Entschdg. Bd. VI. S. 640.

sache dem kantonalen Urtheile im Executionsverfahren entgegenzustellen. Die Abänderung des kantonalen Urtheils durch das Bundesgericht ist auf Grund solcher Thatsachen und Beweismittel nicht zulässig.*)

Und was speziell die Unzulässigkeit der Anfechtung der tatsächlichen Feststellungen und von Beschwerden über das Verfahren angeht, so folgt daraus, dass weder die formelle Nichtigkeit des Verfahrens noch überhaupt die Verletzung von Vorschriften des kantonalen formellen oder materiellen Prozessrechtes vor Bundesgericht geltend gemacht werden kann. Die Anfechtung der tatsächlichen Feststellungen mit der Behauptung, dass bei der Beurtheilung der Thatfragen prozessualische Vorschriften verletzt worden seien, dass das kantonale Gericht im Widerspruche mit den Akten eine (rechtzeitig) bestrittene Thatsache als unbestritten oder eine anerkannte Thatsache als geleugnet erklärt, eine nicht vorgebrachte Thatsache als behauptet oder eine rechtzeitig vorgebrachte Thatsache als nicht (resp. nicht rechtzeitig) behauptet angenommen habe, ist unzulässig, ohne Unterschied, ob der Irrthum des kantonalen Gerichts oder die Verletzung einer (wesentlichen oder unwesentlichen) prozessualischen Vorschrift deutlich erkennbar sei oder nicht; denn das Gesetz bindet das Bundesgericht unbedingt, ohne Gestattung von Ausnahmen, an die tatsächlichen Annahmen der kantonalen Instanz.**) Ebenso

*) Siehe unten S. 218. Ordnet das Bundesgericht aber eine Aktenvervollständigung gemäss Art. 30 Abs. 4 an, so können auch neu entdeckte Beweismittel benutzt werden, soweit die Produktion an Beweismitteln noch zugelassen wird. Siehe hierüber weiter unten S. 201 ff.

**) Ob bei der Revision des Gesetzes eine Ausnahme dahin zu machen sei, dass dem Bundesgerichte die Befugniss eingeräumt wird, bei offenbarem Irrthum des kantonalen Gerichts von dessen Feststellung abzugehen, mag zu erwägen sein. In den meisten Fällen wird der Entscheid, ob ein Irrthum vorliege, sehr schwierig und ohne Einvernehmung des kantonalen Gerichtes kaum mit Sicherheit möglich sein. Zudem sind die Fälle offenbaren Irrthums äusserst selten. — Ueber die Geltendmachung solcher Mängel, welche vor Bundesgericht nicht gerügt werden können, mittelst des nach kantonalem Rechte zulässigen Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde s. u. S. 214 ff.

ist der Prüfung des Bundesgerichts die Frage entzogen, ob der Beweis für die vom kantonalen Richter als bewiesen (existent) oder nicht bewiesen (nicht existent) erklärten (äußeren und inneren) Thatsachen wirklich geleistet sei oder nicht, mit andern Worten, ob der kantonale Richter das Beweismaterial rein that sächlich — im Gegensatz zu der juristischen Auffassung der Thatsachen — richtig gewürdigt habe und ob das Beweisverfahren an Mängeln leide oder nicht.*). Gerade der Umstand, dass diese Würdigung in vielen Fällen nicht controlirbar und daher eine Ueberprüfung unmöglich wäre, hat ja den Gesetzgeber bestimmt, den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand für das Bundesgericht bindend zu erklären. Es liesse sich daran denken, eine Ausnahme bezüglich des schriftlichen Beweismaterials (Urkunden) zu machen, das gegenwärtige Gesetz kennt aber eine solche ebensowenig, wie bezüglich derjenigen rein that-sächlichen Annahmen, zu welchen das Gericht durch Schlussfolgerungen gelangt ist (Folgerung aus indizirenden Thatsachen auf die definitiv entscheidende Thatsache). Auch zwischen den inneren (z. B. Interpretation von Willenserklärungen, Feststellung der Absicht des Handelnden u. s. w.) und äußern Thatsachen unterscheidet das Gesetz nicht, so dass auch die Feststellung innerer Thatsachen für das Bundesgericht bindend ist.

Dagegen besteht eine Ausnahme insofern als für Beurtheilung der Thatfragen materielles eidgenössisches Recht (gesetzliche Beweisregeln, civilrechtliche Präsumtionen, Auslegungsgrundsätze) massgebend, bezw. bei derselben verletzt worden ist. Denn nicht nur trifft hier der Grund, aus welchem das Bundesgericht an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand gebunden worden ist, nicht zu, sondern es gehört, soweit die richtige Anwendung von Bestimmungen des materiellen Rechtes in Frage steht, die Ueberprüfung der kantonalen Entscheidung gerade zur Aufgabe des Bundesgerichtes.

Und was die eidgen. prozessrechtlichen Vorschriften

*.) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. VIII. S. 821 Erw. 8..

anbelangt, so ist stets davon ausgegangen worden, dass wegen Verletzungen bundesgesetzlicher Bestimmungen bei den Bundesbehörden Beschwerde geführt werden könne und es entspricht diese Ansicht gewiss dem Sinn und Geiste sowohl der Bundesverfassung, als des Organisationsgesetzes. Die Bundesbehörde, welche zur Beurtheilung von Beschwerden über Bundesvorschriften bezeichneter Art zuständig ist, kann aber sowohl nach der Natur der Sache, als nach der gesetzlichen Competenzausscheidung nur das Bundesgericht sein und daher einzig in Frage kommen, ob der staatsrechtliche Rekurs oder die Weiterziehung nach Art. 29 das zulässige Rechtsmittel sei. Hierüber ist oben (S. 178 f.) gehandelt worden.

Von selbst versteht sich endlich, dass wenn eine Partei glaubt, dass das Protokoll über die Parteiverhandlungen, die Zeugeneinvernahme oder andere gerichtliche Vorgänge nicht richtig aufgenommen sei, Auslassungen enthalte u. s. w., sie die Berichtigung bei derjenigen kantonalen Gerichtsstelle veranlassen muss, welche den Vorgang bekundet hat. So lange die Berichtigung nicht ausgewirkt ist, sollte unbedingt an dem Inhalte der Akten festgehalten werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenpartei die Begründetheit der Rüge anerkennt oder nicht.

Was dagegen die Anwendung des objektiven materiellen Rechts auf den festgestellten Thatbestand betrifft, so ist das Bundesgericht im weitesten Umfange zur Ueberprüfung des kantonalen Urtheils kompetent, soweit die Streitigkeit nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist (siehe oben II, 1 ad c). Die juristische Auffassung der Thatsachen, d. h. die Frage, ob und welche Bedeutung denselben auf dem Rechtsgebiete zu komme, ob und welche juristische Wirkungen sich an dieselben knüpfen, untersteht daher als Rechtsfrage innerhalb der eben bezeichneten Schranke ganz der Ueberprüfung des Bundesgerichtes*). Diess geht klar sowohl aus der oben (S. 159 f.)

*) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. V. S. 594; Bd. VIII. S. 518 Erw. 2 und die daselbst angeführten Entscheidungen u. s. w.

zum Abdrucke gebrachten Botschaft des Bundesrates als auch daraus hervor, dass das Rechtsmittel im Gesetze ausdrücklich nur in den beiden bezeichneten Richtungen beschränkt ist. Die einzige Begrenzung findet die Freiheit des Bundesgerichtes bezüglich der Anwendung des objektiven eidgenössischen Rechtes in den Anträgen der Parteien, indem über dieselben nicht hinausgegangen, bzw. das kantonale Urtheil nur insofern und insoweit abgeändert werden darf, als die Abänderung von den Parteien verlangt wird. Ist dies auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, so folgt die Begrenzung doch aus der sowohl den (wenigstens den meisten) kantonalen als der eidgenössischen Prozessgesetzgebung zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime. Wie die Parteien auf die Ergreifung des Rechtsmittels überhaupt verzichten können, so sind sie auch befugt, mit demselben das kantonale Urtheil nur theilweise anzufechten; weder der Inhalt des Gesetzes noch dessen Entstehungsgeschichte, noch allgemeine prozessualische Grundsätze geben Grund zu einer gegen-theiligen Annahme. Dagegen ist das Bundesgericht an die von den Parteien vorgebrachte Begründung ihrer Anträge nicht gebunden. Es hat vielmehr von Amteswegen zu untersuchen, ob die Streitigkeit nach eidgenössischem oder kantonalem (oder ausländischem) Rechte zu beurtheilen sei, und je nach dem Entscheide dieser Frage die sachgemäße Verfügung zu treffen. (Siehe oben II, 1 ad. c.). Soweit hienach das Bundesgericht kompetent ist, in der Sache selbst zu entscheiden, ist es in gleichem Umfange, wie die kantonalen Gerichte, berechtigt und verpflichtet, zu untersuchen, ob die als erwiesen oder doch als vorgebracht festgestellten That-sachen (soweit sie nicht aus prozessualischen Gründen, wegen verspäteten Vorbringens, verspäteten oder ungenügenden Be-wisanerbietens u. s. w., nach den Feststellungen des kantonalen Gerichtes ausser Betracht fallen) so beschaffen seien, dass durch deren Unterstellung unter die massgebenden Rechts-sätze die gänzliche oder theilweise Existenz des geltend ge-machten Anspruchs (bzw. die Begründetheit einer Einrede u. s. w.) sich ergebe, mit anderen Worten, ob die festgestellten

konkreten Thatsachen solche Thatsachen seien, an welche das objective Recht solche juristische Wirkungen knüpft, welche die (ganze oder theilweise) Gutheissung oder Abweisung der Klage bedingen. Entspricht die angefochtene kantonale Entscheidung dem massgebenden eidgenössischen Rechte, so ist dieselbe zu bestätigen, mag sie aus den darin angetührten oder aus den von der obsiegenden Partei geltend gemachten oder aus anderen Gründen als richtig erscheinen. Beruht sie dagegen auf Unkenntniss des Rechts, so muss sie abgeändert werden, ohne Rücksicht darauf, ob ihre rechtliche Unhaltbarkeit aus den von der anfechtenden Partei vorgebrachten oder aus anderen Gründen resultirt.*)

Nun kann aber die sofortige Erlassung des Endurtheils desshalb unmöglich sein, weil der Thatbestand von dem kantonalen Richter ungenügend festgestellt d. h. für eine vom letztern als (rechtzeitig) vorgebracht festgestellte jedoch (rechtzeitig) bestrittene Thatsache, von deren Existenz die Gutheissung oder Abweisung der Klage ganz oder theilweise abhängt (relevante Thatsache), aus Versehen oder weil das kantonale Gericht sie für irrelevant, unerheblich, hielt, Beweis nicht erhoben worden ist. Diesen Fall behandelt der vom Nationalrathe dem Art. 30 Abs. 4 zugefügte Schlusssatz und hier ist nun der Ort, um auf das im Eingange dieses Aufsatzes signalisierte Missverständniss der vorberathenden Behörden zurückzukommen. Wie bereits hervorgehoben worden und in der bundesräthlichen Botschaft ausdrücklich betont ist, wollte auch der Entwurf des Bundes-

*) Dadurch unterscheidet sich das Rechtsmittel wesentlich von der Nichtigkeitsbeschwerde, bei welcher eine Prüfung des angefochtenen Urtheils nur in denjenigen Richtungen stattfindet, in welchen ein Angriff gegen dasselbe erhoben worden ist. Man könnte versucht sein, das Rechtsmittel als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde zu bezeichnen, allein dieser Auffassung steht entgegen, dass der Zweck desselben nicht Aufhebung, sondern Abänderung des kantonalen Urtheils ist. Auch die Bezeichnung desselben als auf den Rechtspunkt beschränkte Berufung trifft nicht zu, da Rechtsverletzungen im Verfahren das Rechtsmittel nicht (oder doch nur ausnahmsweise) begründen. Soweit Rechtsverletzungen im Urtheil dem Rechtsmittel unterliegen, nimmt dagegen das Bundesgericht ganz die Stellung einer Appellationsinstanz ein.

rathes dem Bundesgerichte in der Anwendung des materiellen Privatrechts auf den festgestellten Thatbestand volle Freiheit einräumen und ihm den Entscheid sämmtlicher nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilenden Rechtsfragen übertragen. Ist diess aber richtig, so musste auch der Entscheid über die Relevanz einer vorgebrachten Thatsache in letzter Instanz dem Bundesgerichte zustehen. Denn die Frage, welche Thatsachen eine Partei behaupten (und nöthigenfalls beweisen) müsse, um mit einem Klageanspruch, einer Einrede, Replik u. s. w. durchzudringen, ist zweifellos eine aus dem materiellen Rechte zu lösende Rechtsfrage. Das materielle Recht bestimmt die Thatsachen, von deren Vorhandensein die Existenz eines Rechtes (Anspruchs) abhängt (die rechtserzeugenden Thatsachen), sowie diejenigen, welche die Entstehung des Rechts zu hindern, bzw. die Aufhebung desselben herbeizuführen vermögen (die rechts hindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen). Wenn daher das kantonale Gericht eine erhebliche Thatsache mit Unrecht als unerheblich betrachtet oder wenn es dieselbe übersehen und desshalb nicht zum Gegenstand der Beweiserhebung gemacht hat, so verletzt der hierauf beruhende in der Hauptsache ergangene unrichtige Entscheid das objective materielle Recht und kann gegen diese Verletzung beim Bundesgerichte Abhülfe verlangt werden. So sagen auch die Motive zur deutschen Reichscivilprozessordnung im Anschlusse an Unger, System des österr. Privatrechts Bd. II, S. 562 ff.: „Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich in die Frage auf, was zu beweisen sei; die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei, eine Frage, deren Entscheidung davon abhängt, welche Thatsachen nach dem materiellen Rechte zu den Klage- (Replik-) Thatsachen oder zu den Einrede- (Duplik-) Thatsachen zu rechnen sind.“*) Es ist auch voll-

*) Vgl. auch Dernburg, System des preuss. Privatrechts. Bd. I. § 126 ff. Das Bundesgericht hat sich daher, wenn es erforderlich erscheint, in seinem Urtheile auch über die Beweislast auszusprechen, namentlich z. B. wenn eine streitige Thatsache nicht bewiesen ist u. s. w.

kommen klar, dass ohne Feststellung der relevanten Thatsachen das Gericht die in einem Processe zu entscheidenden Rechtsfragen gar nicht beantworten kann, und es erscheint mir daher geradezu undenkbar, dass der bündesrätliche Entwurf und die Mehrheit der nationalrätlichen Commission dem Bundesgerichte die Befugniss, für Feststellung der erheblichen Thatsachen zu sorgen, habe absprechen wollen; so auffallend es allerdings ist, dass diese Auffassung des Entwurfes in der Bundesversammlung von keiner Seite scheint geltend gemacht worden zu sein. Sicher ist, dass auch bei unveränderter Annahme desselben das Bundesgericht in dem Inhalte des Gesetzes kein Hinderniss hätte erblicken können, jene Feststellung zu bewirken, sondern dass es vielmehr dieselbe als zu seiner Aufgabe gehörend hätte betrachten müssen. Fraglich hätte nur sein können, ob das Bundesgericht die Vervollständigung selbst durchzuführen oder die Sache an das kantonale Gericht zur Beweisaufnahme und neuer Entscheidung zurückzuweisen habe, während diese Frage nun durch den erwähnten Zusatz dahin gelöst ist, dass das kantonale Gericht *) die vom Bundesgerichte angeordnete Aktenvervollständigung zwar vorzunehmen, jedoch kein neues Urtheil auszufüllen hat, sondern das Beweisergebniss — und zwar selbstverständlich unter Anwendung der gleichen Beweisregeln, welche für die in der Sache vorher urtheilenden kantonalen Gerichte massgebend gewesen sind, — einzig vom Bundesgerichte zu würdigen und sofort das Endurtheil zu erlassen ist..

Indessen darf dieser Schlussatz des Art. 30 nicht unbedingt auf diejenigen Fälle beschränkt werden, wo eine unmittelbar relevante (d. h. eine zum Thatbestande des geltend gemachten Anspruches oder einer erhobenen Einrede, Replik, Duplik gehörige) Thatsache selbst zum Gegenstand des Beweises gemacht werden soll, sondern er muss auch auf diejenigen Thatsachen, aus welchen kraft civilrechtlicher Vorschrift (civilrechtlicher Vermuthung) auf die beweisbedürftige relevante Thatsache geschlossen werden muss, ausge-

*) Vgl. darüber, welches kant. Gericht (Unter- oder Obergericht) die Vervollständigung vorzunehmen hat, aml. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. IX. S. 88 f.

dehnt werden; denn in diesem Falle handelt es sich, wie wenn eine unmittelbar erhebliche Thatsache in Frage steht, um die richtige Anwendung des materiellen Privatrechtes. Je nach der Wirkung, welche die Rechtsvermuthung hervorbringt, ist daher im einzelnen Falle zu untersuchen, ob die Herstellung der betreffenden Thatsache für sich allein oder in Verbindung mit der übrigen Aktenlage von entscheidender Bedeutung für das Endurtheil sei, und je nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung eine Akten vervollständigung anzuordnen oder von derselben abzusehen. Dagegen darf nicht angenommen werden, dass jener Schlussatz auch diejenigen Fälle im Auge habe, wo weder die streitige relevante Thatsache, noch eine Thatsache aus welcher kraft gesetzlicher Vorschrift auf jene zu schliessen ist, Gegenstand des Beweises sein soll, sondern es sich nur um den Beweis einer Thatsache handelt, welche nach allgemeinen Denkgesetzen (Gesetzen der Logik und der Erfahrung) einen Schluss auf die relevante Thatsache zulassen soll, (indizierende Thatsachen, Indizien). Denn in diesem Falle kann nicht gesagt werden, dass der Entscheid des kantonalen Richters, welcher die Beweisabnahme verweigert hat, auf Unkenntniss des objektiven Privatrechtes beruhe. Natürlich ist diese Frage gegenstandslos, wenn das für den betreffenden Fall massgebende kantonale Prozessrecht diese Art des Beweises (Indizienbeweis) nicht zulässt, da, wie bereits bemerkt, das Bundesgericht an das kantonale Prozessrecht gebunden ist. Wenn aber der Beweis nur desshalb nicht abgenommen worden ist, weil das kantonale Gericht die betreffende Thatsache nicht für schlüssig hielt, so frägt es sich, ob das Bundesgericht, wenn es anderer Ansicht ist, Akten vervollständigung anordnen könne. Die Frage ist zu verneinen. Für die Bejahung liesse sich geltend machen, das Gesetz unterscheide nicht zwischen unmittelbar und mittelbar entscheidenden Thatsachen, sondern spreche einfach von Thatsachen, die auf die Urtheilsfällung von entscheidendem Einflusse seien. Der Wortlaut gebe daher keinen Grund zu der Annahme, dass darunter nur die

unmittelbar relevanten Thatsachen verstanden seien, welche den dem erhobenen Anspruche oder der geltend gemachten Einrede zu Grunde liegenden Thatbestand ausmachen, deren Existenz allerdings einzig (unmittelbar) entscheidend sei. Unter solchen Umständen erscheine aber die Auslegung die richtigere, welche eher geeignet sei, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen; diese Auslegung sei aber die, dass nicht zwischen unmittelbar und mittelbar relevanten Thatsachen zu unterscheiden, sondern im einzelnen Falle aus der konkreten Aktenlage zu prüfen sei, ob die Herstellung einer bloss indizirenden Sache zur Feststellung einer relevanten Thatsache, von deren Existenz die Abänderung oder Bestätigung des kantonalen Urtheils abhänge, erforderlich sei resp. genüge. Müsse diese Frage bejaht werden, so sei die bloss indizirende Thatsache auf die Urtheilsfällung, wenn auch nur mittelbar, von entscheidendem Einflusse und daher die Aktenvervollständigung anzuordnen. Allein diese Argumentation würde übersehen, einerseits dass die Frage nach der Schlüssigkeit einer angeblich indizirenden Thatsache nicht vom materiellen Rechte gelöst wird, überhaupt keine Rechts- sondern eine Thatfrage ist, während das Bundesgericht nur die Rechtsfragen zu entscheiden hat, und anderseits dass jene Auslegung des Schlusssatzes zu dem widersinnigen Resultate führen würde, dass das Bundesgericht nur insofern berechtigt wäre, die Schlüssigkeit einer indizirenden Thatsache zu prüfen, wenn letztere bestritten und des Beweises bedürftig wäre, während dasselbe an den Entscheid des kantonalen Gerichtes gebunden sein würde, wenn die Thatsache unbestritten oder bereits erwiesen ist und das kantonale Gericht dessenungeachtet den Beweis für die relevante Thatsache als nicht geleistet erklärt hat. Denn wie bereits früher bemerkt, ist das Bundesgericht an die kantonalgerichtliche Entscheidung der Thatfragen gebunden, ohne Unterschied, ob der Beweis für eine relevante Thatsache von der Partei direct oder durch Schlussfolgerungen geführt werden will.

Auf der andern Seite bedarf aber der Schlusssatz des Art. 30

auch einer Restriction. Wörtlich aufgefasst würden darunter alle Fälle zu subsumiren sein, wo das kantonale Gericht über eine unmittelbar oder kraft civilrechtlicher Präsumtion relevante Thatsache Beweis nicht erhoben hat, ohne Rücksicht auf den Grund, aus welchem dies nicht geschehen ist. Dem ist aber nicht so. Nach dem bereits früher Gesagten ist das Bundesgericht an die Verfügungen der kantonalen Behörden gebunden, durch welche ein Beweisanerbieten, sei es wegen verspäteter Vorbringung (beziehungsweise wegen verspäteten Vorbringens der Thatsache), sei es wegen Unzulässigkeit der angerufenen Beweismittel, überhaupt aus einem anderen Grunde als demjenigen der Unkenntniß des objektiven materiellen eidgenössischen Rechts verworfen worden ist.*). Zu der Annahme, dass die Unterlassung auf letzterem Grunde (oder auf blossem Versehen) beruhe, ist aber das Bundesgericht in allen Fällen befugt, wo ein anderer Grund aus den Akten nicht erkennbar ist.

Ob eine Wiederholung der vor den kantonalen Gerichten über eine Thatsache erfolgten Beweisaufnahme unbedingt ausgeschlossen sei, ist zweifelhaft. Für den unbedingten Ausschluss spricht der Wortlaut des Gesetzes („überhaupt nicht zugelassen“). Die Consequenz erfordert aber, dass eine Wiederholung wenigstens dann zugelassen werde, wenn die Beweisaufnahme wegen Irrthums des kantonalen Richters über die Relevanz einer Thatsache unvollständig gewesen ist.

Die Bestimmung, dass die Aktenvervollständigung durch den kantonalen Richter vorzunehmen sei, findet ihre Begründung darin (und will zugleich zum Ausdruck bringen), dass auch für dieselbe die kantonalen Bestimmungen

*) Vgl. aml. Samml. der b.-g. Entschdg. Bd. VI, S. 640; auch Bd. VIII, S. 821, Erw. 8. So kennt z. B. das zürch. Prozessrecht den Eid nicht. Andere Prozessgesetze lassen den Zeugenbeweis nur beschränkt zu. Vgl. diese Zeitschrift Bd. XXIV. S. 481 ff. und S. 527 ff. (Gutachten von Prof. Zeerleder und Prof. Carrard).

über den Beweis (Beweismittel, Beweisverfahren, Beweiswürdigung) massgebend sein sollen. Fraglich kann dabei sein, ob das kantonale oder das Bundesgericht im Laufe des Verfahrens entstehende Streitigkeiten über die Erheblichkeit der Beweissätze und die Zulässigkeit der Beweismittel zu erledigen habe. In einem Spezialfalle hat das kantonale Gericht die Akten ohne weiteres dem Bundesgerichte zur Entscheidung eingesandt und das letztere mit Rücksicht darauf, dass es als Prozessgericht, das kantonale Gericht nur als beauftragtes erscheine, über solche Streitigkeiten erkannt.*.) Diess schliesst aber nicht aus, dass das kantonale Gericht von Amtes wegen diejenigen Befugnisse ausübt, welche ihm das kantonale Processrecht überträgt, z. B. Rückweisung verspätet eingereichter Beweise u. s. w.

Ist die vom kantonalen Gerichte mit Unrecht als unerheblich betrachtete oder übersehene relevante Thatsache unbestritten, so ist ohne weiters das Endurtheil auszufallen; ebenso, wenn der Beweis für dieselbe bereits in den Akten liegt und sie daher eines weitern Beweises nicht bedürftig ist. Das Bundesgericht hat daher immer, bevor es einem Antrage auf Aktenvervollständigung Folge gibt, erst festzustellen, ob die Thatsache unbestritten oder bereits bewiesen sei. Selbstverständlich ist diese Feststellung auch dann vorzunehmen, wenn die Parteien keinen weitern Beweis beantragen, sondern sich lediglich (ausdrücklich oder stillschweigend) auf den Inhalt der Akten beziehen,**) da ja die auf Unkenntniss des objectiven Rechtes beruhende Rechtsverletzung unter allen Umständen vom Bundesgerichte gut gemacht werden muss und eine Rückweisung an die kantonale Instanz zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen in keinem

*) Beschluss des Bundesgerichtes vom 13. Februar 1882 in Sachen der Eheleute Sandvoss (nicht abgedruckt).

**) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. IX, S. 91. Das Bundesgericht ist indess schon in einer Reihe früherer Fälle ganz gleich verfahren, jedoch ohne diess in der Begründung ausdrücklich zu rechtfertigen; so Bd. VIII. S. 811 ff.: siehe indess auch Bd. III. S. 386. Erw. 2.

Falle stattfinden soll *). Eine gegentheilige Auffassung würde dem Gesetzgeber einen völligen Unsinn zuschreiben, wozu keine Berechtigung vorhanden ist.

Aus dem Vorstehenden geht wohl hervor, dass das Rechtsmittel keineswegs eine Sphinx (wie es schon bezeichnet worden), sondern entschieden besser ist als sein Ruf, **) indem das Bundesgericht durchaus nicht eine so unfreie Stellung gegenüber den Urtheilen der kantonalen Gerichte einnimmt, wie vielfach angenommen wird, und namentlich die Schwierigkeit (nicht Unmöglichkeit, denn eine solche besteht nicht), die Thatfrage von der Rechtsfrage zu trennen, und die von daher rührende Ungenauigkeit oder Unvollständigkeit der kantonalgerichtlichen Entscheidungsgründe für das Bundesgericht kein Hemmniss für eine richtige Rechtsprechung sind. Wie ausgeführt steht der Entscheid darüber, welche vorgebrachten Thatsachen erheblich seien, unbedingt dem Bundesgerichte zu und ist dasselbe durchaus befugt,

*) Das sollte jedenfalls geändert werden. Hierüber und über eine m. E. jetzt schon zulässige resp. gebotene Ausnahme werde ich mich im IV. Abschnitte dieses Aufsatzes aussprechen. Siehe einen Fall der Rückweisung zur Vervollständigung des Urtheils in aml. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. VIII. S. 518 ff. und Bd. IX. S. 87 f. Mit Recht hat das Bundesgericht in denjenigen Civilstreitigkeiten, welche es als Oberinstanz zu beurtheilen hat, das in Art. 178—180 des eidg. C.-P.-O. vorgeschriebene Verfahren nicht zur Anwendung gebracht, die Beschwerden und Gesuche, welche auf Ergänzung der Akten gerichtet sind, also nicht separat, sondern gleichzeitig mit der rechtlichen Erörterung der Streitsache in ihrem ganzen Zusammenhange verhandeln lassen. Uebrigens ist die Auslegung des Art. 178, dass das Bundesgericht eine Ergänzung des Vorverfahrens z. B. durch Erhebung einer Oberexpertise anordnen könne, ohne sich über die Relevanz der Thatsachen, welche durch diese Ergänzung festgestellt werden sollen, auszusprechen und schlüssig zu machen, nicht nur nicht selbstverständlich, sondern entschieden unrichtig. Oder welche Gründe soll denn das Bundesgericht in seinem „motivirten“ Urteil für die Ergänzung anführen?

**) Vgl. die Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins vom 19. September 1882; ferner Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. XIX. S. 433 ff. (wo m. E. von einer unzutreffenden Auffassung des Rechtsmittels ausgegangen wird) und S. 550.

für die Feststellung dieser Thatsachen, soweit sie nicht aus prozessualischen Gründen (wegen verspäteten Vorbringens, mangelhaften Beweisanerbietens u. dgl.) ausser Betracht fallen müssen, zu sorgen. Soweit diese Thatsachen vom kantonalen Richter festgestellt d. h. hinsichtlich ihrer Existenz oder Nichtexistenz gewürdigt worden sind, ist das Bundesgericht allerdings an diese Feststellung gebunden*), in allen andern Fällen d. h. wenn das kantonale Gericht die Thatsachen als unerheblich betrachtet oder aus Versehen nicht gewürdigt hat, kann und soll das Bundesgericht die Feststellung selbst vornehmen. Und diess muss consequenterweise auch dann geschehen, wenn aus den Gründen des kantonalen Urtheils nicht zu entnehmen ist, ob die Entscheidung auf einer rein thatsächlichen Annahme oder auf einer rechtlichen Beurtheilung beruht, weil in den Entscheidungsgründen die Beurtheilung der reinen Thatfragen nicht strenge von derjenigen der Rechtsfragen getrennt ist. Solche Fälle sind nicht selten, indem es allerdings vorkommt, dass die kantonalen Gerichte, namentlich bei Fragen gemischter Natur, sich eines solchen Lakonismus befleissen, dass es dem obern Richter unmöglich ist, mit Sicherheit zu erkennen, auf welchen thatsächlichen Annahmen die Entscheidung beruht und ob bei der rechtlichen Beurtheilung derselben eine richtige oder unrichtige Anwendung des Gesetzes stattgefunden hat.**) In allen diesen

*) Vgl. noch amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. VIII, S. 820 ff.

**) So kommt es z. B. vor, dass kant. Gerichte einfach erklären, der Beweis der höhern Gewalt oder der Beweis für den Scheidungsgrund der tiefen Ehrenkränkung sei nicht geleistet, während dieselben die Thatfrage und die Rechtsfrage auseinander halten sollten. Thatfrage ist, ob die Thatsachen, welche nach Ansicht der Partei den Thatbestand der höhern Gewalt resp. der tiefen Ehrenkränkung begründen sollen, existieren. Rechtsfrage ist, ob diese Thatsachen wirklich den Thatbestand der höhern Gewalt resp. der tiefen Ehrenkränkung ausfüllen, so sehr zuzugeben ist, dass je nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles thatsächliche Gründe für die Bejahung oder Verneinung des Vorhandenseins dieses Scheidungsgrundes den Ausschlag geben können.

Fällen hat das Bundesgericht den Thatbestand aus den Prozessakten zu ergänzen resp. selbst festzustellen. Natürlich ist bei der Prüfung, inwieweit einem kantonalen Urtheile rein thatsächliche Annahmen zu Grunde liegen, gewissenhaft zu verfahren und müssen solche Annahmen z. B. auch da als vorhanden anerkannt werden, wo sie zwar in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich erwähnt sind, wohl aber deutlich erkennbar ist, dass die Entscheidung von denselben (Anerkennungen, Geständnissen, Bestreitungen u. s. w.) ausgeht. Dass aber die Untersuchung immerhin nicht mit peinlichster Subtilität vorzunehmen ist, sondern die Entscheidungsgründe in dieser Richtung mit der gleichen Freiheit, wie in Bezug auf die juristische Auffassung der Thatsachen zu würdigen sind, versteht sich von selbst; steht doch über dem Bundesgerichte keine weitere Instanz, bei welcher gegen das bundesgerichtliche Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde oder ein anderes Rechtsmittel wegen unbefugter Entscheidung von Thatfragen ergriffen werden könnte. Die grössten Schwierigkeiten bereiten der bundesgerichtlichen Rechtssprechung diejenigen Kantone, in welchen die Zeugenaussagen nicht protokolliert werden, indem dieser Umstand auch die Beurtheilung der Rechtsfragen erschwert und sogar unmöglich machen kann.*)

Es hätte daher längst erwartet werden dürfen, dass die zuständigen Organe jener Kantone wenigstens für diejenigen

*) Vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichtes für das Jahr 1881, Bd. 1882, Bd. II. S. 698 ff. Nicht als richtig anzuerkennen sind dagegen die Ausführungen auf S. 699 daselbst, soweit darin die Befugniß des Bundesgerichtes zur Ergänzung des Thatbestandes in Abrede gestellt ist. Nur die Aufhebung des Urtheils und Rückweisung der Sache an die kantonalen Gerichte ist unstatthaft, nicht dagegen die Ergänzung des Thatbestandes durch das Bundesgericht selbst. Während die Revision der deutschen C.-P.-O. auf Aufhebung des Urtheils geht, ist der Zweck des schweizerischen Rechtsmittels Abänderung des kantonalen Urtheils. Auch sind der deutschen Revision die Verletzungen des Prozessrechts nicht entzogen, wie der schweizerischen Weiterziehung. Das deutsche Rechtsmittel unterscheidet sich daher nicht un wesentlich vom schweizerischen.

Prozesse, welche an das Bundesgericht gezogen werden können, die Protokollirung anordnen würden, zumal nicht nur davon gar keine Rede ist, dass die betreffenden kantonalen Gesetzgebungen dieselbe verbieten, sondern die Unterlassung mitunter geradezu eine Gesetzesverletzung enthält.*)

Eine kasuistische Untersuchung, was in einzelnen Fällen als That oder als Rechtsfrage zu betrachten sei, liegt nicht im Zwecke dieses Aufsatzes.

In dieser Hinsicht ist auf den Bericht des Prof. Alfr. Martin an die schweizerische Juristenversammlung vom 18. und 19. September 1882 zu verweisen, dessen Ansichten fast durchweg beizustimmen ist.**) Zu weit geht jedoch Martin, wenn er behauptet, dass jede Würdigung (toute appréciation) der Thatsachen dem Bundesgerichte zustehe, und wenn er anzunehmen scheint, dass es im Civilprozesse ausserhalb der thatsächlichen und rechtlichen Würdigung noch eine moralische Würdigung gebe. Letzteres ist des bestimmtesten zu bestreiten. Die Würdigung, welche Martin die moralische nennt, wird in der Regel zur thatsächlichen Würdigung gehören, weil es sich um Schlussfolgerungen aus gewissen Thatsachen auf andere Thatsachen handelt. Diese Würdigung ist aber dem Rechtsmittel der Weiterziehung ans Bundesgericht im Sinne der vorstehenden Ausführungen insoweit entzogen, als das Bundesgericht von den rein thatsächlichen Annahmen des kantonalen Gerichtes nicht abgehen darf. Martin scheint zu seiner Aufstellung durch die nicht ganz korrekte Fassung einer bündesgerichtlichen Erwägung, welche die Ausmessung der Entschädigung in einem Haftpflichtfalle***) beschlägt, veranlasst worden zu sein. Die Frage, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich derselbe belaufe,

*) Vgl. amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. VII. S. 807 ff.

**) Ferner ist zu verweisen auf die Commentare von Seuffert, Petersen, Struckmann und Koch, Wilmowski und Levy, u. s. w. zu den §§. 511, 516 und 524 der deutschen C.-P.-O., wo auch die bezüglichen Entscheide des deutschen Reichsgerichts angeführt sind.

***) Entsch. des Bundesgerichtes vom 3. Juni 1881 in Sachen Liardet, amt. Samml. Bd. VII. S. 333 f.

ist in der Regel eine reine Thatfrage. Eine Verletzung des materiellen Rechts kann dabei insofern unterlaufen, als Nachtheile in Betracht gezogen werden, welche das Gesetz von der Berücksichtigung ausschliesst, oder wenn umgekehrt verfahren wird, oder wenn die Entschädigung in gesetzwidriger Weise höher oder niedriger als der Betrag des richtig erkannten Schadens angesetzt wird. Nur wenn ein solcher rechtlicher Fehler oder Irrthum des kantonalen Richters vorliegt, ist das Bundesgericht zur Abänderung der Entscheidung befugt, während die thatsächlichen Grundlagen derselben der Anfechtung beim Bundesgerichte entzogen sind.

Stellt daher das Gesetz den Entscheid über die Höhe des Schadenersatzes dem freien richterlichen Ermessen anheim, so kann das kantonale Urtheil vom Bundesgerichte nicht desshalb abgeändert werden, weil dasselbe findet, der kantonale Richter habe den Schaden unrichtig geschätzt, sondern nur wenn ersichtlich bei dieser Schätzung ein Rechtsirrthum unterlaufen ist.*) Das Bundesgericht ist nicht befugt, sein Ermessen demjenigen des kantonalen Richters zu substituiren.**))

Daraus, dass der Zweck der Weiterziehung an's Bundesgericht die Ueberprüfung des angefochtenen kantonalen Urtheils auf Grund des vor den kantonalen Gerichten vorgebrachten Aktenmaterials und Abänderung desselben wegen unrichtiger Anwendung des materiellen Privatrechtes ist, ergibt

*) Vergl. z. B. Entschdg. d. Bundesgerichtes vom 2. Juli 1881, a. a. O. Bd. VII. S. 531 ff. Die Praxis des Bundesgerichts ist schwankend. Neben einer Reihe von Entscheidungen, welche von den oben entwickelten Grundsätzen ausgehen, finden sich (jedoch weniger) andere. Vrgl. ausser den bereits citirten Entschdg. noch: Amtl. Samml. Bd. VI. S. 155, 272, 458, 260 ff., 626 Erw. 3 ff.; Bd. VIII. S. 527 Erw. 3, S. 785 Erw. 5, S. 807. —

**) Anders, wenn es sich nicht um Ersatz von materiellem Schaden, sondern um Genugthuung (Reparatur körperlicher oder seelischer Schmerzen) handelt, vrgl. Art 54 d. O.-R. und Art. 7 des Eisenbahnpflichtgesetzes. Denn in diesen Fällen gehört die Bestimmung der Höhe zur rechtlichen Beurtheilung. Vrgl. Amtl. Samml. der b.-g. Entsch. Bd. IX S. 268 ff.

sich, inwiefern Contumazialurtheile an das Bundesgericht gezogen werden können, bezw. dass diess nicht geschehen kann wegen rechtswidriger Verhängung der Contumazia, überhaupt wegen Verletzung von Prozessvorschriften.

Sollten also die Contumazialfolgen nach einer kantonalen Prozessgesetzgebung dahin festgesetzt sein, dass bei unentschuldigtem Ausbleiben der beklagten Partei ohne Weiteres Anerkennung des klägerischen Anspruchs angenommen wird, so kann die Weiterziehung eines solchen Contumazialentscheides beim Bundesgerichte ebenso wenig Erfolg haben, als die Weiterziehung eines Contumazialurtheils, durch welches der Kläger wegen Versäumung des Verhandlungstermins mit seiner Klage abgewiesen worden ist. Wo aber das Contumazialverfahren so eingerichtet ist, dass beim Ausbleiben des Beklagten im Verhandlungstermin der Kläger zum einseitigen Vortrage zugelassen wird, die von letzterm vorgebrachten Thatsachen als zugestanden betrachtet werden und Verzicht auf Einreden angenommen wird, und der Richter den Klageanspruch nur insofern resp. insoweit gutheissen darf, als derselbe nach den auf die vorgebrachten Thatsachen anwendbaren Rechtssätzen begründet erscheint, da ist nicht nur die Weiterziehung des Contumazialurtheils an das Bundesgericht zulässig, sondern kann dieselbe auch von Erfolg sein. Ein Ausschluss des Rechtsmittels würde sich daher m. E. um so weniger rechtfertigen, als es bekanntlich Kantone (z. B. Zürich) gibt, welche gegen Contumazialurtheile nur die gewöhnlichen Rechtsmittel zulassen und ein besonderes (Einspruchs-, Purgations-) Verfahren nicht kennen.*)

Uebrigens ist die Frage offenbar von ganz geringer praktischer Bedeutung, indem ja die, ohnehin nicht häufigen, Contumazialurtheile meistens von der ersten kantonalen Instanz ausgehen, deren Urtheile nur im Einverständnisse beider Parteien an's Bundesgericht gezogen werden können.

*) Siehe dagegen Speiser, Referat S. 29 ff.

III. Ausserordentliche Rechtsmittel.

Dass gegen Urtheile, welche vom Bundesgerichte als Oberinstanz in Civilstreitigkeiten erlassen worden sind, das (die Nichtigkeitsbeschwerde und die Wiederherstellung in sich vereinigende) ausserordentliche Rechtsmittel der Revision des Art. 192 ff. der eidgen. C.-P.-O. zulässig sei, hat das Bundesgericht in zwei Fällen ausgesprochen.*)

1. Kassation. Obgleich die eidgen. C.-P.-O. nur das Verfahren vor dem Bundesgerichte in solchen Rechtsstreitigkeiten regelt, welche mit Umgehung der kantonalen Gerichte an dasselbe als einzige Instanz gebracht werden, so unterliegt doch nicht nur keinem Bedenken, sondern erscheint es vielmehr, beim Abgange besonderer Vorschriften für die Anfechtung der hier in Rede stehenden Urtheile und mit Rücksicht auf die früher erwähnten bei der Schöpfung des Gesetzes gefallenen Aeusserungen über die subsidiäre Anwendung der Vorschriften der eidgen. C.-P.-O., ganz sachgemäss, dass die darin festgesetzten Kassationsgründe auch bezüglich dieser Urtheile in Anwendung gebracht werden. Immerhin kann aber darüber kein begründeter Zweifel bestehen, dass beim Bundesgerichte auf diesem Wege nur das bунdesgerichtliche Urtheil, nicht auch das demselben vorausgegangene kantonale Urtheil, anfechtbar ist. Soweit es sich um Mängel der kantonalen Urtheile oder des denselben vorausgegangenen Verfahrens handelt, deren Gutmachung vom Bundesgerichte mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Weiterziehung nach Art. 29 f. des Organisationsgesetzes erwirkt werden kann, ist dieser Weiterzug das einzige Rechtsmittel, durch welches die Anfechtung solcher Urtheile beim Bundesgerichte zulässig ist. Soweit dasselbe versagt, kann selbstverständlich keine Rede davon sein, das kantonale Urtheil in der Weise mittelst des ausserordentlichen Rechts-

*) Siehe amtl. Samml. d. b.-g. Entschdg. Bd. III. S. 552 ff.; Bd. IV S. 632 ff.

mittels der Kassation anzufechten, dass dieses Rechtmittel gegen das bundesgerichtliche Urtheil ergriffen wird. Vielmehr stehen wegen der dem Rechtsmittel der Weiterziehung entzogenen Mängel nur die nach dem kantonalen Prozessrechte zulässigen ausserordentlichen Rechtsmittel an die kantonalen Gerichte zur Verfügung.

Fraglich kann dabei sein einerseits, ob diese Rechtsmittel nur zulässig seien vor oder auch nach Ausfällung des bundesgerichtlichen Urtheils, und anderseits, ob sie auch wegen solcher Mängel statthaft seien, deren Gutmachung beim Bundesgerichte verlangt werden kann.*.) Ich glaube, letztere Frage sei (wenigstens für den Kanton Zürich) zu verneinen. Das ausserordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen solche Urtheile gegeben, welche mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels nicht mehr anfechtbar sind (Vrgl. § 705 des unten cit. zürch. Gesetzes). Soweit ein ordentliches Rechtsmittel gegen ein Urtheil noch zulässig oder letzteres bloss desshalb rechtskräftig geworden ist, weil die Parteien von dem ihnen zu Gebote stehenden ordentlichen Rechtsmittel keinen Gebrauch machten, erwangelt die Nichtigkeitsbeschwerde der nothwendigen Voraussetzung, mag das ordentliche Rechtsmittel an ein kantonales oder das eidgenössische Gericht gehen.

Dazu kommt, dass mit Bezug auf den hier einzig in Betracht fallenden Punkt, die Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Thatbestand, dem Bundesgerichte ein viel unbeschränkteres Prüfungsrecht als dem kantonalen Kassationsgerichte zusteht und dass ferner die concurirende Zulassung beider Rechtsmittel die, vom kantonalen Gesetzgeber sicher nicht gewollte, Folge hätte, dass dann gegen kassationsgerichtliche Urtheile, durch welche ein obergerichtliches Urtheil wegen Verletzung des materiellen eidgenössischen Rechtes vernichtet und ein neuer abändernder Entscheid gefällt worden ist, noch ein ordentliches

*) Diess würde zutreffen bezüglich der in § 704 Ziff. 9 des citirten zürch. Gesetzes angeführten Nichtigkeitsgründe.

Rechtsmittel, nämlich die Weiterziehung ans Bundesgericht zulässig wäre. Denn da das Kassationsgericht den neuen abändernden Entscheid an Stelle des Obergerichtes erlässt*), so ist klar, dass jeder Partei, welche sich durch das neue Urtheil beschwert erachtet, insbesondere also derjenigen Partei, welche vor Obergericht obgesiegt hatte, vor Kassationsgericht aber unterlegen ist, unbedingt das Recht eingeraumt werden müsste, die Streitigkeit nunmehr ihrerseits gemäss Art. 29 leg. cit. an's Bundesgericht zu ziehen.**) Und dabei wäre dann der Fall wenigstens gedenkbar, dass das Bundesgericht das ursprüngliche Urtheil, welches das Kassationsgericht „als mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung in offenbarem Widerspruch stehend“ aufgehoben hatte, wieder herstellte.

Dagegen scheint mir die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsmittels der Weiterziehung ans Bundesgericht kein Hinderniss zu sein, dass die kantonalen Erkenntnisse bezüglich derjenigen Mängel, welche diesem Rechtsmittel entzogen sind und daher durch das bündesgerichtliche Urtheil nicht geheilt werden können, bei den kantonalen Gerichten mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde wenigstens vor Ausfällung des bündesgerichtlichen Urtheils angefochten werden können, soweit das kantonale Prozessrecht dieses ausserordentliche Rechtsmittel kennt und zulässt.***)

*) Vgl. Sträuli, Kommentar zum Ges. betr. die zürch. Rechtspflege S. 344, Anm. 5 zu § 712.

**) Allerdings tritt diese Folge auch dann ein, wenn das Kassationsgericht das obergerichtliche Urtheil aus einem andern Nichtigkeitsgrunde, z.B. wegen Aktenwidrigkeit, kassirt und sodann an Stelle des Obergerichtes einen neuen Entscheid fällt. Allein in solchen Fällen handelt es sich eben um Verbesserung von Mängeln, welche dem Rechtsmittel der Weiterziehung ans Bundesgericht entzogen sind, und wird das obergerichtliche Urtheil nicht wegen Verletzung des mater. Rechtes aufgehoben resp. abgeändert.

***) So z. B. zürch. obergerichtl. Urtheile aus den in § 704 Ziff. 1—8 des Gesetzes betr. die zürch. Rechtspflege angeführten Gründen beim zürch. Kassationsgerichte; immerhin ist bezüglich Ziff. 6 zu bemerken, dass nach dem früher Gesagten es auch Sache des Bundesgerichtes ist, die Erheblichkeit der vorgebrachten Thatsachen zu prüfen. Will für den Fall

Zweifelhafter ist die andere Frage, ob die Anfechtung des kantonalen Urtheils wegen solcher Mängel, die dem eidgenössischen Rechtsmittel entzogen sind, auch noch statthaft sei, nachdem das Bundesgericht in der Sache erkannt hat. Von praktischer Bedeutung ist diese Frage für den Fall, als der Nichtigkeitsgrund erst später entdeckt worden ist; zweifelhaft ist sie insofern, als die kantonale Kassationsbehörde nur das kantonale Urtheil vernichten kann und es an jeder gesetzlichen Bestimmung mangelt, welche einer solchen Vernichtung auch Einfluss auf den Fortbestand und die Vollziehbarkeit des bundesgerichtlichen Urtheils einräumte,*) während natürlich die Kassation des kantonalen Urtheils keinen Sinn hat, wenn das bundesgerichtliche Urtheil in Kraft verbleibt. Bei der selbständigen Bedeutung, welche das kantonale Urtheil wegen der Feststellung des Thatbestandes hat, ist es m. E. ein Gebot der Gerechtigkeit resp. der Rechtsgleichheit, dass die Kassationsbeschwerde gegen dasselbe wegen der bezeichneten Mängel, insbesondere also wegen formeller Nichtigkeit des Verfahrens oder aktenwidriger Feststellung einer Thatsache, auch nach Erlass des bundesgerichtlichen Urtheils noch zugelassen werde, sofern der Nichtigkeitskläger erst zu einer Zeit Kenntniss von dem Nichtigkeitsgrunde erhielt, wo er die Ausfällung des bundesgerichtlichen Urtheils nicht mehr verhindern resp. nicht mehr unter Berufung auf die bei der kantonalen Kassationsinstanz eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde um Sistirung des bundes-

der Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde das Recht des Weiterzugs des obergerichtl. Urtheils an das Bundesgericht gewahrt werden, so ist es sehr ratsam, dass die Weiterziehung sofort, d. h. innerhalb der 20tägigen Frist des Art. 30 Abs. 1, gegen das obergerichtl. Urtheil erklärt werde, indem sonst, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen wird, in Frage kommen könnte, ob das Rechtsmittel der Weiterziehung ans Bundesgericht nicht verwirkt sei. Letztere Frage wäre etwas zweifelhaft. Bis zur Austragung der Nichtigkeitsbeschwerde ist das Verfahren vor Bundesgericht zu sistiren. Vgl. Entsch. d. B.-G. Bd. VI. S. 632 ff.

*) Natürlich fallen hier diejenigen Theile des kant. Entscheides ausser Betracht, welche der Weiterziehung an's Bundesgericht überhaupt nicht unterliegen, weil dasselbe (namentlich wegen Nichtanwendbarkeit

gerichtlichen Verfahrens einkommen konnte. Im entgegen gesetzten Falle dürfte dagegen wohl ohne Bedenken die Nichtigkeitsbeschwerde als verwirkt angesehen werden. Denn wenn einer Partei bekannt ist, dass das Urtheil an Mängeln leidet, welche nur mittelst der kantonalen Nichtigkeits beschwerde, nicht aber mittelst des eidgenössischen Rechts mittels gut gemacht werden können, so erfordert das Ver hältniss des kantonalen Erkenntnisses zu dem bundesgericht lichen Urtheile, dass sie von der Nichtigkeitsbeschwerde sofort Gebrauch mache und nicht warte, bis das Bundesgericht sein Urtheil gefällt hat. Aber freilich ist zur Zeit, wie bereits bemerkt, zum Mindesten zweifelhaft, ob auch nur im Falle der späteren Entdeckung des Nichtigkeits grundes die Kassationsbeschwerde gegen das kantonale Urtheil noch zulässig sei oder die Existenz des bundes gerichtlichen, nur nach Massgabe der Bundesgesetzgebung anfechtbaren, Urtheils derselben entgegenstehe. Berücksich tigt man, dass das Bundesgericht immer in der Sache selbst entscheidet und daher sein Urtheil, mag es das kantonale Erkenntniß abändern oder bestätigen, trotzdem die thatsäch lichen Annahmen des letztern unberührt bleiben formell doch allein das rechtskräftige ist, so wird die Zulässig keit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das kantonale Urtheil wohl verneint werden müssen. Bei der nahe bevorstehenden Revision des Gesetzes mangelt die hinreichende Veranlassung,

eidg. Rechtes) zu deren Beurtheilung nicht kompetent ist. Vgl. hiezu Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts Bd. I. S. 93 ff., ein Kassationsentscheid, dessen Richtigkeit mir bezüglich des dritten Kassationsantrages doch etwas zweifelhaft erscheint. Trotz des Wortlautes des Dispositivs des bundesgerichtlichen Urtheils scheint mir die Auslegung des selben doch richtiger, dass das Bundesgericht nur über die Frage der Verschuldung entschieden, dagegen bezüglich Art und Umfang der Ent schädigung — in Uebereinstimmung mit früheren Urtheilen, vgl. z. B. amtl. Samml. Bd. II. S. 502 Erw. 11; Bd. VII, S. 378 Erw. 2 und die daselbst citirten Urtheile — einen Entscheid wegen Inkompétence abgelehnt habe, und in diesem Falle war die Kassationsbeschwerde zulässig und begründet. Indessen ist unbedingt zuzugeben, dass der Wortlaut des b.-g. Urtheils die Auffassung des Kassationsgerichtes rechtfertigt.

um diese Frage auf Grundlage der bestehenden Bestimmungen hier weiter zu verfolgen. Unumgänglich wird es aber sein, dass dieselbe für die Zukunft gesetzlich geregelt werde.

2. Was die Frage der Zulässigkeit der Restitution (Wiederherstellung, Revision) betrifft, so ist bereits früher bemerkt worden, dass die Abänderung des kantonalen Urtheils auf Grund von Beweismitteln, deren Beibringung einer Partei vor den kantonalen Gerichten nicht möglich war, beim Bundesgerichte nicht erwirkt werden könne, sondern im Falle der Entdeckung neuer Beweismittel nach Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Urtheils der Weg der Revision, Wiederherstellung, gegen dieses Urtheil zu beschreiten sei. Wie aber, wenn die Beweismittel erst nach Ausfällung des bundesgerichtlichen Urtheils entdeckt worden sind? Ist dann die Wiederherstellung beim Bundesgerichte oder beim kantonalen Gerichte nachzusuchen? Da es sich um Ergänzung, beziehungsweise Berichtigung des Thatbestandes handelt, so würde die Consequenz erfordern, dass das Revisionsgesuch bei demjenigen Gerichte angebracht werde, welches der Regel nach über die tatsächlichen Fragen des Rechtsstreites entscheidet, also bei dem letztinstanzlichen kantonalen Gerichte. Aber bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Zuständigkeit der kantonalen Gerichte anerkennt, wird das Gesuch nur beim Bundesgerichte eingereicht werden können, da, soweit über den Streitgegenstand nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden ist, das bundesgerichtliche Urtheil, wie bereits bemerkt, allein als das rechtskräftige und daher formell einzig als das anfechtbare erscheint. Es ist daher für die Einreichung des Rechtsmittels auch die in der eidg. C.-P.-O. Art. 193 und 194 festgesetzte Frist massgebend.

Als weiterer Wiederherstellungsgrund ist sowohl in der eidg. C.-P.-O. als in kantonalen Gesetzen*) anerkannt „wenn durch ein strafrechtliches Urtheil festgestellt ist, dass durch

*) Vgl. z. B. Ges. betr. die zürch. Rechtspflege §. 714 Ziff. 1; — eidg. C.-P.-O. Art. 192 Ziff. 3.

ein Verbrechen zum Nachtheil des Petenten auf den Entscheid eingewirkt wurde.“ Bei der bereits hervorgehobenen selbständigen Bedeutung des kantonalen Urtheils muss das Rechtsmittel nicht bloss gegen das b u n d e s g e r i c h t l i c h e, sondern auch gegen das kantonale Urtheil zugelassen werden, sofern der Fehler bei dem kantonalen Gerichte vorgekommen ist. Dabei erschiene wohl als das Richtigste, dass je nach der Instanz (Bundes- oder kantonale Instanz), bei welcher die verbrecherische Einwirkung stattgefunden hat, auch die Zuständigkeit bestimmt würde.

Aus den angeführten Gründen wird jedoch auch bezüglich dieses Wiederherstellungsgrundes das B u n d e s g e r i c h t als diejenige Stelle bezeichnet werden müssen, bei welcher das Revisionsgesuch einzureichen ist.

Das neu zu erlassende Bundesgesetz wird auch diesem Punkte seine Aufmerksamkeit zuzuwenden haben.

(Schluss folgt im nächsten Hefte.)

•
—