

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: 29 (1910)

Artikel: Die Weiterziehung von Zivilsachen an das Bundesgericht nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches

Autor: Jæger, C.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895965>

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: 30.12.2025

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

Verhandlungen

des schweizerischen Juristenvereins.

XLVIII. Jahresversammlung 1910 in Genf.

Die Weiterziehung von Zivilsachen an das Bundesgericht nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches.

Referat

von

Bundesrichter Dr. C. JÄGER.

A. Einleitung.

Am 24. März 1908 hat der Bundesrat die Publikation des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Gesetzessammlung verfügt und damit das Zeichen gegeben für eine bald nachher beinahe überall einsetzende intensive Tätigkeit der gesetzgeberischen Organe in den Kantonen, die nun nach ihren speziellen Bedürfnissen unter anderm namentlich auch die Instanzen bezeichnen, denen die Handhabung des neuen Rechts anvertraut werden soll, und das Verfahren zu umschreiben haben, nach welchem bei ihnen die neuen Institutionen zu funktionieren haben werden. Denn während sonst andernorts der Schaffung eines einheitlichen materiellen Rechts diejenige eines uniformen Prozesses voranzugehen pflegt, oder doch mindestens beides Hand in Hand geht, bewegt sich bei uns bekanntlich die Entwicklung in umgekehrtem Sinne und schwebt uns das einheitliche Verfahren erst noch als zu erkämpfendes Ziel in ziemlich weiter Ferne vor. Das Gesetz hat uns diesem Ziele nur ganz unbedeutend näher gebracht; denn es hat in Art. 52 der Einführungs- und Uebergangsbestimmungen ausdrücklich den Kantonen die „Anordnungen in bezug auf die Zuständigkeit der Behörden und die Einrichtung der Zivilstands-, Vormundschafts- und Grundbuchämter“ vorbehalten und in Art. 34 ihnen auch das Recht eingeräumt, da, wo das

Zivilgesetzbuch von einer zuständigen Behörde spricht, zu bestimmen, welche bereits vorhandene oder erst noch zu schaffende Behörde zuständig sein soll, sowie das Verfahren vor der zuständigen Behörde zu ordnen. Es verbleiben also auch nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches die Gerichtsorganisation und das Prozessverfahren eine Domäne des kantonalen Rechtes mit nur wenigen neuen eidgenössischen Enklaven darin. Immerhin kann natürlich, da die Rechtsprechung den Kantonen verfassungsmässig nicht ohne jede Einschränkung überlassen ist, sondern nur unter Vorbehalt der dem Bundesgerichte behufs einheitlicher Anwendung der eidgenössischen Gesetze eingeräumten Kompetenzen (BV Art. 64 und 114), auch der Bund gegenüber der Tatsache, dass grosse neue Gebiete des Privatrechtes nun einheitlich geordnet sind, sich nicht indifferent verhalten, sondern muss sich die Frage vorlegen, welche Folgen für die eidgenössische Justizorganisation und das Verfahren vor dem Bundesgericht das neue einheitliche Zivilrecht haben werde. Der Bundesrat hat daher schon unterm 24. März 1908 das Bundesgericht um eine gutachtliche Aeusserung über die Modalitäten einer Revision des gegenwärtigen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ersucht, die Notwendigkeit einer solchen Revision damit ohne weiteres als gegeben annehmend. Das Bundesgericht hat anfangs des Jahres 1909 das verlangte Gutachten erstattet und darin in grossen Zügen seine Ansichten sowohl über die neue Organisation des Bundesgerichts, als auch über die hinsichtlich des Verfahrens vorzunehmenden Neuerungen und Aenderungen entwickelt; auch liegt bereits ein auf dieser Basis aufgebauter Entwurf zu einem revidierten Organisationsgesetz vor. Das Bundesgericht hat in seiner Mehrheit, nachdem es diesen Entwurf zur Begutachtung erhalten, die darin enthaltenen Vorschläge über den Rekurs in Zivilsachen, obgleich sie auf seine eigenen Anregungen in dem an den Bundesrat erstatteten Gutachten vom Jahre 1909 zurückgingen, später wieder bekämpft und dem Bundesrat im März 1910 neue, auf eine totale Umgestaltung des Rechtsmittels abzielende Vorschläge eingereicht. Gegen diese hat in einem einlässlichen Berichte vom Mai dieses Jahres

eine Minderheit des Bundesgerichts wieder Stellung genommen. Bei dieser Kontroverse stehen grundsätzliche Fragen von grosser Tragweite sowohl für die Stellung des Richters, wie für diejenige der Parteien und Anwälte zur Diskussion und es rechtfertigt sich daher wohl, dass sie, bevor die Räte dazu Stellung nehmen, auch im Schosse des Juristenvereins besprochen werden und dass die schweizerischen Juristen sich auch mit dieser, bis jetzt durch die Schwierigkeiten und den Umfang der dem kantonalen Gesetzgeber gestellten Aufgaben etwas in den Hintergrund gedrängten Seite der Einführung des Zivilgesetzbuches beschäftigen. Das eidg. Justizdepartement hat denn auch ohne weiteres seine Zustimmung dazu erteilt, dass auf die erwähnten, bisher noch nicht publizierten Gutachten und Entwürfe vom Referenten Bezug genommen werde.

Dem Zwecke des Referates entsprechend, das nicht eine wissenschaftlich erschöpfende Darstellung des Gegenstandes sein, sondern eine Basis für die Diskussion bestimmter, besonders hervorspringender Punkte abgeben soll, muss es sich natürlich auf die Hervorhebung der Hauptpunkte beschränken und alle Detailfragen beiseite lassen.

Der Untersuchung des Einflusses des Zivilgesetzbuches auf die zivilrechtliche Weiterziehung ans Bundesgericht und der Darstellung und Kritik der neuen Vorschläge über ihre Gestaltung soll zum bessern Verständnis der Sachlage eine summarische, orientierende Darstellung der gegenwärtigen Verhältnisse vorausgehen.

B. Die Weiterziehung von Zivilsachen nach Gesetz und Praxis im gegenwärtigen Zeitpunkt.

Der Ausdruck „Weiterziehung von Zivilsachen“, der als Thema figuriert, ist offenbar absichtlich gewählt worden, um die Diskussion nicht auf die Berufung allein zu beschränken, sondern auszudehnen auf alle Rechtsmittel, durch welche überhaupt von kantonalen Instanzen bereits entschiedene Zivilsachen dem Bundesgericht in letzter Instanz unterbreitet werden können. Er umfasst darnach sowohl die Berufung, wie die Kassations-

beschwerde und den staatsrechtlichen Rekurs; ebenso wohl auch die strafrechtliche Kassationsbeschwerde, denn auch durch diese können adhäsionsweise Zivilentscheide — in Verbindung mit einem nach eidgenössischem Recht zu entscheidenden Strafurteil — an das Bundesgericht weitergezogen werden. Doch sind das Ausnahmefälle, auf die das Zivilgesetzbuch keinerlei Einfluss ausüben wird und die daher ausser Betracht gelassen werden können. Auch die Beschwerde gegen die Entscheide der Aufsichtsbehörden in Betreibungs- und Konkursachen fällt nicht unter die gestellte Aufgabe.

1. Die Berufung.

Sie ist nach dem gegenwärtigen Organisationsgesetz das hauptsächlichste und wesentlichste Mittel zur Weiterziehung von kantonalen Zivilentscheiden an das Bundesgericht, das allerdings durch das Verlangen eines Streitwertes von mindestens Fr. 2000. — zum vornherein auf die Fälle von einer gewissen ökonomischen Bedeutung eingeschränkt ist. Bekanntlich ist sie, trotz des Namens, keine eigentliche Berufung oder Appellation, indem sie den Prozess nicht in vollem Umfang ans Bundesgericht devolviert, sondern nur in der Beschränkung auf die Rechtsfrage; sie ist ferner keine Kassation, denn das Bundesgericht entscheidet immer in der Sache selbst, und zwar ohne in der rechtlichen Würdigung der Tatsachen durch die Parteien anbringen gebunden zu sein, und weist, wenn das weitergezogene Urteil aufgehoben wird, den Fall nicht zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Die Berufung kann ferner nur ergriffen werden gestützt auf die Behauptung einer Verletzung des eidgenössischen Rechts, und endlich hat sie zur weitem Voraussetzung das Vorhandensein eines gerichtlichen Haupturteils, durch welches der Rechtsstreit im kantonalen Verfahren endgültig erledigt wurde. Es liegt natürlich nicht in unserer Absicht, hier eine ins Einzelne gehende Charakteristik der Berufung zu geben, da es sich ja dabei um allbekannte Dinge handelt. Das, worauf es hier ankommt, ist die Hervorhebung der praktischen Folgen ihrer theoretischen

Gestaltung, die Abgrenzung der Berufung gegen die andern Rechtsmittel in Zivilsachen, und darüber ist nun folgendes zu sagen:

a) Von der Berufung ausgeschlossen sind, zufolge des Erfordernisses des Haupturteils über eine Zivilstreitigkeit, alle Zwischenentscheide und Teilurteile, auch wenn sie über eine vom eidgenössischen Recht geregelte Prozessfrage (z. B. die Beweiswürdigung, Art. 11 des Eisenbahnpflichtgesetzes) ergehen und nach kantonalem Recht separat weiterziehbar sind. Selbst dann, wenn sie präjudiziell für die Gestaltung des weitem Verfahrens sind, eine sofortige Erledigung also unter Umständen den Parteien weitere Kosten und Umtriebe ersparen würde, können sie nur in Verbindung mit dem Endentscheid dem Bundesgericht vorgelegt werden. Ausgeschlossen sind im weitem, weil nicht einen materiellen Entscheid über eine Zivilstreitigkeit in sich schliessend, die richterlichen Entscheide über die verschiedenen Inzidente im Vollstreckungsverfahren (Rechtsöffnung, Konkurserklärung, nachträglicher Rechtsvorschlag usw.). Und endlich scheiden von der Berufung aus, weil nicht von einem Gerichte ausgehend, alle zivilrechtlichen Entscheidungen, auch wenn sie sonst den Charakter eines Haupturteils haben würden, die von Administrativinstanzen ausgegangen sind (z. B. Entmündigungen, Vormundschaftsstreitigkeiten usw.).

b) Die Berufung ist ferner nur möglich, wenn behauptet wird, dass die kantonale Entscheidung auf einer „Verletzung des Bundesrechts“ beruhe, was nach Art. 57 des Organisationsgesetzes dann zutrifft, „wenn ein in einem eidgenössischen Gesetze ausdrücklich ausgesprochener oder aus demselben sich ergebender Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“. Ob diese Voraussetzung zutrifft, hat das Gericht, weil es sich dabei um eine seine Zuständigkeit betreffende Norm handelt, von Amtes wegen zu untersuchen, und die Praxis hat sich dahin ausgebildet, dass diese Prüfung vorfrageweise, und ohne dass die Parteien darüber angehört würden, geschieht. Damit ist dem Bundesgericht entzogen die Ueberprüfung der Frage, ob das kantonale oder das ausländische

Recht korrekt angewendet worden seien, während es dagegen eintreten kann auf die Abgrenzung des eidgenössischen Rechts gegenüber diesen beiden andern Rechtssphären — immer aber wieder nur unter der Voraussetzung, dass es sich um ein zivilrechtliches, von einem Gerichte ausgehendes materielles Endurteil und einen Streitwert im Betrage von mindestens Fr. 2000. — handelt.

Die Verletzung von Rechtsgrundsätzen, die sich in der Bundesverfassung vorfinden, auch wenn sie rein zivilrechtlichen oder zivilprozessualen Inhalt haben (z. B. diejenigen über den Gerichtsstand, die Pressfreiheit, den zuständigen Richter, die religiöse Erziehung der Kinder), kann auf dem Wege der Berufung, selbst wenn im übrigen alle Voraussetzungen dafür vorliegen würden, nicht geltend gemacht werden. Andererseits ergibt sich aus Art. 182 des Organisationsgesetzes und der ihm vom Gerichte gegebenen Interpretation, dass, trotzdem Art. 113 Ziff. 3 BV und 175 Ziff. 3 des Organisationsgesetzes für Verletzungen von Staatsverträgen ganz allgemein den staatsrechtlichen Rekurs als das zutreffende Rechtsmittel bezeichnen, dabei doch zu unterscheiden ist, ob es sich um rein zivilrechtliche oder um staatsrechtliche Bestimmungen der Verträge handelt, und dass in ersterem Falle der staatsrechtliche Rekurs ausgeschlossen ist, auch wenn die Voraussetzungen der Berufung gar nicht vorliegen, sogar dann, wenn nur der Streitwert für die Berufung nicht erreicht wird.¹⁾

c) Die Zuständigkeit des Bundesgerichts einmal gegeben, ist dessen Stellung gegenüber dem Prozessstoff eine verschiedene, je nachdem es sich um die Rechts- oder die Tatfrage handelt.

a) Entsprechend seiner Aufgabe, für die „einheitliche Anwendung der eidgenössischen Gesetze“ zu sorgen, ist dem Bundesgericht prinzipiell die Ueberprüfung der tatsächlichen Entscheidungen der kantonalen Instanzen entzogen. Es handelt sich dabei in Hauptsachen um die

¹⁾ Vergl. A. S. Bd XXVII, T. I, S. 195.

Anwendung der Grundsätze des kantonalen Prozessrechts über die Beweisbeschaffung, die Beweismittel und die Beweiswürdigung. Ob eine Zeugenaussage glaubwürdig sei, eine Urkunde in Berücksichtigung gezogen werden könne, eine Tatsache in formrichtiger Weise geltend gemacht wurde, ein Beweismittel rechtzeitig angemeldet worden und daher berücksichtigt werden könne usw. — über alles das hat der kantonale Richter endgültig zu entscheiden. Doch urteilt das Bundesgericht nicht auf Grund des im kantonalen Urteil vom kantonalen Richter ausdrücklich niedergelegten und dargestellten Tatbestandes, sondern auf Grund des gesamten von den Parteien beigebrachten Prozessmaterials, soweit es nach den massgebenden Feststellungen der kantonalen Instanzen überhaupt nicht gänzlich ausser Betracht zu fallen hat, mit andern Worten: auf Grund der der Vorinstanz vorgelegenen Akten. Wenn diese Akten vom kantonalen Gerichte, ohne dass prozessrechtliche Gründe dafür angegeben würden, nicht berücksichtigt wurden, hat das Bundesgericht sie selbständig neu daraufhin zu prüfen, ob sie für den Entscheid von Einfluss sind und bejahenden Falles in Würdigung zu ziehen. Andererseits darf es tatsächliche Feststellungen, die gegen ordnungsmässig beigebrachte Akten verstossen, überhaupt nicht berücksichtigen. Das bedingt also, dass das Bundesgericht nicht einfach, wie das deutsche Reichsgericht, seiner rechtlichen Untersuchung den im weitergezogenen Urteil dargestellten Tatbestand zugrunde legen kann und auf das sonstige Prozessmaterial weiter nicht abzustellen braucht, wenn nicht diese Tatbestandsdarstellung selbst als rechtsverletzend angefochten wird, sondern dass es genötigt ist, den urteils-mässigen Tatbestand, auch wenn er scheinbar vollständig ist, noch einmal daraufhin zu kontrollieren, ob er alle geltend gemachten wesentlichen Momente enthalte und ob, was festgestellt ist, auch mit dem Akteninhalt übereinstimme, und dass es ein Urteil, das einen Tatbestand nur lückenhaft und ungenügend darstellt, deshalb nicht aufheben und zur Ergänzung zurückweisen kann. Das will nicht mehr und nicht weniger besagen, als dass das Gericht sich

den Tatbestand jeweils selbst auf Grund der Akten zu rekonstruieren hat. Zu Rückweisungen an die Vorinstanz kann es nach Art. 63 und 64 Org.-Ges. nur schreiten, wenn die Anträge der Parteien und die von ihnen angeführten Tatsachen, Erklärungen und Beweismittel nicht vollständig protokolliert sind und nicht angegeben ist, welches das Ergebnis der Beweisführung war. Dagegen hat es Berichtigungen und Ergänzungen des Tatbestandes, die auf Grund der Akten möglich sind, immer selbst vorzunehmen und kann wegen ungenügender Feststellung nur dann zurückweisen, wenn angetragene und relevante Beweismittel nicht zu den Akten gebracht sind. (Art. 82 Org.-Ges.) Ueber die Abgrenzung der tatsächlichen Feststellungen von den rechtlichen Beurteilungen, die vielfach anfänglich als kaum möglich bezeichnet wurde, hat eine langjährige umfangreiche Praxis hinreichend Licht verbreitet.

β) „In Bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen (die nach Vornahme der eben erwähnten Prüfung ihm als entscheidend erscheinen) ist das Bundesgericht vollständig frei.“ (Art. 81 Abs. 2 Org.-Ges.) Es kann natürlich mit dem Dispositiv nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen; doch ist es weder an die Rechtsausführungen der Parteien vor den kantonalen Instanzen oder vor dem Bundesgericht gebunden, noch auf die Ueberprüfung der im kantonalen Urteil angegebenen Rechtsgründe beschränkt, und durch die Bestimmung in Art. 57 Abs. 3, dass jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache als Rechtsverletzung anzusehen ist, ist ihm auch die Möglichkeit gegeben, in allen denjenigen Fällen einzuschreiten, wo es mit dem Vorderrichter nicht in der Auslegung eines förmlichen Rechtssatzes, sondern in der Frage der Anwendung des freien richterlichen Ermessens divergiert.

2. Der staatsrechtliche Rekurs.

Erweist sich nach dem Gesagten, dass die Möglichkeit der Anrufung des Bundesgerichts mit der Berufung in starker Weise verklausuliert erscheint, dass dagegen in denjenigen Fällen, wo sie zulässig ist, die Stellung des Bundesgerichts hinsichtlich der

Anwendung der Rechtssätze auf den Prozessstoff sich als eine vollständig uneingeschränkte darstellt und souverän gestaltet wurde, so weist der staatsrechtliche Rekurs gerade die gegenteiligen Merkmale auf, nämlich: Einschränkung der rechtlichen Ueberprüfungsmöglichkeit, dagegen ausgedehnte Zulassung des Rekurses gegen alle Entscheide. Zwar lassen die Bestimmungen über das Verfahren im Organisationsgesetz das Meiste im Unklaren, da diese Partie bei der letzten Revision unverkennbar stark vernachlässigt worden ist; die Verfahrensbestimmungen sind beinahe ebenso rudimentär, wie diejenigen über die betreibungsrechtliche Beschwerde. Dagegen hat die Praxis schon lange festgestellt:

a) Dass dem staatsrechtlichen Rekurs nur rein kassatorische Funktion zukommt. Das Gericht hat sich also darauf zu beschränken, die geltend gemachten Beschwerdepunkte zu untersuchen und kann, wenn es sie für begründet erachtet, nur den Fall an die Vorinstanz zurückweisen. Erklärt es sie für nicht zutreffend, so hat es den Rekurs abzuweisen, auch dann, wenn es das rekurrierte Urteil für falsch und im Widerspruch mit andern, im Rekurs aber nicht namhaft gemachten eidgenössisch-rechtlichen Bestimmungen stehend, hält.

b) Dass der staatsrechtliche Rekurs nicht nur gegen Haupturteile, sondern gegen jede Verfügung irgend einer kantonalen Gerichts- oder Administrativinstanz zulässig sei, und zwar sogar, mit einzelnen bestimmten Ausnahmen (für die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung) auch gegen erstinstanzliche kantonale Verfügungen. Es genügt die Behauptung der Verletzung einer Bestimmung der eidgenössischen oder der kantonalen Verfassung oder eines Konkordates oder Staatsvertrages; bei den Verfassungsbestimmungen ist weitere Voraussetzung, dass die betreffenden Bestimmungen sich als Garantie eines Individualrechts darstellen sollen, über dessen Definition freilich in Theorie und Praxis zu verschiedenen Zeiten die verschiedensten Meinungen geäußert worden sind. Soweit solche Individualrechte auch in Bundesgesetzen aufgestellt sind, kann auch wegen blosser Gesetzesverletzung der staatsrechtliche Rekurs ergriffen

werden (in Frage kommen dabei namentlich auch die Gerichtsstandsfragen). Auf die innere Natur der betreffenden Bestimmung, ob sie zivil- oder staatsrechtlichen Charakter habe, wird nicht abgestellt. Bei den Staatsverträgen dagegen wird der staatsrechtliche Rekurs ausgeschlossen, wenn nur die Verletzung rein zivilrechtlicher Bestimmungen derselben behauptet wird.¹⁾

Darnach waren denn anfänglich der Verwendbarkeit des staatsrechtlichen Rekurses zur Weiterziehung von Zivilsachen ans Bundesgericht immerhin ziemlich enge Grenzen gezogen. Doch hat das Bundesgericht dadurch, dass es dem Art. 4 BV die Bedeutung eines garantierten Individualrechts auf Schutz gegen sogenannte arbiträre Behandlung in der Rechtsprechung gab und den Begriff der materiellen Rechtsverweigerung schuf, das Anwendungsgebiet des staatsrechtlichen Rekurses für die Zivilrechtspflege ganz ausserordentlich erweitert. Es genügt darnach die Behauptung, dass der Richter nicht nach Recht und Gesetz, sondern nach Willkür entschieden habe, um jedes Urteil in einem Zivilprozess, das der Berufung nicht unterliegt, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses dem Bundesgericht unterbreiten zu können. Zwar sind kaum 6—7 % dieser Rekurse von Erfolg begleitet und führen zur Kassation; trotzdem nimmt diese Seite der Tätigkeit des Bundesgerichts mit jedem Jahr einen grösseren Umfang an und absorbiert die Arbeitskraft der Mitglieder des Staatsgerichtshofes nachgerade in einer beängstigenden Art und Weise.²⁾ Allerdings beziehen sich diese staatsrechtlichen

¹⁾ Vergl. oben S. 6.

²⁾ Es waren solche staatsrechtliche Rekurse wegen Verletzung von Art. 4 BV (inbegriffen diejenigen wegen formeller Rechtsverweigerung und Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz im engern Sinne, die aber nur einen ganz geringen Prozentsatz ausmachen)

	pendent:	Davon wurden begründet erklärt:	= %
1883	65	5	7,7
1888	88	5	5,7
1893	96	1	1,04
1898	166	17	10,2
1903	180	3	1,6
1908	228	13	5,7
1909	271	17	6,2

Rekurse sehr oft auch auf Straffälle und Administrativentscheide; doch stehen die auf diese Weise „staatsrechtlich“ zu behandelnden Zivilrechtsfälle an erster Stelle.

3. Die Kassationsbeschwerde.

Sie tritt, so wie sie gegenwärtig ausgestaltet ist, an Bedeutung hinter den übrigen Rechtsmitteln weit zurück. Sie soll nur die Anwendung des eidgenössischen Zivilrechts auch in denjenigen Fällen garantieren, welche wegen mangelnden Streitwertes nicht der Berufung unterliegen. Zu diesem Zwecke können solche Urteile, wenn sie anstatt eidgenössischen kantonalen oder ausländischen Recht angewendet haben, ans Bundesgericht mittelst einer besondern schriftlichen Beschwerde weiter gezogen werden. Doch beschränkt sich die Tätigkeit des Bundesgerichts darauf, das Urteil zu kassieren und den Fall an die Vorinstanz zu neuer materieller Entscheidung zurückzuweisen.

Das Rechtsmittel wird nur höchst selten ergriffen.⁴⁾ Die Anwendung kantonalen anstatt eidgenössischen Rechts bedeutet in den meisten Fällen auch eine Missachtung der derogatorischen Kraft des letztern gegenüber dem erstern; nach der Praxis des Bundesgerichts ist aber darin eine Verletzung des Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur BV zu erblicken, so dass deswegen in den meisten Fällen auch der staatsrechtliche Rekurs zulässig ist. Da ferner die Kassationsbeschwerde nur gegen Haupturteile gerichtet werden kann, für den staatsrechtlichen Rekurs dagegen dieses Erfordernis nicht besteht, auch das Verfahren bei letzterem viel freier und formloser ist, so hat die Kassationsbeschwerde neben dem letztern eigentlich kaum eine Existenzberechtigung.

¹⁾ Es wurden Kassationsbeschwerden **eingereicht**

im Jahre	1895	3
	1900	6
	1905	4
	1998	1
	1909	4

4. Die Beschwerde in Amortisationssachen

endlich führt noch ein viel bescheideneres Dasein; sie hat, seitdem sie durch das Organisationsgesetz von 1893 eingeführt wurde, so wenig von sich reden gemacht, dass ihre Existenz kaum allen Praktikern bekannt sein dürfte.¹⁾ Sie soll die einheitliche Anwendung der Vorschriften des OR über die Amortisation von Wechseln, Checks, Ordre- und Inhaberpapieren garantieren, da die bezüglichlichen Entscheide, weil kein Haupturteil in Zivilsachen darstellend, der Berufung nicht unterliegen und auch mit dem staatsrechtlichen Rekurs nur im Falle von Rechtsverweigerung anfechtbar wären.

C. Vorschläge über die Neugestaltung der zivilrechtlichen Weiterziehung.

Das Zivilgesetzbuch behält in einzelnen wenigen Fällen, wo es das Verfahren ausdrücklich in die Zuständigkeit der Kantone legt, die Weiterziehung an das Bundesgericht vor. Es geschieht dies in den Artikeln 99, 285/8, 373, 397 und 434. Im übrigen spricht es entweder nur allgemein davon, dass die Kantone das Verfahren ordnen, oder es schweigt über das Verfahren vollständig. Der eidgenössische Gesetzgeber kann daher der Aufgabe sich nicht entschlagen, für diejenigen Fälle, in denen eine Weiterziehung kantonaler Entscheide ausdrücklich im ZGB postuliert ist, dieses Verfahren neu zu bestimmen, sofern die gegenwärtig zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sich hiezu tale quale nicht eignen. Wird dadurch eine Revision des Organisationsgesetzes notwendig, so wird er sich aber auch fragen müssen, ob nicht die Gelegenheit benutzt werden müsse, das ganze Gebiet des zivilrechtlichen Rekurses einer Durchsicht und Neuordnung zu unterwerfen. Darnach scheidet sich denn unsere Untersuchung in eine Abteilung, die sich beschäftigt speziell mit

¹⁾ Die bundesgerichtlichen Geschäftsberichte erwähnen seit dem Jahre 1894 einen einzigen, im Jahre 1909 eingereichten und zur Behandlung gekommenen Fall.

den Neuerungen, die durch das Inkrafttreten des ZGB veranlasst werden, und in eine solche, in welcher geprüft werden soll, welche Mängel die bisherige Handhabung der bestehenden Rechtsmittel an den Tag gefördert hat und wie ihnen abgeholfen werden könnte.

I. Das ZGB und die zivilrechtliche Weiterziehung an das Bundesgericht.

a) Sind neue Bestimmungen notwendig?

Es ist schon in der Presse die Ansicht verfochten worden, dass eine Revision des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege durch das Inkrafttreten des ZGB eigentlich nur insofern notwendig sei, als mit der Zeit, wenn sich die durch das neue Recht bedingte Erweiterung des Kompetenzenkreises für das Bundesgericht fühlbar machen werde, eine Vermehrung des Personals einzutreten habe; neue Rechtsmittel zu schaffen oder die bestehenden umzuformen, sei dagegen nicht geboten.

Wir halten diese Auffassung nicht für zutreffend und glauben, den Beweis dafür durch eine nähere Beleuchtung der Situation, die aus einem solchen passiven Verhalten des eidgenössischen Gesetzgebers resultieren müsste, antreten zu können, wobei wir jedoch die Frage des Einflusses des ZGB auf die Organisation des Gerichts, weil ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe fallend, nur gelegentlich streifen werden.

Was zunächst die bereits erwähnten Fälle aus dem Personen- und Familienrecht anbetrifft, in welchen das ZGB ausdrücklich die Möglichkeit einer Weiterziehung an das Bundesgericht vorsieht, so ist zu konstatieren, dass der in Art. 99 ZGB vorgesehene Entscheid über die Verweigerung des Ehekonsenses des Vormundes von den vormundschaftlichen Behörden auszugehen hat, und dass das ZGB sowohl für die Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 285/8), als für die Entmündigung und ihre Aufhebung (Art. 373, 434) und die Bestellung eines Beistandes (Art. 397) die zuständige

Behörde nicht bestimmt, sondern den Kantonen die Wahl lässt, dafür den Richter oder eine Verwaltungsbehörde vorzusehen (Art. 54 der Uebergangsbestimmungen). Es ist auch ganz zweifellos, dass eine Reihe von Kantonen diese letztern Fälle den richterlichen Instanzen entziehen und sie ins Administrativverfahren verweisen werden.

Dass es sich aber bei den genannten Entscheidungen um solche über Zivilstreitigkeiten handelt, kann nicht bestritten werden, ebensowenig, dass der Entscheid, welcher das Verfahren betr. die Entmündigungen abschliesst, wenn er von einem Gerichte ausgeht, die Qualifikation eines Haupturteils im Sinne des Art. 58 des Organisationsgesetzes hat. Die Folge ist, dass, bliebe es bei der gegenwärtigen Organisation der Weiterziehung, diese Urteile, wenn sie aus einem Kanton kommen, der den Entscheid nicht einer Verwaltungsbehörde vorbehalten hat, der Berufung unterliegen müssten, während für die Weiterziehung der Entscheide aus einem Kanton, welcher als zuständige letzte Instanz z. B. den Regierungsrat hezeichnet, nur der staatsrechtliche Rekurs in Frage kommen könnte. Im erstern Falle würde die Ergreifung der Berufung die Vollziehung des Urteils ipso jure bis zum Endentscheid des Gerichts hemmen, im letztern Falle bedürfte es hiezu einer besondern Verfügung des Gerichtspräsidenten und könnte sie verweigert werden; im erstern Falle wäre das Verfahren mündlich und müssten die Parteien zitiert werden und betrüge die Rekursfrist 20 Tage, im letztern Falle könnte mit der Rekuserklärung bis zum 60. Tage zugewartet werden und wäre das Verfahren rein schriftlich; die Berufung würde, wenn sie Erfolg hätte, das vorinstanzliche Urteil durch ein neues ersetzen, der staatsrechtliche Rekurs könnte immer nur zur Kassation mit Rückweisung führen.

Dass aber für eine und dieselbe Sache, je nachdem sie im einen oder andern Kanton entschieden wurde, die Weiterziehung an die letzte Instanz in so verschiedenen Formen vor sich gehen und so diametral verschiedene Wirkungen haben könnte, ist doch wohl zum vornherein ausgeschlossen. Wenn das ZGB von einer bundesrechtlichen Weiterziehung spricht,

so kann es natürlich dafür nur ein einheitliches Verfahren im Auge gehabt haben. Ein Zustand, der zur Folge hätte, dass die Entmündigungsentscheide aus dem einen Kanton von der zivilrechtlichen Abteilung, diejenigen aus einem andern Kanton von der staatsrechtlichen behandelt werden müssten, ohne dass es ein Mittel gäbe, widersprechende Entscheidungen dieser beiden, gegenwärtig ja vollständig voneinander unabhängigen Abteilungen zu vermeiden, ist direkt unmöglich.

Diese einzige Erwägung weist doch wohl zwingend darauf hin, dass der eidgenössische Gesetzgeber in irgend einer Weise zu der Frage Stellung nehmen muss, was das ZGB unter der in den erwähnten Artikeln vorbehaltenen Weiterziehung der kantonalen Entscheide an das Bundesgericht verstanden hat und wie diese Weiterziehung einheitlich gestaltet werden soll.

b) In welchem Umfang sind sie möglich?

Nun erhebt sich aber in zweiter Linie die Frage, ob denn in allen andern Fällen von eigentlichen Zivilentscheidungen, welche das ZGB nicht dem Richter, sondern nur der zuständigen Behörde zuweist, und wo es also den Kantonen die Fakultät lässt, administrative Instanzen dafür vorzusehen, wie dies z. B. zutrifft in bezug auf die in Art. 329 geregelten Unterstützungsansprüche, oder hinsichtlich des in Art. 246 geregelten Falles, eine Weiterziehung an das Bundesgericht habe implicite ausgeschlossen werden wollen. Das liesse sich gewiss theoretisch verfechten. Denn — so könnte man argumentieren — entweder stand das ZGB auf dem Standpunkt, dass es diese Frage überhaupt nicht zu regeln habe, sondern dem Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege überlassen könne, oder es wollte auch hierüber schon bestimmte Grundsätze aufstellen. Die erstere Alternative muss ausgeschlossen werden, weil das ZGB solche Regeln selbst aufstellt. Somit bleibt nur die zweite Möglichkeit übrig, dass es mit diesen Regeln bestimmte Direktiven geben wollte. Dann liegt es nahe, aus der Tatsache, dass die Weiterziehung nur bei einzelnen Entscheiden ausdrücklich erwähnt und vorbehalten wurde, zu schliessen,

dass sie bei den andern stillschweigend als ausgeschlossen betrachtet werden wollte. Für diese Ansicht könnte weiter noch angeführt werden, dass man, hätte man eines der bestehenden Rechtsmittel als stillschweigend vorbehalten sich gedacht, den Kantonen die Wahl der Behörden nicht hätte freigegeben können. Denn in allen Fällen, wo der Entscheid den Charakter eines Haupturteils trägt, stünde man ja sonst wieder vor dem Dilemma der Zwiespaltigkeit des Verfahrens vor Bundesgericht.

Weiter fragt sich, ob alle diejenigen zivilrechtlichen Entscheidungen, die zwar das ZGB dem Richter vorbehält, die aber den Charakter eines Haupturteils offenbar nicht haben, also der Berufung in ihrer gegenwärtigen Gestaltung nicht unterliegen, deshalb ohne weiteres von jeder Weiterziehung an das Bundesgericht ausgeschlossen sein sollen, weil eine solche ausdrücklich im ZGB nicht vorgesehen ist. Und endlich ist zweifelhaft, ob die verschiedenen Entscheide, die eher als Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, denn als solche der streitigen Zivilrechtspflege erscheinen, in die endliche und abschliessende Zuständigkeit der Kantone haben gelegt werden wollen.

Diese Fragen müssten alle wohl im Sinne der Verneinung einer bundesgerichtlichen Zuständigkeit beantwortet werden, wenn man der speziellen Hervorhebung der Weiterziehbarkeit an das Bundesgericht in den eingangs namhaft gemachten Fällen die Bedeutung beilegen wollte, dass sie den Willen des Gesetzgebers dokumentieren, jene Fragen schon im ZGB zu präjudizieren. In diesem Falle könnte dann allerdings die Revision des Organisationsgesetzes über die Bundesrechtspflege sich darauf beschränken, das Verfahren für die wenigen speziell der Weiterziehung unterstellten Fälle zu regeln und die zufolge der Vermehrung der Anzahl der Berufungen eintretenden neuen organisatorischen Bestimmungen aufzustellen.

Doch glauben wir nicht, dass je bei den Beratungen des ZGB eine solche Absicht obgewaltet habe. Man findet darüber in den Materialien auch nicht die leiseste Andeutung, was doch kaum möglich wäre, wenn ein so weittragender gesetzgeberischer Gedanke in die erwähnten paar Bestimmungen hätte hinein-

gelegt werden wollen, aus denen er zudem nur indirekt, arg. e contrario, gefolgert werden könnte. Es lag auch gar nicht in der Aufgabe des ZGB, diese Verfahrensfragen endgültig zu regeln. Die erwähnten Bestimmungen sind denn auch erst nachträglich dem bundesrätlichen Vorentwurf durch die Expertenkommission bzw. durch die parlamentarischen Beratungen beigelegt worden, offenbar nur in der Meinung, einzelne Verfügungen hervorzuheben, in welchen die letzte Entscheidung dem Bundesgericht auf alle Fälle vorbehalten werden wollte, weil dies gerade im Moment besonders notwendig schien, ohne dass deshalb auf die Absicht geschlossen werden dürfte, damit auch implicite für alle andern Fälle eine Weiterziehung auszuschliessen. So hat denn auch der Redaktor des Gesetzesentwurfs und hat das Justizdepartement jene Bestimmungen aufgefasst, wie dem Bundesgericht gegenüber auf seine Anfrage ausdrücklich festgestellt wurde.

Wir glauben darnach, dass die Frage, welche Stellung und Kompetenzen dem Bundesgericht gegenüber den verschiedenen kantonalen Entscheidungen, die zum vorneherein von der Berufung ausgeschlossen sind, einzuräumen seien, durch das ZGB offen gelassen ist, so dass ganz frei, lediglich vom Standpunkte der praktischen Bedürfnisse und der Zweckmässigkeit aus geprüft werden kann, ob und welche sonstigen dieser Entscheide, ausser den bereits namhaft gemachten, im ZGB selbst bezeichneten, etwa der Weiterziehung an das Bundesgericht noch zu unterstellen wären.

Diese Frage wäre einfach zu lösen, wenn man, wie das ja auch schon etwa behauptet worden ist, den staatsrechtlichen Rekurs als anwendbar betrachten würde in jedem Falle der Verletzung eines durch ein Bundesgesetz dem Bürger gegebenen Rechts. Dann wäre eben gegen jede eine solche Rechtsverletzung bedeutende Verfügung, welche wegen Mangels der Voraussetzungen der Berufung an die Zivilabteilung nicht weiterziehbar wäre, ein staatsrechtlicher Rekurs an die staatsrechtliche Abteilung gegeben, ob es sich nun um eine eigent-

liche Zivilstreitigkeit oder um eine solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelte und ob der Entscheid von einer richterlichen oder einer Administrativbehörde ausgegangen war. Das wäre aber, wie sofort noch näher nachgewiesen werden soll, gewiss kein erstrebenswerter Zustand, weder für die Parteien, noch für das Gericht. Es scheitert aber diese Lösung der Frage, so einfach sie wäre, auch an der Tatsache, dass der staatsrechtliche Rekurs verfassungsgemäss — zur Zeit wenigstens — nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ergriffen werden kann. Allerdings subsumiert die Praxis darunter auch die Rechte, die in Bundesgesetzen umschrieben sind, welche in Ausführung von Verfassungsbestimmungen erlassen wurden. Allein immer ist dabei Voraussetzung die Verletzung eines sogen. Individualrechts, d. h. eines Rechts, welches den Bürgern ein bestimmtes Verhalten der staatlichen Organe ihnen gegenüber garantiert. Bloss zivilrechtliche Bestimmungen, welche das gegenseitige Verhalten der Bürger unter sich regeln, fallen nicht unter diese Kategorie von Rechten, sonst müsste man ja in allen Zivilrechtsstreitigkeiten, welche wegen mangelnden Streitwertes der Berufung nicht unterliegen, den staatsrechtlichen Rekurs auch zulassen.¹⁾

Es bliebe noch die Möglichkeit, sich des staatsrechtlichen Rekurses wenigstens bei „materieller Rechtsverweigerung“ zu bedienen. Doch wäre das, da ja eine wirklich arbiträre Rechtsanwendung glücklicherweise doch selten ist, ein wenig brauchbares Mittel, ganz abgesehen von den Erwägungen prinzipieller Natur, die einer Ausdehnung dieser „staatsrechtlichen“ Behandlung von Zivilgeschäften entgegenstehen und auf welche unten näher einzugehen sein wird (vergl. S. 527 ff.).

c) Welche Fälle sind der Weiterziehung zu unterstellen?

In der Tat wäre denn auch eine unbeschränkte Möglichkeit der Weiterziehung jedes auf Grund des ZGB erlassenen Entscheides an das Bundesgericht einfach ein Unding.

¹⁾ Vergl. hiez u auch die Ausführungen des Bundesrates in Salis II. Aufl., Bd. I, S. 787.

Das praktische Bedürfnis verlangt eine eidgenössische Instanz nur für solche Entscheide, welche eidg. Rechtsgrundsätze mit bleibenden Wirkungen für die Parteien zur Anwendung bringen, und an die eidg. Zivilgerichtsinstanz brauchen prinzipiell nur Verfügungen weiterziehbar erklärt zu werden, die das Gebiet der eigentlichen Zivilrechtspflege beschlagen.

Von der Zuständigkeit des Bundesgerichtes haben also offenbar ohne weiteres folgende Fälle auszuscheiden:

1. Alles, was rein administrativen Charakter hat, d.h. zunächst die Aufsicht über die Führung der verschiedenen, im ZGB vorgesehenen Register. Für die Zivilstandsregister ist bereits in Art. 43 ausdrücklich der Bundesrat als Aufsichtsbehörde vorgesehen; für die Grundbuchführung hat die in Art. 956 in Aussicht genommene, seither erlassene Grundbuchverordnung in gleichem Sinne bereits entschieden. Sofern eine eidgenössische Beschwerdeinstanz gegenüber der Führung des ehelichen Güterrechtsregisters überhaupt sich als notwendig erweist — Art. 251 sieht eine solche einstweilen nicht vor —, so kann es also offenbar auch nur der Bundesrat sein; das alles wenigstens solange, als nicht das Bundesgericht auch die Stellung und Aufgabe eines eigentlichen Verwaltungsgerichtshofes hat, in welchem Falle allerdings die Frage der Uebertragung auch dieser Kompetenzen vom Bundesrat auf dieses Gericht aktuell werden würde. Die Führung des Registers über die Eigentumsvorbehalte ist in Art. 715 dem Betreibungsbeamten übertragen. Die Aufsicht über diese Registerführung wird daher wohl zweckmässig auch der eidgenössischen Aufsichtsbehörde über das Betreibungswesen überbunden. Für die Führung des Registers über die Viehverpfändung ist dagegen die Bezeichnung der zuständigen Stelle den Kantonen überlassen; die bezügliche bundesrätliche Verordnung wird daher die Aufsicht hierüber richtigerweise auch dem Bundesrate übertragen müssen.

2. Offenbar zum voraus ausgeschlossen von einer Weiterziehung sind ferner die sämtlichen Beschlüsse der Aufsichts-

behörden in Vormundschaftssachen (Art. 420). Wenn irgendwo, so hätte es hier deutlich gesagt werden müssen, wenn man dem Bundesgericht irgend welche Zuständigkeiten in diesen Dingen hätte überweisen und es damit quasi als eidgenössische Obervormundschaftsbehörde hätte einsetzen wollen. Dass das nicht die Absicht des Gesetzes war, erzeugt zur Evidenz die Regelung der Verantwortlichkeitsfrage; Art. 427 spricht nur von einer Haftbarkeit der Kantone für die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde. Hätte man die Idee gehabt, dass auch dem Bundesgericht eine Verfügung in solchen Dingen zustehen sollte, so wäre wohl auch von einer Verantwortlichkeit des Bundesgerichts für seine Entscheide und einer subsidiären Haftung des Bundes gesprochen worden. Das Bundesgericht wird übrigens auch ohne eine solche Zuständigkeit indirekt doch einen Einfluss auf die Anwendung der betreffenden Bestimmungen des ZGB ausüben können, insofern es bei Behandlung der auf dem Berufswege weiterziehbaren Verantwortlichkeitsklagen seine Auffassung über die wesentlichsten Punkte zur Geltung bringen kann.

Inbezug auf zwei Punkte scheint uns allerdings ausnahmsweise ein Rekurs an das Bundesgericht gegen solche Beschlüsse der Aufsichtsbehörden doch notwendig zu sein, insofern es sich nämlich um die Anwendung der Vorschriften über die Bestellung eines Vormundes oder Beistandes und über dessen Amtsentsetzung handelt. Die Bestimmung des Art. 383, dass eine Vormundschaft bzw. Beistandschaft (Art. 397) unter bestimmten Voraussetzungen nicht angenommen werden muss, und diejenige des Art. 445 über die Voraussetzungen, unter denen allein eine Amtsentsetzung stattfinden darf, begründen, weil sie das Verhalten der Behörden gegenüber dem Bürger regeln, ein bundesrechtliches Individualrecht desselben, dessen Beachtung durch die kantonalen Organe er bei den Bundesbehörden muss erzwingen können. Aehnliche Erwägungen scheinen uns bestimmend zu sein für die Zulassung oder Weiterziehung einer fernern Schlussnahme der Vormundschaftsbehörde, derjenigen nämlich über die Mündigerklärung (Art. 15). Allerdings gibt es keinen Anspruch darauf, dass bei Vorhandensein der

im ZGB aufgestellten Voraussetzungen die Mündigerklärung eintrete. Dagegen hat der mündig zu sprechende und haben die Eltern ein als Individualrecht zu qualifizierendes Anrecht darauf, dass die Mündigerklärung nicht ohne ihre Zustimmung ausgesprochen werde. Gegen Verletzungen dieser Rechte durch die kantonalen Behörden sollte eine Beschwerde bei den eidgenössischen Instanzen nicht ausgeschlossen sein. Auch bei der Kindesannahme (Art. 264—267) und bei der Ehemündigerklärung (Art. 96) liegen die Verhältnisse nicht wesentlich verschieden. Die an Kindesstatt anzunehmende Person bzw. ihre Eltern oder Vormünder haben das Recht, gegen die Kindesannahme zu protestieren; desgleichen hat ein Ehegatte das Recht, die Zustimmung zur Adoption des andern nicht zu erteilen und die Adoption dadurch zu verhindern; die Eltern oder der Vormund können auch die Einwilligung zur vorzeitigen Ehemündigerklärung verweigern. Verletzung dieser Rechte durch die kantonalen Organe dürfen offenbar nicht ungeahndet bleiben, sondern müssen Remedur bei einer eidgenössischen Instanz finden. Ob der staatsrechtliche Rekurs, der ja wohl in allen diesen Fällen kaum ausgeschlossen werden könnte, das richtige Rechtsmittel dazu sei, oder ob es sich nicht rechtfertige, alle diese Fälle von der zivilgerichtlichen Abteilung behandeln zu lassen und zu diesem Zwecke ein neues Rechtsmittel zu schaffen, soll später erörtert werden.

Endlich scheint uns die Entziehung der elterlichen Vermögensrechte (Art. 297) eine so schwerwiegende Massregel zu sein, dass auch in diesem Falle die Garantie einer Ueberprüfung der Rechtsfrage, ob ein „pflichtwidriges Verhalten der Eltern in der Ausübung ihrer Vermögensrechte“ vorliege, durch eine eidgenössische Instanz geschaffen werden sollte. Diese Entziehung erfolgt ja nach Art. 298 nur in Verbindung mit der Entziehung der elterlichen Gewalt überhaupt, wofür das ZGB selbst ausdrücklich in Art. 288 die Weiterziehung an das Bundesgericht vorbehält.

3. Als mehr ins Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallend sind unseres Erachtens prinzipiell von der Weiterziehung ans Bundesgericht auszuschliessen die folgenden

Verfügungen: die Verschollenheitserklärung gemäss Art. 35—38 und 548 und die Kraftloserklärung von Schuldbriefen und Gülden nach Art. 870 und 871. In diesen Fällen handelt es sich meist nur um Feststellungen rein tatsächlicher Natur, und nachdem sich die im Organisationsgesetz von 1893 vorgesehene Beschwerde gegen die Amortisationsverfügungen hinsichtlich der Wechsel, Ordre- und Inhaberpapiere als offenbar überflüssig erwiesen hat, könnte man es wohl in allen diesen Fällen bei der endgültigen kantonalen Zuständigkeit sein Bewenden haben lassen. Ferner sämtliche Entscheide, die mit der Errichtung einer Heimstätte zusammenhängen (Art. 352, 355, 358); die Verfügungen nach Art. 333 Abs. 3 zur Versorgung von geisteskranken und geistesschwachen Hausgenossen; die Sicherungsmassregeln beim Erbanfall und überhaupt die sämtlichen Verfügungen der zuständigen Behörden zur Vorbereitung und während des Teilungsverfahrens (Art. 490, 551, 576, 581, 595, 602, 604, 609, 611, 612, 613, 621/625); die Verfügungen betreffend die Teilung oder Versteigerung von Miteigentum oder Gesamteigentum und betreffend die gefundenen Sachen (Art. 651, 654, 721).

4. Endlich sind als weitere grosse Gruppe von Verfügungen, für welche keinerlei Notwendigkeit besteht, sie einer Ueberprüfung des Bundesgerichts zu unterstellen, zu nennen diejenigen, welche einen bloss präparatorischen, provisorischen Charakter haben, oder lediglich eine Sicherstellung bezwecken oder nur eine Fristansetzung zum Gegenstand haben. Solche Fälle gab es ja schon im bisherigen eidgenössischen Recht (es sei erinnert an die provisorischen Verfügungen und Fristansetzungen im Ehescheidungsrecht, an die Vorschriften der Art. 32 Abs. 2, 107 Abs. 2, 108, 122, 248, 294 Abs. 3, 355, 380, 434, 443, 454, 455, 463, 482, 641 Abs. 4, 666 OR), und es ist auch beim Inkrafttreten des Obligationenrechts von vorneherein als selbstverständlich betrachtet worden, dass alle diese Verfügungen von einer Weiterziehung an eine eidgenössische Instanz auszuschliessen seien. Auch hat sich ein Bedürfnis für eine solche bis jetzt

niemals manifestiert. Unter diese Kategorie fallen zweifellos: die Sicherheitsanordnungen gemäss Art. 321, 598 Abs. 2, 760, 898; die Fristansetzung nach Art. 140, 410, 576, 762, 809, und die Fristabkürzung nach Art. 103 Abs. 3 und Art. 104; die vorsorglichen bzw. präparatorischen Massnahmen nach Art. 145, 170, 598, 808 Abs. 1 und 2, 860 Abs. 3. Das sind alles Verfügungen, welche die Rechtsstellung der Parteien nicht dauernd influenzieren, sondern in dem sich anschliessenden ordentlichen Verfahren wieder abgeändert werden können oder nur für die Dauer eines solchen Verfahrens Geltung haben sollen.

Einzelne andere Fälle von Verfügungen betreffend Sicherheitsleistung sind immerhin zweifelhaft und bedürfen einer nähern Prüfung. So die Vorschrift des Art. 205 Abs. 2, dass die Ehefrau vom Ehemann im System der Güterverbindung für ihr eingebrachtes Gut jederzeit Sicherstellung verlangen könne. Weigert sich der Ehemann dessen, so hat die Ehefrau offenbar das Recht, den Richter darüber anzufragen. Soll das nun im ordentlichen Prozessverfahren geschehen oder kann der Richter einfach auf einseitiges Begehren der Ehefrau eine Verfügung erlassen? Das Gesetz gibt darüber keine Auskunft; es werden aber wohl die meisten Kantone hiefür ein summarisches Verfahren vorsehen. Denn ein ordentlicher Prozess hätte nur dann einen Zweck, wenn das Recht der Ehefrau auf Sicherstellung nur unter bestimmten Voraussetzungen bestehen würde, deren Vorhandensein bestritten werden kann und dann vom Richter festgestellt werden muss. Der Ehemann ist jedoch durch ZGB Art. 205 ohne jede Einschränkung jederzeit zur Sicherstellung verpflichtet. Der Entscheid über die Sicherstellung an und für sich ist also durchaus einfach und gegeben und braucht offenbar der Weiterziehung an das Bundesgericht nicht unterstellt zu werden. Entsteht Streit, so kann er sich nur drehen nicht um die Pflicht zur Sicherstellung, sondern um die Höhe des Frauengutes und also um den Umfang der Sicherstellung. Darüber kann offenbar endgültig nur in einem ordentlichen Prozessverfahren entschieden werden, und wenn die Kantone trotz-

dem auch hierüber einen Entscheid im summarischen Verfahren oder auf einseitiges Begehren vorsehen sollten, so müsste dem Ehemann selbstverständlich die Möglichkeit vorbehalten bleiben, im ordentlichen Verfahren den Beweis der Unrichtigkeit der Verfügung anzutreten. Hiebei würde es sich um eine Feststellungsklage handeln, die natürlich der Berufung unterliegen würde, so dass also eine auf Art. 205 Abs. 2 gestützte Verfügung lediglich provisorischen Charakter hat und dem kantonalen Richter endgültig überlassen werden kann.

Aehnlich verhält es sich wohl auch mit der in Art. 189 Abs. 3 für die Dauer der güterrechtlichen Auseinandersetzung, in Art. 463 Abs. 2 und Art. 464 für den Fall der Nutzniessung des überlebenden Ehegatten an der Erbschaft und in Art. 809—811 für den Fall einer Wertverminderung des Unterpfandes vorgesehenen richterlichen Verfügung über die Sicherstellung. In allen diesen Fällen muss offenbar sowohl die Pflicht als der Umfang der Sicherstellung in einem raschen Verfahren bestimmt werden können, vorbehaltlich des Rechts des zur Sicherstellung Verpflichteten, im ordentlichen Verfahren die Entscheidung anzufechten. Es genügt, wenn die Möglichkeit besteht, das in diesem Verfahren ergangene Urteil dem Bundesgericht vorzulegen.

In den Fällen der Art. 489 und 490, 546, 760 Abs. 2 und 775 sodann sind besondere Sicherstellungsanordnungen des Richters wohl überhaupt nicht notwendig. Die Auslieferung der Erbschaft an den Nacherben bzw. die gesetzlichen Erben, bzw. der Nutzniessungssache an den Nutzniesser unterbleibt eben so lange, als die Sicherstellung nicht geleistet ist, und wenn über ihren Umfang Streit entsteht, so kann dieser nur im ordentlichen Verfahren erledigt werden. Der Streit über die Sicherstellung, von welcher Art. 762 spricht, wird von demjenigen Richter, der die Beistandschaft anordnet und dem Nutzniesser den Besitz entzieht, offenbar im ordentlichen Verfahren erledigt. Die Sicherstellungen endlich gemäss Art. 585 und 610, gehen von den für die Leitung der Teilungsverhandlungen zuständigen Instanzen aus und qualifizieren sich als

einen Bestandteil ihrer der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörenden Kompetenzen, so dass sie füglich gleich ihren andern Anordnungen von der Weiterziehung ans Bundesgericht ausgenommen werden können. Besteht ein Streit über die als Mittel zur Vermeidung der Eintragung eines Pfandrechts der Handwerker und Unternehmer in Art. 839 Abs. 3 vorgesehene Sicherstellung, so kann gemäss Art. 22 Abs. 4 der bundesrätlichen Verordnung über das Grundbuch der Richter im summarischen Verfahren darüber entscheiden und je nachdem eine vorläufige Eintragung anordnen oder nicht. Eine Anfechtung der Verfügung im ordentlichen Verfahren ist somit auch hier möglich.

Die in Art. 594 ausgesprochene Pflicht der Erben, die Gläubiger der Erbschaft sicherzustellen, und die Sicherstellung, durch welche nach Art. 898 der Schuldner die Verwertung einer retinierten Sache abwenden kann, sind nicht solche, welche vom Richter ausgesprochen werden könnten. Sie sind nur ein Mittel, das dem Erben bzw. dem Schuldner gegeben wird, um die amtliche Liquidation der Erbschaft bzw. die Verwertung der Retentionsobjekte abzuwenden. Entsteht Streit darüber, ob die Sicherstellung überhaupt oder in gehöriger Weise oder im verlangten und geschuldeten Umfang erfolgt sei, so ist dieser Streit als Vorfrage von der zur Anordnung der amtlichen Erbschaftsliquidation zuständigen Behörde bzw. in dem an das Betreibungsverfahren sich anschliessenden ordentlichen Prozessverfahren zu entscheiden.

Und endlich scheint mir die Sicherstellung, von der Art. 822 Abs. 2 spricht, einen Entscheid des ordentlichen Richters vorauszusetzen, der in einem vom Eigentümer gegen diejenigen Pfandgläubiger anzustrengenden Prozess zu ergehen hätte, welche sich der Aushingabe an ihn widersetzen. In diesem Falle wäre also die Berufung gegeben.

Soweit darnach Sicherstellungsverfügungen vom ZGB in einem andern als dem ordentlichen, der Berufung zugänglichen Verfahren vorgesehen sind, erweisen sie sich alle bei näherem Hinsehen als solche von mehr präparatorischem Charakter, die daher füglich von einer Weiterziehung ans Bundesgericht ausgeschlossen werden können.

Zweifelhaft erscheint dagegen die Frage, ob eine Weiterziehung ans Bundesgericht notwendig oder wünschbar sei, inbezug auf folgende Verfügungen.

1. Zunächst bei einer Gruppe von Verfügungen aus dem Familienrecht, sei es, dass aus dem ZGB nicht klar ersichtlich ist, ob es sich um solche handelt, die im zivilprozessualen Verfahren ergehen, wenn auch nur nach summarischer Instruktion, und daher der Berufung unterstehen, oder bloss auf einseitiges Begehren und ohne weitere Instruktion erlassen werden und daher nicht den Charakter eines, einen Rechtsstreit erledigenden Haupturteils haben, sei es, dass auch nicht zum vornherein klar ist, ob man es mit definitiven oder nur vorläufigen Verfügungen zu tun habe. Hieher gehören in erster Linie die in Art. 165 und 167 zum Schutze der Ehefrau vorgesehenen richterlichen Verfügungen. In beiden Artikeln wird nicht von einer eigentlichen Klage der Ehefrau auf Aufhebung der Entziehung oder Beschränkung ihrer Vertretungsbefugnis bzw. auf Erteilung der Bewilligung zur Gewerbeausübung, sondern nur von einem einseitigen „Begehren der Ehefrau“ gesprochen, auf welches hin der Richter die Verfügung zu erlassen habe. Doch scheint uns unmöglich, dass diese für die Rechtsstellung der Ehegatten so einschneidende Verfügung sollte erlassen werden können, ohne dass der Richter beide Teile anhört und über ihre Behauptungen Beweis abnimmt. Geschieht dies, so kann auch offenbar nicht bestritten werden, dass solche Entscheide auf dem Berufungswege an das Bundesgericht weitergezogen werden können, und dies scheint uns auch im Interesse einer einheitlichen Anwendung des ZGB absolut erforderlich zu sein. Denn was durch das „Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie geboten“ ist, oder wann ein Missbrauch der Vertretungsbefugnis der Ehefrau oder eine Unfähigkeit zu ihrer Ausübung vorliege, das ist offenbar nicht nur eine blosse Ermessensfrage, die dem kantonalen Richter allein zur Entscheidung überlassen werden könnte, sondern ist nach juristischen Kriterien und daher für die ganze Schweiz einheitlich zu bestimmen.

Für die Mehrzahl der Kantone werden auch neu sein die dem Richter in Art. 169 Abs. 2, 170 Abs. 3 und 171 eingeräumten Befugnisse, auf Begehren eines Ehegatten den gemeinsamen Haushalt aufzuheben, die Beiträge des einten Ehegatten an den andern für die Dauer der Trennung zu bestimmen und sogar die Schuldner desjenigen Ehemannes, der die Sorge für Weib und Kind vernachlässigt, anzuweisen, ihre Zahlungen ganz oder teilweise an die Ehefrau zu leisten. Das sind Verfügungen, die tatsächlich wohl in vielen Fällen nur der Vorläufer einer Ehescheidungsklage sein werden; und soweit sie erlassen werden erst nach Einreichung einer solchen (Art. 170 Abs. 2), haben sie natürlich den Charakter blosser provisorischer Massnahmen für die Dauer des Prozesses. Die Möglichkeit, den Richter zu diesem Zwecke anzurufen, ist aber nicht auf diese letztern Fälle beschränkt und die Verfügungen können daher ebensogut auch den Charakter selbständiger und dauernder Regelung der einschlägigen ehelichen Verhältnisse annehmen; man denke nur an den Fall, wo beide Ehegatten aus prinzipiellen Gründen einer Scheidung ablehnend gegenüberstehen, oder dass das Ehescheidungsbegehren abgewiesen wird; denn die in Art. 170 Abs. 1 und 171 als Voraussetzung für den Erlass solcher Verfügungen aufgestellten Kriterien brauchen ja nicht in allen Fällen auch eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zu begründen, dass eine Scheidung notwendig ausgesprochen werden müsste. Und wenn einmal die Verfügung rechtskräftig geworden ist, so kann sie auf Begehren eines der Ehegatten nur dann wieder aufgehoben werden, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 172).

In welcher Weise die Kantone, denen darin vollständig freie Hand gelassen ist, das einschlägige Verfahren gestalten werden, darüber herrscht zurzeit noch vollständige Unklarheit. Einzelne Entwürfe sehen vor, dass die Verfügung auf blosses einseitiges Begehren des einten Teils erlassen werden kann; andere behandeln sie sämtlich als blosser vorsorgliche Verfügungen. Ins ordentliche Zivilverfahren, welches die Weiterziehung des Entscheides auf dem Wege der Berufung ermög-

lichen würde, hat sie unsres Wissens keiner der bisher publik gewordenen Entwürfe verwiesen. Und doch will uns scheinen, dass es sich hier um so wichtige Eingriffe in die gegenseitige Rechtsstellung der Ehegatten handelt (man denke an die Kinderzuteilung, als Folge der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, an die kreditschädigenden Folgen einer Verfügung nach Art. 172 usw.), dass sie notwendigerweise nicht sollten verfügt werden können, ohne dass beide Parteien angehört wurden, wenn auch nur in einem summarisch gestalteten Verfahren. Ebenso geboten scheint uns die Möglichkeit einer Weiterziehung solcher Entscheide an die eidgenössische Instanz zu sein. Was zu verstehen sei unter einer „ernstlichen Gefährdung der Gesundheit, des guten Rufes oder des wirtschaftlichen Auskommens durch das weitere Zusammenleben“, und was alles vorliegen muss, um von einer „Vernachlässigung der Sorge für Weib und Kind“ zu sprechen, muss, wenn diese für die meisten Kantone neuen Vorschriften nicht im einen Kantone zu rigoros, im andern zu schlaff gehandhabt werden sollen, von einer eidgenössischen Instanz bestimmt werden können. Auch wird die blosse Tatsache der Möglichkeit der Anrufung einer eidgenössischen Instanz in vielen Fällen, wo sonst Gefahr bestünde, dass ein den Parteien zu nahe stehender Richter sich von seinen Sympathien oder Antipathien zu stark beeinflussen lässt, schon heilsam wirken. Kaum eine andere richterliche Verfügung ist aber so wie diese, weil sie sich tagtäglich in den intimsten persönlichen Beziehungen bemerkbar macht, geeignet, bei einer sich ungerecht behandelnd fühlenden Partei Erbitterung und Hass hervorzurufen. Daher sollte unseres Erachtens auf alle Fälle die Möglichkeit der Mitwirkung des Bundesgerichts bei der Handhabung dieser Bestimmungen in Aussicht genommen werden.

Man möchte versucht sein, die bei der Gütertrennung auf Begehren eines Ehegatten vom Richter zu erlassende Verfügung über die Höhe des Beitrages der Ehefrau an die ehelichen Lasten (Art. 246 Abs. 2) auch hierher zu rechnen. Doch kann es sich bei diesem Entscheide nicht um streitige

Rechtsbegriffe handeln; die Verfügung wird immer nur auf einer tatsächlichen Feststellung und Würdigung des beidseitigen Vermögens beruhen, so dass ein Bedürfnis, diese Frage der eidgenössischen Instanz vorzulegen, offenbar nicht besteht.

Auch mit Rücksicht auf die in den Art. 183 und 185 vorgesehene richterliche Gütertrennung besteht leider zurzeit keine Klarheit darüber, ob die Kantone auch ein Verfahren dafür wählen werden, welches die Möglichkeit der Weiterziehung solcher Verfügungen ans Bundesgericht auf dem Wege der Berufung garantiert. Der Kanton Aargau behandelt z. B. in seinem Entwurf zu einem Einführungsgesetz alle diese Entscheidungen als blosse provisorische Verfügungen und weist nur den Streit über den Bestand des Frauengutes an den ordentlichen Richter. Und doch ist eine Weiterziehung an die eidgenössische Instanz zur Aufrechterhaltung der Rechtseinheit, wie uns scheinen will, absolut geboten. Es handelt sich auch hier wieder um die einheitliche Umschreibung des Begriffes der Vernachlässigung der pflichtgemässen Sorge des Ehemannes für Weib und Kind (Art. 183 Ziff. 1); ferner um die Frage, ob die geleisteten Sicherheiten der Art und dem Umfang nach genügend seien (Art. 183 Ziff. 2), wobei also unter Umständen die Höhe des Frauengutes festzustellen ist; um den Begriff der Ueberschuldung (Art. 183 Ziff. 3 und 184 Ziff. 1) und um die Frage, unter welchen Bedingungen die Ehefrau ihre Zustimmung zu den Verfügungen des Ehemannes über das eheliche Vermögen zu verweigern berechtigt sei (Art. 184 Ziff. 2). Auch in den Fällen der Art. 183 und 184 — und dann offenbar auch für die Wiederherstellung des frühern Güterstandes (Art. 187), da sie doch wohl nur ausgesprochen werden kann, wenn die Gründe für die Gütertrennung weggefallen sind, — erscheint uns daher eine Weiterziehung als geboten, wogegen allerdings die Gütertrennung auf blosses Begehren eines zu Verlust gekommenen Gläubigers (Art. 185), da das wesentliche dieser Verfügung lediglich in der Konstatierung des Vorhandenseins eines Verlustscheines bestehen wird, davon ausgenommen werden könnte.

2. Im Erbrecht erhebt sich die Frage, ob nicht für die Anordnung der amtlichen Liquidation auf Begehren der Gläubiger des Erblassers (Art. 594 Abs. 1) eine Weiterziehung an die eidgenössische Instanz sollte vorgesehen werden. Es scheint uns, dass davon Umgang genommen werden könnte. Die amtliche Liquidation bedeutet ja noch keineswegs das Konkursverfahren über die Verlassenschaft und Rechtsfragen werden bei dem Entscheid über das Begehren kaum eine Rolle spielen. Ob die „Besorgnis der Gläubiger, dass sie für ihre Forderungen nicht bezahlt werden“, eine begründete sei, das wird sich daraus ergeben, ob ihrem Begehren um Sicherstellung von den Erben entsprochen wurde oder nicht; die zuständige Instanz wird wohl immer, wenn diese Sicherstellung nicht erhältlich war, eine solche Gefahr annehmen müssen.

Ergibt sich im Verlauf der amtlichen Liquidation die Ueberschuldung, „so erfolgt die Liquidation durch das Konkursamt nach den Vorschriften des Konkursrechtes“ (Art. 597). Das Gesetz sagt nichts darüber, dass und von wem diese Ueberschuldung konstatiert werden muss. Es bedarf aber für die Einleitung des Konkursverfahrens einer solchen Verfügung, durch welche der Beginn des Konkursverfahrens mit den verschiedenen Rechtsfolgen, die sich daran knüpfen, festgestellt wird. Es wird Sache der Kantone sein, die hiefür zuständige Stelle zu bezeichnen. Doch besteht gewiss auch kein Bedürfnis, diese Verfügungen an das Bundesgericht weiterzuziehen; es handelt sich dabei ja immer nur um eine auf Grund der Feststellungen der mit der amtlichen Liquidation betrauten Instanz vorzunehmenden Konstatierung.

3. Auch im Sachenrecht stossen wir auf ähnliche zweifelhafte Verhältnisse. Die Art. 691—693 regeln das Recht zur Durchleitung von Brunnen, Gasröhren, elektrischen Leitungen usw. durch ein fremdes Grundstück, und machen die Ausübung dieses Rechts von zwei verschiedenen Voraussetzungen abhängig: Einmal davon, dass die „Leitung ohne Inanspruchnahme des Grundstücks nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten sich durchführen lässt“, und so-

dann vom vorgängigen vollen Schadenersatz. Aendern sich die Verhältnisse, so kann der Belastete eine entsprechende Verlegung der Leitung verlangen. Das Verfahren ähnelt durchaus einem eigentlichen Expropriationsverfahren, und es ist daher begreiflich, dass die Ansicht vertreten wird,¹⁾ die Kantone könnten den Entscheid über beide Voraussetzungen auch den Gerichten entziehen und an Verwaltungsbehörden, z. B. auch an die für Expropriationen zuständigen kantonalen Schätzungskommissionen, übertragen, wodurch die Möglichkeit der Weiterziehung solcher Entscheide an das Bundesgericht ausgeschlossen würde, sofern nicht ein neues, auf diese Fälle anwendbares Verfahren geschaffen werden sollte. Wir halten jedoch dafür, dass die Frage der Entschädigung für die Abtretung eine rein zivilrechtliche und den Gerichten für das ordentliche Verfahren vorzubehalten sei, und dass nur die Entscheidung über die erste Voraussetzung, ob nämlich die Leitung ohne unverhältnismässige Kosten nicht anders geführt werden könne, dem administrativen Verfahren zugewiesen und dadurch einer Weiterziehung an das Bundesgericht entzogen werden könne.

Aehnlich verhält es sich unserer Ansicht nach mit den Bestimmungen über das Notwegrecht (Art. 694) und den Notbrunnen (Art. 710). Ob die Voraussetzungen zur Schaffung dieser Belastungen vorliegen, ist allerdings eine auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse zu beurteilende Ermessensfrage, die gewiss am richtigsten den lokalen Verwaltungsbehörden überlassen bleibt. Dagegen ist die zu leistende Entschädigung offenbar vom Richter im Zivilrechtsverfahren zu bestimmen, wobei immerhin für Bagatellfälle die Kantone ein summarisches Verfahren wählen können. Liegt aber der Streitwert für eine Berufung vor, so ist nicht einzusehen, weshalb der Endentscheid nicht dem Bundesgericht sollte vorbehalten bleiben.

Die Besitzesklagen der Art. 927 und 928 sind offenbar als im ordentlichen Verfahren zu erledigende Zivilstreitigkeiten gedacht, da in der Klage ja auch das Begehren um Schaden-

¹⁾ Vergl. Wieland, Sachenrecht S. 144.

ersatz geltend gemacht werden kann; sie müssen somit beim Vorhandensein des Streitwertes an das Bundesgericht mittelst der Berufung weiterziehbar sein. Ob daneben die Kantone, welche bisher das Institut des sogenannten Besitzesschutzes durch provisorische, richterliche oder administrative Verfügungen auf einseitiges Begehren mit Verbot- und Bussandrohungen kannten, diese nicht nur als Vollstreckungs- und als polizeiliche Massnahmen, sondern als provisorische Verfügungen beibehalten können, ergibt sich aus dem Gesetze direkt nicht und erscheint uns deshalb fraglich, weil durch solche Verfügungen der Besitz dauernd verändert und die Parteirollen damit verkehrt würden, ohne dass eine genaue Prüfung der Sachlage durch den Richter vorausgegangen wäre, wie sie doch die erwähnten Artikel des ZGB zur notwendigen Voraussetzung haben. Denn dass eine Klage auf Schadenersatz und Rückgabe der Sache nur vom Richter und nicht von Administrativbehörden erledigt werden kann, scheint uns selbstverständlich. Von dieser Auffassung aus erweisen sich, weil hier die Berufung die einheitliche Anwendung der Grundsätze zu garantieren hat, weitere Anordnungen in diesem Punkt nicht als notwendig.

• Endlich fragt sich noch, ob die in Art. 662 vorgesehene richterliche Verfügung der Eintragung des Besitzers eines nicht ins Grundbuch aufgenommenen Grundstücks als Eigentümer kraft Ersitzung eine der Berufung unterliegende zivilrechtliche Entscheidung darstelle. Da, wenn der Eintragungsanspruch bestritten ist, zur Feststellung sonach ein besonderes Verfahren eröffnet wird und die Verfügung nach Art. 662 nur eintritt, wenn der Anspruch unbestritten geblieben ist, so besteht, welchen Charakter der Entscheid im übrigen auch haben möge, jedenfalls keine Notwendigkeit, ihn einer Weiterziehung an die Bundesinstanz zu unterstellen. Das gleiche ist zu sagen von den richterlichen Verfügungen über die vorläufige Eintragung im Grundbuch (Art. 961). Es sind das nach der ausdrücklichen Bestimmung des Absatzes 3 des Art. 961 Entscheide, die auf Grund einer blossen *prima facie* Cognition erlassen werden und regelmässig nur als Vorläufer eines ordentlichen gerichtlichen Verfahrens erscheinen. Bleibt dieses aus-

nahmsweise aus, so schafft immerhin die Verfügung keinen dauernden Rechtszustand, sondern ist von zeitlich beschränkter Wirkung. Sie weist somit alle Merkmale einer bloss präparatorischen Entscheidung auf. Gleichen Charakter haben selbstverständlich die „amtlichen Anordnungen zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche,“ von welchen Art. 960 Ziff. 1 spricht.

Die Berichtigungsklage des Art. 975, sowie die gerichtliche Anfechtung einer Löschung im Grundbuch (Art. 976 Abs. 2) sodann gehören offenbar ins ordentliche Verfahren und unterliegen daher der Berufung.

Endlich ist der Vollständigkeit halber darauf zu verweisen, dass auch nach dem gegenwärtigen Rechtszustand (Art. 189 Abs. 3 des Organisationsgesetzes) schon die sämtlichen Gerichtsstandsfragen, soweit sie nicht nur in der Verfassung, sondern auch in irgend einem eidgenössischen Gesetze eidgenössisch geregelt sind, separat ans Bundesgericht gebracht werden können, und dass offenbar an diesem Prinzip, auch für die Gerichtsstandsnormen des ZGB, vorbehaltlich der Prüfung der Frage, ob in Zukunft der staatsrechtliche Rekurs hiezu beizubehalten sei, festgehalten werden muss.

Und was sodann die sonstigen prozessrechtlichen Normen anbelangt (z. B. Art. 4, 8, 9, 10, 136, 158, 374), so versteht sich wohl von selbst, dass eine eidgenössische Instanz ihre Beachtung muss kontrollieren und überwachen können. Das wird meist geschehen können in Verbindung mit dem Haupturteil, wenn dieses der Weiterziehung in irgend einer Form unterliegt. In vielen Fällen — wenn nämlich die Gestaltung des weitem Verfahrens von der Beachtung dieser Vorschriften abhängt — kann aber den Parteien wirksam nur dann geholfen werden, wenn ihnen die Möglichkeit gegeben wird, die Verletzung solcher Vorschriften unmittelbar zu rügen, also auch ein Zwischenurteil weiterzuziehen. Es hat sich denn auch schon oft als ein Mangel der geltenden Rechtsmittelorganisation recht fühlbar gemacht, dass das bis jetzt nur in Gerichtsstandsfragen möglich war. Die Gelegenheit sollte unbedingt benutzt werden, auch diesem Uebelstande abzu-

helfen. Wir werden sehen, dass und wie das ohne besondere Schwierigkeiten möglich sein wird.

d) In welcher Weise ist die Weiterziehung zu gestalten?

Resumieren wir die vorstehende Untersuchung, so ergibt sich als Ergebnis, abgesehen von den Weiterziehungsfällen, die zweifellos unter die Normen der Berufung fallen und die wir daher vollständig ausser Betracht lassen können,¹⁾ folgender Katalog von Entscheiden, die der Weiterziehung ans Bundesgericht in einer andern Form zu unterstellen wären:

a) Eine Gruppe von Verfügungen, sei es richterlicher, sei es administrativer Instanzen, für welche eine ausdrückliche Vorschrift des ZGB das verlangt; es sind diejenigen der Art. 99, 285/88, 373, 397 und 434; nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber — weil im engsten Zusammenhang mit der Verfügung gemäss Art. 288 stehend — doch hieher gehörend, die Verfügung gemäss Art. 297.

β) Eine andere Gruppe von Verfügungen, bei welchen eine Weiterziehung auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung individueller Rechte möglich wäre: Art. 15, 96, 264—267, 383, 397, 445 und 450, sowie die sämtlichen Entscheidungen über die verschiedenen Gerichtsstandsnormen des ZGB.

γ) Eine dritte Gruppe von richterlichen Entscheidungen, bei denen zweifelhaft ist, ob die Kantone das Verfahren so gestalten werden, dass die Berufung ergriffen werden kann, und für welche, wenn das letztere sich als unmöglich erweisen sollte, die Schaffung eines andern eidgenössischen Rechtsmittels sich empfehlen würde: hieher rechnen wir die in Art. 165—167, 183—185 und 187, 328 und 329 behandelten Fälle.

δ) Eine letzte Gruppe von Verfügungen, bei welchen jetzt schon feststeht, dass sie von der Berufung nicht ergriffen werden können, die aber doch weder den Charakter von bloss präparatorischen, noch von provisorischen Massnahmen tragen

¹⁾ Ueber die Frage, ob auch die Berufung umzugestalten sei, vergl. unten S. 537 ff.

und wegen ihrer Wichtigkeit und zur Wahrung der Rechtseinheit dem letztinstanzlichen Entscheid des Bundesgerichts unterstellt werden sollten: es sind die Fälle der Art. 170 Abs. 1 und 3, 171 und 172.

Wie oben ausgeführt wurde (S. 501 ff.), verlangt die erste Gruppe die Schaffung eines neuen Rechtsmittels, das die Weiterziehung der betreffenden Verfügungen in einem einheitlichen Prozedere ermöglicht, das sich auch an ein kantonales Administrativverfahren anschliessen kann. Freilich liesse sich ja auch denken, die Berufung so umzugestalten, dass sie nicht mehr als Abschluss eines vor den Gerichten sich abspielenden ordentlichen Zivilprozessverfahrens erschiene. Doch halten wir das für bedenklich. Man würde damit wohl das Anwendungsgebiet dieses Rechtsmittels in einer vorläufig noch kaum übersehbaren Art und Weise ausdehnen, und da damit auch eine Hauptgrundlage seiner gegenwärtigen Gestaltung wegfielen, müsste diese Aenderung zweifellos eine Reihe anderer im Gefolge haben. Denn die Vorschriften, wie sie hinsichtlich der Sammlung und Verurkundung des Prozessstoffes im ordentlichen Zivilprozesse bestehen, sind auf das Verfahren vor administrativen Instanzen nicht gut anwendbar. Es würde sich fragen, ob der Begriff des Haupturteils dann auch noch aufrecht erhalten werden könnte, und man käme somit, nachdem jene zwei Hauptpfeiler aus dem systematischen Gebäude ausgebrochen wären, zu einem gänzlich neuen Rechtsmittel. Solche Vorschläge sind ja auch schon gemacht worden; nachdem man aber mit der Berufung in ihrer gegenwärtigen Gestalt im grossen und ganzen keine schlimmen Erfahrungen gemacht, scheint uns der Moment zu einer so radikalen Umwälzung noch nicht gekommen zu sein. Es wird unten der Ort sein, darüber noch ein Mehreres zu sagen. An dieser Stelle möchten wir lediglich betonen, dass es offenbar wünschenswert erscheint, für die sämtlichen oben hervorgehobenen Fälle der Weiterziehung von Verfügungen nach dem ZGB nicht verschiedene, sondern ein einziges Verfahren zu schaffen, und als solches eignet sich die Berufung auch wegen ihrer Suspensivwirkung, ihres mündlichen und umständlicheren Ver-

fahrens, ihrer Kostspieligkeit durchaus nicht. Daher scheint es uns richtiger, die Berufung für die eigentlichen Zivilklagen in ihrer gegenwärtigen Gestaltung — vorbehältlich der Anbringung der Verbesserungen, welche die Praxis als wünschenswert gezeigt hat — zu belassen und für die sämtlichen Fälle, denen ihre Formen nicht angepasst sind, nach einem neuen, weniger schwerfälligen, rein schriftlichen, nicht mit Suspensivwirkung ausgestatteten Verfahren zu suchen, nach einem Verfahren somit, das dem staatsrechtlichen Rekurs nachgebildet ist, das aber immerhin von ihm sich dadurch zu unterscheiden hätte, dass das Bundesgericht auch den Endentscheid selbst fällt und also nicht nur zurückweist. Der staatsrechtliche Rekurs eignet sich hiefür auch aus dem weiteren Grunde nicht, weil nur bei einzelnen der aufgezählten Verfügungen Individualrechte im Spiele sind und weil nach unserer Auffassung überhaupt alle diese zivilrechtlichen Entscheide auch von der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts und nicht vom Staatsgerichtshof ausgehen sollten (s. darüber die Ausführungen auf S. 529 ff.).

Es muss also ein zivilrechtliches Rechtsmittel neu geschaffen werden, das die Mitte zwischen der Berufung und dem staatsrechtlichen Rekurs hält. Den Ansatz zu einem solchen besitzen wir bereits in der im Eingang näher beleuchteten zivilrechtlichen Kassationsbeschwerde. Es handelt sich nur darum, den Gedanken, den sie repräsentiert, etwas weiter auszubauen und sie von den einengenden Fesseln zu befreien, die bis jetzt bewirkt haben, dass sie in unserm Rechtsleben nur eine so bescheidene Rolle spielen konnte. Früher schon ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sie viel bessere Dienste hätte leisten können, wenn sie nicht nur gegen Haupturteile, sondern überhaupt gegen alle letztinstanzlichen kantonalen Urteile zulässig erklärt worden wäre. Lässt man im weiteren auch noch die Voraussetzung fallen, dass ein gerichtlicher kantonaler Entscheid vorliegen müsse, und dehnt man ihr Anwendungsgebiet auf alle Fälle aus, in denen die Verletzung einer der oben namhaft gemachten Bestimmungen des ZGB behauptet wird, so bietet sie, wie uns scheinen will, ein in seiner Beweglichkeit, Einfachheit und leichten und

allseitigen Verwendbarkeit geradezu ideales Rechtsmittel für alle Zivilentscheidungen, für welche das Gewand der Berufung sich als zu knapp und zu eng erweist. Sie würde sich somit im wesentlichen vom staatsrechtlichen Rekurs — abgesehen davon, dass sie sich an die Zivilabteilung richtet — nur dadurch unterscheiden, dass sie nicht nur zur Kassation, sondern zu einem materiellen Urteil des Bundesgerichts führt, während sie von der Berufung darin abweichen würde, dass sie gegen jede letztinstanzliche Entscheidung, ob sie vom Gerichte oder einer Administrativbehörde erlassen worden ist, ob sie sich als Haupturteil qualifiziert oder nicht, zulässig wäre, Suspensivwirkung nur auf spezielle Anordnung des Gerichtspräsidenten hätte und immer ohne mündliche Parteivorträge auf Grund blosser schriftlicher Eingaben verhandelt würde. Mit Bezug auf die Bindung an den kantonalen Tatbestand wäre sie der Berufung gleichzustellen, dagegen schiene uns nicht notwendig, dem Bundesgericht auch inbezug auf die rechtliche Würdigung die gleiche Stellung zu geben, wie bei der Berufung. Denn bei den oben aufgezählten Fällen handelt es sich beinahe immer um einfache Tatbestände und um Begehren, die ihre rechtliche Basis nur in einer einzelnen, genau umschriebenen und zum vornherein bekannten Norm haben können. Der Streit wird sich also meistens nur um eine einzelne Rechtsfrage drehen, um die Interpretation einer zum vornherein als massgebende Norm anerkannten Gesetzesbestimmung. In solchen Fällen liegt ein Bedürfnis dafür, das Bundesgericht von den Angriffen der Parteien zu emanzipieren, nicht in gleichem Masse vor, wie bei den eigentlichen Zivilrechtsstreitigkeiten, wo man es meist mit komplexen Tatbeständen zu tun hat und die Frage eine Hauptrolle spielt, wie diese rechtlich zu konstruieren und unter welche verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen sie zu subsumieren sind. Es genügt also, wenn bei dem neuen Rechtsmittel das Gericht die geltend gemachten Kassationsgründe untersucht. Die Rekursfrist wäre die gleiche wie diejenige für die Berufung; dagegen könnte vielleicht im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens von einer Einreichung bei der kantonalen Instanz Umgang genommen und die direkte An-

rufung des Bundesgerichts vorgesehen werden. Und hinsichtlich der Legitimation müsste eine Formel gewählt werden, welche nicht nur den im kantonalen Verfahren selbst Beteiligten, sondern jedem vom Entscheide Betroffenen das Rekursrecht einräumen würde.

In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht dem Bundesrate seine Anträge gestellt und auf diesen Grundzügen hat der Entwurf zu einem revidierten Organisationsgesetz die Kassationsbeschwerde ausgebaut und ihr in erster Linie die im Eingang aufgezählten Fälle unterstellt. Die gegenwärtig noch bestehende Beschwerde in Amortisationssachen könnte daneben füglich unterdrückt werden, oder wenn man eine eidgenössische Beschwerdeinstanz für diese Verfügungen überhaupt noch für notwendig hält, so stünde nichts im Wege, auch diese Fälle unter die Kassationsbeschwerde zu stellen. Wir glauben aber, dass ein Bedürfnis hiefür nicht bestehe und würden unsererseits davon Umgang nehmen.

Dagegen bietet dann dieses neue Rechtsmittel die erwünschte Gelegenheit, verschiedene Unzukömmlichkeiten, die mit dem gegenwärtigen Dualismus der Rechtsprechung in Zivilsachen durch die Zivilabteilung und die staatsrechtliche Abteilung verbunden sind und die zum Teil schon in der Einleitung signalisiert wurden, aus der Welt zu schaffen, und durch die Zurückführung des staatsrechtlichen Rekurses auf seine ursprüngliche und eigentliche Aufgabe zu normaleren und zweckmässigeren Zuständen zu gelangen. Darüber soll unten, in Verbindung mit den sonstigen, nicht durch das ZGB allein veranlassten Vorschlägen zu einer Umgestaltung der Weiterziehung ans Bundesgericht, noch etwas einlässlicher gesprochen werden. (Vgl. S. 527 ff.).

Eine Schwierigkeit bleibt auch so immer noch bestehen, als natürliche Folge aus der unnatürlichen und verkehrten Sachlage, dass der Bundesgesetzgeber genötigt ist, seine Dispositionen zu treffen, bevor noch feststeht, wie die Kantone das ihnen überlassene Verfahren in den einzelnen Fällen gestalten werden, dass er also gleichsam das Dach konstruieren muss, bevor feststeht, welches der Grundriss des damit abzuschliessenden

Hauses ist. In allen den Fällen nämlich, wo wir davon ausgehen, dass eine Weiterziehung an die eidgenössische Instanz notwendig und dass die Berufung das zutreffende Rechtsmittel sei, wo aber darüber, ob die Kantone die Berechtigung haben, ein Verfahren (z. B. vor Administrativinstanzen) einzuführen, das die Berufung ausschliesst, Zweifel bestehen können, wie wir dies oben (S. 514 ff.) ausgeführt haben, sollte natürlich zunächst dieser Zweifel gelöst und von zuständiger Stelle ein für alle Kantone verbindlicher Entscheid darüber gefasst werden. Auch für diese Fälle muss natürlich, gleich wie bei den Entmündigungsfällen (s. oben S. 501), die Frage der Weiterziehung ans Bundesgericht einheitlich geregelt werden, und es ist nicht möglich, alternativ den einen Kantonen, welche sich für ein Administrativverfahren entschliessen, das eine Rechtsmittel, die Kassation z. B., den andern die Berufung zur Verfügung zu stellen. Glücklicherweise haben wir in der Vorschrift, dass die kantonalen Einführungsgesetze dem Bundesrate zur Genehmigung vorzulegen sind, das Mittel, eine einheitliche Auffassung über diese Fragen auch in den Kantonen zur Geltung zu bringen, und es wird die Lösung der Schwierigkeit daher darin gesucht werden müssen, dass den Kantonen entweder bei Anlass der Genehmigung der vorgelegten Entwürfe, oder denjenigen, welche solche noch nicht ausgearbeitet haben, durch besondere Wegleitung die bundesrätliche Auffassung über diese Zweifelsfälle möglichst bald zur Kenntnis gebracht wird.

II. Nicht durch das Zivilgesetzbuch veranlasste Abänderungen der Mittel zur Weiterziehung zivilrechtlicher Entscheidungen.

a) Der staatsrechtliche Rekurs und die Zivilrechtspflege.

In welchem Umfang der staatsrechtliche Rekurs normaler Weise als Mittel zur Weiterziehung zivilrechtlicher Entscheidungen funktioniert und in welchem Umfang abnormaler Weise — worunter wir den Rekurs wegen sogenannter materieller Rechtsverweigerung verstehen — haben

wir im ersten Abschnitt auseinandergesetzt.¹⁾ Von normal und abnormal kann man in diesem Zusammenhang übrigens nur im Hinblick auf unsere besondern schweizerischen Verhältnisse sprechen. Denn normal im vulgären Sinn, das heisst der allgemein — nicht nur bei uns — geltenden Anschauung entsprechend, ist die Behandlung zivilrechtlicher Fragen, wie z. B. der Gerichtsstandsfragen, durch einen „Staatsgerichtshof“ überhaupt nicht. Allüberall sonst werden die Zivilsachen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um die Anwendung von prozessualen oder materiellen Rechtsnormen handelt, nur von Zivilgerichten entschieden und die Kassation von Zivilentscheidungen durch einen Staatsgerichtshof ist eine Singularität des schweizerischen Rechts, die sich ja historisch leicht erklären lässt, die aber zweifellos für einen mit der Entwicklung nicht Vertrauten etwas Stossendes an sich hat. Solange das Bundesgericht nur aus einer Abteilung bestand, welche die staats- und zivilrechtlichen Kompetenzen zugleich ausübte, mochte dieser Dualismus nicht gerade viel auf sich haben, wenn gleich auch damals schon die unverhältnismässig lange Rekursfrist von 60 Tagen, die nur auf die eigentlichen „Staatsaffären“ zugeschnitten ist, im Zivilrechtsverfahren sich oft recht unangenehm fühlbar machte. Seit dem Jahre 1894 stehen sich aber bekanntlich die zivil- und die staatsrechtliche Abteilung, wenn auch organisatorisch insofern ein gewisser Zusammenhang, wenigstens theoretisch, noch zwischen ihnen besteht, als ihre Mitglieder gegenseitig als Suppleanten funktionieren sollen — in Tat und Wahrheit hat der Andrang der Geschäfte seit Jahren eine solche Aushilfeleistung in der andern Abteilung zur Unmöglichkeit gemacht —, als zwei ganz verschiedene Gerichte gegenüber, ohne dass es ein Mittel gäbe, widersprechende Entscheidungen dieser Abteilungen über die gleiche Frage zu vermeiden. Zwar hat die staatsrechtliche Abteilung bisher immer auch im ordentlichen Berufungsverfahren sowie als einzige Instanz eine nicht kleine Anzahl von Zivilgeschäften erledigt. Die bevorstehende

¹⁾ Vergl. S. 498.

Revision des Organisationsgesetzes wird jedoch ihre rein staatsrechtlichen Aufgaben so stark vermehren, dass ihrer Betätigung auf dem zivilrechtlichen Gebiete immer engere Schranken werden gezogen werden müssen. Und sollte gar das Bundesgericht in dieser oder jener Form auch für die projektierte Ausgestaltung der Verwaltungsrechtspflege herbeigezogen werden, so würde vollends eine vollständige Entlastung der staatsrechtlichen Abteilung von allen Zivilgeschäften bald unvermeidlich werden.

Diese Entwicklung dürfte, wie uns scheinen will, der Idee, die wir hier verfechten möchten, nicht unwesentlich Vorschub zu leisten geeignet sein, dass nämlich die durch die Schaffung der angeregten zivilrechtlichen Kassationsbeschwerde gebotene Gelegenheit zu benutzen sei, um den staatsrechtlichen Rekurs aus der Zivilrechtspflege so viel als möglich auszuschalten und damit zu natürlicheren Verhältnissen auf diesem Gebiete zurückzukehren. „Das Ding, das wir staatsrechtlichen Rekurs nennen,“ erklärte schon Gustav Vogt vor 20 Jahren¹⁾, „ist in manchen seiner Anwendung ein juristisches Unding. Ein Gerichtsstandsstreit,“ „der aus Art. 59 BV entschieden werden muss, ist deshalb nicht“ „mehr und nicht weniger staatsrechtlicher Natur, als ein Gerichtsstandsstreit, für den die massgebende Norm in irgend“ „einem Gesetze gesucht werden muss. Die Vorschrift ändert“ „dadurch, dass sie in die Bundesverfassung aufgenommen ist,“ „ihre zivilprozessuale Natur nicht, und wenn man solche pro-“ „zessuale Vorfragen als staatsrechtliche Rekurse behandelt, so“ „ist damit mehr der Justizverschleppung als der Justiz gedient.“

— Der staatsrechtliche Rekurs in Zivilsachen, wenn wir ihn auch nicht geradezu als ein Unding bezeichnen möchten — denn er war eben so lange eine Notwendigkeit und ein Notbehelf, als neben der Berufung kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung stand, um diese Fälle als Zivilfälle zu behandeln — verliert doch sofort alle und jede Existenzberechtigung, sobald

¹⁾ Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1890 in Zürich, Zeitschrift für schweizerisches Recht Band 31, S. 581/2.

eine Institution geschaffen ist, die es ermöglicht, diese zivilrechtlichen und zivilprozessualen Fragen in einem Verfahren dem eidgenössischen Zivilgerichtshof zu unterbreiten, welches sich organisch in die ganze Zivilrechtspflege einreicht. Diese Institution glauben wir nun aber in dem zivilrechtlichen Kassationsrekurs in der angedeuteten Form gefunden zu haben. Die Vereinigung der gesamten Zivilrechtspflege in der Hand des eidgenössischen Zivilgerichts bildet daher unseres Erachtens eine weitere wichtige Aufgabe der aus Anlass des Inkrafttretens des ZGB vorzunehmenden Revision des Organisationsgesetzes.

Eine solche Entlastung der staatsrechtlichen Abteilung von diesen Geschäften ist auch geboten im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtssprechung auf ein und demselben Gebiete. Zweifelhafte Gerichtsstandsfragen können z. B. selten entschieden werden ohne ein Eingehen auf die Natur und den Zweck der betreffenden Klage und sollten daher auch nur von demjenigen Gerichte entschieden werden, welches auch dazu berufen ist, über diese letzteren Fragen zu judizieren. Statt dessen sehen wir jetzt, dass die beiden Abteilungen beispielsweise über den rechtlichen Charakter der Widerspruchsklage die diametralsten Ansichten vertreten.¹⁾ Ob eine Bestimmung des materiellen eidgenössischen Zivilrechts eine kantonale Norm ausser Kraft gesetzt hat, ist doch offenbar eine vom Zivilrichter zu entscheidende Vorfrage. Statt dessen entscheidet sie jetzt die staatsrechtliche Abteilung, wenn sie anlässlich eines blossen Exekutionsverfahrens aufgeworfen wird,²⁾ oder in einem Zivilrechtsstreit auftaucht, der mangels des nötigen Streitwertes der Berufung nicht unterliegt, weil dabei der Verfassungsgrundsatz der derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts gegen-

¹⁾ Vergl. einerseits die Entscheide der zivilrechtl. Abteilung in EB XXXI T. II Nr. 102; XXXII T. II Nr. 100; anderseits diejenigen der staatsrechtlichen Abteilung in EB XXIV T. I Nr. 39; XXXIII T. I Nr. 56, XXXIV T. I Nr. 111.

²⁾ Vergl. das Urteil der staatsrechtl. Abteilung in Sachen Muggli EB XXXII T. I Nr. 99.

über dem kantonalen in Frage stehe. Auch die Anwendung und Auslegung der zivilrechtlichen Kollisionsnormen gehört offenbar ins Gebiet der Zivilrechtspflege, und wenn Art. 38 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 hiefür das staatsrechtliche Rekursverfahren vorgeschrieben hat, so geschah das zu einer Zeit, als die Staats- und die Zivilrechtspflege noch nicht zwei verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts zugewiesen waren und offenbar allein deshalb, weil eben das einzige damals zur Verfügung stehende Rechtsmittel der eigentlichen Zivilrechtspflege, die Berufung, sich zur Behandlung dieser Vorfragen nicht eignete. Das Bundesgericht hat denn auch bisher schon nicht gezögert, die Zuständigkeit zur Beurteilung dieser Fragen der zivilrechtlichen Kammer zu vindizieren in allen Fällen, in denen sie gleichzeitig mit der durch Berufung weitergezogenen Hauptsache auftauchen und behandelt werden können. Nach Inkrafttreten des ZGB wird das Bundesgericht ja allerdings solche Kollisionsfälle nicht mehr so häufig zu erledigen haben, wie bis anhin; immerhin bleiben die bezüglichlichen Vorschriften des Gesetzes von 1891 noch anwendbar für die Rechtsverhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz, sowie für die wenigen Fälle, in welchen noch kantonal verschiedenes materielles Zivilrecht weiterbesteht (Art. 61 der Einführungsbestimmungen des ZGB). Es erscheint uns daher geboten, dass für alle diese Fälle die Zuständigkeit der zivilrechtlichen Abteilung begründet werde, indem der Kassationsbeschwerde in der vorgeschlagenen Form auch die sämtlichen Beschwerden, zu welchen die Anwendung des Bundesgesetzes von 1891 Anlass gibt, unterstellt werden, soweit nicht die betreffenden kantonalen Entscheide der Berufung unterliegen und soweit es sich nicht um Anstände wirklich staatsrechtlicher Natur handelt. Als solche dem staatsrechtlichen Rekursverfahren vorzubehaltende Streitigkeiten erscheinen lediglich die in Art. 14 und 15 des Gesetzes vorgesehenen Beschwerden der heimatischen Vormundschaftsbehörden bei den zuständigen Vormundschaftsbehörden des Wohnsitzkantons. Wenn schon nun

die betreffenden Rechte des Heimatkantons im ZGB (Art. 378) präzisiert sind, so hat man es dabei doch nicht mit eigentlichen zivilrechtlichen Normen, sondern mit solchen administrativer Natur zu tun, die, wenn sie nicht beachtet werden, einen staatsrechtlichen Konflikt zwischen den beteiligten Kantonen entstehen lassen.

Wenn, wie ausgeführt, für die sämtlichen prozessrechtlichen Vorschriften des eidgenössischen Rechtes, auch die in der eidgenössischen Verfassung enthaltenen, immer dann, wenn sie das weitere Verfahren beeinflussen, die Kassationsbeschwerde als das einzig zulässige Rechtsmittel eingeführt wird, so könnte dann ohne weiteres in das nämliche Verfahren auch einbezogen werden die Rüge der Verletzung solcher in den kantonalen Verfassungen enthaltener Bestimmungen, wie z. B. derjenigen über Gewaltentrennung oder die Komposition der Gerichte usw., so dass also der staatsrechtliche Rekurs auch hier ausgeschaltet und durch ein zutreffenderes, nur der Zivilrechtspflege dienendes Rechtsmittel ersetzt würde.

Endlich würde sich — worauf hier nur nebenbei, weil nicht eigentlich zum Thema gehörend, noch aufmerksam gemacht werden soll — die vorgesehene Kassationsbeschwerde auch vortrefflich dazu eignen, das vom Juristenverein schon vor langen Jahren¹⁾ aufgestellte, auch von den eidgenössischen Räten diskutierte und angenommene Postulat zu verwirklichen, durch Schaffung neuer Kompetenzen des Bundesgerichts im Betreibungs- und Konkurswesen die vermisste Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Rechtsöffnung, des Nachlassvertragsverfahrens und der Konkurseröffnung etc. herzustellen. Und indem man auch die kantonalen Urteile über die Aufhebung der Arreste wegen Mangels des Arrestgrundes nach Art. 279 B u. K auf diese Art und Weise ans Bundesgericht weiterziehbar erklären würde, könnten endlich auch diese rein zivilprozessualen Fragen dem Entscheide der

¹⁾ Vergl. die Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins von 1893, Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Band XII, S. 531.

zivilrechtlichen Abteilung unterstellt werden und würde sich die eidgenössische Ueberprüfung dieser Arrestfragen in zweckmässigerer und mit dem Grundgedanken des Betreibungs- und Konkursgesetzes besser in Uebereinstimmung befindlicher Weise gestalten lassen als bisher, wo nach der früheren bundesgerichtlichen Praxis¹⁾ die innerhalb 5 Tagen anzustrengende und im beschleunigten Verfahren durchzuführende Arrestaufhebungsklage, die doch vom Gesetz (Art. 279) als das einzig zulässige Mittel der Arrestanfechtung gedacht war, durch einen während 60 Tagen möglichen, direkt gegen den Arrestbefehl gerichteten und keineswegs in einem beschleunigten Verfahren seine Erledigung findenden staatsrechtlichen Rekurs einfach umgangen und illusorisch gemacht werden konnte. Die neuere Praxis²⁾ hat freilich einen solchen direkten Rekurs nur noch bei behaupteter Verletzung von Staatsverträgen zugelassen; aber es ist klar, dass mit der beschleunigten Erledigung solcher Fragen, welche Art. 279 B u. K bezweckt, die Weiterziehung eines Entscheides über Arrestaufhebung an eine eidgenössische Instanz mit einer Rekursfrist von 60 Tagen immer noch schlecht genug harmoniert, um eine Abhilfe nicht als Luxus erscheinen zu lassen. Es wäre für diese Fälle, wie überhaupt für alle andern aus dem Vollstreckungsrecht, die normale Rekursfrist natürlich entsprechend zu verkürzen und dürfte auf keinen Fall mehr als 10 Tage betragen.

So würde denn die so gestaltete zivilrechtliche Kassationsbeschwerde nicht nur die normalen Funktionen übernehmen, welche der staatsrechtliche Rekurs jetzt in Zivilsachen versieht, sondern auch in allen denjenigen Fällen ein Eingreifen des Bundesgerichts als Zivilgericht ermöglichen, in welchen hiezu überhaupt eine Veranlassung vorliegt und wo sie bei der gegenwärtigen Organisation gänzlich ausgeschlossen war. Damit würde sich dann als Konsequenz von selbst ergeben, dass die anormale Funktion des staatsrechtlichen Rekurses, die Beschwerde wegen materieller Rechts-

¹⁾ Vergl. EB Band XXV, T. I, Nr. 37.

²⁾ Vergl. EB Band XXIX, T. I, Nr. 91 und XXXI, T. I, Nr. 46.

verweigerung, für alle Fälle, wo sie bisher etwa als Nothbehelf diente, ohne weiteres unterdrückt werden kann. Ja man könnte unseres Erachtens unbedenklich sogar so weit gehen, den allgemeinen Satz aufzustellen, dass ein staatsrechtlicher Rekurs in der Zivilrechtspflege überhaupt ausgeschlossen sei. Da die Verweigerung des rechtlichen Gehörs, die sogenannte formelle Rechtsverweigerung, als Verletzung des Grundsatzes des Art. 4 BV jederzeit mittelst der Kassationsbeschwerde gerügt werden könnte und anderseits, worauf wir bei der Berufung zu sprechen kommen werden, sich die Möglichkeit bietet, in die Berufung auch die Rüge der Verletzung von Verfassungsbestimmungen hineinzuziehen, so würde sich nur noch fragen, ob der in einem solchen Grundsatz liegende Gedanke, die Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses in seiner normalen Funktion, als Beschwerde wegen Verletzung von verfassungsmässigen Individualrechten, gegenüber im ordentlichen Zivilrechtsverfahren erlassenen Haupturteilen vom Vorhandensein des für die Berufung aufgestellten Streitwertes abhängig zu machen, mit der Verfassung vereinbar wäre. Dass praktisch einem solchen Vorschlage gewichtige Bedenken entgegenstehen sollten, können wir nicht glauben. Wenn die Kassationsbeschwerde wegen Verletzung von prozessualen Vorschriften der eidgenössischen oder der kantonalen Verfassung zugelassen würde auch gegen solche der Berufung nicht unterliegende Entscheide, so bliebe ausgeschlossen nur noch die Rüge der Verletzung einer materiellrechtlichen, auf den Endentscheid des Zivilprozesses influenzierenden Verfassungsvorschrift. Solche Bestimmungen der Verfassungen sind nun aber ausserordentlich selten. Es kämen von den Normen der Bundesverfassung hauptsächlich bloss in Frage die Garantie der Press- und der Glaubens- und Gewissensfreiheit, sowie diejenigen der Art. 4 und 60, die jedoch mit der Unterdrückung der Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung ihr Hauptanwendungsgebiet verloren haben würden; von den Bestimmungen der kantonalen Verfassungen namentlich die Eigentumsgarantie. Die Garantie des Petitions-, Vereins- und Versammlungsrechts, die sich noch in den Ver-

fassungen vorfindet, dürfte in Zivilprozessen kaum je die entscheidende Norm abgeben. Durchgeht man die Statistik der letzten Jahre, so zeigt sich, dass die von der staatsrechtlichen Abteilung behandelten Beschwerden wegen Verletzung der Kantonsverfassung in der Tat sozusagen ausschliesslich die Eigentumsgarantie und daneben noch die Gewaltentrennung (eine prozessuale Vorschrift, welche der Kassationsbeschwerde unterstehen würde) betrafen; wegen Verletzung der Pressfreiheit gingen in den letzten 10 Jahren durchschnittlich nur etwa 4 Rekurse ein, die zudem noch meist auf Strafurteile sich bezogen, und die Rekurse wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit blieben noch unter diesem Durchschnitt und beschlugen zudem meistens entweder Strafurteile oder Steuerentscheide, in den allerseltensten Fällen Zivilurteile.¹⁾ Begründet erklärt wurden in den letzten 10 Jahren nur 4 Rekurse wegen Verletzung der Pressfreiheit und 3 Rekurse wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Dabei besteht erst noch die Möglichkeit, dass es sich in diesen Fällen entweder nicht um Zivilurteile, oder um solche, welche der Berufung unterlagen, gehandelt hat. Aber selbst, wenn dem nicht so wäre, so dürfte doch wohl angesichts dieses Faktums die Behauptung gewagt werden, dass ein Bedürfnis dafür, wegen dieser Verfassungsbestimmungen den staatsrechtlichen Rekurs gegen Zivilurteile offen zu halten,

¹⁾ Es gingen ein:

	Rekurse wegen Verletzung	
	der Pressfreiheit	der konfess. Artikel der BV.
1900	7 (2)	3 —
1901	7 (1)	4 (1)
1902	3 —	4 —
1903	5 (1)	3 —
1904	3 —	4 —
1905	5 —	5 (1) Steuerentscheid.
1906	5 —	1 —
1907	1 —	— —
1908	— —	3 (1)
1909	1 —	5 —

Die Zahlen in Klammern geben an, wie viele dieser Rekurse begründet erklärt wurden.

nicht besteht. Und weshalb sollte denn auch in diesen Fällen, wenn es sich doch um Zivilurteile handelt, eine Weiterziehung an das Bundesgericht möglich sein, während sie, wenn der Streitwert mangelt, ausgeschlossen ist, und wenn ein noch so krasser Verstoss gegen irgend eine andere entscheidende Norm des eidgenössischen Rechts vorliegt? Ändert denn der Zivilrechtsstreit deshalb, weil neben andern, die im ZGB sich finden, eine entscheidende Norm zufällig in der Verfassung steht, seinen rechtlichen Charakter als Zivilstreitigkeit? Doch wohl kaum. Oder ist etwa die Unbill, welche der in einem Zivilprozess mit einem Streitwerte unter Fr. 2000.— mit seinem Rechtsbegehren ungerechterweise abgewiesene Kläger erleidet, eine andere, schwerere, wenn zu seinem Nachteil nicht der und der bestimmte Artikel des ZGB, sondern die Verfassungsbestimmung über die Eigentumsgarantie verletzt wurde? Auch das wird kaum behauptet werden können. Die Gerichte haben natürlich die gewöhnlichen Bestimmungen des Zivilrechts mit der gleichen Gewissenhaftigkeit zu handhaben, wie diejenigen, welche zufällig in der Verfassung stehen, und wenn aus Gründen der praktischen Notwendigkeit für Zivilprozesse unter einem bestimmten Streitwert die in der Anrufung einer eidgenössischen Instanz liegenden Chancen versagt wurden, so sollte in dieses Prinzip eigentlich nicht bloss deshalb wieder ein Einbruch gemacht werden können, weil die Bestimmung, welche als verletzt behauptet wird, nicht im Gesetz, sondern in der Verfassung steht, zumal in einer Zeit, wo der Unterschied zwischen Verfassungs- und Gesetzesrecht ja je länger je mehr verblasst und seine praktische Bedeutung verliert. Für das Bundesgericht ist ja das eidgenössische Gesetzesrecht, selbst wenn es die Bundesverfassung offenkundig verletzen sollte, ganz gleich verbindlich wie das Verfassungsrecht. (Art. 113 Schlusssatz BV.)

Die konstitutionellen Bedenken, die gegen eine solche Neuerung erhoben werden und die auch das Bundesgericht verhindert haben, in seinen Vorschlägen so weit zu gehen, scheinen uns nicht schwerwiegend zu sein. Art. 113 der Verfassung enthält ja nur eine Kompetenzbestimmung und über-

lässt die Organisation des einschlägigen Verfahrens vollständig der Gesetzgebung. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb diese, so gut sie die zivilrechtlichen Kompetenzen des Bundesgerichts durch die Aufstellung einer Wertgrenze auf die wichtigeren Fälle beschränken und dadurch von der dem Bundesgerichte nach Art. 114 BV obliegenden Sorge für die einheitliche Anwendung der Bundesgesetze grosse und wichtige Kategorien von Rechtsstreitigkeiten ausschliessen konnte, nicht auch für die Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, wenn es sich um reine Zivilsachen handelt, ein gleiches sollte tun können. Hat doch das Bundesgericht selbst, trotz des Wortlautes des erwähnten Art. 113, der auch die Beschwerden wegen Verletzung von Staatsverträgen ganz allgemein und ohne jede Einschränkung in seine Kompetenz legte, nicht gezögert, den staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung von Staatsverträgen gegen der Berufung nicht unterliegende Zivilurteile in allen denjenigen Fällen auszuschliessen, in denen nach seiner Meinung die betreffende Bestimmung einen zivilrechtlichen Charakter hat.¹⁾

b) Die Berufung.

1. Soll die Berufung beibehalten oder durch ein neues Rechtsmittel ersetzt werden?

Wir haben gesehen, dass die vorgeschlagene Kassationsbeschwerde sich als ein äusserst leicht für die verschiedensten Bedürfnisse verwendbares und an alle Situationen sich anschmiegendes Rechtsmittel zur Weiterziehung kantonaler Entscheide erwiesen hat. Der Gedanke lag daher nahe, ob es denn nicht möglich wäre, überhaupt sämtliche zivilrechtlichen Entscheide diesem Verfahren zu unterstellen und es zum einzigen eidgenössischen Rechtsmittel für alle Zivilsachen umzugestalten, als Zivilrekurs, parallel dem für die Staatsrechtspflege bestehenden staatsrechtlichen Rekurs. Vorschläge, die darauf abzielen, ein Verfahren einfacher und

¹⁾ Vergl. den mehrfach schon zitierten Entscheid in Sachen **Müller & Cie.** gegen Nordostbahn vom 1. Mai 1901; EB Bd. XXVII, T. I, S. 192.

übersichtlicher zu gestalten, dürfen nun selbstverständlich, auch wenn sie noch so tief in eingelebte Gewohnheiten einschneiden, mit dem Hinweis auf diese Tatsache nicht einfach von der Hand gewiesen werden, müssen aber anderseits genau daraufhin geprüft werden, ob sie nicht nur eine Vereinfachung, sondern auch eine Verbesserung garantieren. Jeder Formvorschrift liegt der Gedanke der Wahrung bestimmter Rechte und Interessen zu Grunde, und bevor die bestehende Form zerschlagen wird, ist zu untersuchen, ob diese Interessen sich in der neuen Einkleidung nicht schlechter befinden müssten.

Frägt man sich zu diesem Zwecke zunächst, in was sich die Berufung in ihrer gegenwärtigen Gestalt von der vorgeschlagenen Kassationsbeschwerde in Hauptsachen unterscheidet, so ergeben sich als wesentlichste Differenzpunkte einerseits die Beschränkung der Berufung auf eigentliche Zivilurteile, welche über einen, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten einen bestimmten Streitwert erreichenden, Zivilanspruch endgültig entscheiden (das Erfordernis des Haupturteils eines Zivilgerichts), und anderseits die freie rechtliche Ueberprüfung des Prozesstoffes durch den Berufsrichter. Die Berufung hat als ordentliches Rechtsmittel Suspensiveffekt, die Kassationsbeschwerde dagegen nicht. Die Kassationsbeschwerde muss, soll sie ihren Zweck erfüllen, auch gegen Zwischenurteile und gegen Entscheide administrativer Instanzen zulässig sein, und sie gestattet anderseits, mit Rücksicht auf die tatsächlich meist einfach liegende Streitfrage, die sie dem Bundesgerichte zum Entscheide unterbreitet, das Gericht von einer freien Prüfung des gesamten Prozesstoffes im Hinblick auf die daraus zu ziehenden rechtlichen Schlüsse zu dispensieren und die Prüfung auf die ausdrücklich geltend gemachten Beschwerdepunkte zu beschränken. Die Kassationsbeschwerde ist endlich rein schriftlich gedacht; bei der Berufung ist das schriftliche Verfahren die Ausnahme. Beide Formen haben das gemeinsam, dass eine Ueberprüfung der Tatbestandsfeststellung in der Bundesinstanz nur ausnahmsweise noch stattfinden kann, und dass das Rechtsmittel, wenn es Erfolg hat, nicht bloss

zur Kassation, sondern zum Erlass eines neuen Urteils durch das Bundesgericht selbst führt.

Die Vereinigung liesse sich nun ohne Schwierigkeiten durchführen, soweit es sich nur darum handeln würde, das Erfordernis des Haupturteils fallen zu lassen. Es müssten zu diesem Zweck bloss diejenigen, oben näher entwickelten Fälle, in welchen der einheitliche Zivilrekurs auch gegen andere als Endurteile zugelassen werden will, besonders hervorgehoben werden, was ja, auch wenn man die Kassationsbeschwerde neben der Berufung einführt, sowieso nicht umgangen werden könnte. Das allgemeine Erfordernis würde dann nur darin bestehen, dass ein kantonaler Weiterzug nicht mehr möglich ist und dass es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit handelt.

Dagegen zeigt sich schon eine erste Schwierigkeit bei der Gestaltung der Wirkungen der Erklärung des Rechtsmittels auf die Vollstreckbarkeit des davon betroffenen kantonalen Entscheides. Die Mehrzahl der Verfügungen auf Grund des ZGB, die wir der Kassationsbeschwerde zu unterstellen vorgeschlagen haben, sind derart, dass es durchaus untunlich erscheint, ihre Vollstreckbarkeit von Gesetzes wegen für die Dauer eines Verfahrens vor Bundesgericht einzustellen. Das gleiche gilt auch von den zur Aufnahme in die Kassationsbeschwerde vorgeschlagenen Fällen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Kann daher der Kassationsbeschwerde prinzipiell keine gesetzliche Suspensivwirkung beigelegt werden, so wäre dagegen die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf sämtliche dem Bundesgericht unterbreitete Zivilstreitigkeiten durchaus unpraktisch und würde seine Arbeit ohne Not beträchtlich vermehren. Es ist nun einmal die Ansicht bei uns in Fleisch und Blut übergegangen, dass ein ans Bundesgericht weiterziehbarer ordentlicher Zivilprozess seinen Abschluss so lange noch nicht gefunden habe, als nicht auch die Frage abgeklärt ist, ob die Bundesinstanz noch angerufen werde bzw. als diese nicht ihren Entscheid abgegeben hat. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass in sozusagen allen diesen Fällen mit der Weiterziehung auch ein Gesuch

um Erteilung von Suspensivwirkung gestellt würde, worüber dann jeweils ein besonderer Vorentscheid erlassen werden müsste. Mit einem Rechtsmittel aber, das so häufig ergriffen wird, wie die bisherige Berufung — und die Fälle werden sich ja natürlich nach Inkrafttreten des ZGB noch um einen starken Prozentsatz vermehren — und das als normaler Abschluss des Prozesses erscheint, harmoniert es nicht, dass es grundsätzlich die Vollstreckbarkeit nicht hemmen kann.

Also hier schon erweist sich eine Differenzierung als unumgänglich. Sie ist auch weiter nicht zu umgehen bei der nähern Umschreibung des Verfahrens, insofern man nämlich für die eigentlichen Zivilfälle die mündlichen Parteivorträge offenbar nicht ausschalten kann. Zwar fehlt es ja nicht an Stimmen, welche sie als vollständig überflüssig und die auf sie verwendete Zeit zum grössten Teil als verloren bezeichnen. Wir möchten dieser Kritik nicht alle und jede Berechtigung absprechen. Es ist ja in der Tat zuzugeben, dass die Parteivorträge sehr oft dem Richter gar nichts wesentlich Neues bringen, was er nicht schon aus den Akten kennen würde, und da der Referent und die Mitglieder des Gerichts beim System der öffentlichen Beratung gezwungen sind, sich in der Hauptsache wenigstens ihre Meinung aus dem Studium der Akten zu bilden, bevor sie die mündlichen Vorträge angehört haben, so können sie auch oftmals auf den Endentscheid nicht diejenige Bedeutung erlangen, die sie bei einem unmittelbaren mündlichen Verfahren hätten. Doch bildet die Institution der Vorladung der Parteien zum mündlichen Vortrag doch immer noch das Hauptmittel, um einen gewissen Kontakt zwischen den Anwälten und dem Gerichte aufrecht zu erhalten, der für beide Teile durchaus wünschbar ist. Und sodann hat die Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung, wenn sie überhaupt noch einen Wert haben soll, die Anwesenheit der Parteien oder Parteivertreter ja geradezu zur Voraussetzung; die mündliche Verhandlung bietet ihnen den erwünschten Anlass hiezu, während selbstverständlich ein beschäftigter Anwalt sich natürlich nur in den allerseltensten Fällen bloss zum Zwecke der Anhörung der Beratung nach

Lausanne begeben würde. Und endlich gehört es denn doch auch keineswegs zu den Seltenheiten, dass das mündlich vorgetragene Wort des Anwaltes noch neue Gesichtspunkte eröffnete und ein erneutes Studium der Angelegenheit veranlasst hat. Ist es doch eine bekannte Erfahrungstatsache, dass der mündliche Vortrag und der mündliche Gedankenaustausch von ganz anderer Wirkung sein kann, als die schriftlichen Eingaben. Auch dem Anwalte können, wie dem Richter, erst in letzter Stunde noch neue, ausschlaggebende rechtliche Momente bewusst werden. Es hat daher das Bundesgericht, so willkommen ihm auch die durch den Wegfall der Parteivorträge zu gewinnende Zeit wäre, doch zur Formulierung eines solchen Antrages in seiner grossen Mehrheit sich nicht entschliessen können. Für die Fälle, die von der Kassationsbeschwerde betroffen würden, liegt dagegen die Sache wesentlich anders. Der mit einer mündlichen Parteiverhandlung notwendig verbundene Kostenaufwand verbietet es von selbst, sie auch für jede Zwischenverhandlung und überhaupt für die juristische Kleinarbeit, wenn man sich dieses Ausdruckes bedienen darf, zu verwenden, wie sie diese Fälle in der Mehrzahl bieten. Auch die Kantone haben ja, soweit sie für diese Entscheide überhaupt die Weiterziehung an eine kantonale Instanz kennen, dafür meistens ein schriftliches Verfahren vorgesehen, das sogen. Rekursverfahren oder die Nichtigkeitsbeschwerde oder dergleichen. — Somit liegt hier eine zweite Notwendigkeit vor, die Kassationsfälle von den ordentlichen Zivilfällen zu trennen und das Verfahren für beide verschieden zu gestalten.

In letzter Linie — und darauf möchten wir das Hauptgewicht legen — muss unseres Erachtens eine Abschaffung der freien rechtlichen Ueberprüfung des Prozessstoffes durch das Bundesgericht für die eigentlichen Zivilrechtsstreitigkeiten und ein Uebergang zum Kassationsverfahren, wobei nur die ausdrücklich geltend gemachten Kassationsgründe auf ihre Stichhaltigkeit geprüft würden, zurzeit als ganz ausgeschlossen betrachtet werden. Wir berühren damit diejenige Frage, über welche die Meinungen im Schosse des Bundes-

gerichts ausserordentlich geteilt waren und noch sind. Nachdem sich das Bundesgericht in seinem ersten Bericht an den Bundesrat mit grosser Mehrheit für Beibehaltung der gegenwärtigen Berufung ausgesprochen, hat sich ein Jahr später eine Mehrheit für den gegenteiligen Standpunkt, den Uebergang zum Kassationsprinzip, gebildet. In gesonderten Mehrheits- und Minderheitsberichten sind die beiden Standpunkte im Frühjahr dieses Jahres beim Bundesrat wieder neu beleuchtet worden. Der Referent ist in seiner Ueberzeugung von der Unmöglichkeit, die gegenwärtig für die Berufungsfälle geltende freie rechtliche Ueberprüfung zurzeit aufzugeben, konstant geblieben und glaubt, bei der Bedeutung dieses Punktes für die vorzunehmende Revisionsarbeit, hier die wesentlichsten Gründe, auf die er sich dafür stützt, kurz andeuten zu sollen. Wir können die Frage aber, da sie mit dem Thema des Referates nur in einem indirekten Zusammenhang steht, nur summarisch und mit Beschränkung auf die Hauptgesichtspunkte erörtern.

Zunächst ist offenbar der Zeitpunkt der Einführung des ZGB für eine solche Neuerung der denkbar ungeeignetste. Der Uebergang zum Kassationsprinzip bedeutet ganz unzweifelhaft eine wesentliche Schwächung des Einflusses des Bundesgerichts auf die Zivilrechtsprechung und eine Beeinträchtigung seiner Bewegungsfreiheit bei der Auslegung und Fortentwicklung des neuen Rechts. Darf es den Prozesstoff nicht mehr frei auf die aus ihm zu ziehenden rechtlichen Schlüsse hin untersuchen, so ist es genötigt, einem Urteil seine Sanktion zu erteilen und es, da ja nicht nur über Bestätigung oder Kassation entschieden wird, sondern das bundesgerichtliche Urteil auch das kantonale ersetzen soll, als sein eigenes Urteil über den Streitfall gelten zu lassen, von dessen Unrichtigkeit es überzeugt ist, sobald der Anwalt den springenden Punkt nicht herausgefunden und seinen Angriff nach einer falschen Direktion gerichtet hat. Wie häufig ist es doch schon vorgekommen, dass das Gericht die entscheidende Norm an einem ganz andern Orte gesucht und gefunden hat, als die Parteien und die Vorinstanz, und sehr oft kann konstatiert werden,

dass beim nähern Studium eines Falles sich entscheidende Gesichtspunkte auftun, die vom Anwalte vollständig übersehen und weder in der schriftlichen Begründung, noch im mündlichen Vortrage namhaft gemacht wurden. Namentlich dann, wenn es sich darum handelt, Gesetzeslücken durch Analogie oder selbständige Rechtschaffung auszufüllen, können ja gewöhnlich die verschiedensten Auffassungen vertreten werden. Der eine ist der Meinung, es bestehe überhaupt keine Lücke, es sei der und der bestimmte Paragraph anwendbar; ein anderer sucht die Analogie in dem, ein anderer in jenem Rechtssatze; ein dritter will kühn die Analogie auf die Seite schieben und einen neuen Rechtssatz aus der Wissenschaft ableiten, und ein vierter, der ihm dabei folgt, hält sich dagegen an eine andere wissenschaftliche Meinung. Im einen Falle kann das Urteil vielleicht angefochten werden, im andern nicht. Und da soll nun nicht einfach dem Bundesgericht der Tatbestand vorgelegt werden können mit dem Antrag, das Dispositiv zu ändern, es ihm überlassend, diejenige rechtliche Konstruktion und Begründung zu suchen, die nach seiner Auffassung die zutreffende ist, sondern die Partei soll riskieren müssen, dass, wenn ihr Anwalt nicht den richtigen Spürsinn hat und nicht gerade auf das verfällt, was auch nach der Auffassung des Bundesgerichts entscheidend ist, sie unterliegt, selbst wenn sie nach des Richters Ansicht materiell mit ihrem Anspruch vollständig im Recht war? Und es soll sogar möglich sein, dass einem dem Bundesgericht als unsittlich oder widerrechtlich erscheinenden Rechtsgeschäft der Rechtsschutz nicht versagt werden kann, wenn der Anwalt oder die Partei an diese Anfechtungsmöglichkeit nicht gedacht haben? An eine solche Verknüpfung oberstrichterlicher Rechtsprechung und Rechtsfindung mit der Tätigkeit des Anwaltes, wie sie ein Abgehen von den gegenwärtigen, der Berufung zugrunde liegenden Prinzipien zur Folge hätte, hat man nicht einmal in Deutschland, das ja doch den Anwaltszwang und die einheitliche Anwaltsprüfung hat, gedacht; sie ist für uns, die wir weder das eine noch das andere kennen, um so viel weniger anging. Die meisten Rechtssätze, welche das Bundesgericht

aus dem Grundsatz des Art. 50 OR abgeleitet hat, die Weiterbildung des Dienstvertragsrechts, die auf Art. 17 OR über die Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit der Verträge aufgebauten Sätze, sind mit wenigen Ausnahmen kraft der Befugnis des Bundesgerichts, den anzuwendenden Rechtssatz selbst zu finden und zu schaffen, ohne an die Beschwerdegründe der Parteien gebunden zu sein, in unser Rechtsleben eingeführt worden, und man darf geradezu sagen, dass mit der Unterbindung dieser Möglichkeit und mit der Unterdrückung der freien Initiative des Gerichts ein wesentlicher und bis jetzt nur wohl-tätig wirkender Faktor aus der nationalen Rechtsbildung ausgeschaltet würde. Wir können diese Stellung des Bundesgerichts im Momente, wo es sich um die Einführung des ZGB handelt, am allerwenigsten entbehren. Denn dieses stellt ja mehr als sonst irgend eine Kodifikation auf die freie Rechtsfindung des Richters ab. Noch viel häufiger als jetzt wird nach Einführung des ZGB der Richter in der Lage sein, die entscheidende Norm durch Analogieschluss oder freie Lückenausfüllung selbst schaffen zu müssen, und die Befürchtung, dass dieser schweren Aufgabe die Richter nicht in allen Kantonen vollaufgewachsen sein werden, entbehrt sicherlich einer gewissen Berechtigung nicht. Um so mehr ist es daher geboten, dass wenigstens die letzte Instanz in ihrer kontrollierenden und Recht schaffenden Tätigkeit eine freie Stellung einnehme und so wenig als möglich gehemmt sei, als Gegengewicht gegen die Gefahren, welche die so ausserordentlich weitgehenden Kompetenzen des neuen Rechts in den Händen ungeschulter Richter für die Parteien haben können. Dass auch die persönliche Stellung des Zivilrichters im Bundesgericht nach den neuen Vorschlägen des Bundesgerichtes eine wenig befriedigende werden müsste, soll nur nebenbei angedeutet werden. Die wahre Befriedigung gibt dem Richter doch immer nur das Gefühl, dem materiellen Rechte zum Siege verholfen zu haben. Dieses Bestreben ist auch bisher dem Bundesgericht immer als oberstes Leitprinzip vorgeschwebt, so sehr, dass es sogar im staatsrechtlichen Rekurs wegen arbiträrer Rechtsanwendung sich ein Mittel geschaffen hat, auf der Anwendung

kantonalen Rechts beruhende Urteile zu kassieren, wenn sie mit seinem Rechtsempfinden gar zu sehr in Widerspruch sich setzten. Wollte man nach den neuen Vorschlägen des Bundesgerichts die Berufung umgestalten, so würde häufig nicht mehr, was nach des Richters Rechtsgefühl Recht oder Unrecht ist, für den Endentscheid des Bundesgerichts den Ausschlag geben, sondern sein Spruch hätte vielfach nur noch die Bedeutung einer Rechtsbelehrung der Parteien über die von ihnen behaupteten Kassationsgründe und aus dem Urteil des Bundesgerichts würde man in vielen Fällen nicht ersehen, welches eigentlich seine Rechtsauffassung über die Gesamtheit der dem Prozesse zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse und die gestellte Rechtsfrage war.

Dazu fällt gewiss der weitere Umstand schwer zu Ungunsten einer Aenderung des Systems der Berufung in die Wagschale, dass mehrere Kantone ihre ganze Justizorganisation bereits auf dieses System eingestellt und ihre zweite Zivilinstanz unterdrückt haben, speziell mit Rücksicht auf die Möglichkeit, dass der gesamte Prozesstoff im bundesgerichtlichen Verfahren quoad jus einer nochmaligen vollständigen Ueberprüfung unterstellt werden kann, gleich wie in einer eigentlichen Appellationsverhandlung. Man mag ja nun wohl sagen, es sei eigentlich nach dem Wortlaut des Art. 114 der Verfassung, der dem Bundesgericht nur die Sorge für die „einheitliche Anwendung der Bundesgesetze“ überweise, nicht Aufgabe des Bundes, in dieser Weise den Kantonen einen Teil ihrer verfassungsmässigen Aufgabe, nämlich der Rechtspflege, abzunehmen. Selbst wenn, was wir übrigens nicht zugeben, jene Verfassungsbestimmung wirklich die Bedeutung hätte, dass auf dem Gebiete der Zivilrechtspflege das Bundesgericht sich mit dieser mehr auf dem theoretischen Gebiete liegenden Rolle zu begnügen und sich um die eigentliche Rechtsprechung nicht zu bekümmern habe, so wäre darauf zu erwidern, dass dieser Standpunkt von der Entwicklung der Verhältnisse längst überholt worden und dass ein Rückwärtsschreiten in diesen Dingen einfach ausgeschlossen ist. Die Tendenz, die sich ja auch in den Bestrebungen auf Ver-

einheitlichung des Zivilprozesses manifestiert, geht vielmehr dahin, dem Bundesgericht einen immer grösseren Einfluss auf die Rechtsprechung zu sichern. In Tat und Wahrheit lässt sich eben die einheitliche Anwendung der Bundesgesetze und ihre Fortentwicklung nach einheitlichen Gesichtspunkten in rationeller Weise gar nicht anders verwirklichen, als durch ein Eingreifen der Bundes-Instanz in die eigentliche Rechtspflege. Die Berufung in ihrer heutigen Gestalt ist ja auch nicht tale quale dem Haupte des Zeus entsprungen — das erste Organisationsgesetz hat alle die Dinge, welche heute ihre Wesenheit ausmachen, überhaupt gar nicht erwähnt —, sondern sie ist das natürliche Resultat der Entwicklung, gezeitigt von den realen Bedürfnissen, wie sie sich dem Bundesgericht im Anfang darstellten. Wir haben ja wohl Kantone, deren Rechtspflege auch bei einem weniger tiefen Eingreifen der Bundesinstanz nichts zu wünschen übrig lassen würde; im allgemeinen aber würde, das darf wohl gesagt werden, die Mitwirkung des Bundes bei der Rechtspflege in dem Umfange, wie sie heute die Berufung garantiert, nur schwer entbehrt werden. Wir halten es für unzutreffend, wenn die gegenwärtige Mehrheit des Bundesgerichts behauptet, dass es „grundsätzlich fehlerhaft sei und praktisch nicht weit führe, wenn versucht werde, einem Mangel der kantonalen Einrichtungen durch Einrichtung einer Bundesinstitution abzuhelpfen.“ Das ist vielmehr gerade die Signatur der Entwicklung des Bundesrechts seit der Begründung des neuen Bundes und der rote Faden, der sich durch die ganze Verfassungsgeschichte der letzten 50 Jahre hindurchzieht, dass, je weniger die Kantone den immer grösseren Umfang annehmenden Anforderungen des vielgestaltiger werdenden modernen Lebens an den Staat zufolge der Kleinheit ihres Gebietes und der Beschränktheit ihrer Mittel gerecht werden konnten, desto mehr der Bund mit seinen reicheren Mitteln an ihre Stelle trat und treten musste; die Rechtspflege kann selbstverständlich dabei keine Ausnahme machen. Es hiesse auch gewiss die Bedeutung dessen, was der Bund auf diesem Gebiete bis jetzt getan hat, unterschätzen, wenn

man es als praktisch bedeutungslos hinstellen wollte. Zugegeben, dass die Rechtspflege in den Kantonen, wo sie mangelhaft ist, dadurch nicht besser wird, dass der Bund sich ihrer annimmt; wenn aber die Parteien die Möglichkeit haben, vom kantonalen ungenügenden Richter an einen besser qualifizierten und namentlich einen, den lokalen Einflüssen entrückten, vom Bunde zur Verfügung gestellten Richter ihren Fall weiterzuziehen, so ist das für sie gewiss von eminenter praktischer Bedeutung, und schliesslich ist doch das die Hauptsache bei der Rechtspflegeorganisation, dass möglichst viele Garantien dafür bestehen, dass das Endurteil von einem absolut unabhängigen und möglichst gut qualifizierten Richter erlassen werde.

Uebrigens erweist sich auch bei näherer Betrachtung die Hoffnung, dass durch eine Abschaffung der freien rechtlichen Ueberprüfung des Tatbestandes für den Referenten und das Gericht eine namhafte Zeitersparnis erzielt werden könnte, als nur zum kleinsten Teile berechtigt. Denn um die Beschwerdepunkte richtig zu verstehen und über den Einfluss, den ihre Gutheissung auf das Dispositiv des Urteils haben müsste, sich klar zu werden, müsste ja selbstverständlich doch der Fall in seiner Totalität, sowohl was die Fakten, als die rechtliche Konstruktion anbelangt, erfasst werden. Und in den Fällen, wo der geltend gemachte Kassationsgrund als zutreffend erachtet würde, müsste, wenn man nicht einfach den Prozess an die Vorinstanz zurückweisen will, was natürlich nicht angänglich ist und auch von der neuen bundesgerichtlichen Mehrheit nicht proponiert wird, doch immer auch noch untersucht werden, ob nicht das Urteilsdispositiv aus andern, nicht angefochtenen Gründen sich doch als zutreffend erweise.

Freilich hat nun das Bundesgericht in seinem letzten Mehrheitsbericht noch einen neuen Vorschlag gemacht, der, wenn er angenommen würde, eine solche Zeitersparnis zweifellos bringen und namentlich die Aufgabe des Gerichts gegenüber dem jetzigen Zustand wesentlich erleichtern würde. Es will nämlich den Begriff des Tatbestandes, auf Grund

dessen die bundesgerichtliche Entscheidung zu ergehen hat, einer radikalen Umgestaltung unterwerfen. Bisher verstand man darunter alle Tatsachen, welche aus dem von den Parteien in einer den kantonalen Prozessvorschriften entsprechenden Weise beigebrachten Prozessmaterial sich ergaben, im Gegensatz zu der Tatbestandsdarstellung im angefochtenen Urteil. Das hatte zur Folge, dass das Bundesgericht jeweils den Tatbestand, selbst wenn das kantonale Urteil eine brauchbare Darstellung gab, auf Grund der Akten doch selbst nachzukonstruieren hatte, um sich zu vergewissern, ob auch die sämtlichen relevanten Momente dabei berücksichtigt wurden und ob die Darstellung nicht etwa mit den Akten sich in Widerspruch setzte. Das ist namentlich dann, wenn die Verarbeitung des Tatbestandes im kantonalen Urteil zu wünschen übrig lässt, was sehr häufig vorkommt, eine recht mühsame und zeitraubende Arbeit und die darauf verwendete Zeit und Mühe hat freilich mit der Sorge für die einheitliche Anwendung und Weiterentwicklung des Rechts nur einen sehr losen Zusammenhang. Trotzdem glauben wir nicht, dass es möglich sei, wie das Bundesgericht es nun vorschlägt, zu verlangen, dass in allen Fällen, wo die Möglichkeit der Weiterziehung ans Bundesgericht besteht, die betreffende kantonale Instanz den gesamten Prozesstatbestand im Urteil darzustellen habe und dass diese Darstellung als Prozesstoff für das Urteil des Bundesgerichts allein soll in Frage kommen können.

Handelte es sich freilich nur darum, bei der Gestaltung der Berufung in erster Linie die Interessen des Bundesgerichts zu wahren, so wäre diesen Vorschlägen gewiss zuzustimmen. Denn es könnte in der Tat, wenn die Vorinstanzen dem Bundesgericht das Tatsachenmaterial in einer Art und Weise vor- und durchgearbeitet vorlegen würden, dass es sich damit weiter nicht abzugeben brauchte, viel kostbare Zeit gewonnen werden. Es scheitert aber dieser Gedanke unseres Erachtens an der faktischen Unmöglichkeit seiner Durchführung, und zudem kommt er in Kollision mit berechtigten Interessen der Parteien. Gewiss könnte man

von vielen kantonalen Gerichten der Schweiz eine genügende Tatbestandsdarstellung wohl erhalten; aber ebenso sicher ist, dass andere Gerichte hiezu, wenn es sich um komplizierte Verhältnisse handelt, nicht imstande sind, sei es, weil die betreffenden Kantone zu klein sind, um die Gerichte entsprechend besetzen zu können, sei es, weil die Funktionäre in andern so mit Arbeit überladen sind, dass ihnen hiezu die nötige Zeit fehlt. Diese Verhältnisse hat der Bundesgesetzgeber einfach hinzunehmen, ohne dass er sie ändern könnte. Es ist daher nicht damit getan, dass in einem Paragraphen des Organisationsgesetzes vorgeschrieben wird, die sämtlichen dem Bundesgericht vorzulegenden kantonalen Urteile und Entscheide hätten eine genaue Tatbestandsdarstellung zu enthalten. Wie wenig wirksam solche Bestimmungen sind, hat die Erfahrung bewiesen, welche das Bundesgericht bis jetzt mit dem Art. 63 des Organisationsgesetzes gemacht hat, dessen Vorschriften auch heute noch, etwa mal sogar von den besten kantonalen Gerichten, beinahe tagtäglich ausser Acht gelassen werden. Auch mit der Aufhebung und Rückweisung solcher ungenügender Urteile könnte wirksam die Befolgung einer solchen Vorschrift nicht erwirkt werden. Art. 64 des Organisationsgesetzes gab ja auch jetzt schon dem Gerichte diese Möglichkeit und doch ist sozusagen nie von ihr Gebrauch gemacht worden, weil sich das Gericht immer scheute, den Parteien eines solchen Formmangels wegen, der vom Gerichte selbst geheilt werden konnte, die Kosten und Umtriebe zweier Verhandlungen aufzuerlegen. Und so würde es natürlich auch in Zukunft bleiben. Muss man somit mit der Möglichkeit, als einem nicht zu ändernden Faktum, rechnen, dass eine grosse Anzahl von weitergezogenen Urteilen eine richtige Tatbestandsdarstellung nicht enthalten werden, so ist damit, wie uns scheinen will, zum vornherein schon die Unmöglichkeit bewiesen, eine solche Neuerung bei uns durchzuführen. Denn man wird den Parteien nicht erklären können, dass ihre in den Akten enthaltenen Angaben, wenn sie nicht auch im Urteil wiedergegeben sind, überhaupt ausser Berücksichtigung fallen, solange die Parteien nicht auch durch die Vorschriften

einer einheitlichen Zivilprozessordnung die Macht erhalten haben, eine richtige Tatbestandsdarstellung zu erzwingen. Nur der einheitliche Zivilprozess und die einheitliche Gerichtsorganisation haben es in Deutschland ermöglicht, für das Reichsgericht den im rekurrierten Urteil enthaltenen Tatbestand als massgebend zu erklären. Bei uns hat die Macht der Verhältnisse zur Aufstellung eines andern, weitem Tatbestandsbegriffes geführt, und diese Verhältnisse bestehen heute noch in gleicher Weise wie früher.

Uebrigens ist ja klar, dass ohne das Aktenstudium in sehr vielen, wenn nicht den meisten Fällen von einem gewissen Umfang, der Richter sich ein vollständiges, unbeeinflusstes und richtiges Urteil über den Prozess gar nicht bilden kann, sei es, weil die Tatbestandsdarstellung im Urteil immer subjektiv gefärbt sein wird, sei es, weil wichtige Beweismittel im Urteil überhaupt nur zitiert werden können, ihre Bedeutung aber nur bei vollständiger Lektüre richtig erfasst werden kann. Und endlich würde der erhoffte Zeitgewinn auch deshalb wieder als illusorisch sich erweisen müssen, weil nach den Vorschlägen des Bundesgerichts selbst doch die Tatbestandsdarstellung in gewissem Umfange auch wieder anfechtbar wäre, und zwar immer dann, wenn „Tatsachen in rechtswidriger Weise ausser Acht gelassen oder berücksichtigt worden sind“. Es ist zwar nicht recht klar, was damit gemeint sein soll; offenbar könnte das Bundesgericht doch nur wegen Verletzung eidgenössischer Normen oder kantonaler Verfassungsvorschriften einschreiten, was die Anfechtbarkeit ausserordentlich einschränken müsste; doch ist so viel sicher, dass jedesmal, wenn eine solche Anfechtung vorliegen würde, das Gericht genötigt wäre, das gesamte Aktenmaterial einer Prüfung zu unterziehen. Ohne dass man sich darüber klar ist, welche Tatsachen überhaupt geltend gemacht wurden, kann man natürlich auch nicht darüber erkennen, ob einzelne in unzutreffender Weise ausser Acht gelassen wurden; und ob sie in rechtswidriger Weise ausser Acht gelassen oder berücksichtigt wurden, kann ebenfalls wieder erst dann entschieden werden, wenn man eruiert hat, welche Gründe nach der gesamten Aktenlage hiefür entscheidend sein

konnten und mussten. Zwar haben die Vorschläge des Bundesgerichts die Rüge der Aktenwidrigkeit ausgemerzt; doch ist klar, dass eine aktenwidrige Feststellung immer eine Rechtsverweigerung bedeuten müsste, und da die Behauptung einer solchen zur Tatbestandsanfechtung genügt, so wäre im Grunde die Konsequenz der neuen Vorschläge des Gerichts lediglich die, dass die Praxis auf Umwegen zu jenem Rechtszustand wieder zurückkehren könnte und auch müsste, auf dem wir uns heute schon mit der Berufung befinden. Dass die vielen Ergebnisse auf dem Gebiet der Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage, welche die Praxis bis jetzt gezeitigt hat, zum grössten Teil wertlos würden, und dass die vielen neuen Begriffe, mit denen die neuen Vorschläge operieren, erst wieder durch eine neue lange Praxis ihren bestimmten Inhalt erhalten müssten, soll nur nebenbei noch als besonderer Nachteil einer solchen Aenderung namhaft gemacht werden.

Wir ziehen aus den bisherigen Ausführungen den Schluss, dass es nicht möglich ist, für die eigentlichen Zivilrechtsstreitigkeiten den Hauptgrundsatz der Berufung, dass das Bundesgericht den gesamten, den kantonalen Gerichten vorgelegten Prozesstoff einer vollständig freien rechtlichen Ueberprüfung unterzieht, fallen zu lassen. Erweist sich aber auch in diesem Hauptpunkte eine verschiedene Behandlung dieser Prozesse und derjenigen Streitigkeiten, für welche wir die Kassationsbeschwerde vorgesehen haben, als unumgänglich, so zeigt sich damit zugleich die Undurchführbarkeit des Gedankens, diese Kassationsbeschwerde als das einzige Rechtsmittel für sämtliche zivilrechtlichen Weiterziehungen an das Bundesgericht vorzusehen, und ergibt sich die Notwendigkeit, die Berufung in ihrer gegenwärtigen Gestalt, soweit es sich wenigstens um ihre Grundzüge handelt, beizubehalten.

2. Aenderungen sekundärer Natur am System der Berufung.

Das schliesst nicht aus, dass in Detailpunkten das System der Berufung verbesserungsbedürftig ist, und es ist wohl am

Platze, dass zum Schlusse noch angedeutet wird, in welchen Richtungen sich diese Reform nach unserer Auffassung hauptsächlich zu bewegen hätte. Es handelt sich dabei sämtlich auch um Vorschläge, welche das Bundesgericht in seinem ersten, dem Bundesrat erstatteten Gutachten aufgestellt hat; doch können natürlich nur die wesentlichsten Punkte berührt werden.

In erster Linie wird zu erwägen sein, ob und eventuell welche Massnahmen getroffen werden können, um den staatsrechtlichen Rekurs als mit der Berufung konkurrierendes Rechtsmittel für Zivilsachen auszuschalten. Wir können uns über die Wünschbarkeit einer solchen Neuerung im allgemeinen auf das beziehen, was anlässlich der Besprechung des staatsrechtlichen Rekurses in dieser Hinsicht ausgeführt wurde. Doch ist hier noch speziell auf die unbefriedigende Situation zu verweisen, die gegenwärtig aus dem Dualismus der beiden Rechtsmittel entsteht, die anwendbar sind, je nachdem die angeblich verletzte Norm sich in der eidgenössischen oder einer kantonalen Verfassung oder in einem andern Erlass vorfindet. Da die Frist für die Erklärung des staatsrechtlichen Rekurses bekanntlich dreimal länger ist, als diejenige für die Berufung, so ist es möglich, dass ein mittelst der Berufung an die Zivilabteilung weitergezogener kantonalen Entscheid von ihr bereits erledigt ist im Moment, wo der staatsrechtliche Rekurs beim Bundesgericht erst eingeht. Da aber das bundesgerichtliche Zivilurteil dasjenige der kantonalen Instanz, auch wenn es auf Bestätigung lautet, ersetzt, so wird in diesem Falle der staatsrechtliche Rekurs, der nur gegen kantonale Urteile möglich ist, gegenstandslos. Es ist mit andern Worten die Rüge der Verfassungsverletzung durch das kantonale Urteil dann einfach ausgeschlossen. Allerdings wird bei der gegenwärtigen Geschäftslast der Zivilabteilung dieser Fall sich nicht mehr häufig einstellen. Dagegen ist es immerhin möglich, dass die Zivilabteilung, die ja einen von demjenigen der staatsrechtlichen Abteilung vollständig getrennten Geschäftsbetrieb hat, von einem gleichzeitig oder noch vor Erledigung der Berufung eingegangenen staatsrechtlichen Rekurs in der gleichen Sache kein Wissen hat, und es ist

wiederholt vorgekommen, dass, weil der betreffende Anwalt nicht ein förmliches Sistierungsgesuch gestellt hat, die Berufung dann vor dem staatsrechtlichen Rekurs erledigt wurde, mit der erwähnten Konsequenz.

Wir haben schon ausgeführt, dass die Verfassungsbestimmungen, die bei solchen staatsrechtlichen Rekursen gegen Zivilurteile in Frage kommen, meist ihrer innern Natur nach mehr zivilrechtliche Vorschriften sind als staatsrechtliche und auch im kantonalen Verfahren ja von den Zivilgerichten angewandt und gehandhabt werden müssen. Es ist daher gewiss das Gegebene und Natürliche, dass die bundesgerichtliche Weiterziehung auch diese Rüge umfasse, und dass die kantonalen Organe der Zivilrechtspflege nicht zum Teil von einem Zivilgericht, zum Teil vom Staatsgerichtshof überwacht und kontrolliert werden. Diese Erweiterung der Berufung auch auf die Prüfung allfälliger durch das weitergezogene Urteil begangener Verfassungsverletzungen ist nun ein Postulat, das für die Parteien so in die Augen springende Vorteile bietet, dass über dessen Zweckmässigkeit nicht weiter mehr diskutiert werden sollte. Dass dadurch dem Zivilgerichte die Kognition über einzelne öffentlich-rechtliche Fragen übertragen wird, kann keine prinzipiellen Bedenken wachrufen; denn eine scharfe Trennung lässt sich ja überhaupt nicht durchführen. Jedes Zivilgericht sieht sich von Zeit zu Zeit in der gleichen Lage, und auch der Staatsgerichtshof kommt notgedrungen etwa mal in den Fall, zivilrechtliche Vorfragen entscheiden zu müssen. Der dem Bundesrat vorgelegte Entwurf eines revidierten Organisationsgesetzes sieht zudem vor, dass im Falle widersprechender Entscheidungen der beiden Abteilungen das Plenum angerufen werden muss.

Die Verwirklichung des Postulates bietet keine Schwierigkeiten, wenn nur ein weiterer Vorschlag des Bundesgerichts akzeptiert wird, der dahin geht, dass der Berufungserklärung in jedem Fall eine schriftliche Begründung beigegeben werden soll, nicht in der Meinung, dass, was die zivilrechtliche Ueberprüfung anbelangt, das Bundesgericht daran gebunden sei, wohl aber in dem Sinne, dass allfällige kantonale

Verfassungsverletzungen, sowie behauptete aktenwidrige Feststellungen darin namhaft zu machen wären, und zwar mit der Wirkung, dass die Prüfung des Bundesgerichts nach diesen beiden Richtungen sich auf die in der Berufung ausdrücklich namhaft gemachten Beschwerdepunkte zu beschränken hätte. Die eidgenössischen Verfassungsvorschriften auf einen ihm unterbreiteten Prozessstoff *ex officio* anzuwenden, kann man ja freilich dem Bundesgericht wohl zumuten; dagegen ginge es offenbar zu weit, diesen Grundsatz auch auf das kantonale Verfassungsrecht auszudehnen. Hier ist es vielmehr Sache der Parteien, diejenigen Bestimmungen, über deren Verletzung sie sich beschweren wollen, dem Bundesgericht namhaft zu machen: man kann es so wenig dazu verhalten, die 25 Kantonsverfassungen von Amtes wegen zu handhaben, wie man ihm seinerzeit eine solche Pflicht rücksichtlich der 25 verschiedenen Prozessordnungen auferlegt hat.

Diese schriftliche Begründung der Berufung hätte ferner den weiteren Zweck, dem Bundesgericht seine Aufgabe zu erleichtern. Denn es ist natürlich sehr oft fatal, wenn der Referent und die Richter sich ihr Urteil über den Fall vor der Gerichtsverhandlung bilden müssen, ohne auch nur eine Andeutung darüber zu haben, nach welcher Richtung eigentlich der Hauptangriff der rekurrierenden Partei geht, so dass man damit erst in der Sitzung überrascht werden kann. Das führt, wenn in der mündlichen Verhandlung neue Gesichtspunkte vorgebracht werden, entweder zu einer Verschiebung und nochmaligen Verhandlung, oder es hat zur Folge, dass diesen neuen Gedanken nicht diejenige Würdigung zu teil wird, welche sie verdienen, und dass die Diskussion darüber übers Knie abgebrochen wird. Beides kann durch eine obligatorische kurze, an die Berufungserklärung anzuschliessende Begründung vermieden werden. Eine solche hat sich in komplizierten Rechnungsverhältnissen denn auch bisher schon etwa mal als unumgänglich erwiesen; hat doch das Gericht sich selbst schon veranlasst gesehen, im Interesse einer gründlicheren Prüfung des Prozesses, eine solche zu provozieren. Das Gericht hat geraume Zeit solche Eingaben für Fälle, die im

mündlichen Verfahren zu behandeln waren, bei den Akten gelassen, unter Kenntnissgabe an die Gegenpartei, dann später aber wieder beschlossen, sie seien aus den Akten wegzuweisen. Streng formell genommen, mag letzteres ja dem Gesetze entsprechen; aber es ist doch gewiss prinzipiell verfehlt, wenn dieses bessere Mittel der Instruktion des Richters gegenwärtig nur für die weniger wichtigen, unter 4000 Franken Streitwert bleibenden Prozesse als zulässig erklärt und für alle diesen Betrag übersteigenden, wichtigen und komplizierten Streitigkeiten ausgeschlossen wird. Wird die Begründung obligatorisch gemacht, so wird es dann auch nicht mehr vorkommen, dass einer Partei nur deshalb, weil sie über die Berechnung des Streitwertes und über die Frage, ob er 4000 Franken überschreite oder nicht, die Ansicht des Gerichts nicht zum voraus kannte, das Forum verschlossen werden muss. Wenn, wie das im Revisionsentwurf vorgeschlagen wird, dann auch noch die Berufungsfrist auf 30 Tage verlängert und damit derjenigen für den staatsrechtlichen Rekurs, die auf diesen Betrag reduziert werden soll, gleichgestellt wird, so sollten auch die Anwälte sich mit der Neuerung einverstanden erklären können; denn in einem Monat wird es auch einem sehr beschäftigten Anwalte möglich sein, seine Beschwerdepunkte schriftlich zu fixieren. Selbstverständlich müsste auch der Gegenpartei die Möglichkeit einer schriftlichen Beantwortung eingeräumt werden; doch würde hiefür eine kürzere Frist, etwa 10 Tage, genügen. Würden diese Vorschläge akzeptiert, so könnte dann die mündliche Parteiverhandlung auf die wichtigeren Fälle beschränkt werden (Streitwert über 10,000 Franken).

An eine Reduktion des Streitwertes von Fr. 2000.—, die ja an sich wohl im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung wünschbar wäre, ist doch aus praktischen Gründen nicht zu denken. Die Gesetzes-Revision wird dem Bundesgericht ohnehin so viele neue Kompetenzen, nicht nur auf dem zivilrechtlichen, sondern auch auf dem staatsrechtlichen Gebiete bringen, dass, wenn das Personal des Gerichts nicht übermässig anschwellen soll, was in keiner Richtung als wünschenswert erscheint, die Tore, durch welche die zivilrechtlichen Geschäfte

einziehen, nicht noch weiter geöffnet werden können. Ohnehin nehmen ja die Berufungen mit jedem Jahre zu, und namentlich sind es die zum vornherein aussichtslosen Rekurse, deren Prozentsatz leider immer grösser wird und welche die Zeit und die Arbeitskraft des Bundesgerichts zum Schaden der andern seriösen Geschäfte absorbieren.¹⁾ Es muss daher nach Mitteln gesucht werden, diese trölerischen Berufungen, welche lediglich zu dem Zwecke erklärt werden, um die Vollstreckbarkeit des kantonalen Entscheides zwei bis drei Monate hinauszuziehen, etwas einzudämmen. Der Revisionsentwurf sucht die Abhülfe darin, dass er von jedem, der die Weiterziehung ans Bundesgericht erklärt, die Deposition einer Einschreibgebühr im Betrage von Fr. 20. — verlangt, die an die Kanzleikosten und Spesen, eventuell auch an die Gerichtskosten verrechnet werden kann. Und sodann sieht er weiter die Möglichkeit vor, dass auf spezielles Verlangen einer Partei ein kantonales Urteil, das auf Geldzahlung geht, mit oder ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar soll erklärt werden können. Würde die Vollstreckbarkeit in solchen trölerischen Fällen auch nur bis zur Pfändung oder bis zur Konkursandrohung zugelassen werden, so könnte damit einer ganz beträchtlichen Anzahl von Trölereien der Boden abgegraben werden; die blosse Existenz einer solchen Vorschrift, in Verbindung mit der zum voraus zu erlegenden Einschreibgebühr würde unseres Erachtens genügen, um die trölerischen Berufungen sofort auf ein geringeres Mass zu reduzieren.

¹⁾ Es betrug:

Im Jahre	die eingegangenen Zivilgeschäfte	die abgewiesenen Berufungen		die begründet erklärten Berufungen	
		Anzahl	% der Berufungen	Anzahl	% der Berufungen
1892	215	95	76,6	29	23,4
1895	285	159	69,2	49	30,8
1900	391	210	66,7	70	33,3
1905	426	232	69,4	71	30,6
1908	476	299	79,6	62	21,4
1909	486	304	78,7	65	21,3

3. Vorprüfung.

Das Bundesgericht hat nun in seinem letzten Mehrheitsbericht der Anschauung Ausdruck gegeben, dass diese Mittel allein nicht genügen, um das Gericht in wirksamer Weise von den zum vornherein als aussichtslos erscheinenden Weiterziehungen zu entlasten, und schlägt daher die Schaffung einer, der französischen *chambre des requêtes* nachgebildeten neuen Institution, einer sogenannten Rekurskammer vor, welche aus fünf ständigen Mitgliedern zusammengesetzt wäre und die Aufgabe hätte, in einem summarischen Verfahren, d. h. lediglich auf Vorlage des Urteils und der Berufungsschrift, ohne Einholung und Untersuchung der Prozessakten, und ohne Anhörung der Gegenpartei, sämtliche eingehenden Zivilgeschäfte darauf hin zu prüfen, ob die gesetzlichen Formalitäten für die Weiterziehung beachtet seien und ob sie sich als zum vornherein aussichtslos erweisen oder nicht. Würden sich vier Stimmen für eine Abweisung finden, so wäre damit der betreffende Prozess endgültig erledigt und nur die andern Fälle würden an die eigentliche Zivilkammer geleitet, welche nun erst die Vernehmlassung der Gegenpartei, sowie die Akten von der kantonalen Instanz einholen und den Rechtsstreit im gewöhnlichen Verfahren behandeln würde.

Wir halten persönlich auch diese Vorschläge für nicht wohl durchführbar und nicht zweckentsprechend. Diese Rekurskammer würde an Stelle der vom Bundesgericht in seinem ersten Gutachten vorgeschlagenen zweiten Zivilkammer treten. Sie müsste somit, wenn diese Organisation überhaupt durchführbar sein sollte, gleich von Anfang an mindestens so viele Berufungen erledigen, als eine Zivilkammer. Das bundesgerichtliche Mehrheitsgutachten hat den ziffermässigen Nachweis dafür erbracht, dass unter dieser Voraussetzung die Rekurskammer, abgesehen von den wegen formeller Mängel zurückgewiesenen Weiterziehungen, jährlich, und zwar gleich im Anfang schon, zirka 265 Zivilfälle als zum vornherein aussichtslos oder trölerisch von der Hand weisen müsste. Dass die Trölereien einen so grossen Prozentsatz erreicht

haben und erreichen werden, ist aber ausgeschlossen. Die organisatorische Folge der Einführung der Rekurskammer wäre daher eine sofort eintretende Ueberlastung der einzigen Zivilkammer. Die an den Vorschlag geknüpfte Hoffnung, dass mit der Vermehrung des Personalbestandes um nur fünf Richter auf längere Zeit auszukommen wäre, als wenn gleich von Anfang an zwei Zivilkammern geschaffen werden, erweist sich damit als trügerisch. Es ist hier nicht der Ort, auf diese Frage näher einzugehen, da die Neuorganisation des Bundesgerichts nicht mehr in den Rahmen des Referates fällt, dieses auch zu weit ausdehnen würde. Dagegen möchten wir noch betonen, dass die materielle Behandlung und definitive Abweisung einer Berufung lediglich gestützt auf das kantonale Urteil und die Berufungsschrift, ohne Kenntniss der Prozessakten und in Abwesenheit der Parteien kaum dazu angetan wäre, das Vertrauen in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu befestigen. Es mag ja ausnahmsweise Fälle geben, wo man sich ein Urteil über die Begründetheit einer Berufung oder einer Kassationsbeschwerde zutrauen darf, auch wenn man nur das rekurrierte Urteil gelesen hat; aber das sind Ausnahmefälle und als Regel gilt, dass bei unseren Verhältnissen nur das Aktenstudium ein wohlfundiertes Urteil ermöglicht. Es sei verwiesen auf das, was über die Tatbestandsdarstellung in den kantonalen Urteilen oben ausgeführt wurde. Es ist zudem eine keineswegs aussergewöhnliche Erscheinung im Bundesgericht, sondern jedes Mitglied hat es schon an sich erlebt, dass auf die blosse Lektüre des eingegangenen Urteils hin ein Fall ganz klar und von der Vorinstanz richtig entschieden erschien, während bei intensiverem Studium und näherem Ansehen der Akten der Prozess ein ganz anderes Gesicht erhielt und Bedenken der verschiedensten Art auftauchten. Daher soll das Bundesgericht in einem Prozess, in welchem es sich um das ökonomische Sein oder Nichtsein einer Person handeln kann, nicht ein Urteil herausgeben, ohne wenigstens die Akten eingesehen und sich ein genaues und klares Bild darüber gemacht zu haben, um was es sich handelt.

Wir nehmen daher an, dass das Verantwortlichkeitsgefühl der Richter einer solchen Rekurskammer ihnen die Abweisung einer irgendwie in Betracht fallenden Anzahl von Weiterziehungen aus materiellen Gründen gar nicht zulassen würde und dass ihre Funktionen sich im wesentlichen darauf beschränken müssten, die Eintretens- und die Formfragen zu entscheiden. Dazu aber bedarf es keiner Rekurskammer; die bisherige Art und Weise der Erledigung dieser Fälle auf Antrag des Präsidiums und im Abstand der Parteien hat sich durchaus bewährt; sie nimmt die Zivilabteilung keineswegs so stark in Anspruch, dass es nötig wäre, hiefür eine besondere Kammer zu schaffen.

Auf der andern Seite ist unbestreitbar, dass diese Vorprüfung eine wesentliche Komplikation in den Geschäftsgang bringen müsste für alle Fälle, welche die Rekurskammer nicht selbst erledigt. Nicht nur bedeutet ihre vorherige Behandlung durch die Rekurskammer eine unnütze Verschwendung von Arbeitskraft, sondern auch eine namhafte Verlängerung der Zeit, welche die bundesgerichtliche Erledigung beansprucht.

Wir glauben somit, dass, unter Beiseitelassung von allem Nebensächlichen, die Berufung nur in der Weise umgestaltet werden sollte, dass

- a) mit ihr auch sollten gerügt werden können die Verletzungen von Bestimmungen der Bundes- und der Kantonsverfassung, sowie von Staatsverträgen durch Zivilurteile;
- b) die Begründung der Berufung für alle Fälle obligatorisch erklärt, und
- c) die Möglichkeit geschaffen werden sollte, die weitergezogenen Urteile ausnahmsweise provisorisch vollstreckbar zu erklären.

Dass bei der anzubahnenden Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege etwa Vorschläge wieder auftauchen, wie sie bei der letzten Besprechung dieser Frage im Schosse des Juristenvereins gefallen sind,¹⁾ nämlich dem Bundesgerichte eine viel weitergehende Würdigung auch der Tatfragen zuzuweisen, als sie ihm nach dem gegen-

¹⁾ Vergl. Zeitschrift des Schweiz. Juristenvereins Band XXX S. 643 ff.

wärtigen Gesetze zusteht, und es zur eigentlichen Appellationsinstanz zu machen, halten wir für ausgeschlossen. Das Gericht würde dadurch in einer Art und Weise überlastet, die ihm eine richtige Erfüllung seiner Hauptaufgabe, nach Inkrafttreten des ZGB dieses neue Recht in einer dem Geiste seiner Schöpfer entsprechenden Art und Weise ins Rechtsleben einzuführen und seine Sätze zweckentsprechend weiter zu bilden, übermässig erschweren, wenn nicht verunmöglichen müsste. Wir glauben daher, auf eine Diskussion hierüber weiter nicht eintreten zu sollen. Der Streit ist von zuständiger Stelle, durch den eidgenössischen Gesetzgeber selbst, und zwar, wie uns scheinen will, ein für allemal erledigt.

Soll das Ergebnis unserer Untersuchungen in ein paar Sätzen kurz zusammengefasst werden, so möchten wir das tun in folgenden

Thesen:

- I. Die Berufung ist im wesentlichen in ihrer gegenwärtigen Gestalt, jedoch mit Einbeziehung auch der Verfassungsfragen, und mit Aenderungen sekundärer Natur, als Hauptmittel der Weiterziehung von Zivilrechtsstreitigkeiten beizubehalten.*
- II. Daneben ist sowohl gegen letztinstanzliche kantonale Zivil- als Administrativentscheide eine zivilrechtliche Kassationsbeschwerde, ohne das Erfordernis des Haupturteils, und mit rein schriftlichem Verfahren, einzuführen, mittelst welcher wegen Verletzung eidgenössischen Gesetzes- oder eidgenössischen und kantonalen Verfassungsrechts ans Bundesgericht weiterziehbar sind, sofern die Voraussetzungen der Berufung nicht vorliegen:*
 - a) vereinzelt materielle durch das ZGB vorgesehene Verfügungen;*
 - b) prozessrechtliche Entscheide, die das weitere Verfahren beeinflussen, inklusive die Gerichtsstandsfragen;*
 - c) einzelne bisher der Weiterziehung an eine eidgenössische Instanz nicht unterstellte Entscheide aus dem Betreibungs- und Konkursrecht.*
- III. Der staatsrechtliche Rekurs ist als Rechtsmittel in Zivilsachen zu eliminieren.*