

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: 54 (1935)

Artikel: Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden?

Autor: Ziegler, A.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895944>

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: 28.03.2026

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

Soll die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden?*)

Referat von Dr. A. Ziegler, Bundesgerichtsschreiber.

INHALTSVERZEICHNIS.

	Seite
I. Übersicht über die Entwicklung der Bundesrechtspflege und die bisherigen Reformbestrebungen . . .	218a
II. Aufgabe und Art der Behandlung. Allgemeine Gesichtspunkte	228a
III. Die Allgemeinen Bestimmungen	241a
Die Wahl der Bundesrichter	241a
Aamtsdauer von Mitgliedern und Präsident des Bundesgerichts	243a
Unvereinbarkeit	246a
Residenzpflicht	247a
Zahl und Besetzung der Abteilungen	247a
Stellvertretung	257a
Plenarbeschlüsse	258a
Unfähigkeit	260a
Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung	261a
Empfangnahme der Akten	266a
Doppel von Rechtsschriften	267a
Fristenberechnung	267a
Wiederherstellung	268a
Urteilstvollziehung	269a
Einschreibebegühr	270a
Kostenkautionspflicht	271a
Einlegungsstelle	272a
IV. Die Zivilrechtspflege	277a
A. Direkte Prozesse	277a
B. Die Berufung	280a
1. Das Wesen des Rechtsmittels	280a
Speziell: Die Rüge von Verfassungsverletzungen	290a
Die Aktenwidrigkeitsrüge	295a
Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen	301a

*) Pressierte Leser erlaube ich mir auf S. 228a bis 241a, die Thesen auf S. 389a und die dort verzeichneten Seiten zu verweisen.

	Seite
2. Der anfechtbare Entscheid (Haupturteil?) . . .	306a
3. Die Berufungssumme (Streitwert)	316a
4. Schriftliche Begründung, mündliche Verhandlung	327a
5. Weitere Verfahrensfragen	345a
C. Die zivilrechtliche Beschwerde	351a
D. Die Revision	360a
V. Schuldbetreibungs- und Konkursachen	362a
A. Rechtsöffnung u. dgl., Nachlassverfahren	362a
B. Beschwerden gegen Betreibungs- und Konkursämter	370a
VI. Die Staatsrechtspflege	372a
A. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung, insbesondere in Zivil- und Strafsachen	372a
B. Weitere Einzelfragen	379a
VII. Thesen	389a

I. Übersicht über die Entwicklung der Bundesrechtspflege und die bisherigen Reformbestrebungen.

Schon die Bundesverfassung von 1848 bestimmte in Art. 94 I (gleichwie die geltende Bundesverfassung in Art. 106 I): „Zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt, wird ein Bundesgericht aufgestellt.“ Anschliessend stellte auch schon die BV von 1848 Vorschriften über die Organisation dieser Bundesbehörde und über die Gerichtsbarkeit des Bundes auf, die mit den einschlägigen Vorschriften der geltenden BV in wesentlichen Punkten übereinstimmen. Nur der gegenwärtige Art. 113 (über die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit) fehlte noch ganz. Statt dessen stand bloss auf dem Papier der ein einziges Mal zur Anwendung gebrachte Art. 105: „Das Bundesgericht urteilt im fernern über Verletzung der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden“. Dagegen bestimmte schon Art. 106 der BV von 1848 wie Art. 114

der jetzigen BV, dass es der Bundesgesetzgebung überlassen bleibe, ausser den in den vorausgehenden Artikeln der BV speziell bezeichneten Gegenständen auch noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichtes zu legen.

Am 5. Juni 1849 wurde das erste Gesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) erlassen, das im wesentlichen eingehende Vorschriften über die Organisation und über die Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes aufstellte, wobei die letztere nur ganz wenig über das schon in der BV selbst Vorgesehene hinaus erweitert wurde. Art. 87 des OG von 1849 verwies „die Vorschriften über das Prozessverfahren und die Gesetze, welche sowohl im Zivil- als im Kriminalprozesse anzuwenden sind“, in besondere Erlasse. Demzufolge wurden das noch heute geltende Gesetz vom 22. November 1850 über das Verfahren bei dem Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und das Gesetz vom 27. August 1851 über die Bundesstrafrechtspflege erlassen, das bis Ende 1934 gegolten hat. (Der Titel des erstgenannten dieser Gesetze ist seit 1874 nicht mehr genau, indem es nichts enthält über das Verfahren bei dem Bundesgericht in solchen Zivilrechtsstreitigkeiten, welche durch Rechtsmittel an das Bundesgericht weitergezogen werden, was im Jahre 1850 eben noch gar nicht möglich war.)

Die ersten von der Verfassung vorgesehenen Erweiterungen der Zivilgerichtsbarkeit des Bundes brachten namentlich das Expropriationsgesetz von 1850 (das 1930 durch ein neues Gesetz ersetzt worden ist), das Behörden- und Beamtenverantwortlichkeitsgesetz von 1850, das Nachtragsgesetz vom 3. Februar 1862 betreffend die (konfessionell) gemischten Ehen (im Falle, dass das kantonale Recht die Scheidung ausschloss oder doch nicht die bürgerliche Gerichtsbarkeit dafür vorsah), das Eisenbahngesetz von 1872. Nach allen diesen Gesetzen wurde das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsinstanz tätig (in Expropriationssachen freilich mit gewissen Modifi-

kationen), insbesondere auch in Ehescheidungsprozessen, wofür der Bundeszivilprozess durch eine Verordnung vom 5. Juni 1862 ergänzt wurde. Nebenher ging die Ausdehnung der Strafgerichtsbarkeit des Bundes durch das sog. Garantiesgesetz und das Verantwortlichkeitsgesetz, sowie namentlich das sog. Bundesstrafrecht. Vorher waren durch Art. 18 des Gesetzes vom 30. Juni 1849 betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze das Bundesgericht erstmals als Rechtsmittelinstanz gegenüber kantonalen Strafgerichten eingesetzt und hiefür gleichzeitig die aller-notwendigsten Rechtsmittelverfahrensvorschriften aufgestellt worden.

Die BV von 1874 brachte zwei grundsätzlich neue Erweiterungen der Bundesgerichtsbarkeit, nämlich die selbständige Staatsgerichtsbarkeit gemäss Art. 113 und die Ergänzung des oben wiedergegebenen Art. 106, neu Art. 114: „Es bleibt der Bundesgesetzgebung überlassen (. . . auch noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichtes zu legen), insbesondere die Befugnisse festzustellen, welche ihm nach Erlassung der im Art. 64 (BV) vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind.“ Dieser Art. 64 wies dem Bunde die Gesetzgebung zu über die persönliche Handlungsfähigkeit, über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht mit Handels- und Wechselrecht), über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht, während die Rechtsprechung selbst den Kantonen verblieb, „mit Vorbehalt der dem Bundesgericht eingeräumten Kompetenzen“. Somit erfuhr die Bundesgerichtsbarkeit jedesmal automatisch eine Erweiterung, als Art. 64 BV in der Folge auf Muster- und Erfindungsschutz und endlich überhaupt auf alle übrigen Gebiete des Zivilrechts ausgedehnt wurde, und ebenso, als die von ihm vorgesehenen Gesetze, insbesondere das ZGB, erlassen wurden. Dabei

erhielt der Schlusssatz des Art. 64 BV schliesslich folgende Fassung: „Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben wie bis anhin den Kantonen.“

Infolge dieser Erweiterungen der Bundesgerichtsbarkeit genügte das OG von 1849 nicht mehr. Durch ein neues OG vom 27. Juni 1874 wurde ein ständiges Bundesgericht geschaffen; hierauf waren die gerichtsorganisatorischen Vorschriften zuzuschneiden, und ferner mussten die gesetzlichen Bestimmungen über die Bundesgerichtsbarkeit den neuen Verfassungsvorschriften angepasst werden, wiewohl diese nicht sehr wesentlich geändert worden waren, abgesehen von den zwei erwähnten grundlegenden Neuerungen. (Übrigens war es inzwischen schon wieder zu einer neuen Erweiterung der Bundesgerichtsbarkeit durch das drei Tage vorher erlassene Gesetz über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen gekommen.) Zur Ordnung der Bundesgerichtsbarkeit gehörte insbesondere die von Art. 114 BV vorgesehene Feststellung der Befugnisse, die dem Bundesgericht behufs einheitlicher Anwendung der in Art. 64 BV genannten Gesetze zu übertragen und als Rechtsmittel gegenüber kantonalen Spruchbehörden auszugestalten waren; in Vermögensstreitigkeiten wurde die Weiterziehung nur beim Streitwert von 3000 Franken gewährt. Ferner mussten Vorschriften über das Rechtsmittelverfahren aufgestellt werden, da der Bundeszivilprozess trotz seinem allgemein gefassten Titel keine Bestimmungen enthielt, die auf die neugeschaffene Funktion des Bundesgerichtes als einer Rechtsmittelinstanz der Zivilrechtspflege zutrafen. In zwei einzigen Artikeln des neuen OG (29 und 30) wurden diese beiden Kategorien von Vorschriften aufgestellt: die Grundlage der heutigen Berufung.

Nur geringen Zuwachs erhielt durch das OG von 1874 die Bundesstrafgerichtsbarkeit (Art. 33).

Die eigentlich erst jetzt eingeführte Staatsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes wurde durch Art. 56 ff. OG

nach zwei Richtungen eingeschränkt: Einmal wurde sie nur gegenüber kantonalen Behörden gewährt, worüber noch heute viel diskutiert wird. Sodann wurde der verfassungsmässige Vorbehalt der dem Bundesgericht entzogenen sog. Administrativstreitigkeiten ausgeführt durch einen Katalog von 10 Nummern, der z. B. noch Gewerbe-, Niederlassungs-, Glaubens-, Gewissens-, Kultusfreiheit, kantonale Wahlen und Abstimmungen enthielt. In Verbindung damit wurden die ersten Verfahrensvorschriften für die Staatsrechtspflege des Bundesgerichts aufgestellt.

Anfänglich war das nun aus 9 Berufsrichtern bestehende Bundesgericht nur wenig beschäftigt. In dieser Voraussicht war man bei der Ausgestaltung des Verfahrens für die Weiterziehungen in Zivilstreitigkeiten nicht auf haushälterischen Umgang mit der Zeit und Arbeitskraft bedacht gewesen. Kamen doch in den ersten Jahren für diese Weiterziehung überhaupt nur Zivilstreitigkeiten über die Anwendung von in Ausführung anderer Verfassungsvorschriften als des Art. 64 BV, nämlich der Art. 53, 54, 58 II bzw. 38, erlassenen Gesetzen über Zivilstand und Ehe von 1874 und Eisenbahnhaftpflicht sowie Eisenbahntransport von 1875 in Betracht, weshalb es als nötig erachtet wurde, die Gerichtsbarkeit des Bundesgerichts mindestens im erstgenannten Gesetz (Art. 43) ausdrücklich zu erwähnen (ebenso noch in Art. 12 bzw. 41 der Entwürfe für die beiden andern Gesetze). Sodann war die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes ja immer noch eng begrenzt.

In der Jahresversammlung von 1882 erörterte der Schweizerische Juristenverein auf Grund von Referaten der Professoren Speiser und Martin „das Verfahren vor Bundesgericht im Anschluss an die kantonale Zivilrechtspflege“, und in der Jahresversammlung von 1886 auf Grund von Referaten von Ständerat Schoch und Advokat Carrard den staatsrechtlichen Rekurs.

Inzwischen hatte Bundesrichter Hafner in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Jahrgang 1884, einen

beinahe 100seitigen tiefgründigen und gebührend beachteten Aufsatz über „das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Zivilstreitigkeiten nach Art. 29 und 30 OG“ veröffentlicht, worin er die Rechtsprechung wiedergab, weitere Streitfragen erörterte und auch die ersten Revisionsvorschläge machte.

Gerade in jenen Jahren begann die Lage für das Bundesgericht ziemlich plötzlich ungemütlich zu werden wegen der sich häufenden Weiterziehungen über die Anwendung des 1883 in Kraft getretenen (a)OR von 1881. Diesem Andrang war das Bundesgericht in seiner bisherigen Gestalt bald nicht mehr gewachsen. Im Auftrag des Eidgenössischen Justizdepartements verfasste Bundesrichter Hafner im Jahre 1888 einen Entwurf für ein neues OG mit einlässlichen Motiven. Aus dem Inhalt dieses Entwurfes seien hier nur hervorgehoben:

- die gerichtsorganisatorischen Bestimmungen für eine Erweiterung des Bundesgerichtes auf zwei Hauptabteilungen mit zusammen 13 bzw. 14 Berufsrichtern,

- die Erweiterung der Zivilgerichtsbarkeit, hauptsächlich durch Herabsetzung des Streitwertes für die Weiterziehung, jetzt Berufung genannt, die Einführung der Beschwerde in Amortisationssachen und die (Zivil-)Kassation,

- eine erschöpfende, im wesentlichen die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung kodifizierende Ordnung des Berufungsverfahrens, sowie des Beschwerde- und des (Zivil-) Kassationsverfahrens unter ergänzender Heranziehung des Bundeszivilprozesses,

- die Einführung eines Bundesstrafgerichtes (ohne Geschworene),

- eine eingehende Ordnung des Verfahrens vor Bundesstrafgericht unter enger Anlehnung an den Bundesstrafprozess von 1851,

- die Einführung der Strafkassationsbeschwerde bei Anwendung eidgenössischer Strafgesetze durch kantonale Gerichte,

Vorschriften über das kantonalgerichtliche Verfahren in an das Bundesgericht weiterziehbaren Zivil- und Strafprozessen,

die Erweiterung der Staatsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes, insbesondere dadurch, dass Niederlassungs-, Glaubens-, Gewissens-, Kultusfreiheit und alle Gerichtsstandsstreitigkeiten (im weitesten Sinne) aus dem erwähnten Katalog der dem Bundesrate vorbehaltenen „Administrativstreitigkeiten“ herausgenommen wurden,

eine eingehendere Ordnung des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens.

Über den vom Bundesgericht im wesentlichen gebilligten Entwurf Hafners, bzw. eigentlich nur über die Berufung beriet der Schweizerische Juristenverein in der Jahresversammlung von 1889 auf Grund von Referaten von Professor Martin und des damaligen luzernischen Fürsprechers und späteren Bundesrichters Winkler, und zwar an beiden Tagen, so dass ein vorgesehenes zweites Thema gar nicht mehr behandelt werden konnte. Dabei schlug der Verein mit kleiner Mehrheit die Herabsetzung der Berufungssumme auf 2000 Franken (gegen 1000 Franken des Entwurfes Hafner) und mit grösserer Mehrheit die Beibehaltung der mündlichen Verhandlung für sämtliche Berufungen vor, entgegen dem vom Entwurf Hafner als allgemeine Regel vorgesehenen schriftlichen Verfahren.

Der Entwurf Hafner ist in seinen Hauptzügen zum heute noch geltenden OG von 1893 geworden. Aus der vorstehenden Skizzierung seines Inhaltes lässt sich ohne weiteres erkennen, dass dieses Gesetz zwar in erster Linie (Art. 1—47 mit vereinzelt Ausnahmen) justizverwaltungsrechtliche Vorschriften aufstellt, im übrigen aber zum wichtigsten Prozessgesetze des Bundes geworden ist.

Inzwischen war das SchKG erlassen und die Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen und die Sorge für die gleichmässige Anwendung des SchKG dem Bundesrat übertragen worden. Bald empfand

jedoch der Bundesrat diese Funktion als unbequem, und ohne langes Zögern wurde abgeholfen durch Übertragung der Obergerichtspräsidenten an das Bundesgericht durch Gesetz vom 28. Juni 1895. Dabei wurde die Zahl der Richter um 2, also auf 16, erhöht zur Bildung einer besonderen Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, die Öffentlichkeit von den Beratungen und Abstimmungen dieser Kammer ausgeschlossen und das Verfahren im wesentlichen unter Hinweis auf das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren geordnet. (Über die Bestrebungen nach Erweiterung der Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes in Schuldbetreibungs- und Konkursachen s. S. 362a hienach.)

Der Andrang der Geschäfte erforderte weitere Vermehrungen der Richter, zunächst im Jahre 1904 um 3 auf 19, hernach im Jahre 1912, nach dem Inkrafttreten des ZGB, um 5 auf 24. Als das Bundesgericht nach Erlass des ZGB im Frühjahr 1908 vom Eidgenössischen Justizdepartement angefragt wurde, welche Änderungen der Organisation der Bundesrechtspflege es für notwendig erachte, sprach es sich für eine umfassende Revision des OG, unter Beibehaltung der Berufung als hauptsächlichen Rechtsmittels zur einheitlichen Anwendung des Zivilrechtes, aus. Hierauf arbeitete Bundesrichter Jaeger im Auftrage des Departements bis zum Herbst 1909 einen neuen Gesetzesentwurf mit einlässlichen Motiven aus. Zur Vernehmlassung darüber eingeladen, spaltete sich das Bundesgericht in eine Minderheit von 7 Mitgliedern, die entschieden an der Berufung festhielt, und eine Mehrheit von 12 Mitgliedern, die im Frühjahr 1910 statt der Berufung und sonstigen Rechtsmitteln der Zivilrechtspflege einen einheitlichen Zivilrekurs vorschlug, der die Nachprüfung des Bundesgerichtes auf die geltend gemachten Rekursgründe beschränkte; zudem sollte eine summarische Vorprüfung durch eine Rekurskammer zur Eliminierung aussichtsloser Rekurse stattfinden (s. S. 282a hienach).

Demgegenüber sprach sich die Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1910 auf Grund

von Referaten von Bundesrichter Jaeger und Professor Martin mit grosser Mehrheit dafür aus, es sei die Berufung im wesentlichen in ihrer gegenwärtigen Gestalt, jedoch mit Einbeziehung auch der Verfassungsfragen, und mit Änderungen sekundärer Natur, als Hauptmittel der Weiterziehung von Zivilrechtsstreitigkeiten beizubehalten.

Indessen hielt das Departement, das alle gemachten Vorschläge von alt Bundesrichter Winkler hatte begutachten lassen, die bis zum Inkrafttreten des ZGB zur Verfügung stehende Zeit für eine derart grundlegende Reform nicht mehr für ausreichend und beauftragte Professor Burckhardt mit der Ausarbeitung eines neuen Entwurfes, der sich zu beschränken hatte einerseits auf die durch das Inkrafttreten des ZGB gebotenen Änderungen der Zivilrechtspflege, anderseits auf die Erweiterung der Staatsrechtspflege des Bundesgerichtes durch weitere Beschneidung des erwähnten Kataloges der dem Bundesrat vorbehaltenen „Administrativstreitigkeiten“ um die Gewerbefreiheit und die kantonalen Wahlen und Abstimmungen. Dementsprechend umfasste die Revision des OG vom 6. Oktober 1911 wesentlich nur die Vermehrung der Zahl der Richter auf 24 zur Bildung von 3 Hauptabteilungen, die Schaffung eines neuen Rechtsmittels der Zivilrechtspflege für diejenigen sich nicht für die Berufung eignenden Fälle, in denen das ZGB selbst die Weiterziehung an das Bundesgericht vorbehalten hatte, und die erwähnte Ausdehnung der Staatsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes. Das neue zivile Rechtsmittel wurde mit der bisherigen Amortisationsbeschwerde und (Zivil-)Kassation zur zivilrechtlichen Beschwerde verschmolzen und überdies auf nicht berufungsfähige Streitigkeiten über die Anwendung des Gesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter von 1891 ausgedehnt, die zum grössten Teil von der staatsrechtlichen Gerichtsbarkeit abgespalten wurden.

Wegen der Geldentwertung mussten im Jahre 1921 die Streitwertgrenzen für die Berufungen und die direkten

Zivilprozesse erhöht (meist verdoppelt) werden. Die bei dieser Gelegenheit auf „Konzentration“ des Berufungsverfahrens gerichteten Bestrebungen des Bundesgerichtes fanden nicht die Billigung der Bundesversammlung.

Durch Gesetz vom 11. Juni 1928 über die Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege wurde das Bundesgericht als das von der Teilrevision der BV von 1914 (Art. 114bis) vorgesehene Eidgenössische Verwaltungsgericht eingesetzt und die Zahl der Bundesrichter nochmals um 2 (—4) auf 26 (—28) erhöht. Die neue Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes und das Verwaltungs- und Disziplinarstreitverfahren wurden zwar in dem erwähnten besonderen Gesetz geregelt und sind daher nicht zu der hier zu behandelnden „Organisation der Bundesrechtspflege“ zu rechnen. Indessen machten sie einige gerichtsorganisatorische Änderungen nötig. Bei dieser Gelegenheit wurden die Beschwerden wegen Verletzungen von Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechtes in Zivilsachen aus der Staatsrechtspflege in die Zivilrechtspflege hinübergenommen, wodurch indirekt die Frist für solche Beschwerden von 60 auf 20 Tage verkürzt und die kantonale Tatbestandsfeststellung als verbindlich erklärt wurde. Sodann wurde die Frist für die staatsrechtliche Beschwerde von 60 auf 30 Tage verkürzt. Überdies wurden einige andere Verfahrensvorschriften des Abschnittes des OG über die Staatsrechtspflege geändert.

Endlich ist durch das mit Anfang dieses Jahres in Kraft getretene Gesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 der ganze Abschnitt III: Strafrechtspflege aus dem OG entfernt worden, so dass jetzt Art. 175 unmittelbar auf Art. 104 folgt. Dafür enthält dieses neue Gesetz auch einige organisatorische Vorschriften für das Bundesgericht.

II. Die Aufgabe und die Art der Behandlung.

Allgemeine Gesichtspunkte.

I. In der vom Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins gestellten Frage, ob die Organisation der Bundesrechtspflege revidiert werden solle, kommt zum Ausdruck, dass geprüft werden soll, ob zureichende Gründe für die Revision vorhanden seien. Hierüber Bericht zu erstatten habe ich übernommen, weil ich von der Revisionsbedürftigkeit des OG längst überzeugt bin. Natürlich knüpft mein Bericht in grossem Umfang an frühere Reformbestrebungen an, die mir freilich nicht alle begründet erscheinen, und nur in kleinem Umfang gibt er Gedanken wieder, die bisher noch nicht öffentlich erörtert worden sind. Zudem ist von den letzteren ein Teil nicht eigenen Überlegungen entsprungen, sondern nur die Verarbeitung von Gedanken, zu denen ich durch gelegentlich gehörte Äusserungen Dritter angeregt worden bin. Nichtsdestoweniger trägt niemand anders als der Berichterstatter die Verantwortlichkeit für den Inhalt des Berichtes in allen seinen Teilen. Insbesondere hat das Bundesgericht in den letzten Jahren nie irgendeine der behandelten Fragen erörtert, so dass also dessen Stellungnahme gänzlich ungewiss ist. Wie diese ausfallen werde, darauf kann aus den Gutachten und Berichten des Bundesgerichtes von 1909/10 nichts mehr geschlossen werden, weil nur ein Viertel der gegenwärtigen Mitglieder dem Bundesgericht schon damals angehört hat. Als das Bundesgericht Ende 1932 aus dem Schosse der Bundesversammlung darauf hingewiesen wurde, es würde den heutigen Rationalisierungsbestrebungen entsprechen, dass es auf die Wiederbesetzung der zwei damals vakant gewordenen Richterstellen verzichte, antwortete es nur: Ein solcher Verzicht wäre bei der gegenwärtigen Belastung des Gerichtes, ganz besonders auch im Hinblick auf die durch die Krise geschaffenen Verhältnisse, unangebracht, weil er das richtige Funktionieren der Rechtsprechung zu beeinträchtigen geeignet wäre; es sei bereit, die Frage, ob eine Rationalisierung durch eine Reorgani-

sation des Gerichtes erreicht werden könnte, zu prüfen, wenn ihm ein solcher Auftrag gegeben werde, wozu sich Anlass bieten dürfte, wenn der Entscheid über das Schicksal des Schweizerischen Strafgesetzbuches gefallen sei. Hieraus ist zu ersehen, dass die Frage nach dem Ob und allfällig nach dem Wie der Revision des OG für das Bundesgericht eine noch durchaus offene ist. Indessen scheint mir gerade dieses zögernde Herantreten an diese Frage, die, wie das Bundesgericht selbst sagen musste, „sich nur auf Grund eines eingehenden Studiums beantworten liesse und sorgfältige Vorbereitung erfordern würde“, gefährlich zu sein. Sollte es nämlich zum Erlass eines Schweizerischen Strafgesetzbuches kommen, so könnte dessen Inkrafttreten kaum jahrelang hinausgeschoben werden, bis die Revision des OG spruchreif und durchgeführt wäre. Vom Erlass eines Schweizerischen Strafgesetzbuches wird es aber abhängen, ob ein mehrere Bundesrichter voll in Anspruch nehmender Strafkassationshof gebildet werden müsse oder nicht, und ob diese Richter einfach durch Zuwahl zu gewinnen seien. Sollte dieses Problem aber nicht aktuell werden, so fielen damit die anderen Revisionsprobleme doch nicht aus Abschied und Traktanden, um so weniger, als das Bundesgericht gegenwärtig an der Spitze der Leistungsfähigkeit angelangt sein dürfte; ist doch die Zahl der Geschäfte der staatsrechtlichen Abteilung und der Schuldbetreibungskammer seit 1912 bei gleichem Personalbestand (nämlich unter Ausserachtlassung der verwaltungsgerichtlichen Geschäfte, aber auch der die Mehrbelastung lange nicht ausgleichenden Erweiterung des Gerichtes um zwei Richter) auf mehr als das Anderthalbfache angestiegen. Andererseits darf man wohl hoffen, dass das Eidgenössische Justizdepartement, nachdem es die vielen grossen Arbeiten der beiden letzten Jahrzehnte (Verwaltungsgericht, neues Enteignungsgesetz, Automobilgesetz, neuer Bundesstrafprozess, Revision des OR III. Teil, Strafgesetzbuch) der Reife entgegengeführt hat, nunmehr ohne Verzug die bisher

fehlende Zeit finden wird, um sich der schon vor einem Vierteljahrhundert als bald bevorstehend in Aussicht gestellten Reform der Bundesrechtspflege zu widmen. Auch unter dem weiteren Gesichtspunkt möchte ich den Gedanken des Vorstandes des Schweizerischen Juristenvereins, den Anstoss zu dieser Revision zu geben, als glücklichen bezeichnen, dass die Anwaltschaft als sachverständige Vertretung der Rechtssuchenden, die an der zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation der Bundesrechtspflege eigentlich noch mehr interessiert sind als das Bundesgericht selbst, zum Wort über die Revisionsprobleme gelangt, schon bevor vom Bundesgericht ausgedachte Lösungsvorschläge fix und fertig vorliegen.

(Zusatz während des Druckes.) Wenige Tage vor Abschluss des Manuskriptes erfuhr ich, dass die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates Mitte Mai 1935 einstimmig beschlossen hat, ein Postulat einzubringen, das lautet: „Der Bundesrat wird eingeladen, über die Frage der Reorganisation des Bundesgerichtes Bericht und Antrag einzubringen. Es ist dabei zu prüfen die teilweise oder vollständige Abänderung des Bundesgesetzes vom 22. März 1893 über die Organisation der Bundesrechtspflege und des Bundesbeschlusses vom 25. Juni 1920 über die Ruhegehälter der Mitglieder des Bundesgerichtes . . .“ Hierüber Näheres in Erfahrung zu bringen und im Referat noch zu erörtern, schien mir damals nicht geraten, weil es durch die mit Sicherheit vorauszusehende Behandlung des Postulates in der Junisession der Bundesversammlung schon vor dem Erscheinen des Referates wieder überholt wäre. Nachdem jedoch die Verhandlungen der Bundesversammlung einen andern Gang genommen haben, glaube ich doch noch auf diesen Vorgang aufmerksam machen zu sollen, um die Aktualität des Verhandlungsgegenstandes zu unterstreichen. An neuen, nachstehend nicht bereits erörterten Gedanken ist bei der Beratung des Postulates in der Geschäftsprüfungskommission geäußert worden: a) Einführung einer Altersgrenze für die

Bundesrichter, b) Besetzung der staatsrechtlichen Abteilung pour certains recours mit drei Richtern, c) weitergehende Nachprüfung der kantonalen Tatbestandsfeststellung in der Zivilrechtspflege, d) Beurteilung von Revisionsgesuchen durch eine andere Abteilung des Bundesgerichtes, e) Ordnung des sog. negativen Kompetenzkonfliktes zwischen Kassations- und Bundesgericht. Um keinen weiteren Umbruch des Satzes zu veranlassen, erlaube ich mir, ad a auf S. 245a hienach und an dieser Stelle ganz kurz zu bemerken:

ad b) Selbstverständlich würde die Besetzung der staatsrechtlichen Abteilung mit nur drei Richtern für die Abweisung der allermeisten auf Art. 4 der Bundesverfassung gestützten Rekurse genügen, dagegen keinesfalls für die Gutheissung; indessen wäre es wohl sehr schwierig, einen befriedigenden Modus für die Überleitung in eine grössere Besetzung zu finden, sobald Zweifel darüber auftauchen, ob der Rekurs unbegründet sei (s. S. 254a hienach). Doch ist die Anregung so interessant, dass sie eingehendes Studium verdient.

ad c) Über die Unmöglichkeit der Nachprüfung der Tatbestandsfeststellung ist vor einem halben Jahrhundert vom Altmeister der Bundeszivilrechtspflege so Treffendes und Unwiderlegliches gesagt worden (s. S. 281a hienach), dass die Frage meiner Überzeugung nach damit endgültig abgetan ist. Wollte etwas weiteres in Erwägung gezogen werden, so könnte es sich natürlich nicht einfach darum handeln, hie und da einmal eine zweifelhafte Tatsachenfeststellung herauszupicken und abzuändern, sondern es müsste eine umfassende Neuurteilung der Tatfrage Platz greifen, soweit dies auf Distanz überhaupt möglich ist. Dies würde eine starke Vergrösserung, vielleicht die Verdoppelung des Zivilrechtspflegeapparates des Bundesgerichtes erfordern, also unverhältnismässige Kosten verursachen, ganz abgesehen von den übrigen, im obigen Zitat genügend betonten Nachteilen. Wenn einzelne Kantone die Appellation gegen Urteile unterer Gerichte

an das Obergericht unterdrückt haben (s. S. 307a hienach), „wobei die Parteien wegen der Unmöglichkeit, durch das Bundesgericht auch den Tatbestand überprüfen zu lassen, minderen Rechtes werden“, so ist es gewiss nicht Sache der Bundesrechtspflege, hiegegen Abhilfe zu schaffen; wird sie doch dadurch ohnehin schon genügend benachteiligt (s. a. a. O.).

ad d) Ein Bedürfnis dafür, dass die Gesuche um Revision von Urteilen einer Abteilung des Bundesgerichtes durch eine andere Abteilung beurteilt werden, was mit beträchtlicher Mehrarbeit verbunden ist, kann ich nicht anerkennen. Wird die Revision wegen Neuauffindung von Prozessstoff oder Verbrechen (z. B. falschem Zeugnis) verlangt, so steht die Spruchabteilung einem derartigen Gesuch natürlich vollständig unvoreingenommen gegenüber. Ist aber ein Streitpunkt unbeurteilt geblieben oder ist das Gericht aus Versehen von einem nicht aktenmässigen Tatbestand ausgegangen, so habe ich es schon mehr als einmal mitangesehen, wie das Revisionsgesuch ohne jede Hemmung begründet erklärt wurde aus dem Bestreben, infolge Unvollkommenheit der menschlichen Natur unterlaufenes Unrecht wiedergutzumachen. Die Erklärung dafür, dass dieses Schicksal nicht vielen Revisionsgesuchen zuteil wird, ist darin zu suchen, dass die meisten derartigen Revisionsgesuche für Unvoreingenommene überhaupt ganz unbegreiflich sind.

ad e) Gegen den sog. negativen Kompetenzkonflikt zwischen Bundesgericht (im wesentlichen nur als Zivilberufungsgericht) und kantonalem Kassationsgericht könnte die Bundesrechtspflege nur das eine vorkehren, dass das Bundesgericht seine Entscheidung noch ein zweites Mal gemäss OG 77 auszusetzen hätte, wenn aus dem Urteil des Kassationsgerichtes zu ersehen ist, dass dieses wegen vermeintlicher Zuständigkeit des Bundesgerichtes einen Punkt der kantonalen Kassationsbeschwerde nicht beurteilt hat, dessen Nachprüfung jedoch in Wahrheit dem Bundesgericht gar nicht zusteht. Dagegen könnten die

kantonalen Kassationsgerichte solcher nochmaliger mehrmonatiger Verzögerung der endgültigen Beurteilung auf einfache Weise dadurch vorbeugen, dass sie ihren Zuständigkeitskreis eher zu weit als zu eng begrenzen (gegen letzteres s. S. 298/9a hienach). Treten sie einmal auf eine Rüge ein, die eigentlich dem Bundesgericht vorbehalten ist, so schadet dies im Falle der Abweisung nicht viel. Sollte jedoch zur seltenen Ausnahme einmal eine solche Rüge gutgeheissen werden, so kann ja die Berufung gegen das neue Sachurteil des Kassationsgerichtes erklärt werden und wird also die Nachprüfung des Bundesgerichtes in keiner Weise beschränkt.

II. Die Organisation der Bundesrechtspflege ist zum Teil verfassungsrechtlich gebunden (Art. 106/14 der Bundesverfassung). Mit einer nahe bevorstehenden Verfassungsrevision, die auch das Kapitel Bundesgericht umfassen würde, rechne ich nicht. Daher trete ich nur im Rahmen der geltenden Verfassung an die Aufgabe heran. Infolgedessen gehe ich nicht näher ein auf den von Fick in der Juristenzeitung 15, 258 gemachten (vor ihm auch schon vom Bundesgericht angedeuteten) Vorschlag der Schaffung von 7 Bundesappellationsgerichten (und allfällig eines Kassationshofes). Fick meint zwar, diese Neuerung wäre verfassungsrechtlich auch ohne jeden Eingriff in die kantonale Gerichtshoheit dadurch möglich, dass man die Appellation an diese Bundesgerichte direkt von der ersten Instanz weg gestatten würde, von welcher Möglichkeit die Parteien meist ganz von selbst Gebrauch machen würden, auch wenn die Kantone nach wie vor ihren Oberinstanzen Kompetenzen in eidgenössischen Rechtssachen zuerkennen wollten. Indessen steht solchen dezentralisierten Bundesgerichten die Vorschrift des Art. 106 der Bundesverfassung entgegen, dass zur Ausübung der Rechtspflege ein Bundesgericht aufgestellt werde. De constitutione ferenda schiene mir dieser Vorschlag freilich aller Beachtung wert. Selbst ohne Vereinheitlichung des Zivilprozessrechtes und der Organi-

sation der Gerichte erster Instanz könnte die Rechtseinheit m. E. auf diese Weise, unter Einsetzung eines Zivilkassationshofes mit schriftlichem und daher für die dem Sitze des Kassationshofes näher oder entfernter gelegenen Landesgegenden sich gleichmässig auswirkendem Verfahren viel durchgreifender durch die Rechtsprechung gesichert werden als jetzt, zumal in Verbindung mit einer besonderen beim Kassationshof zugelassenen (und daher mit den Tendenzen seiner Rechtsprechung aufs genaueste vertrauten) Rechtsanwaltschaft und unter Mitwirkung einer auch in der Zivilrechtspflege tätigen Staatsanwaltschaft. — Aus dem gleichen Grunde schiene mir die in der letzten Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins angetönte Schaffung eines einzigen schweizerischen Gerichtes für den gewerblichen Rechtsschutz (oder einen Teil desselben) nur unter Angliederung an das Bundesgericht, d. h. durch Erweiterung des Kataloges von OG 50, möglich zu sein.

III. Ich befasse mich nicht mit dem Stoff anderer Gesetze als des OG in der gegenwärtigen amputierten Gestalt. Solch anderer Stoff (wie besonders der Bundeszivilprozess) gehört ja nicht eigentlich zu dem, was wir unter Organisation der Bundesrechtspflege verstehen oder auch je einmal verstanden haben, oder dann ist er erst in den letzten Jahren zum Gegenstand der Gesetzgebung gemacht worden und wäre es vermessen, schon heute wieder an diesen nur mit Mühe zustande gebrachten neuen (vorhin erwähnten) Gesetzen rühren zu wollen. Ich gedachte somit von vorneherein, mich auf Fragen der Gerichtsorganisation, der Zivilrechtspflege, der Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkursachen und der Staatsrechtspflege zu konzentrieren. Überdies war ich mit dem Vereinsvorstand darüber einig, dass die Revisionsfrage hauptsächlich der Zivilrechtspflege i. w. S. gelte, weil hieran seit Jahrzehnten am wenigsten geändert wurde, wiewohl sich die Reformbedürftigkeit schon längst gezeigt hatte, während der Reformbedürftigkeit der Staats-

rechtspflege verschiedene Male, letztmals 1928, bis zu einem gewissen Grade Rechnung getragen worden ist.

IV. Durch die erwähnte Anregung aus dem Schosse der Bundesversammlung ist die Rationalisierung der Bundesrechtspflege in den Vordergrund des Interesses geschoben worden. Allein das Bundesgericht kann sich nicht, oder nur höchst wenig, aus sich selbst heraus rationalisieren. Seine Arbeitslast wird wesentlich durch die Umschreibung seiner Gerichtsbarkeit und die Prozessformen bestimmt. Daher kann ihm nur die Änderung der Gesetzgebung die Rationalisierung verschaffen. Nun war es aber, wie schon bei der Schaffung des geltenden OG in den Neunzigerjahren, so auch bei der „revisionette“ von 1921 immer gerade der Gesetzgeber, welcher sich der damals wie zwischenhinein in den Gutachten von 1909/10 vom Bundesgericht angestrebten Rationalisierung des geradezu auf Verschwendung von Zeit und Arbeitskraft angelegten Berufungsverfahrens widersetzt hat (s. S. 327a hienach). Was innerhalb des Bundesgerichtes zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit der Richter und Urteilsredaktoren geschehen kann, beschränkt sich wesentlich auf die Entlastung von Schreibearbeit und von der Entzifferung von Handschriften. In dieser Beziehung ist in den letzten Jahren unter aller Wahrung der Sparsamkeit Beachtliches geschehen, sollte und könnte aber noch mehr geschehen, um die qualifizierten Arbeitskräfte geradezu davon abzuhalten, auf diese Weise Zeit zu verlieren.

Das Postulat, die Zahl der Bundesrichter möglichst klein zu halten, ist übrigens keineswegs erst unter dem Einfluss der gegenwärtigen Weltkrise entstanden. Schon vor dem Weltkrieg hat die Bundesversammlung gegenüber der unvermeidlichen Erhöhung der Zahl der Bundesrichter in den Jahren 1904 und 1912 grosse Zurückhaltung gezeigt, und zwar schon damals wesentlich aus Rücksichten der Sparsamkeit. Auch das Bundesgericht selbst hat die Erweiterungen jeweilen nur ungern in den Kauf genommen, und bei der Einweihung des neuen Bundesgerichts-

gebäudes im Jahre 1927 äusserte Bundesgerichtspräsident Kirchhofer wohl nicht nur als seine persönliche Meinung: „Die Mitgliederzahl des Gerichtshofes nähert sich schon jetzt einer obern Grenze, die nicht mehr wesentlich überschritten werden darf, wenn nicht seine innere Einheit und Geschlossenheit leiden soll. Mehr durch innere Reformen der Organisation, der Rechtsmittel und des Verfahrens als durch mechanische Vermehrung wird das Bundesgericht für neue Aufgaben aktionsfähig zu machen sein.“ Sodann sind bei der letzten Erhöhung der Zahl der Bundesrichter in der Bundesversammlung folgende Worte gefallen: „J’ai l’impression que le Tribunal fédéral devient trop nombreux ce qui peut nuire, disons ce qui pourra nuire, dans l’avenir, à sa composition. En effet, quand une cour est trop nombreuse, quand il y a moyen d’y représenter toutes les localités, toutes les régions, toutes les fractions, disons tous les appétits politiques, cela ne peut se produire qu’au détriment de cette cour même.“

V. Nichtsdestoweniger darf doch nicht einfach darüber hinweggesehen werden, dass die Bundesrechtspflege eine, an der grossen Zahl der einschlägigen staatsrechtlichen Rechtsverweigerungsbeschwerden gemessen, sehr empfindliche Lücke aufweist, die daraus entstanden ist, dass beim Erlass des SchKG im Widerspruch zum Geiste des Art. 114 der Bundesverfassung keine Befugnisse festgestellt worden sind, welche dem Bundesgericht behufs einheitlicher Anwendung dieses im Art. 64 der Bundesverfassung vorgesehenen Gesetzes übertragen worden wären, sondern der Bundesrat die Aufsichtsbeschwerde für sich selbst vorbehalten wollte und damit die Möglichkeit abschnitt, dem Bundesgericht irgendwelche bezügliche Befugnisse zu übertragen (s. S. 362a hienach). Keine Revision des OG darf diese klaffende Lücke ungeschlossen lassen.

Sodann ergeben sich bedauerliche Misstände daraus, dass für die Weiterziehung in vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeiten ein verhältnismässig hoher Streitwert, sowie

ein bereits gefälltes Haupturteil Voraussetzung sind (s. S. 309a, 316a hienach).

Erweist sich somit ein gewisser Ausbau der Bundesrechtspflege als unumgänglich, so wird, um dem vorerst erörterten Gesichtspunkte Rechnung zu tragen, die bisherige Ordnung der Bundesrechtspflege, sowohl was die Gerichtsbarkeit als auch das Verfahren anbetrifft, um so schärfer auf ihre Zweckmässigkeit hin zu untersuchen sein und sogar vor etwelchem Abbau nicht zurückgeschreckt werden dürfen.

VI. Alljährlich gehen eine respektable Anzahl von Weiterziehungen an das Bundesgericht fehl, weil sie nicht frist- oder formgerecht sind, wie man zu sagen pflegt. Zum guten Teil ist dies den disparaten Vorschriften über die Fristen, die Einlegungsstelle und den Begründungszwang, ja der durch die Artverschiedenheit nicht immer zureichend begründeten Verschiedenheit der Bezeichnung der Rechtsmittel zuzuschreiben. Hier liegt vermehrte „Gleichschaltung“ im Interesse der Rechtsuchenden und ihrer Anwälte. Bedenkt man, dass die Weiterziehung an das Bundesgericht im allgemeinen zu den Seltenheiten im Drange der Geschäfte des einzelnen Anwaltes gehört und nur wenige Anwälte es hierin zu einer eigentlichen Routine bringen können, so erscheint es gewiss nicht als unangebracht, einmal zu prüfen, was in dieser Beziehung zur Erleichterung getan werden könnte.

VII. Man sollte glauben, ein Blick über unsere Landesgrenzen hinaus auf die Erfahrungen, die anderswo mit der Organisation der durch die obersten Gerichte geübten Rechtspflege gemacht worden sind, könnte der Revision unseres OG förderlich sein. Allein sobald man näher zusieht, entdeckt man, dass sozusagen jede derartige Nutzenanwendung durch die Verschiedenheit der Verhältnisse vereitelt wird. Deutschland und Frankreich sind in über zwei Dutzend, Italien in 1½ Dutzend, Österreich, Belgien, Holland und die skandinavischen Länder einschliesslich Dänemark in einige wenige grosse Appellations-

gerichtsbezirke aufgeteilt, die durchschnittlich $1\frac{1}{2}$ bis $2\frac{1}{2}$ Millionen Einwohner zählen und deren kleinster kaum weniger volkreich ist als unser grösster, der Kanton Bern. Zudem gilt dort überall einheitliches Prozessrecht. Infolgedessen hat in allen diesen Ländern, deren Einrichtungen wir sonst vielleicht zum Vorbild nehmen könnten, die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes nicht mit Schwierigkeiten und Hemmnissen zu rechnen, wie sie sich bei uns der Organisation der Bundesrechtspflege entgegenstellen und deshalb auch nicht nach fremden Mustern bewältigt werden können. Ähnliche Verhältnisse finden wir nur, wenn wir in der deutschen Rechtsgeschichte um $\frac{2}{3}$ Jahrhundert zurückblättern bis auf die Zeit, als der Norddeutsche Bund im Jahre 1869 für die einheitliche Anwendung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und der Allgemeinen deutschen Wechselordnung das Bundesoberhandelsgericht einsetzte, das jedoch, als Reichsoberhandelsgericht, nur ein Jahrzehnt lang auf Grund partikulärer Prozessrechte zu arbeiten hatte. Diesem Gericht wurde jedoch einfach aufgegeben, in Handels- und Wechselrechtsstreitigkeiten das von jedem einzelnen Landes-Prozessrecht vorgesehene letzte Rechtsmittel anstelle der obersten Gerichte jedes deutschen Landes zu beurteilen — was für uns jede Nutzanwendung der damals gemachten Erfahrungen ausschliesst, ganz abgesehen von der allzulangen Zwischenzeit.

Nur in einem Punkte stimmen alle obersten Gerichtshöfe miteinander überein: dass über allzustarke Inanspruchnahme mit aussichtslosen Rechtsmitteln geklagt wird und überall nach Mitteln gesucht werden muss, um mit dieser Flut auf irgendeine Weise fertig zu werden, ohne damit der Behandlung der anderen, der Weiterziehung an das oberste Gericht würdigen Geschäfte zu schaden oder das Gericht in allzu viele Spruchabteilungen zu spalten, was von einem gewissen Punkt an der einheitlichen Rechtsanwendung natürlich nachteilig ist. So hat der

Streitwert für die Anrufung des obersten Gerichtshofes in Deutschland von ursprünglich 1500 Mark in verschiedenen Etappen bis auf 6000 Mark erhöht und die Weiterziehung in Ehesachen schliesslich davon abhängig gemacht werden müssen, dass die Vorinstanz sie als zulässig erklärt, weil eine grundsätzliche Rechtsfrage im Streite liege. In Frankreich entscheidet eine zu diesem Zweck beim Kassationshof besonders gebildete Chambre des requêtes auf Grund summarischer Prüfung mit einfacher Stimmenmehrheit darüber, ob ein Kassationsrekurs zu eingehender Prüfung durch die Zivilkammer des Kassationshofes entgegenzunehmen sei, was also nur geschieht, wenn die Mehrheit der Chambre des requêtes ihn als aussichtsreich erachtet. Um bei uns ähnlichen bedenklichen Mitteln zur Abhilfe zu entgehen, wird schlechterdings nichts anderes übrig bleiben, als aus dem Rechtsmittel der Berufung (und der zivilrechtlichen Beschwerde) alles auszuschneiden, was nichts mit der einheitlichen Rechtsanwendung zu tun hat, und dem Bundesgericht in sämtlichen Gebieten seiner Rechtspflege zu ermöglichen, dass aussichtslose, offenbar unbegründete Rechtsmittel (hier seien auch die staatsrechtlichen Beschwerden darunter verstanden) in einem Verfahren behandelt werden können, das weniger Zeit und Arbeitskraft in Anspruch nimmt, ohne deswegen an Zuverlässigkeit einzubüssen. Neuestens scheinen die Verhältnisse auch für den obersten Gerichtshof Österreichs unhaltbar geworden zu sein, so dass damit zu rechnen ist, es werden dort in Zukunft nicht mehr wie bisher alle andern als Bagatellstreitigkeiten (bei gleichlautenden Urteilen beider Vorinstanzen immerhin erst von 1500 Schilling an) weitergezogen werden können. Das war auch bis jetzt nur wegen des rein schriftlichen Verfahrens möglich, das (nach deutschem Urteil) dem einzelnen Richter erlaubt haben soll, seine Arbeitskraft dreimal mehr Geschäften zuzuwenden als einem Rat des deutschen Reichsgerichtes. Dieses Wunder der Rationalisierung wäre vielleicht wert, durch Nachschau an Ort und Stelle erforscht zu werden.

VIII. Entsprechend der Fragestellung habe ich das Hauptgewicht auf die Erörterung derjenigen Punkte der Organisation der Bundesrechtspflege gelegt, deren gegenwärtige Ordnung mir dringend der Änderung bedürftig zu sein scheint. Sie sind aus den Schlusstheseen ersichtlich. Indessen habe ich doch der Versuchung nicht widerstehen können, da und dort weitere Punkte zu berühren, wegen denen es sich zwar nicht verlohnen würde, eine Revision in Angriff zu nehmen, die aber bei sich bietender Gelegenheit doch auch berücksichtigt werden sollten. Auf Vollständigkeit hatte ich es nicht abgesehen. Wer sich näher um den Gegenstand interessiert, wird in dem monumentalen Entwurf Jaeger von 1909 und den Motiven dazu, die jederzeit den Ausgangspunkt und die Grundlage für alle weitere Arbeit auf diesem Gebiete bilden werden, eine erschöpfende Erörterung aller einschlägigen Verhältnisse finden.

Nachdem ich die ersten zwei der mir zur Verfügung stehenden sechs Monate (von Ende November 1934 bis Ende Mai 1935) darauf verwendet hatte, das weitschichtige Material, soweit es leicht zugänglich war, durchzusehen und den Plan des Referates zu fassen, brachten es unvoraussehbare, von meinem Willen unabhängige, widrige Umstände mit sich, dass die Arbeit während beinahe zwei Monaten kaum merklich gefördert werden konnte. Was von den letzten zwei Monaten für diese Nebenbeschäftigung übrig blieb, genügte nur noch zu hastiger Einzelausarbeitung und Niederschrift. Um so dringender habe ich Veranlassung, meine Arbeit wohlwollender und nachsichtiger Beurteilung zu empfehlen. Was auf den ersten Blick vielleicht als Widerspruch erscheinen möchte, ist immerhin kein solcher, sondern einfach darauf zurückzuführen, dass ich jeden einzelnen Reformpunkt gesondert behandeln und die verschiedenen Vorschläge nicht ineinander verschachteln wollte. Dementsprechend setze ich überall den jetzt gegebenen Zustand voraus und eskomptiere nicht schon eine in anderen Punkten bereits erfolgte Re-

form. Das mag den Eindruck wenig folgerichtiger Durchführung der verschiedenen Vorschläge erwecken, die jedoch ebenfalls ihre Nachteile gehabt, nämlich, abgesehen von weniger leichter Verständlichkeit, die Wertung jedes einzelnen Vorschlages für sich genommen erschwert hätte.

III. Die Allgemeinen Bestimmungen.

Die Wahl der Bundesrichter. OG 1f.

„Weder die Bundesverfassung, noch die Bundesgesetzgebung haben sich darüber ausgesprochen, welche theoretische und praktische Vorbildung den Zutritt zum Bundesgericht eröffnet. Es bleibt vielmehr der Einsicht der Bundesversammlung überlassen, zu erwägen, welche Kandidaten den Anforderungen des obersten Richteramts in der Eidgenossenschaft genügen. Dies System hat sich in der Praxis bewährt“, meint Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 227. In dem ihm gewidmeten Buch über die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes, S. 21, äussert sich Giacometti gerade umgekehrt dahin: „Das Parlament ist nicht die geeignete Instanz zur Bestellung des Verfassungsgerichtshofes, da dabei politische, ja parteipolitische Erwägungen den Ausschlag geben werden. So wird denn auch diese Wahl immer zu einer parteipolitischen Angelegenheit. Die Kandidaten werden von den einzelnen Fraktionen der Bundesversammlung vorgeschlagen. Und zwar ist dabei ein freiwilliger Proporz in Bildung begriffen, indem jede Partei bestrebt ist, im Bundesgericht im adäquaten Verhältnis zu ihrer Stärke vertreten zu sein. Die Wahlen erfolgen denn auch je länger je mehr nach diesem System. Parallel dazu geht die Tendenz der Berücksichtigung der Kantone, ja sogar einzelner Landesgegenden innerhalb derselben, bei den Bundesrichterwahlen. De lege ferenda wäre die Bestellung des Bundesgerichtes eher einer anderen Instanz, so z. B. dem Bundesrat zu übertragen“. In der Besprechung dieses Buches meint Bundesrichter Kirchhofer (Juristen-

zeitung 30 Heft 15), man werde ein beträchtliches Fragezeichen dazu machen dürfen, dass der Bundesrat die richtigere Wahlbehörde wäre. — Mindestens alle paar Jahre einmal wird die Art der Wahl der Bundesrichter zum Gegenstand lebhafter Pressepolemiken gemacht. Zweifellos hat sie schon den Eintritt vorzüglichster Kräfte in das Bundesgericht verhindert oder doch in Verbindung mit kränkenden Demütigungen verzögert.

Allein die Art der Wahl der Bundesrichter ist verfassungsrechtlich gebunden. Um sie zu verbessern, befürwortet die Jungliberale Bewegung der Schweiz „die Wahl der Bundesrichter durch die Bundesversammlung nach Einholung des Vorschlages eines Kollegiums, das aus Männern der Rechtswissenschaft, aus Mitgliedern der oberen kantonalen Gerichte und aus Bundesrichtern bestehen soll“. Wollte sich die Bundesversammlung eine derartige Selbstbeschränkung auferlegen, so könnte dies wohl nicht nur durch eine neue Verfassungsvorschrift, sondern auch in einem neuen OG geschehen, sofern nicht geradezu an verbindliche Vorschläge zur Auswahl, sondern an blosser Konsultation gedacht würde. Gegen ersteres spräche, dass es auch der Bundesversammlung gegeben ist, sehr wertvolle Kräfte zu finden, die vor einem solchen Komitee kaum Gnade fänden. Dagegen hätte eine Konsultation zweifellos den grossen Vorteil, den Regionalismus in den Hintergrund zu drängen, der sich Geltung zu verschaffen weiss, als ob in der Verfassung nicht nur stünde, bei der Wahl der Mitglieder des Bundesgerichtes solle darauf Bedacht genommen werden, dass alle drei Nationalsprachen, sondern wer weiss was alles noch vertreten sei (s. die auf S. 236a hievor mitgeteilte Äusserung). Gerade darum wäre es heute z. B. kaum möglich, dass ein längerer Erholung bedürftiger Bundesrichter sich in den vorläufigen Ruhestand versetzen liesse und inzwischen ersetzt würde, was gegebenenfalls im Interesse geordneter Geschäftsabwicklung unerlässlich wäre; denn die Wiederwahl bei der ersten Vakanz nach eingetretener Festigung der Gesund-

heit stünde kaum in sicherer Aussicht. Und doch wäre auch ohne Hervortreten des Regionalismus bei der derzeitigen Zusammensetzung der Wahlbehörde Einseitigkeit bei der Bestellung des Bundesgerichts sicher nicht zu befürchten. Andererseits aber muss die vorgeschlagene Zusammensetzung des Konsultativorganes auf grösste Bedenken stossen. Es ist kaum erfindlich, wie den Männern der Rechtswissenschaft anders als vom Hörensagen bekannt sein könnte, wer „durch Wissen und Charakter hervorragt und eine vorbildliche Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes verbürgt“, was die Jungliberale Bewegung fordert. Ebensowenig ist bei einem kantonalen Obergericht näheres über die in irgend welcher Eigenschaft in der Rechtspflege eines anderen Kantons tätigen Juristen bekannt. Die derart vorgesehene Konsultation würde somit unmöglich halten, was man sich von ihr zu versprechen scheint. Gewiss könnte ein Konsultativorgan der Wahlbehörde Dienste leisten, welche diese bald am allerwenigsten missen möchte, allein hiezu müssten seine Mitglieder einen gewissen Überblick über die in der ganzen Schweiz vorhandenen Kräfte haben, um sie einigermaßen gegeneinander abschätzen zu können. Die Schwierigkeit, einen solchen Überblick zu gewinnen, hängt natürlich nicht zum wenigsten mit unserer föderativen Justizorganisation zusammen und ist mit anderen Nachteilen in den Kauf zu nehmen.

In diesem Zusammenhang mag der Kuriosität halber mitgeteilt werden, dass der Eintritt in das oberste Gericht in Dänemark die Ablegung einer besonderen Prüfung voraussetzt, und dass in Belgien nicht Mitglied des obersten Gerichtes werden kann, wer im letzten Jahr der Kammer angehört hat.

Amtsdauer von Mitgliedern und Präsident des Bundesgerichtes. OG 4, 5.

I. Die sechsjährige Amtsdauer der Mitglieder des Bundesgerichtes wurde durch das OG von 1874 eingeführt.

Diedamalige Botschaft des Bundesrates sagt dazu, sie rechtfertige sich für eine richterliche Behörde, in welcher eine gewisse Stabilität unumgänglich notwendig sei, und gebe dem Gerichtshof jene Stetigkeit und jenen Geist der Gleichförmigkeit, der einem grossen gerichtlichen Verband unentbehrlich sei; dagegen würde sich das Prinzip der Lebenslänglichkeit nur schwer mit unseren Sitten und Institutionen vertragen. Seither sind durch die Verfassungsrevision von 1931 die Amtsdauern des Nationalrates und des Bundesrates von 3 auf 4 Jahre verlängert worden. Den besonderen Bedürfnissen der Bundesrechtspflege würde gewiss auch noch genügend Rechnung getragen, wenn die Amtsdauer der Mitglieder des Bundesgerichtes auf die gleiche Dauer verkürzt würde, ohne geradezu mit der Amtsdauer des Nationalrates zusammenzufallen; damit würden die gerechtfertigten Bedenken gegen eine allzu lange Amtsdauer verschwinden. Ebenso gut könnte jedoch zur (abgekürzten) Lebenslänglichkeit übergegangen werden, wodurch einfach die bisher ausnahmslos gepflogene Inamovibilität der Bundesrichter gesetzlich verankert, dagegen die deroutierenden Stimmenzahlen bei den Wiederwahlen zum Verschwinden gebracht würden.

II. Hafner bemerkte zu der von ihm vorgeschlagenen zweijährigen Amtsdauer des Präsidenten, sie sei nicht zu lang, um nicht zu ermöglichen, dass nach und nach alle Mitglieder des Bundesgerichtes die Stelle eines Präsidenten bekleiden können. Infolge der Verdoppelung der von Hafner in Aussicht genommenen Zahl der Bundesrichter wirkt sich dies jetzt dahin aus, dass viele Bundesrichter es nicht mehr oder doch nicht mehr im Amt erleben, an die Reihe zu kommen, oder dass die Bekleidung des Präsidiums öfter der Abschluss der richterlichen Laufbahn vor dem schon vorher in Aussicht genommenen Rücktritt ist. Weder das eine noch das andere kann Hafner im Auge gehabt haben. Nachdem der allzweijährliche Wechsel nicht mehr in der in Aussicht genommenen Weise funk-

tioniert, wird er kaum beizubehalten sein. Ihm wäre vielleicht sogar der alljährliche Wechsel vorzuziehen. Statt dessen könnte aber auch eine mit der Amtsdauer des Gerichtes übereinstimmende Amtsdauer des Präsidenten, vielleicht in Verbindung mit der Wahl durch das Gericht selbst, in Erwägung gezogen werden, um so eher, als der Präsident ohnehin nur einen Teil der Repräsentationspflichten selbst erfüllen kann. In der Botschaft des Bundesrates von 1892 war darüber gesagt: „Für die oberen Gerichtsinstanzen der Kantone wird ein Wechsel in der Person des Vorsitzenden in der Regel vermieden, weil man ihn nicht für zweckmässig betrachtet. Diese Praxis wird unseres Wissens auch bei den obersten Gerichtshöfen anderer Staaten geübt. Wir halten sie für richtig.“

III. (Zusatz während des Druckes.) Die Einführung einer Altersgrenze, welche die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vorschlägt (s. S. 230a hievon), liesse sich trotz verfassungsmässiger Wählbarkeit jedes Aktivbürgers unschwer z. B. dadurch erzielen, dass das OG die Amtsdauer bei Vollendung eines bestimmten Alters vorzeitig ablaufen liesse und dann die Wahlbehörde bei der infolgedessen erforderlichen Neuwahl die Wiederwahl ausnahmslos nicht mehr in Erwägung zöge, oder auf sonst noch denkbare Weise. Sie will gerechtfertigt werden „aus der heutigen Zeitlage“, als „das gegebene Korrelat eines Ruhegehaltes“, so dass „eigentlich lediglich zur Diskussion stehe, ob die Altersgrenze bei 65 oder bei 70 Jahren angesetzt werden soll“. Allein die Erfahrungen, welche ein Mitglied des Bundesgerichtes während der durchschnittlich ohnehin eher kurzen Amtszeit zu machen in der Lage ist, sind derart einzigartige, dass aller Anlass besteht, sie für die Bundesrechtspflege solange wie möglich nutzbar zu machen. Insoweit die Einführung der Altersgrenze als Opfer zugunsten der jüngeren Generation gedacht ist, wie es kürzlich bei einem kantonalen Obergericht in aufsehenerregender Weise geschah, ist sie von

vorneherein abzulehnen, weil sie den besonderen Verhältnissen nicht Rechnung trüge und zum Schaden der Bundesrechtspflege ausschlagen müsste. Daher wird eine Altersgrenze von 65 Jahren nicht ernstlich in Erwägung gezogen werden dürfen. Übrigens ist nicht ausgemacht, dass in dieser Beziehung mit Lustren gerechnet werden müsse. Aber noch bei der Festsetzung der Altersgrenze auf 68 Jahre für die Richter beim deutschen Reichsgericht, also unter ähnlichen Verhältnissen, ist gerade von den noch lange nicht davon Betroffenen immer wieder bedauert worden, dass dem Reichsgericht auf diese Weise erfahrenste Kräfte entzogen werden. Übrigens ist die Festsetzung einer Altersgrenze ein derart mechanistisches Prinzip, dass ihr im Beamtenverhältnis regelmässig die vorzeitige Auflösung während der Amtsdauer vorgezogen wird, deren Anwendung auf Mitglieder des Bundesgerichtes freilich unter mehr als einem Gesichtspunkt grosse Bedenken entgegenstünden. Allein gegen die an sich wenig wünschbare Einführung einer Altersgrenze wird solange vergeblich angekämpft werden, als nicht ein anderes, sei es vielleicht auch nur ein konventionelles, aber nichtsdestoweniger ebenso sicheres Aushilfsmittel gefunden wird, um den Rücktritt herbeizuführen, wenn er einmal im Interesse der Bundesrechtspflege unvermeidlich geworden ist.

Unvereinbarkeit. OG 12.

Seinerzeit wäre die Wahl eines Bundesrichters, dessen Richterqualitäten später von Kollegen in Nekrologen kaum mehr zu überbietendes Lob gezollt wurde, an den Vorschriften über den Ausschluss Verwandter usw. gescheitert, wenn nicht ein Gerichtsschreiber des Bundesgerichtes kurz vorher Gelegenheit gehabt hätte, in ein anderes Amt überzutreten. Dieser Fall zeigt, dass die Ordnung der Unvereinbarkeit nicht so ganz gleichgültig ist, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Die Vorschrift, dass gewisse Verwandte usw. nicht gleichzeitig das Amt eines Mitgliedes oder Kanzleibeamten des Bundesgerichtes be-

kleiden können, wurde aufgestellt, als das Bundesgericht noch nicht in mehrere Hauptabteilungen zerfiel, und aus den älteren Gesetzen einfach in das gegenwärtig geltende übernommen. Unter den heutigen Verhältnissen dürfte es genügen, die Mitwirkung solcher Verwandter usw. bei einer und derselben Entscheidung auszuschliessen, ausgenommen bei Entscheidungen des Gesamtgerichtes, wo ja zwei Verwandte nur einen kleinen Bruchteil des Quorums ausmachen.

Residenzpflicht. OG 15.

Nachdem das Bundesgerichtsgebäude nicht mehr im Zentrum der Gemeinde Lausanne, sondern näher als einen Kilometer bei der nächsten Gemeindegrenze liegt, ist ausser Zweifel zu setzen, dass die Residenzpflicht nicht in der Gemeinde Lausanne lokalisiert ist.

Zahl und Besetzung der Abteilungen. OG 16, 25.

I. Sollte ein ständiger Strasskassationshof gebildet werden müssen, so würde die gegenwärtige Zahl von 26 und auch die gesetzlich vorgesehene Maximalzahl von 28 Bundesrichtern nicht mehr ausreichen, um die Spruchabteilungen wie bisher grösstenteils mit 7 Richtern zu besetzen, weil der im folgenden vorgeschlagene Abbau der Bundesrechtspflege durch den dringlichen Ausbau nach anderer Richtung aufgewogen werden dürfte. Hievon abgesehen verdient die Frage, ob die Spruchabteilungen zu verkleinern seien, ohnehin unter dem Gesichtspunkte der Rationalisierung erörtert zu werden. Übrigens ist sie seit der Schaffung des Bundesgerichtes mehrfach erwogen worden.

In der Botschaft des Bundesrates für das erste OG von 1849 wurde der Meinung Ausdruck gegeben: „Die Zahl von 5 Richtern ist für die Behandlung der Zivilprozesse durchaus genügend. Allgemein hingegen war man darüber einverstanden, dass das (damals aus 11 Mitgliedern bestehende) Bundesgericht selbst über Verletzung

der durch die Bundesverfassung garantierten Rechte zu urteilen habe, wenn hierauf bezügliche Klagen von der Bundesversammlung an dasselbe gewiesen werden. Es ist nämlich offenbar die Beurteilung solcher staatsrechtlicher Fragen viel wichtiger und schwieriger als die Entscheidung eines bürgerlichen Rechtsstreites“. Das OG von 1849 bezeichnete dann aber die Anwesenheit von wenigstens 7, für die letztgenannten Geschäfte von wenigstens 9 Mitgliedern als erforderlich.

Ebenso wurde in der Botschaft des Bundesrates für das OG von 1874 hervorgehoben, man würde die äusserst wichtigen staatsrechtlichen Entscheidungen, da sie in erster und letzter Instanz ergehen werden, in unserem Bundesstaate doch nicht gern in die Hand einer gar zu kleinen Zahl von Männern legen, und im Bericht der ständerätlichen Kommission ist gesagt, die Zahl 5 der zur Urteilsfällung erforderlichen Mitglieder wäre doch namentlich für die wichtigen staatsrechtlichen Entscheidungen gar zu gering. Entwurf und Gesetz sahen die Anwesenheit von wenigstens 7 Mitgliedern zur „Fassung aller . . . Entscheidungen“ vor.

In den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins von 1886 wurde zum erstenmal von Leo Weber, damaligem Adjunkten des Sekretärs des Eidgenössischen Justizdepartements, nachmaligem Bundesrichter, die Trennung des Bundesgerichtes in einen Zivilgerichtshof von 7 Mitgliedern und einen Staatsgerichtshof von 5 Mitgliedern angeregt.

Der Entwurf Hafner von 1888 wollte das Bundesgericht in zwei Abteilungen zerlegen, welche, ausser dem in beiden Abteilungen den Vorsitz führenden Präsidenten, je aus 6 Mitgliedern bestehen, jedoch mit 5 Mitgliedern, den Präsidenten inbegriffen, genügend besetzt sein sollten, und sah in Art. 17 Abs. 4 und 5 vor: „Bei der ersten (d. i. der zivilrechtlichen) Abteilung soll jedoch in der Regel, wenn ein ständiges Mitglied von der Teilnahme an einer Sitzung abgehalten ist, der ordentliche Stellvertreter des-

selben (aus der andern Abteilung) einberufen werden“, (d. h. die Besetzung mit 7 Richtern soll die Regel sein). „Die zweite (d. i. die staatsrechtliche) Abteilung soll in denjenigen Fällen vollständig besetzt sein, in welcher 3 Mitglieder derselben es verlangen“ (d. h. die Besetzung mit 5 Richtern soll die Regel sein). Hafner motivierte dies wie folgt: „Für die Entscheidungen der grossen Mehrzahl der staatsrechtlichen Streitigkeiten genügen 5 Mitglieder, da auf diesem Gebiete durch eine langjährige Praxis für die Beurteilung einer grossen Zahl von Fällen die Direktion derart gegeben ist, dass deren Entscheidung keine besonderen Schwierigkeiten bietet . . . Wo neue schwierige Fragen auftauchen, ist durch Art. 17 Abs. 5 wohl hinlänglich dafür gesorgt, dass die Abteilung von 7 Mitgliedern besetzt wird . . . Es ist wünschbar, dass in der Regel sämtliche (d. i. 7) Mitglieder der ersten (d. i. der zivilrechtlichen) Abteilung an den Sitzungen teilnehmen. Denn einmal erscheint es überhaupt angemessen, dass die oberste Gerichtsinstanz nicht weniger zahlreich besetzt sei als die unteren Instanzen, und nun nehmen bei den kantonalen Obergerichten in Zivilsachen durchgängig 7 Mitglieder an der Urteilsfällung teil, und andererseits handelt es sich meistens um wichtige prinzipielle Entscheidungen, bei welchen eidgenössische Gesetzesbestimmungen zum erstenmal auszulegen und anzuwenden sind, und welche daher nicht von einer zu kleinen Zahl von Richtern ausgehen dürfen.“

Das Bundesgericht bemerkte dazu: „Allerdings sind der staatsrechtlichen Rechtsprechung durch eine langjährige, im ganzen konsequente Praxis die Pfade geebnet und sind staatsrechtliche Fälle, in welchen neue Fragen von weittragender prinzipieller Bedeutung zu entscheiden sind, nicht gerade häufig. Allein auf der andern Seite richten sich die staatsrechtlichen Beschwerden recht häufig gegen Beschlüsse von Kantonsregierungen oder gar von Grossen Räten, manchmal auch von Landsgemeindebeschlüssen oder gegen vom Volk angenommene Gesetze.

Es scheint uns daher nicht anzugehen, die staatsrechtliche Rechtsprechung, bei welcher es sich um die verfassungsmässigen Grundrechte der Bürger und die Rechte der Behörden, um die Rechtsbeständigkeit staatlicher Gesetze oder Verordnungen usw. handelt, für die Regel einer geringeren Richterzahl anzuvertrauen, als sie für die Zivilrechtsprechung vom Entwurf (mit Recht) gefordert wird.“

Expertenkommission, Bundesrat und Bundesversammlung billigten übereinstimmend die dem OG von 1893 zugrunde liegende Besetzung mit 7 Richtern.

Aber schon drei Jahre später wollte der Bundesrat die Übertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht ohne Vermehrung der Mitglieder desselben durchführen durch folgende Bestimmungen: „Um gültig verhandeln zu können, müssen die Abteilungen des Bundesgerichtes mit 5 Mitgliedern, Präsidenten inbegriffen, besetzt sein. Auf Begehren von 2 Mitgliedern haben an einer Verhandlung sämtliche Mitglieder der Abteilung teilzunehmen.“ Doch ging die Bundesversammlung nicht darauf ein und beschloss die Vermehrung der Zahl der Bundesrichter um zwei.

Als das Anwachsen der Geschäfte im Jahre 1904 eine weitere Vermehrung um 3 Mitglieder erforderte, wurde der Frage nach der Stärke der Besetzung der Abteilungen nicht näher getreten. Ein Mitglied des Ständerates meinte immerhin: „Quand il s'agit de ce que j'appellerai le bagage courant du flot quotidien des litiges ordinaires, ne pourrait-on pas selon les circonstances autoriser les sections à siéger non plus au nombre de 7 juges, mais de 5? Quand les sections de juges comptent nombre de membres (?), la responsabilité risque de se disperser, de s'amoinrir, de diminuer individuellement et en raison même du nombre des participants.“ Dagegen liess die nationalrätliche Kommission erklären: „Der Gedanke, auf 5 Mitglieder herabzugehen, hat nicht beliebt, und Ihre Kommission glaubt kaum, dass ein solcher Gedanke populär wäre, indem man

immer noch darauf hält, dass bei der Fällung von wichtigen Beschlüssen unseres obersten Gerichtshofes eine gewisse Zahl mitwirkt“.

Im Gutachten von 1909 hat das Bundesgericht erwogen: „Daran, dass die staatsrechtliche Abteilung mit 8 Mitgliedern besetzt bleibt, sollte . . . auch aus dem . . . Grunde festgehalten werden, weil es nicht wohl angeht, Beschlüsse, die unter Umständen für die Entwicklung des ganzen Staatsrechtes von weittragendster Bedeutung sind, von einem kleineren Kollegium als 7 ausgehen zu lassen . . . Wir haben uns auch die Frage vorgelegt ob nicht das Quorum der zwei Abteilungen für die Zivilrechtspflege auf 5 reduziert werden könnte, wenn nicht für alle Geschäfte, so doch für die weniger wichtigen, sind aber davon abgekommen. . . Es erscheint uns gerade im gegenwärtigen Moment, wo die wichtigsten grundlegenden Entscheidungen zur Interpretation des ZGB zu erwarten sind, doch richtiger, wenn eine grössere Anzahl Richter dabei beteiligt ist.“

Der Bundesrat bemerkte in der Botschaft zur Revision von 1911: „Eine Reduktion des Quorums der staatsrechtlichen Abteilung von 7 auf 5 Mitglieder wäre, abgesehen von andern Gründen, die dagegen sprechen, deshalb nicht angezeigt, weil gerade bei der staatsrechtlichen Abteilung in der grösseren Richterzahl eine Garantie für eine gute Rechtsprechung liegt; es ist wünschenswert, wenn in ihrem Schosse verschiedene Lebensanschauungen, Erfahrungen und Auffassungen sich geltend machen können.“ Hierauf legte besonders auch die nationalrätliche Kommission Gewicht. Für die Zivilabteilungen lehnte der Bundesrat die Reduktion wesentlich unter Hinweis auf Hafners (vorn wiedergegebene) Motive ab. Im Ständerat wurde noch beigefügt, bei einem so kleinen Quorum fiele zumal der Stichentscheid zu sehr in die Augen.

Als im Jahre 1921 die Geldentwertung eine Entlastung des Bundesgerichtes nötig machte, wurde der Antrag, sie durch Fünfer-Abteilungen anstatt durch Erhöhung der

Berufungssumme zu erzielen, im Nationalrat nur mit kleiner Mehrheit abgelehnt. Der frühere zürcherische Obergerichter Sträuli hatte sich dafür eingesetzt mit den Argumenten: Die in den Kantonen mit der Reduktion der Zahl der Richter gemachte Erfahrung „hat namentlich dargetan, dass ein kleines Richterkollegium eher an Qualität gewinnt, insofern als das Verantwortlichkeitsgefühl des einzelnen Richters gehoben wird; bei der Qualität der Richter im Bundesgericht, der Qualität, die wir fordern müssen, sollten 5 Mann genügen“.

Durch das Gesetz vom 11. Juni 1928 über die Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege wurde eine aus 5 Bundesrichtern zusammengesetzte Kammer für Beamtensachen eingesetzt und ferner bestimmt, dass bei verwaltungsrechtlichen Sachen und bei staatsrechtlichen Beschwerden über kantonale Verfügungen (im Gegensatz zu Gesetzen) wegen Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung die Mitwirkung von 5 Mitgliedern genüge. Das Bundesgericht hatte dies als angängig bezeichnet, „ohne dass darum die dem Publikum gebotene Rechtsschutzgarantie litte“. Mir ist nicht ersichtlich, dass der Antrag auf Widerstand gestossen wäre. In der Bundesversammlung wurde dazu bemerkt, es werde hier nach der Wichtigkeit und grundsätzlichen Bedeutung der einzelnen Fälle vorzugehen sein.

Schliesslich sei noch daran erinnert, dass das Bundesstrafgericht und der Kassationshof — der doch auch über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile des Bundesstrafgerichtes zu entscheiden berufen ist — von Anfang an nur 5 Mitglieder zählten, ohne dass, soweit mir ersichtlich, je eine stärkere Besetzung in Erwägung gezogen worden wäre.

II. Aus dem Angeführten ergibt sich, dass die Frage der Herabsetzung des Quorums der Spruchabteilungen des Bundesgerichtes schon längst und immer wieder erwogen worden ist, und was sich dagegen, aber auch was sich dafür geltend machen liess und lässt. Dazu kommt

nun noch das neuerdings dringender erscheinende Rationalisierungsbedürfnis. Ich glaube, dass unter den erwähnten Voraussetzungen und Beschränkungen der Schritt heute gewagt werden dürfe und solle. Eines der Gegenargumente verstehe ich überhaupt nicht, nämlich dasjenige wegen des fatalen Stichentscheides des Präsidenten; mir scheint im Gegenteil, der Stichentscheid sei um so auffälliger, je grösser die Zahl der derart überstimmten Richter ist, wie denn ja 3 gegen 2 ($\frac{3}{5}$) eine stärkere Mehrheit ist als 4 gegen 3 ($\frac{4}{7}$). Ein weiteres Argument hat immer mehr an Bedeutung verloren, nämlich das aus der zahlreicheren Besetzung der kantonalen Obergerichte gezogene, weil man bei einem Obergericht nach dem andern, zumal in den grösseren Kantonen, dazu übergegangen ist, in der Besetzung von 5 Richtern abzusprechen, so dass nur noch die kleinen und ganz wenige mittlere Kantone verbleiben, deren Vorinstanzen stärker als mit 5 Richtern besetzt sind, die zudem meist nicht Berufsrichter sind. Übrigens scheint diesem Bedenken neuerdings nicht mehr viel Überzeugungskraft beigegeben zu werden, wie daraus geschlossen werden darf, dass die Reduktion des Quorums der staatsrechtlichen Abteilung für die Beurteilung der auf Art. 4 BV gestützten Beschwerden durchgeführt werden konnte, ohne viel Staub aufzuwerfen, obwohl die Regierungsräte der grösseren Hälfte der Kantone und gerade der grösseren Kantone mehr als 5 Mitglieder zählen. Auch bei der Schaffung der bloss dreigliedrigen Schuldbetreibungs- und Konkurskammer hatte man dieses Bedenken nicht gehabt, und ebensowenig bei der Einsetzung des fünfgliedrigen Kassationshofes als Rechtsmittelgerichtes gegenüber stärker besetzten kantonalen Straf(ober)gerichten.

Auch im übrigen Spruchgebiete der staatsrechtlichen Abteilung wird sich noch manche Kategorie von Streitigkeiten finden lassen, für deren Beurteilung die Fünfer-Besetzung genügt. Man denke nur ganz beispielsweise an das arge Missverhältnis, dass heute noch mit dem Auf-

wand einer Siebner-Besetzung über Beschwerden wegen (kantonalen) Verletzungen der Gewerbefreiheit geurteilt wird, die gleichzeitig durch die Bundes(not)gesetzgebung empfindlich eingeschränkt werden muss. Auch für die staatsrechtliche Abteilung sollte daher die Besetzung mit 7 Richtern zur Ausnahme gemacht werden, die mir nur angebracht erscheint für „Beschlüsse, die unter Umständen für die Entwicklung des ganzen Staatsrechtes, sowohl im Bund wie in den Kantonen, von weitesttragender Bedeutung sind“, und vielleicht noch für alle Entscheidungen im Gebiete der Religionsfreiheit. M. E. sollte nicht vorgesehen werden, dass die Abteilung einfach ad hoc um 2 weitere Richter ergänzt werde, damit soweit wie möglich die Besetzung der Abteilung im einzelnen Fall von vorneherein fixiert ist und ausserdem vermieden wird, dass Richter, denen ein Spruchgebiet nicht aus ständiger Bearbeitung vertraut ist, dann gerade in besonders delikaten Fällen beigezogen werden müssen. S. dazu auch S. 231a hievor ad b.

Über den Erfolg der Herabsetzung des Quorums der Abteilungen als Rationalisierungsmassnahme darf man sich freilich keine übertriebenen Vorstellungen machen. Meiner Schätzung nach würde dadurch immerhin die Arbeitskraft von zwei Bundesrichtern frei. Dabei erwäge ich, dass die Arbeit der Richter in zwei wohl nicht gar verschieden grosse Teile zerfällt: in das Ausarbeiten von Referaten, woran nichts geändert würde, und in das Studium der übrigen von der Abteilung zu beurteilenden Fälle nebst Teilnahme an den Sitzungen. Die Reduktion würde sich nur für die beiden Zivilabteilungen voll auswirken, während sie für die staatsrechtliche Abteilung zum Teil schon bisher durchgeführt war, zum Teil nicht wird durchgeführt werden können. Endlich würde die Beanspruchung der neben dem Referenten verbleibenden 4 Richter eher intensiver werden als bisher. Daher kann keine Rede davon sein, dass eine mit 5 (eventuell 6) Richtern besetzte Abteilung ebensoviel leisten könnte wie

eine mit 7 (oder 8) Richtern besetzte. Mit den bisher aus 8 Richtern zusammengesetzten Abteilungen könnten also künftig nur aus 7 Richtern bestehende auf die gleiche Stufe gestellt werden. Würde aber die Beurteilung der einzelnen Fälle unter wechselndem Ausstand von je zweien dieser sieben der Abteilung zugeteilten Richter vor sich gehen, „so müsste dadurch der Überblick des einzelnen über die Rechtsprechung der Abteilung leiden; dazu käme die aus einer solchen ständig wechselnden Besetzung sich ergebende Gefahr mangelnder Kontinuität in der Behandlung derselben Rechtsfragen“ (so das Bundesgericht in einem in der bundesrätlichen Botschaft über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bundesblatt 1925 II 267/8 wiedergegebenen Bericht). Wenn die staatsrechtliche Abteilung infolge der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahre 1929 dennoch auf diese Weise organisiert wurde, so war dies nur ein Notbehelf, der sich freilich so gut bewährt hat, als es möglich war. Zudem wird durch den Wechsel in der Besetzung die Unterbrechung der Urteilsberatung, bzw. die spätere Wiederaufnahme erschwert; sie sollte aber im Gegenteil erleichtert werden (s. S. 337a hienach). Aus allen diesen Gründen gäbe ich der Bildung von nur mit 5 (statt bisher 8) Richtern besetzten Zivilabteilungen den Vorzug, was aber die Bildung von 3 oder $3\frac{1}{2}$ Zivilabteilungen erfordern würde, bei deren einer allfällig die zu erweiternde (s. S. 362a hienach) Rechtsprechung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unterzubringen wäre; sicher wäre es nur zu begrüßen, wenn sich dann in dieser Kammer die Zeit für vermehrte kollegiale Beratung über die ja immer wieder auftauchenden neuen Fragen finden liesse und vielleicht auch die Erweiterung der Besetzung für die Beurteilung von Fällen ins Auge gefasst werden könnte, die weniger das Betreibungs- oder das Konkursverfahren betreffen, als vielmehr wesentlich vom materiellen Recht beeinflusst werden. Dass es bei der Bildung mehrerer Zivilabteilungen wesentlich schwieriger würde, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu

wahren, ist kaum zu befürchten. Schon heute greifen die Spruchgebiete der beiden Zivilabteilungen stark ineinander über: Die zweite Zivilabteilung hat zwar nicht so oft wie die erste, aber doch häufig den allgemeinen Teil des Zivilrechtes, ja auch den allgemeinen Teil des Schuldrechtes, also den ganzen allgemeinen Teil des OR anzuwenden, und sobald ein spezielles Schuldverhältnis durch eine Konkurseröffnung kompliziert wird, ist es nicht mehr die erste, sondern die zweite Zivilabteilung, die darüber abzusprechen hat. Der allfälligen Abtrennung des einen oder anderen der einzelnen Schuldverhältnisse vom Spruchgebiet der ersten Zivilabteilung scheinen mir daher keine schwerwiegenden Bedenken entgegenzustehen. Ja praktisch betrachtet gehört die Schenkung eher zum Erbrecht als zu den Rechtsgeschäften des Verkehrsrechtes. Ebenso lassen sich die einzelnen Teile des ZGB ohne Nachteil voneinander trennen. Ja sogar die Trennung des Familienrechtes in Eherecht, Kindesrecht und Vormundschaftsrecht bietet nur unbedeutende Schwierigkeiten. Demgegenüber scheint mir der Zusammenhang der verschiedenen, jetzt getrennten Kategorien von Personenschädigung untereinander ein viel engerer zu sein. Und das Sachenrecht, das mindestens vom Bundesgericht viel öfter in Streitigkeiten über Wertrechte als über Gebrauchsrechte anzuwenden ist, hängt m. E. intimer mit dem Konkursrecht zusammen als mit den anderen Teilen des Privatrechtes.

Wäre, je nach dem Schicksal der bezüglichlichen Vorschläge, auch bei der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung eine Amputation ins Auge zu fassen, so dass nicht mehr eine Zehner-, bzw. nicht mehr zwei volle Fünfer-Abteilungen nötig sein würden, so liesse sich vielleicht an die Variierung der Besetzung für die verschiedenen Kategorien der zu beurteilenden Streitigkeiten denken.

Lücken infolge längerer Vakanzen oder Krankheiten werden sich für eine Fünfer-Abteilung freilich viel emp-

findlicher geltend machen als für eine Achter-Abteilung. Sie werden sich jedoch schliessen lassen durch Bestimmungen über die Mitwirkung bestimmter Mitglieder der anderen Abteilungen, die zu diesem Zweck in ihrer eigenen Abteilung verhältnismässig zu entlasten wären.

Die zusammenhängende Bearbeitung umfangreicher Streitsachen wird dadurch erleichtert, dass eine Fünfer-Abteilung ohnehin nicht so viele Sitzungen abhalten kann und muss wie eine Siebner- oder Achter-Abteilung, zumal wenn die mündlichen Verhandlungen einigermaßen eingeschränkt würden.

Ich glaubte, diese paar Andeutungen über die Möglichkeit der Neuordnung von Fragen der internen Organisation des Bundesgerichtes in diesem Zusammenhange machen zu dürfen und zu sollen, um zum vorneherein dem Vorwurf zu begegnen, ich wolle bewährtes Bestehendes leichthin niederreissen, ohne an die damit verbundenen vielfachen Komplikationen zu denken. Endgültig können alle diese Fragen freilich erst zuletzt studiert werden, nicht bevor zunächst einigermaßen Klarheit darüber geschaffen wird, welchen Abbau einerseits und welchen Ausbau anderseits die Bundesrechtspflege erfahren soll.

Stellvertretung. OG 20.

I. Die Vorschrift, dass eine Abteilung gegebenenfalls „der Kehrordnung nach“ aus Mitgliedern der andern Abteilungen . . . zu ergänzen ist, wird nicht im Gesetz stehen gelassen werden dürfen, nachdem sie, übrigens aus triftigen Gründen, in der Praxis nicht beobachtet werden kann.

II. OG 19 sah ursprünglich vor, dass das Bundesgericht aus der Zahl seiner Ersatzmänner für die Anklagekammer, für die Kriminalkammer und das Bundesstrafgericht und für den Kassationshof je drei ordentliche Ersatzmänner bezeichne. Damals stund eben nur noch ein einziges ordentliches Mitglied des Bundesgerichtes zur Verfügung, das nicht der einen oder anderen dieser Strafgerichtsbehörden angehörte. Die Vermehrung der Mit-

glieder um zwei und drei in den Jahren 1895 und 1904 auf 19 ermöglichte dann, für die Strafgerichtsbehörden aus den Bundesrichtern je zwei ordentliche und aus der Zahl der Bundesgerichtssuppleanten je zwei ausserordentliche Ersatzmänner zu nehmen. Diese Gepflogenheit wurde bei der Revision des OG von 1911 durch Art. 20 Abs. 2 legalisiert (s. die Botschaft des Bundesrates im Bundesblatt 1911 III 75). Das gleiche bestimmt nun auch Art. 2 Abs. 2 des neuen Bundesstraßprozesses. Allein den heutigen Verhältnissen entspricht dies nicht mehr. Seitdem auch die italienische Nationalsprache durch mehr als ein Mitglied im Bundesgericht vertreten ist, wird regelmässig ein anderes Mitglied des Bundesgerichtes vorhanden sein, um die Leitung der Hauptverhandlung der Bundesassisen oder des Bundesstrafgerichtes anstelle des verhinderten einzigen Mitgliedes der in Betracht kommenden Zunge übernehmen zu können. Dann wäre es gewiss merkwürdig, wenn statt dessen ein Suppleant des Bundesgerichtes hiefür herangezogen würde. Bei der letzten Bestellung der Strafgerichtsbehörden wurde nun der zweite Vertreter der italienischen Sprache im Bundesgericht als ordentlicher Ersatzmann und nicht mehr der Suppleant dieser Sprache als ausserordentlicher Ersatzmann für die Kriminalkammer bezeichnet. Infolgedessen konnte kein ordentlicher Ersatzmann aus den Bundesrichtern deutscher (oder französischer) Sprache bezeichnet werden. Sollte daher das ordentliche Mitglied deutscher Zunge an der Mitwirkung bei einem Assisenfall aus dem deutschen Sprachgebiete verhindert sein, so müsste die Hauptverhandlung von einem Bundesgerichtssuppleanten geleitet werden, obwohl hiefür nicht weniger als acht andere, nicht der Anklagekammer oder dem Kassationshof zugeteilte Bundesrichter zur Verfügung stünden.

Plenarbeschlüsse. OG 23 II.

Schon Hafner hatte eine Bestimmung vorgeschlagen, dass die Entscheidung des Gesamtbundesgerichtes ein-

zuholen sei, wenn in einer Rechtsfrage eine Abteilung von einer früheren Entscheidung der andern Abteilung oder des Gesamtbundesgerichtes abweichen wolle. Diese Bestimmung wurde jedoch nicht zum Gesetz erhoben, weil die nationalrätliche Kommission fand, sie würde die lebendige Entwicklung des Rechtslebens hemmen. Im Gutachten von 1909 forderte das Bundesgericht die Schaffung eines Mittels, um divergierende Entscheidungen der Kammern über die gleiche Rechtsfrage zu vermeiden, und schlug als solches die Ausstellung des Entscheides der Abteilung und die Einholung des Entscheides der vereinigten Zivilkammern, allfällig des Plenums vor. Schon damals war jedoch das Plenum des deutschen Reichsgerichtes von massgebender Seite als „vollkommen unmögliche Instanz“ bezeichnet worden. Auch bei uns hat sich bald der „horror pleni“ in einer Weise geltend gemacht, die bei Aussenstehenden Anstoss erregt. Aus dieser Situation muss unbedingt ein Ausweg gefunden werden. Mir scheint, es sollte nicht unmöglich sein, das nun einmal unvermeidliche Opfer der persönlichen Überzeugung auch einem kleineren Kollegium zu bringen, in welches jede Zivilabteilung je auf zwei Jahre hinaus zwei Mitglieder delegieren würde, und um die Zahl ungerade zu machen, könnte z. B. der dienstälteste Präsident der einen dieser Abteilungen den Vorsitz übernehmen. Bei dieser Zusammensetzung wäre es freilich nicht unmöglich, dass sich in diesem Kollegium gar niemand fände, der den Antrag auf Änderung oder aber Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung aufnähme. Anstatt Rechtsunsicherheit aufkommen zu lassen, ist es aber gewiss vorteilhafter, derartigen Meinungsverschiedenheiten unter den einzelnen Abteilungen, bzw. den Mehrheiten derselben auf möglichst einfache Weise und unter Ausschluss der Öffentlichkeit die Spitze abzubrechen. Bei Bedarf könnte ein gleichartiges Kollegium auch für die Behebung von Meinungsverschiedenheiten zwischen der staatsrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Abteilung geschaffen

werden. Konflikte zwischen einer dieser Abteilungen und einer Zivilabteilung dürften kaum mehr vorkommen, nachdem die Streitigkeiten über eidgenössische Zivil-Gerichtsstände in das Spruchgebiet der Zivilabteilungen verlegt worden sind. Denn wenn sich eine Zivilabteilung gegen die Zulässigkeit eines ordentlichen Rechtsmittels der Zivilrechtspflege ausgesprochen hat, so wird die staatsrechtliche Abteilung es eben hinzunehmen haben, dass nun die staatsrechtliche Beschwerde als subsidiäres Rechtsmittel der Zivilrechtspflege platzgreift (insofern sie als solches überhaupt beibehalten wird). Konflikte zwischen Zivilabteilungen und Kassationshof würden m. E. am besten dadurch zu vermeiden sein, dass Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen aus eidgenössischen Spezialgesetzen, wie denen über das Urheberrecht und den gewerblichen Rechtsschutz, vielleicht auch aus dem Automobilgesetz, von derjenigen Zivilabteilung beurteilt werden, welcher die Zivilrechtsprechung über diese Spezialgesetze obliegt. Dass dabei der allgemeine Teil des Strafrechtes zu kurz käme, befürchte ich nicht. Wenn sich ausnahmsweise einmal ein derartiger Konfliktfall ergäbe, könnten auch einfach Ausschüsse der beiden beteiligten Spruchabteilungen mit angedeuteter Aufrundung auf eine ungerade Zahl ihn liquidieren.

Unfähigkeit. OG 27, 3.

Ein Bundesrichter darf sein Amt nicht ausüben in Streitfällen, in welchen sein Heimatkanton oder seine Heimatgemeinde als Prozesspartei erscheint oder eine Rückgriffsklage zu gewärtigen hat, und bei Beschwerden, welche gegen die gesetzgebenden Organe oder gegen die Regierung seines Heimatkantons gerichtet sind. Das Bundesgericht hat sich in seinem Bericht von 1910 dahin ausgesprochen, die hierin liegende Vermutung der Gefahr einer möglichen Befangenheit entspreche wohl in den weitaus meisten Fällen (namentlich bei staatsrechtlichen Beschwerden Privater) keiner Realität, wogegen der Aus-

stand des betreffenden Mitgliedes die Inanspruchnahme eines Stellvertreters nötig mache, was bei der Häufigkeit dieses Ausstandsgrundes eine wesentliche Erschwerung der Geschäftserledigung bedeute; daher sei dieser Unfähigkeitsgrund in einen Ablehnungsgrund umzuwandeln, so zwar, dass auch das betreffende Mitglied selbst seinen Ausstand verlangen könne.

Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung. OG 36.

I. Die Öffentlichkeit der Beratung sowohl als der Abstimmung des Bundesgerichtes wurde durch Art. 181 des Bundeszivilprozesses von 1850 und Art. 48 und 147 des Bundesstrafprozesses von 1851 (für die Kriminalkammer und den Kassationshof, im Gegensatz zur Anklagekammer, Art. 31) eingeführt. „Die Ausdehnung der Öffentlichkeit auf die Beratung des Gerichtes war eine kühne Neuerung, die in den Gesetzgebungskommissionen nicht unbestritten geblieben war. Das Justizdepartement glaubte, sie als eine in der neuen Zeit immer lauter geforderte Garantie des Rechtes um so eher empfehlen zu können, als das Bundesgericht den Interessen der Parteien ferner stehe und unabhängiger sei als untere Gerichte in den Kantonen. Die Würde des Gerichtes und das Vertrauen der Parteien und des Volkes würde nach seiner Auffassung nur erhöht werden können, wenn die geistige Tätigkeit des Richters, seine moralische und wissenschaftliche Befähigung und die ganze Gestaltung des Urteiles offen vorliege“ (Schurter-Fritzsche, Bundeszivilprozessrecht S. 368).

Im Entwurf für das OG von 1874 sah der Bundesrat im Abschnitt IV über die staatsrechtlichen Entscheidungen die Bestimmung vor, dass die Beratungen und Abstimmungen öffentlich sind; „wie es nach Art. 79 (?) des Bundeszivilprozesses im ordentlichen Prozessverfahren der Fall ist“, wurde in der Botschaft beigelegt. Die Bundesversammlung versetzte dann diese Vorschrift in den Abschnitt I: Allgemeine Bestimmungen.

Der Entwurf Hafner von 1888 behielt die Öffentlichkeit der Beratungen und Abstimmungen bei aus dem Motiv: „Wenn es sich gegenwärtig um die Frage handelte, ob die öffentliche Beratung neu einzuführen sei, so würden wir kaum anstehen, diese Frage zu verneinen. Denn wir haben uns nicht überzeugen können, dass die unvermeidlichen Nachteile der öffentlichen Beratung durch deren Vorzüge aufgewogen werden. Allein an eine Abschaffung derselben kann wohl gegenwärtig nicht mehr gedacht werden, und so enthalten wir uns auch jeder weiteren Bemerkung über diese Frage.“

Der Entwurf des Bundesrates von 1892 sah nicht-öffentliche Beratungen und Abstimmungen vor, ausgenommen beim Kassationshof, mit der Begründung: „Die Öffentlichkeit der Beratung schliesst die gegenseitige Belehrung aus; von einer kollegialen Beratung ist dabei nicht mehr die Rede; statt eines wirklichen Meinungsaustausches bekommt man Voten zu hören, von denen die Richter nicht mehr zurückkommen wollen, da es ihnen widerstrebt, in Gegenwart von Parteien und Anwälten zu gestehen, dass sie sich geirrt haben. Die Erfahrung lehrt dies. Die Öffentlichkeit der Beratung befriedigt vielleicht die Interessen der Tribüne, aber sie hindert eine fruchtbare belehrende Beratung der Richter. Mit Ausnahme des Verfahrens in einigen Schweizerkantonen und bei dem Schweizerischen Bundesgerichte besteht in der ganzen zivilisierten Welt die geheime Urteilsberatung.“

Dem fügte Bundesrat Ruchonnet in der Bundesversammlung noch bei, die öffentliche Diskussion der gegenteiligen Meinungen schade dem Ansehen des Urteiles. „Wegen der oft schweren Geburt des Urteiles“, wurde von anderer Seite ergänzt, und ausserdem noch beigefügt: Die öffentliche Beratung sei ein Schaugepränge, eine Art Spiel für die Advokaten; sie lasse Hass gegen die einzelnen Richter entstehen*); die öffentliche Kontrolle

*) In der Tat ist es in letzter Zeit wieder einmal vorgekommen, dass ein Bundesrichter von einer Partei wegen seiner

durch das durchaus nicht kompetente Publikum und die voreingenommenen Anwälte sei des Gerichtes nicht würdig; die geheime Beratung sei ruhiger und umfassender.

Inzwischen hatte sich auch der Schweizerische Juristenverein dieser Frage bemächtigt und darüber in der Jahresversammlung von 1892 einen „Vortrag“ des nachmaligen Bundesrichters Albert Affolter angehört, ohne jedoch zu einer Beschlussfassung zu gelangen (Zeitschrift für Schweiz. Recht 33 (11) 636).

Der Ständerat liess zunächst die Öffentlichkeit der Beratung ausser für den Staatsgerichtshof fallen, gab dann aber dem dazu nicht geneigten Nationalrat nach, wobei immerhin für das neugeschaffene Bundesstrafgericht eine Ausnahme gemacht wurde.

Bei der Schaffung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer im Jahre 1895 wurde die Öffentlichkeit von deren Beratungen ausgeschlossen, wofür in der Botschaft des Bundesrates angeführt wurde: „Dass bei den Verhandlungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer die Öffentlichkeit ausgeschlossen sein soll, wie es bisher schon bei den Verhandlungen des Betreibungsrates und des Bundesrates der Fall war, bedarf wohl nicht einer näheren Begründung.“

Nicht öffentlich sind ferner gemäss Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes die Beratungen der Kammer für Beamtensachen, weil „die Mitglieder der Kammer die Gewähr haben müssen, sich ohne jede Rücksicht in voller Freiheit über den Beschwerdefall aussprechen zu können.“

(Dass die Verhandlungen und Beratungen des Bundesgerichts über die Beschwerden in Kriegs- und Militärsteuersachen zwar nicht öffentlich sind, ihnen jedoch die Parteien und deren Vertreter beiwohnen dürfen, hat mit der hier erörterten Frage nichts zu tun.)

Stimmabgabe gegen sie in einem öffentlichen Lokal der Stadt Lausanne belästigt wurde.

Endlich hat der neue Bundesstraßprozess von 1934 auch die Beratung und Abstimmung der Kriminalkammer der Öffentlichkeit entzogen, „weil die Beratung über die Strafe und das Strafmaß sich für die Öffentlichkeit nicht eignet“.

II. Ich will mich nicht dazu versteigen, die Abschaffung der öffentlichen Beratung und Abstimmung des Bundesgerichtes zu postulieren, aber mit dem Vorstehenden doch zeigen, dass die öffentliche Beratung keineswegs jederzeit als unverbrüchliche Selbstverständlichkeit angesehen worden ist. Was dagegen angeführt wird, verdient jedenfalls von allen denen beherzigt zu werden, die berufen sind, bei der Revision des OG neuerdings über diese Frage zu entscheiden. Mir scheint namentlich ein Gesichtspunkt, der erst nach der Einführung der öffentlichen Beratung in der Mitte des letzten Jahrhunderts wesentliche Bedeutung erlangt hat, bisher nicht genügend beachtet worden zu sein: Sobald das Bundesgericht seit 1874 zuerst in bescheidenem Umfang, später in immer höherem Masse Rechtsmittelgericht geworden ist mit der Aufgabe, für die einheitliche Anwendung des Bundesrechtes zu sorgen (Präjudizialgericht), wurden seine Entscheidungsgründe viel gewichtiger, als Motive gerichtlicher Urteile im allgemeinen sind. Freilich wird die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung vor allem durch die Abänderung von Urteilen der kantonalen Gerichte gewahrt, die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes abweichen, bzw. dessen Ansicht nicht entsprechen. Allein schon um den jeweiligen Stand seiner Rechtsprechung zu ermitteln, muss das Bundesgericht selbst immer und immer wieder auf die Gründe seiner früheren Entscheidungen zurückgreifen. Sodann sind die Entscheidungsgründe hauptsächlich dazu da, um die Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtes den unteren Gerichten zu vermitteln, damit schon diese um der einheitlichen Rechtsanwendung willen gleichartige Streitfragen übereinstimmend entscheiden. Mit dieser präjudiziellen Bedeutung der Ent-

scheidungsgründe scheint es mir nun schlecht vereinbar zu sein, dass das Bundesgericht wegen der Öffentlichkeit seiner Beratungen nicht dazu gelangen kann, die Beratung über die Entscheidungsgründe zu erschöpfen, sondern es einfach einem Gerichtsschreiber oder -sekretär überlassen muss, Entscheidungsgründe auszuarbeiten, die er aktenmässig und wissenschaftlich für vertretbar erachtet und mit deren nachträglicher Genehmigung durch die Spruchabteilung er rechnen zu dürfen hofft. Diese Anomalie wird nicht dadurch behoben, dass „bei der Auswahl der Gerichtsschreiber und Gerichtssekretäre sehr vorsichtig verfahren wird“ (wie Bundesrichter Weiss in Magnus, die höchsten Gerichte der Welt S. 379 berichtet), d. h. dass für diese Wahlen „umfassende und tiefgründige juristische Bildung“ als erstes und selbstverständliches Erfordernis aufgestellt wird.

Übrigens lässt das OG in dieser Frage jede Grundsätzlichkeit vermissen, ansonst für die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als rekursentscheidende Behörde unmöglich eine Ausnahme hätte gemacht werden können, für welche sich bloss der praktische Grund anführen lässt, dass dadurch eine viel einfachere Behandlung der Geschäfte ermöglicht wird, vor allem durch abgekürzte, d. h. nur im Zusammenhang mit dem Aktenstudium verständliche Referate und schriftliche Voten (Zirkulationsbeschlüsse). Wäre die öffentliche Beratung dieser seit 20 Jahren ohne äusseren Anstoss vom Bundesgericht durchgeführten Rationalisierung im Wege gestanden, so ist ganz ausgeschlossen, dass die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, der nur die Hälfte der Arbeitskraft von drei Richtern gewidmet werden kann, der Geschäftslast von durchschnittlich beinahe dreieinhalb Hundert, gelegentlich gegen fünfhundert Rekursen hätte Herr werden können. Auch wenn man an der Regel der öffentlichen Beratung nicht rütteln wollte, so sollte deren Aufrechterhaltung doch auch die andern Abteilungen des Bundesgerichts nicht hindern dürfen, die von vorneherein aussichtslosen Rechts-

mittel, deren Beratung für die Öffentlichkeit nicht das geringste Interesse bietet, in ähnlicher Weise unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu behandeln. Demjenigen, welcher nach kurzer Beratung ohne Bedenken einstimmig abgewiesen wird, wird ja nur eine Tortur erspart, wenn er dieser Beratung nicht beiwohnen kann, und dem ob-siegenden Gegner darf füglich zugemutet werden, auf ein solches billiges Vergnügen zu verzichten. S. das Nähere S. 342a hienach. — Ebenso sollten Widersprüche unter den verschiedenen Abteilungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit beseitigt werden können.

Ferner steht die mündliche Parteiverhandlung in unlösbarem Widerspruch mit der unmittelbar anschliessenden öffentlichen Urteilsberatung, worüber Näheres S. 335a hienach.

III. Bei der Geschäftsprüfung ist schon die Frage aufgeworfen worden, ob OG 85 bzw. Art. 182 des Bundeszivilprozesses, wonach der Präsident die Mitglieder des Gerichts der Reihe nach um ihre Ansichten anfragt und selbst zuletzt spricht, nicht oft Anträgen, die erst aus der zweiten Hälfte der Reihe geäussert werden, verhängnisvoll werde. Wenn dem so sein sollte, so wäre dies eben auch einer der mit der Öffentlichkeit der Beratung verbundenen Nachteile. Mir scheint sehr fragwürdig zu sein, ob sich nicht andersartige Nachteile zeigen würden bei einer Vorschrift nach Anleitung des § 149 des zürcherischen Gesetzes über das Gerichtswesen, wonach das Wort in erster Linie denjenigen zu erteilen ist, welche Gegenanträge stellen wollen. Dagegen gibt es ein anderes Mittel, um allen solchen Unzukömmlichkeiten vorzubeugen.

Empfangnahme der Akten. OG 37.

Die Vorschrift, dass der Bundesgerichtspräsident die Akten in Empfang nimmt und über deren Eingang Protokoll führt, wird heutzutage als unwürdig empfunden und ist, entgegen früherer, noch in dieses Jahrhundert herübergeschleppten Gepflogenheit (vgl. Jaeger, Motive

S. 23) schliesslich doch in Abusus gekommen und muss verschwinden. Sogar für die noch vom Entwurf Jaeger vorgesehene Überweisung an die Abteilungen braucht der Präsident nur in ganz seltenen Zweifelsfällen in Anspruch genommen zu werden.

Doppel von Rechtsschriften. OG 40.

I. Ebenso ist mit heutigen Ansichten nicht mehr vereinbar die Vorschrift: „Wenn eine Partei nur eine Ausfertigung (statt der zwei oder mehreren vorgeschriebenen) einreicht, so kann die zweite auf ihre Kosten durch die Bundesgerichtskanzlei hergestellt werden“, bei der nur noch der Zusatz fehlt: „und dafür Betreibung angehoben werden.“ In der Tat steht dem Bundesgericht kein anderer Behelf zur Verfügung. Dieser wohl einzig dastehenden prozessualischen Merkwürdigkeit will der Entwurf Jaeger durch eine sachentsprechende Androhung abhelfen.

II. Die Vorschrift über die doppelte oder mehrfache Einreichung muss, um wirksam zu sein, bei allen im OG vorgesehenen Vorkehren, die nicht durch Formular veranlasst werden, zumal also den Rechtsmittelvorkehren, wiederholt werden. Leider ist dies im neuen Bundesstrafprozess bei der Nichtigkeitsbeschwerde unterblieben, woraus sich sofort Schwierigkeiten ergeben haben.

Fristenberechnung. OG 41.

Diese Vorschrift ist entgegen einem anderen Vorschlag des Entwurfes Hafner in bewusster Anlehnung an die bezüglichen Vorschriften des kurz vorher erlassenen SchKG aufgestellt worden. Nicht übernommen wurde jedoch die Bestimmung, dass die Frist am letzten Tag abends sechs Uhr abläuft. Der Entwurf Jaeger will diesen Grundsatz, „der sich überall eingelebt hat und auch in manche kantonalen Prozessordnungen übergegangen ist“, für die Fristen des OG als massgebend bezeichnen mit der Begründung: „Das Nebeneinanderbestehen verschiedener

Regeln für die Fristberechnung kann nur zu Verwirrungen führen und sollte nach Möglichkeit vermieden werden.“ Mir scheint im Gegenteil, es könne zu Verwirrungen führen, wenn im allerletzten Stadium eines Prozesses, in dem der Sechsuhrstempel nach kantonalem Prozessrecht bisher keine Rolle gespielt hat, nun plötzlich noch eine allgemeine Fristbestimmung des OG eingriffe, welche ohne Not den letzten Viertelstag der Rechtsmittelfrist abschneidet. Soll das Nebeneinanderbestehen verschiedener Regeln für die Fristberechnung vermieden werden, so schiene es mir viel richtiger, aus dem SchKG (und dem neuen Enteignungsgesetz) die Vorschrift auszumerzen, die an nicht in die Augen springender Stelle verschämt zum Ausdruck bringt, dass die Frist nur $4\frac{3}{4}$, $9\frac{3}{4}$ und nicht wirklich 5, 10 usw. Tage beträgt, und die schon manchem zum Verhängnis geworden ist. Damit mindestens für die Anrufung des Bundesgerichtes gleichmässige Fristen gelten, sollten jedenfalls die Weiterziehung in Beschwerdesachen und das neu einzuführende Rechtsmittel in Rechtsöffnungssachen usw. (s. S. 362a hienach) ausdrücklich unabhängig von SchKG 31 IV befristet, und ebenso sollte Art. 64 des Bundeszivilprozesses angepasst werden.

Wiederherstellung. OG 43.

Der Entwurf Jaeger will der gegenwärtigen unzulänglichen Ordnung abhelfen. Ich möchte dem noch weiter nachhelfen. Meist scheitern nämlich solche Gesuche daran, dass sie nicht binnen 10 Tagen seit Wegfall des Hindernisses gestellt werden, weil dann die Folgen der Versäumnis noch gar nicht bekannt sind, oder dass sie den erforderlichen Nachweis nicht enthalten. Daher sieht der Entwurf Jaeger in einem beigefügten zweiten Artikel vor, das Gesuch um Wiedereinsetzung müsse innerhalb 10 Tagen von dem Augenblick an gestellt werden, in welchem der Gesuchsteller von den Folgen der Versäumnis Kenntnis erhalten hat, und es seien die Beweismittel beizulegen, bzw. zu bezeichnen. Mir ist aber nicht er-

sichtlich, wie sich diese Fristbestimmung zu der im beibehaltenen jetzigen Artikel 43 enthaltenen verhält. Ausserdem scheint mir beigelegt werden zu sollen, für die Vorlegung oder Bezeichnung fehlender Beweismittel sei eine kurze Nachfrist von z. B. 5 Tagen anzusetzen mit entsprechender Androhung.

Urteilsvollziehung. OG 45.

Nach bisheriger Ordnung sind die Kantone verpflichtet, die Entscheidungen der mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden in gleicher Weise zu vollziehen wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte. „Mit dieser Bestimmung ist nicht mehr auszukommen, nachdem das ganze Zivilrecht vereinheitlicht sein wird; in Zukunft wird es viel häufiger vorkommen, dass ein bundesgerichtliches Urteil auch eine Verpflichtung zu einer andern Sachleistung (scil.: als Geldleistung), zu einem Unterlassen oder Dulden oder zur Abgabe einer Willenserklärung ausspricht, und es müssen daher auch diese Fälle in einer Art und Weise geregelt werden, welche ein gleichmässiges Verfahren für die ganze Schweiz sichert“, führt Jaeger in den Motiven zu den mehreren bezüglichen Artikeln seines Entwurfes aus. Ebenso ist im Bericht der Mehrheit des Bundesgerichtes von 1910 vorgesehen, dass das Urteil, welches das Bundesgericht bei Gutheissung eines Zivilrekurses (s. darüber S. 282a ff. hienach) und Aufhebung des angefochtenen kantonalen Entscheides in der Sache selbst ausfalle, hinsichtlich der Vollziehung wie ein vom Bundesgericht als einziger Zivilinstanz gefälltes Urteil zu betrachten sei. Ich kann keinen zureichenden Grund dafür finden, dass für die Vollstreckung eines bundesgerichtlichen Rechtsmittelurteiles etwas anderes gelten sollte, als was gegolten hätte, wenn es dem Kläger schon im kantonalen Verfahren gelungen wäre, ein ihm günstiges Urteil zu erstreiten, oder wenn der Beklagte das ihm ungünstige Urteil nicht an das Bundesgericht weitergezogen hätte. Soll der Beklagte seine unbegründete Weiter-

ziehung dadurch entgelten, dass er nun modernen, kräftiger zugreifenden Vollstreckungsvorschriften unterworfen wird? Oder soll der Kläger aus derartigen Vorschriften Nutzen ziehen können, nur weil er den Prozess nicht schon vor den kantonalen Gerichten gewonnen hat?

Einschreibengebühr. OG 211.

Entsprechend der Anregung des Gutachtens des Bundesgerichtes von 1909 sieht der Entwurf Jaeger mit einlässlicher Begründung, deren Überzeugungskraft sich niemand wird entziehen können, vor:

„Wer das Bundesgericht anruft, hat gleichzeitig mit der Anhängigmachung der Streitsache, bzw. spätestens innert der hiefür bestehenden Frist eine Einschreibengebühr von 20 Franken (Vorkriegswert!) zu hinterlegen, welche als Sicherheit für die entstehenden Kanzleiauslagen und Kanzleigebühren dient und, soweit nach Deckung derselben ein Überschuss verbleibt, bei Rückzug der betreffenden Rechtsvorkehr der Gerichtskasse verfällt und sonst an die der betreffenden Partei allfällig auferlegten Gerichtsgebühren verrechnet wird.

Siegt die betreffende Partei mit ihrem Rechtsbegehren vor Bundesgericht, so hat sie Anspruch auf Ersatz der Gebühr durch die Gegenpartei. Ausgenommen von der Verpflichtung zur Erlegung der Einschreibengebühr sind . . . die Parteien im Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen.“

Obwohl der Entwurf bei allen Fristbestimmungen für Rechtsmittel auf diese Vorschrift verweist, würde doch nicht ausbleiben, dass die Einschreibengebühr hie und da aus Rechtsunkenntnis oder Versehen nicht rechtzeitig erlegt wird, zumal aus Kantonen, welche für ihr Verfahren nichts Entsprechendes vorschreiben. Ich möchte daher eine ausdrückliche Vorschrift vorschlagen, dass bei Ausbleiben der Einschreibengebühr zur Nachleistung innert kurzer Frist aufzufordern ist mit der Androhung, dass sonst die Vorkehr als nicht eingegangen

erachtet werde. Auch dann ist die Verbesserung gegenüber dem heutigen Zustande noch gross genug. Dass damit allfällig etwas Zeit zum Nachteil der Gegenpartei verloren geht (s. immerhin S. 275/6a hienach), nähme ich lieber in den Kauf als das unvermittelte Nichteintreten. Umgekehrt dürfte dann wohl, entsprechend der erwähnten Androhung, von einem Nichteintretensbeschluss des Gerichtes überhaupt abgesehen werden. Gegenüber der säumigen Partei selbst könnte die Nachfrist auf drei Tage, gegenüber dem Anwalt auf fünf Tage bemessen werden.

Dieser Mittelweg muss um so eher eingeschlagen werden, als die Einschreibgebühr natürlich auch für verwaltungsgerichtliche Beschwerden, Beschwerden in Expropriationssachen und Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen zu entrichten sein wird, was nach unseren zu be-
anstandenden Gepflogenheiten nicht durch eine besondere Änderung der einschlägigen Gesetze, sondern höchstens in einer jene Gesetze ändernden Übergangsbestimmung des OG angeordnet werden wird, so dass die Änderung auch dem verborgen bleibt, der in den Registern der Amtlichen Gesetzessammlung nachschlägt. (So kann z. B. aus dem Sammelregister in AS 46 zwar ersehen werden, dass laut AS 44, 711 der Art. 197 OG über die Besoldung der Mitglieder des Bundesgerichtes geändert worden ist, dagegen nichts über die im gleichen Band enthaltene Änderung von OG 87 Ziff. 3 bzw. 189 und 178 Ziff. 3 im Sinne der Verkürzung der Fristen für staatsrechtliche Beschwerden überhaupt und für Beschwerden wegen Verletzung von eidgenössischen Gerichtsstandsbestimmungen im besonderen.)

Weiteres über die Einschreibgebühr s. S. 275a, 348a und 371a hienach.

Kostenkautionspflicht. OG 213.

Diese Pflicht soll nach dem Entwurf Jaeger (ebenso schon Entwurf Hafner von 1888 und des Bundesrates von 1892) und entsprechend Art. 26 des Bundeszivilprozesses

auf den Fall erweislicher Zahlungsfähigkeit ausgedehnt werden. Hievon abgesehen wäre sie mindestens für die Gerichtskosten auch im Fall auszusprechen, dass ein Armenrechtsgesuch wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels abgewiesen worden ist.

Einlegungsstelle.

Hierüber scheint mir ein Wort vor dem Eingehen auf die einzelnen Zweige der Bundesrechtspflege am Platze zu sein.

Der Natur der staatsrechtlichen Beschwerde als eines selbständigen Rechtsbehelfes im Gegensatz zur Weiterziehung entspricht es, dass, soweit mir ersichtlich, für sie niemals von einer anderen Einlegungsstelle als dem Bundesgerichte selbst die Rede war. Für staatsrechtliche Beschwerden wegen formeller Rechtsverweigerung i. e. S. kann schlechterdings nicht die rechtsverweigernde Behörde als Einlegungsstelle in Frage kommen, weil befürchtet werden müsste, sie könnte die Beschwerde zurückhalten.

Für die jetzt sog. Berufung hatte der Bundesrat im Jahre 1874 ebenfalls die Einlegung beim Bundesgericht selbst vorgesehen; doch gelangte schon das damalige OG zur heute noch geltenden Lösung aus Gründen, die ich nirgends auseinandergesetzt finden kann, wohl weil sie allzu selbstverständlich erscheinen.

Ohne weiteres wurde der *judex a quo* als Einlegungsstelle für die Berufung beibehalten und für die Zivilkassationsbeschwerde (die Vorläuferin der heutigen zivilrechtlichen Beschwerde gemäss OG 87 Ziff. 1) und die Strafkassationsbeschwerde neu eingeführt durch das OG von 1893; der bei letzterer gemachte Unterschied zwischen Einlegungs- und Begründungsschrift, sowie die für Kassationsbeschwerden gemäss dem Gesetz betreffend das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer (und polizeilicher) Bundesgesetze von 1849 geltende Ausnahme sind glücklicherweise durch den neuen Bundesstrafprozess von 1934 beseitigt worden.

Warum dann aber das OG von 1893 die Einlegung der Amortisationsbeschwerde (der Vorläuferin der heutigen zivilrechtlichen Beschwerde gemäss OG 86 Ziff. 4) beim Bundesgericht selbst vorschrieb, d. h. warum nicht ebensogut wie für alles Ähnliche die Einlegung beim *judex a quo* hätte vorgeschrieben werden können, ist mir unfindlich.

Ebensowenig leuchtet auf den ersten Blick ein, warum bei der Revision von 1911 nicht der *judex a quo* als Einlegungsstelle für zivilrechtliche Beschwerden bezeichnet worden ist, was sich besonders oft als fatal erwiesen hat. Allein das kam so: Der Entwurf Jaeger wollte Einreichung beim Bundesgericht unter Beigabe einer amtlichen Ausfertigung des angefochtenen Entscheides vorschreiben aus den Motiven: „Fraglich erschien, ob nicht, um auch in diesem Punkt ein einheitliches Verfahren für sämtliche zivilrechtlichen Rechtsmittel zu erzielen, die Einreichung der Beschwerde bei der kantonalen Instanz vorgeschrieben werden sollte, anstatt, wie es der Entwurf getan, beim Bundesgericht direkt. Ich habe mich für letzteres entschieden, weil die (damals sog.) Kassationsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung hat und ihr diese nur ausnahmsweise durch besondere Verfügung des Bundesgerichtspräsidenten zuerkannt werden kann. Damit diese Verfügung da, wo eine Suspensivwirkung notwendig ist, um die Interessen der Parteien zu wahren, rechtzeitig ergehen kann, ist aber notwendig, dass das Bundesgericht sofort von der Einreichung der Kassationsbeschwerde Kenntnis erhalte. Die Gefahr muss daher vermieden werden, dass sie bei der kantonalen Instanz liegen bleibe und erst, nachdem schon eine vollendete Tatsache eingetreten ist, ans Bundesgericht weitergeleitet werde.“ Der Entwurf Burckhardt liess dann aber das Erfordernis der Vorlegung des angefochtenen Entscheides fallen, und infolgedessen wurde die nur im Zusammenhang damit gerechtfertigte direkte Einlegung beim Bundesgericht geradezu zum Anlass von Verzögerungen, weil

natürlich auf die blossе Beschwerde hin, ohne vorherige Einziehung des angefochtenen Urteiles von der kantonalen Behörde, unmöglich über ein Sistierungsgesuch entschieden werden kann.

Für die Einreichung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde wurde die Übereinstimmung mit der staatsrechtlichen Beschwerde gesucht, gilt also nicht die Vorinstanz als Einlegungsstelle. Insoweit sich die Beschwerde gegen die Bundesverwaltung richtet, schadet jedoch die Einlegung bei dieser Verwaltungsstelle nichts auf Grund einer weitherzigen Auslegung des 1928 zu OG 194 beigefügten Abs. 3: „Soweit eine dem Bundesgericht eingereichte Beschwerde in die Zuständigkeit des Bundesrates fällt oder umgekehrt, ist sie von Amtes wegen an die Bundesbehörde abzugeben. Ist in diesen Fällen die Beschwerde bei der unzuständigen Behörde rechtzeitig eingereicht worden, so gilt die Beschwerdefrist als eingehalten.“

Für die Weiterziehung von Schätzungsentscheiden in Enteignungssachen hatte der bundesrätliche Entwurf Eingabe an das Bundesgericht bestimmt, schlug dann aber die nationalrätliche Kommission, gefolgt von der ständerätlichen, aus dem stenographischen Bulletin nicht zu entnehmenden Gründen die jetzt vom Enteignungsgesetz vorgeschriebene Eingabe an den Präsidenten der Schätzungskommission vor.

Beschwerdeentscheide kantonalер Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen können gemäss SchKG 19 „an das Bundesgericht weitergezogen“ werden. Indessen bestimmt eine auf SchKG 15 gestützte Verordnung des Bundesgerichtes von 1910: „Beschwerden an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes sind schriftlich, in zwei Doppelн und unter Beilegung einer vollständigen Ausfertigung des angefochtenen Entscheides bei der kantonalen Aufsichtsbehörde, gegen welche sich die Beschwerde richtet, einzureichen.“ Direkt beim Bundesgericht eingereichte Rekurse schickt es an

den Absender zurück, sofern dieser noch Zeit zur richtigen Einlegung hat; andernfalls tritt es nicht auf sie ein. Beim blossen Fehlen des angefochtenen Entscheides wird an der entsprechenden Praxis neuestens nicht mehr festgehalten.

Alle paar Wochen zeigt sich, dass die ungleichmässige, wenn auch zum grössten Teil sachlich wohl begründete Bestimmung der Einlegungsstelle Verwirrung stiftet und die Rechtsuchenden um ihre Rechtsmittel bringt (ebenso wie die ungleichmässige Bemessung der Fristen und die nicht einheitlich durchgeführte Vorschrift schriftlicher Begründung). Daher möchte ich trotz meinen eigenen vielfachen Bedenken doch die einheitliche Bestimmung der Einlegungsstelle (gleichwie S. 346a hienach soweit möglich die einheitliche Bemessung der Rechtsmittelfristen und S. 334a hienach die ausnahmslose Durchführung des Begründungszwanges) postulieren. Aus dem eingangs angegebenen Grunde kommt dafür nicht die Vorinstanz, sondern nur das Bundesgericht selbst in Frage. Ich würde aber beifügen, dass durch rechtzeitige Einreichung bei der Vorinstanz die Frist als eingehalten gilt und die Vorinstanz zu sofortiger Weiterleitung verpflichtet ist. Dies bedeutet für die Berufung, die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen und die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen freilich den Bruch mit jahrzehntelanger Gepflogenheit und für die Beschwerde in Expropriationssachen ein leidiges Hin und Her, wird aber auch durch die Einführung der Einschreibgebühr gefordert, wiewohl nicht zwingend. Soll nämlich für deren Erlegung eine Nachfrist angesetzt werden, wie ich vorschlage, so kann dies sofort nach der Einreichung der Berufung usw. ohne weiteren Zeitverlust geschehen, während sonst die Übermittlung der Akten durch die Vorinstanz abzuwarten ist; denn erst dann würde sich herausstellen, ob die Einschreibgebühr weder bei der Vorinstanz noch beim Bundesgericht erlegt worden ist, was der Entwurf Jaeger, ausgehend von der Vorinstanz als Einlegungsstelle, mit

Recht zur Wahl stellt. Vorzuschreiben wäre, ebenfalls ohne unmittelbare Verwirkungsfolge, die Einreichung des angefochtenen Entscheides (soweit ein solcher erhältlich ist). Um so rascher könnte in Schuldbetreibungs- und Konkursachen meist über die häufigen Sistierungsge-suche entschieden werden, wofür heute besondere Massnahmen unerlässlich sind (Art. 8 der Beschwerdeführungsverordnung). Für die staatsrechtliche Beschwerde würde sich daraus die Folge ergeben, dass die Rekursfrist in allen Fällen, wo eine schriftliche Zufertigung stattfindet, erst mit dieser zu laufen beginnt, anstatt dass wie jetzt allfällig schon vorher gleichsam ins Blaue vorsorglich Beschwerde geführt werden muss und nach Eingang der Entscheidungsgründe ergänzt werden kann — während sie andernfalls vielleicht überhaupt unterblieben wäre.

Die Vereinheitlichung der Einlegungsstelle in Verbindung mit möglichster Vereinheitlichung der übrigen Formalien (insbesondere der Verschmelzung von Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde zu einem einheitlichen Rechtsmittel ohne Änderung der rechtlichen Natur der ersteren; s. S. 359/60a hienach) würde dem Bundesgericht gestatten, jede bloss als Beschwerde und auch jede falsch bezeichnete Beschwerde in materielle Beurteilung zu ziehen. Und zwar ohne wesentliche Mehrarbeit für die Bundesgerichtskanzlei, da deren die Korrespondenz öffnender Vorstand sozusagen in allen Fällen aus dem angefochtenen Entscheid unschwer bestimmen kann, welche Spruchabteilung zuständig ist. Anderseits übersehe ich nicht, dass die Einlegung bei der Vorinstanz für die Bundesgerichtskanzlei sehr bequem ist und die vorgeschlagene direkte Einreichung aller Rechtsmittel zahlreiche neue Korrespondenzen nötig macht, immerhin hauptsächlich Formularkorrespondenzen. Doch darf dies nicht in die Waagschale fallen, wenn dadurch alljährlich eine Anzahl leidiger Forumsverschlüsse verhindert werden kann.

IV. Zivilrechtspflege.

A. Direkte Prozesse. OG 48ff.

Die Vorschriften über die Ausschaltung der kantonalen Rechtsprechung zugunsten der Bundesgerichtsbarkeit (im Gegensatz zu blosser Kontrolle) sind weitgehend verfassungsrechtlich gebunden. Dementsprechend sind darüber nur wenige Bemerkungen zu verlieren.

I. Der in OG 50 enthaltene Katalog der durch Bundesgesetze der ausschliesslichen Beurteilung des Bundesgerichtes unterstellten Streitigkeiten war von Anfang an nicht vollständig und ist insoweit vom Entwurf Jaeger ergänzt worden. Umgekehrt hat der Entwurf Jaeger, angeregt durch das Gutachten des Bundesgerichtes von 1909, eine Anzahl der aufgezählten Fälle aus der Zivilrechtspflege eliminiert und in die Staatsrechtspflege versetzt (s. S. 381a hienach). Inzwischen hat übrigens bereits eine gewisse Rückbildung stattgefunden, indem die in Ziff. 8 und 9 erwähnten Streitigkeiten nach dem neuen Enteignungsgesetz in erster Instanz von den eidgenössischen Schätzungscommissionen zu beurteilen sind. Ziff. 13: Streitigkeiten zwischen Privaten auf Grund des Art. 12 des Patentgesetzes vom 29. Juni 1888, beruhte auf Abs. 3 der letztgenannten Vorschrift: „In Streitfällen (über Zwangslizenz) entscheidet das Bundesgericht und setzt die zu leistenden Entschädigungen und Sicherheit fest“, und später auf Art. 22 Abs. 3, Satz 2 des neuen Patentgesetzes von 1907: „Im Streitfall entscheidet das Bundesgericht über die Erteilung der Lizenz und setzt ihre Dauer sowie die zu leistende Entschädigung fest.“ Statt dessen heisst es nun aber nach dem Gesetz vom 21. Dezember 1928 zur Abänderung des Patentgesetzes: „Im Streitfall entscheidet das Gericht . . .“. Aus Äusserungen der Referenten im Nationalrat ist zu schliessen, dass „Bundesgericht“ durch „Gericht“ ersetzt werden wollte. Nichtsdestoweniger wurde OG 50 Ziff. 13 in der zweiten Ausgabe des von der Bundeskanzlei herausgegebenen Sammelbändchens „Bun-

desrechtspflege“ von 1931 wie bisher belassen und erst auf Vorstellungen hin in der Ausgabe 1935 unterdrückt mit beigefügter Fussnote: „Infolge der durch das BG vom 21. Dezember 1928 vorgenommenen Änderungen sind Streitigkeiten dieser Art nicht mehr der ausschliesslichen Beurteilung durch das Bundesgericht unterstellt.“ Wie viel schwieriger muss es für die Rechtsuchenden sein, über derartige versteckte Gesetzesänderungen klar zu werden!

II. Der dem Art. 111 der Bundesverfassung und dem heutigen Art. 52 Ziff. 1 OG entsprechende Art. 31 Ziff. 2 des OG von 1874 war vom Bundesgericht dahin ausgelegt worden, dass es nicht verpflichtet sei, in erster und letzter Instanz die Beurteilung solcher Streitigkeiten zu übernehmen, welche an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Demgemäss hatte das Bundesgericht 1889 beantragt, die Prorogation in denjenigen Fällen auszuschliessen, in welchen die Berufung an dasselbe statthaft ist, jedoch ohne Erfolg. Zur Begründung hatte es angeführt: „Allgemeinen Rechtes ist, dass, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt, die Vorschriften über den Instanzenzug zwingender Natur sind. Wenn nun kraft Art. 114 der Bundesverfassung das Bundesgericht als Oberinstanz in gewissen Fällen eingesetzt werden kann und eingesetzt wird, so liegt doch wohl darin, dass für solche Fälle sein Beruf eben hierauf, auf das Amt als Oberinstanz, beschränkt werden könne und wolle. Art. 111 der Bundesverfassung ist dahin auszulegen, dass derselbe nur solche Streitigkeiten im Auge hat, welche überhaupt nicht zur (gesetzlichen) Kompetenz des Bundesgerichtes gehören. Ist also eine Bestimmung im Sinne der bisherigen Praxis verfassungsmässig zulässig, so ist eine solche gewiss auch zweckmässig . . . Dem Bundesgericht werden eine Reihe juristisch meist unbedeutender, tatsächlich aber sehr verwickelter Prozesse technischer Natur zugeschoben . . . Wenn dieser Gepflogenheit für das Gebiet des eidgenössischen Rechtes entgegenge-

treten werden kann, so soll dies hier geschehen . . .“ Demgegenüber sprach sich Hafner dahin aus, dass diese Lösung dem Sinn und Geist des Art. 111 der Bundesverfassung nicht entspreche, und dass sich für die Auffassung des Bundesgerichtes irgendwelche objektive Anhaltspunkte nicht auffinden lassen.

Im Gutachten des Bundesgerichtes von 1909 heisst es hierüber: „Das Bundesgericht eignet sich für die Instruktion von Prozessen viel weniger als die kantonalen Gerichte; die Prozessordnung von 1850, nach welcher diese Fälle behandelt werden müssen, ist veraltet und schwerfällig; die Erledigung dieser Fälle beansprucht beim Bundesgericht meist unverhältnismässig lange Zeit, weil die Mitglieder durch die andern laufenden Geschäfte, deren Behandlung nicht hinausgeschoben werden kann, vollauf in Anspruch genommen sind. Es dürfte sich daher fragen, ob bei einer Verfassungsrevision diese ausnahmsweise Jurisdiktion nicht vollständig unterdrückt werden könnte.“

Das Gutachten von alt Bundesrichter Winkler bemerkt hiezu: „Dass der höchste Gerichtshof gezwungen wird, sich den Parteien nach ihrem Belieben als einzige Instanz herzugeben, welche die ganze Feststellung des Streitverhältnisses und auch das ganze Beweisverfahren durchzuführen hat, das kommt sonst wohl nirgends vor“.

Dass am gegenwärtigen Rechtszustand ohne Verfassungsrevision nichts geändert werden könne, würde die Verfassungswidrigkeit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtes und seines für das OG von 1893 gestellten Antrages voraussetzen. Diese wird auch von Winkler, der erst später Mitglied des Bundesgerichtes wurde, mit eingehenden Ausführungen bestritten. Jedenfalls verdient die uneingeschränkte Herübernahme des Art. 52 Ziff. 1 OG in ein neues OG ernstlich geprüft zu werden. Eventuell könnte die Prorogation bundesrechtlicher Prozesse nur noch Gemeinden und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen freigegeben werden.

III. Im Jahre 1921 wurde OG 52 dahin abgeändert, dass prorogiert werden können „andere . . . Rechtsfälle, auch wenn es sich nicht um rein zivilrechtliche Streitigkeiten handelt“. Es ist gewiss wünschbar, dass diese von Fritzsche bei Schurter, Bundeszivilprozessrecht S. 279, sogenannte Begriffsklitterung wieder verschwinde.

B. Die Berufung.

1. Das Wesen des Rechtsmittels.

I. Das OG von 1874 bestimmte:

Art. 29 Abs. 1: In Rechtsstreitigkeiten, die von kantonalen Gerichten nach eidgenössischen Gesetzen zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwert von wenigstens Fr. 3000.— hat oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht unterliegt, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem Bundesgericht die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturteiles nachzusuchen.

Art. 30 Abs. 4: Das Bundesgericht hat seinem Urteil den von den kantonalen Gerichten festgestellten Tatbestand zugrunde zu legen.

Mit diesen Vorschriften war der Grund für das Rechtsmittel gelegt, das vom OG von 1893 in seinen wesentlichen Zügen beibehalten und Berufung genannt wurde. Einerseits war die umfassende, sich auch auf die Tatsachen erstreckende Nachprüfung, die Appellation, abgelehnt, anderseits zielt das Rechtsmittel nicht nur auf Aufhebung, sondern auf Abänderung des letztinstanzlichen Haupturteiles ab, also nicht nur auf Kassation wegen Gesetzesverletzung, sondern auf „réforme“, auf eigene Rechtsanwendung durch das Bundesgericht, und zwar nicht nur im Rahmen der gegen das angefochtene Urteil vorgebrachten Angriffsgründe, sondern das Bundesgericht kann dem Berufungsantrag auch aus andern als den zur Begründung der Berufung vorgebrachten Gründen stattgeben.

II. In seiner Jahresversammlung von 1882 bezeichnete es der Schweizerische Juristenverein als wünschbar,

dass dem Bundesgericht eine freie Würdigung der Tatsachen eingeräumt werde (womit nicht nur die rechtliche Würdigung der Tatsachen, sondern die Würdigung des Rechtsstreites in tatsächlicher Hinsicht, die Beurteilung auch der Tatfrage gemeint war).

Hiegegen wendete sich Hafner in den Motiven zu seinem Entwurf von 1888 in einer aus der Zersplitterung des Zivilprozessrechtes gezogenen stringenten Argumentation, die in den Sätzen gipfelt: „Dadurch würde Zeit und Kraft der Mitglieder des Bundesgerichts in ganz ungebührlichem Mass, zum offenbaren Nachteil seiner wahren verfassungsmässigen Aufgabe, die einheitliche Anwendung des eidgenössischen Rechts zu sichern, in Anspruch genommen und vergeudet. Übrigens kann auch ein Bedürfnis, die Lösung der Tatfragen unbeschränkt dem Bundesgerichte zu übertragen, nicht als vorhanden erachtet werden. Es ist an sich, der Natur der Sache nach, nicht einzusehen, warum die kantonalen Gerichte die Tatfragen nicht ebensogut sollten lösen können als das Bundesgericht. Dazu kommt aber, dass die kantonalen Gerichte offenbar mit der Handhabung ihrer Prozessgesetze am besten vertraut sind und überdies den Verhältnissen näher stehen. Die, insbesondere von der zweiten kantonalen Instanz ausgehenden, reinen Tatfrageentscheidungen der kantonalen Gerichte verdienen daher mindestens soviel Vertrauen als diejenigen der dritten Instanz, bei welcher jene Voraussetzungen nicht zutreffen. Mögen sich auch die kantonalen Gerichte bisweilen irren, so ist durchaus nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht bei Lösung der Tatfragen nicht mindestens ebenso häufig fehlgreifen würde.“

Dagegen schlug Hafner folgende neue Bestimmung vor:

„Für die Entscheidung des Bundesgerichtes sind die vom kantonalen Gerichte festgestellten Tatsachen insoweit massgebend, als die tatsächlichen Annahmen des kantonalen Gerichtes nicht mit dem Inhalte der von dem-

selben zu berücksichtigenden Akten im Widerspruch stehen oder die Würdigung des Beweisergebnisses auf einer Verletzung bundesgesetzlicher Bestimmungen beruht, oder es sich um die Auslegung von Willenserklärungen handelt.“

Von letzterem, der Nachprüfung der Auslegung von Willenserklärungen durch das Bundesgericht, wollte jedoch der Bundesrat nichts wissen, wie aus eingehenden Ausführungen in der Botschaft zu seinem Entwurf für das OG 1893 hervorgeht. Im Gegenteil verleibte (erst) der Bundesrat seinem Entwurf den nunmehrigen Art. 57 OG ein, wonach die Berufung nur darauf gestützt werden kann, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichts auf einer Verletzung des Bundesrechts beruhe usw., worüber S. 301a hienach.

Auf diese Weise baute das OG von 1893 das Rechtsmittel der revisio in jure weiter aus, sowie durch etwelche Herabsetzung der Berufungssumme (auf Fr. 2000.—), welche freilich die obere Grenze des Streitwertes von Bagatellstreitigkeiten immer noch um ein Mehrfaches überstieg. Dazu fügte die Rechtsprechung einige Jahre später auch noch die eben angedeutete und noch zu besprechende Nachprüfung der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen.

Jede auf weitergehende Nachprüfung abzielende Ausgestaltung des Rechtsmittels könnte ich aus den von Hafner angeführten überzeugenden Gründen von vorneherein nicht in Erwägung ziehen. Daneben möchte ich aber noch mehr Gewicht auch darauf legen, dass die Würdigung des Beweisergebnisses bloss auf Grund der Protokolle über die Beweisabnahme ein zweischneidiges Schwert ist. S. auch S. 231a hievor ad c und S. 345a hienach.

III. Umgekehrt ist die Frage nach der Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes aktuell geworden, als es auf das Jahr 1912 hin galt, die einheitliche Rechtsanwendung auf das ZGB auszudehnen. Eine Mehrheit des Bundesgerichtes schlug damals eine gewisse Annäherung an das Kassationssystem vor durch

folgende Vorschriften, die Berufung und zivilrechtliche Beschwerde zu ersetzen bestimmt waren:

Gegen die Entscheide der kantonalen Behörden, denen die Zivilrechtspflege übertragen ist, kann nach Massgabe folgender Bestimmungen an das Bundesgericht rekurriert werden. — Der Rekurs kann nur darauf gestützt werden, dass eine kantonale Behörde eidgenössisches Recht (oder kantonales Verfassungsrecht) verletzt habe (wird näher ausgeführt). — Dem Rekurs unterliegen alle gerichtlichen Urteile in Zivilstreitigkeiten, die nicht weitergezogen werden können. Gegen Vor- und Zwischenentscheide kann erst nach Ausfällung des Endurteils rekurriert werden (mit Ausnahme der unten durch * bezeichneten Fälle). — In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist der Rekurs nur zulässig, wenn der Nachteil, den der Rekurrent durch das angefochtene Urteil erleidet, den Betrag von Fr. 2000.— erreicht (wird näher ausgeführt). — Der Rekurs ist ferner zulässig gegenüber letztinstanzlichen Entscheiden kantonomer Behörden in folgenden durch das ZGB geordneten Fällen: (den auf S. 352a hienach angeführten). — Der Rekurs ist endlich zulässig gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide in Zivilsachen: 1. (*) wegen Verletzung von eidgenössischen Vorschriften über den Gerichtsstand, sowie wegen Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des Verfahrens beschlagender eidgenössischer (oder in den kantonalen Verfassungen enthaltener) Vorschriften, sofern die Entscheidung auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Einfluss ist; 2. = OG 87,2; 3. = OG 87,1. — Im Rekurs ist anzugeben, aus welchen Gründen der Entscheid angefochten . . . wird. Dem Rekurs ist eine Ausfertigung des angefochtenen Entscheides beizulegen. — Das Bundesgericht prüft nur die geltend gemachten Rekursgründe. Für ihre Beurteilung ist der im angefochtenen Entscheid enthaltene Tatbestand massgebend (folgt ein Vorbehalt; s. S. 300/1a hienach). — Der Rekurs unterliegt einer Vorprüfung durch die Rekurskammer. . . . Die Zulassung wird

verweigert, wenn sich der Rekurs von vorneherein als unbegründet darstellt. Für die Nichtzulassung ist erforderlich, dass sich 4 Mitglieder der (fünfgliedrigen) Rekurskammer für (den nämlichen Grund der) Nichtzulassung aussprechen. — Wird der Rekurs zugelassen, so wird er einem Berichterstatter zur Instruktion und zur Antragstellung zugewiesen. Der Berichterstatter . . . holt sämtliche den Streitfall betreffenden Akten ein . . . — Eine mündliche Parteiverhandlung findet nur statt . . . (ähnlich wie nach dem Gutachten von 1909; s. S. 330/1a hienach). — Findet das Gericht den Rekurs begründet, so hebt es den angefochtenen Entscheid auf, es wäre denn, dass die nicht angefochtenen Entscheidungsgründe ihn zu stützen vermöchten. Ist die Sache spruchreif, so fällt das Bundesgericht den neuen Entscheid selbst; andernfalls Rückweisung (wird näher ausgeführt). — Alle dem Rekurs an das Bundesgericht zugänglichen Urteile, Entscheide, Beschlüsse und Verfügungen kantonaler Behörden in Zivilrechtssachen haben die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen sie beruhen, anzugeben und die rechtliche Begründung zu enthalten. . . .

Der Begründung dieser Vorschläge ist zu entnehmen:

„Schwerer als die theoretischen Bedenken fallen für uns die praktischen Nachteile ins Gewicht, welche das Rechtsmittel der Berufung in seiner jetzigen Gestaltung in sich schliesst:

„Erstens erleichtert die Berufung die Prozesströlerie. Da die Berufungserklärung nicht begründet zu werden braucht und die Nachprüfungspflicht des Bundesgerichts sich nicht auf die (mündliche oder schriftliche) Begründung der Berufung beschränkt, kann die unterlegene Partei, ohne dass ihr irgendein Nachteil droht, es unterlassen, sich darüber eine bestimmte Vorstellung zu machen, wie ein Urteil angefochten werden will und welche Aussicht ein Angriff hat. . . . Die Zahl der Berufungen, die sich von vorneherein als unbegründet darstellen . . . ist mit 40 % für die letzten Jahre jedenfalls nicht zu hoch angegeben.

„Insbesondere kann aber die Berufung, wie sie jetzt gestaltet ist, deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil die Behandlung jedes einzelnen Falles durchschnittlich für das Gericht und die Richter zu viel Zeit in Anspruch nimmt. Einen solchen Zeitverlust bedeutet im besondern vielfach die mündliche Parteiverhandlung Viel unnütze Zeit muss sodann, namentlich vom Referenten, verschwendet werden auf die Durchsicht des ganzen Prozessmaterials Teils bringt es die Gestaltung des Rechtsmittels mit der freien selbständigen Beurteilung des Anspruchs und der Nachprüfung des Urteils auf Aktenwidrigkeit mit sich. . .

„Ihre rechtliche Bedeutung erhält die schriftliche Begründung aber erst, wenn sich die Überprüfung des Bundesgerichtes auf die darin geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränkt.

„Der Hauptgrund, weshalb man in den früheren Organisationsgesetzen dem Bundesgerichte die freie rechtliche Nachprüfung der nach eidgen. Recht zu entscheidenden Zivilrechtsstreitigkeiten zuwies, war die Rücksicht darauf, dass die Rechtspflege in einzelnen Kantonen zu wünschen übrig lässt Das ist grundsätzlich fehlerhaft und führt praktisch nicht weit, da die kantonale Rechtspflege deshalb nicht besser wird und die Bundesinstanz nur in wenigen Fällen helfend eintreten kann. Zudem ist nicht ersichtlich, wieso nur die freie rechtliche Nachprüfung des Prozesstoffes das richtige Heilmittel gegen jenen Mangel sein sollte; eine rechtliche Kontrolle, die sich auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränkt, wird in den meisten Fällen den nämlichen Dienst leisten.

„Es muss dafür gesorgt werden, dass Rekurse, . . . die von vorneherein als aussichtslos sich darstellen, in einem summarischen Verfahren erledigt werden können . . . Die Rekurskammer beseitigt aussichtslose Rekurse, so dass die Zivilkammer lediglich Rekurse zur Beurteilung erhält, die wirklich einer Prüfung wert sind . . .

„Diese Ordnung der Kompetenzen in Zivilrechts-sachen sichert dem Bundesgericht seine richtige Stellung im nationalen Rechtsleben; sie enthebt es der zeitraubenden Durchsicht des ganzen Prozessmaterials auf die Übereinstimmung der tatsächlichen Feststellungen mit den Akten und auf alle je vorgebrachten und denkbaren rechtlichen Standpunkte; sie erlaubt es ihm, seiner eigentlichen Aufgabe, das Recht zu erkennen, zu finden und zu ergänzen, wirklich nachzukommen . . .“

Die neuen Vorschläge der damaligen Mehrheit des Bundesgerichts wurden von einer starken Minderheit in einem motivierten Gegenbericht vom Mai 1910 bekämpft und im besonderen von Bundesrichter Jaeger in seinem Referat für die Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1910 über „Die Weiterziehung von Zivilsachen an das Bundesgericht nach dem Inkrafttreten des ZGB“, mit dem Erfolg, dass die Versammlung die These annahm, die Berufung sei als Hauptmittel der Weiterziehung von Zivilrechtsstreitigkeiten beizubehalten.

Indessen kam es damals aus Mangel an Zeit überhaupt nicht zu einer Totalrevision des OG.

IV. Ich stehe diesen Vorschlägen der damaligen Mehrheit des Bundesgerichtes skeptisch gegenüber, mehr aus praktischen als aus theoretischen Bedenken. Sie zielen darauf ab, die Arbeit der Bundesrichter ergiebiger zu gestalten. Dies ist aber durch Einführung des Zwanges zu schriftlicher Begründung und Einschränkung der mündlichen Parteiverhandlung, sowie durch Beseitigung des Leerlaufes der Aktenwidrigkeitsrüge bis zu einem gewissen Grad auch ohne Aufgabe der Berufung möglich, wie in anderen Zusammenhängen dargetan werden soll (s. S. 334a, 295a hienach). Um jedoch zu einem wesentlich günstigeren Arbeitsergebnis zu kommen, wurde von der Mehrheit des Bundesgerichtes ausserdem vorgeschlagen, dass zunächst bloss an Hand der im angefochtenen Urteil selbst enthaltenen Tatbestandsdarstellung ohne Beiziehung der Prozessakten an eine Vorprüfung der Frage herangetreten werden solle,

ob das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Nun stehen aber einer Anzahl kantonalen Obergerichte für die Herstellung derartiger vollständiger Urteile nicht genügend theoretisch und praktisch ausgebildete Arbeitskräfte zur Verfügung. Infolgedessen kann sogar nicht selten dem kantonalen Urteil gar nicht entnommen werden, ob es auf einen falschen Rechtssatz gestützt ist, oder ob Tatsachen unrichtig aufgefasst und beurteilt worden sind, woran eine „Kassationsbeschwerde“ doch sollte anknüpfen können; kann sie es nicht, so ist nur mit freier rechtlicher Nachprüfung etwas auszurichten. Hieran lässt sich in unseren kleinen Verhältnissen einfach nichts ändern, solange die Gerichtsorganisation Sache der Kantone bleibt. Mit einem gewissen Recht konnte in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins von 1910 bemerkt werden, gerade diejenigen Urteile, welche die Nachprüfung am nötigsten hätten, würden ihr am wenigsten zugänglich sein. Dem könnte auch mit häufiger Rückweisung mangelhafter Urteile nicht viel abgeholfen werden, ganz abgesehen davon, dass eine solche Rückweisung doch wohl kaum ohne Studium der Prozessakten, d. h. ohne Aufwendung der hiefür erforderlichen Zeit und Arbeitskraft gewagt werden dürfte. Zudem ist mir die Vielschreiberei zuwider, zu der die kantonalen Obergerichte gezwungen würden, wenn sie auch denjenigen Prozesstoff gedrängt, aber doch vollständig in ihren Urteilen wiedergeben müssten, welchen sie für ihr eigenes Urteil nicht nötig zu haben glauben. Dabei muss übrigens mit (unbewusster, ja trotz aller Anstrengung fast unvermeidlicher) subjektiver Färbung jeder derartigen Wiedergabe gerechnet werden, weshalb man sich eigentlich in keinem Fall einfach auf sie allein verlassen sollte. Auch ist das Studium einer solchen Wiedergabe ermüdender und lange nicht so anschaulich wie das Studium der Originalakten. Endlich würde ein grosser Teil der durch Nichtzulassung des Rekurses schon im Vorprüfungsverfahren eingesparten Arbeitskraft dadurch aufgewogen, dass im Falle der Zulassung eine andere Gerichts-

abteilung mit dem Studium des Prozesses neu beginnen müsste. Fraglich erscheint mir auch, ob sich gerade in unserem nur zu einem Teil aus *juges de carrière* bestehenden Bundesgericht nicht allzu grosse Schwierigkeiten bei der Bestellung einer solchen Rekurskammer ergeben würden, der doch schliesslich, wie ihrem Vorbild, der *chambre des requêtes* des französischen Kassationshofes, kaum etwas anderes übrig bliebe, als sich im Fahrwasser der Zivilabteilung zu bewegen; hiezu müssten sich aber mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes durchaus vertraute, also ältere Richter hergeben. Aus diesen Gründen glaube ich, dass für die Vorprüfung allenfalls eher eine Einrichtung innerhalb jeder Spruchabteilung getroffen werden sollte, doch verliert diese Frage an Aktualität, sobald das Quorum der Spruchabteilungen auf 5 Richter herabgesetzt wird.

Es ist aber auch zu bedenken, dass nicht jeder Rechtsanwalt über genügende theoretische und vor allem praktische Ausbildung im Zivilprozessrecht verfügt, um brauchbare Zivilkassationsbeschwerden herauszubringen (was für den an solche Arbeit nicht Gewohnten durchaus keine einfache Sache ist). Solange jeder schweizerische Anwalt, ja jede Partei selbst vor Bundesgericht auftreten kann — und etwas anderes hat vorderhand noch niemand ernstlich in Erwägung gezogen —, würde eine strengere Formalisierung der Bundeszivilrechtspflege allzusehr zum Nachteil der Rechtsuchenden ausschlagen. Könnte doch ein solcher Rekurs nicht gutgeheissen werden, wenn das Bundesgericht finden sollte, das angefochtene Urteil beruhe auf einer anderen als gerade der gerügten Gesetzesverletzung. Wenn man in Bundesstrafsachen mit dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde wohl auskommt, so hängt dies damit zusammen, dass im Strafprozess, ganz anders als im Zivilprozess, die Gesetzesvorschriften, deren Anwendung in Frage kommt, jeweilen schon im voraus fest abgesteckt worden sind, weshalb es hier fast unmöglich erscheint, sich im Beschwerdegrund zu vergreifen.

Das eingehende Studium der Prozessakten wollen und können auch die Vorschläge der Mehrheit des Bundesgerichtes nur für von vorneherein als unbegründet sich erweisende Zivilrekurse erlassen. Nicht selten würde es wohl schon zum blossen Verständnis der Rekursgründe unerlässlich sein. Wo aber jenes Studium ohnehin nicht umgangen werden kann, werden Zeit und Arbeitskraft des Bundesgerichtes m. E. nicht bedeutend stärker in Anspruch genommen, wenn es, vielleicht anstatt sich mit kitzligen Rekursgründen auseinandersetzen zu müssen, die ihm zutreffend erscheinenden Rechtsgründe zur Anwendung bringt, auch wenn weder die Parteien noch die Vorinstanz darauf verfallen sind. Übrigens will ja das Kassationsprinzip nicht streng durchgeführt werden, d. h. es soll nicht einfach die Rückweisung zu neuer Entscheidung stattfinden, sobald sich ein Kassationsgrund als zutreffend erweist, sondern das Bundesgericht soll doch wenn möglich, d. h. bei Spruchreife des Falles, selbst entscheiden, was wiederum umfassendes Studium des Prozesses erfordert, sei es dahin, ob das angefochtene Urteil von anderen Entscheidungsgründen getragen werde, sei es dahin, wie es abzuändern sei.

Dringend wünschbar ist es freilich, dass das Bundesgericht nicht wie bisher unverhältnismässig viel Zeit und Arbeitskraft auf die Bearbeitung von Rechtsgründen aufwenden müsse, welche die Parteien gar nicht (mehr) vorbringen wollen. Zu diesem Zweck ist zwar unerlässlich, genügt aber auch eine in anderem Zusammenhang zu erörternde Rationalisierung des Berufungsverfahrens, ohne dass an der Struktur des Rechtsmittels selbst etwas geändert zu werden braucht (s. S. 334a hienach).

Der von der Verfassung als Zweck der Berufung bezeichneten einheitlichen Anwendung der eidgenössischen Gesetze wird es mindestens nach einer Richtung förderlicher sein, wenn dem Bundesgericht ein über die Bindung an die Kassationsgründe der Parteien, bzw. Anwälte hinausgehender Einfluss auf die Rechtsprechung gewahrt

bleibt. Wiewohl in der Strafrechtspflege das Kassationsprinzip rein (oder sozusagen rein) durchgeführt worden ist, ist dieser Einfluss dort dem Bundesgericht nur scheinbar entzogen; indirekt wird er ihm dadurch verschafft, dass die Bundesanwaltschaft mit der ihr zustehenden Nichtigkeitsbeschwerde sowohl im Interesse des Staates als im Interesse des Angeklagten in weitgehender Weise für die einheitliche Rechtsanwendung sorgen kann. (Es wird wohl nicht ausbleiben, dass die Bundesanwaltschaft hie und da einmal eine selbst als unbegründet empfundene Beschwerde führt, nur um ein Präjudiz des Bundesgerichtes zu erhalten.) Ein entsprechendes Korrektiv des Kassationsprinzips wird anderorts auch in der Zivilrechtspflege durch das Institut des recours dans l'intérêt de la loi angebracht: hiefür wird dem Zivilkassationshof eine in der Zivilrechtspflege tätige Staatsanwaltschaft beigeordnet, die von sich aus gesetzwidrige Zivilurteile mit der Kassationsbeschwerde anfechten kann, damit die Gesetzesverletzung korrigiert wird — freilich ohne Antastung der Rechtskraftwirkung des von den Parteien selbst nicht angefochtenen Urteils der Vorinstanz. Für das Fehlen einer solchen Einrichtung bei uns vermag mindestens einigermassen Ersatz zu bieten die nicht an die Beschwerdegründe (wenn auch an die Anträge) der Parteien gebundene freie Rechtsanwendung durch unser Bundesgericht. Gerade wenn es nur im Rahmen der von den Parteianwälten geltend gemachten Rekursgründe Recht sprechen dürfte, so wären seiner Rechtsfindung und insbesondere -ergänzung, welche die Mehrheit des Bundesgerichtes von 1910 besonders im Auge hatte, hemmende Fesseln angelegt.

In anderer Beziehung dagegen, namentlich hinsichtlich der Vereinheitlichung der bisherigen zwei Rechtsmittel der Zivilrechtspflege, erachte ich deren Vorschläge als glücklich und nachahmenswert.

Speziell: a) Die Rüge von Verfassungsverletzungen.

I. Im Gutachten von 1909 führte das Bundesgericht aus: „Die staatsrechtliche Beschwerde wäre auszu-

schliessen auf allen Gebieten, wo für die Kontrolle der Rechtsanwendung ein anderes Rechtsmittel besteht, also auf dem Gebiete des eidgenössischen Zivil-, Zivilprozess-, Straf-, Strafprozess-, Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes. Dies würde voraussetzen, dass sich Berufung und Kassation in Zivil- und Strafsachen auf die Überprüfung der richtigen Anwendung des gesamten Bundes- und des kantonalen Verfassungsrechtes durch die kantonalen Organe der Zivil- und Strafrechtspflege und die Betreibungs- und Konkursbeamten (nicht nur auf die Überprüfung der richtigen Anwendung des eidgenössischen Privat-, Straf-, Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes) erstrecken. Würden die ordentlichen Rechtsmittel nicht so weit gefasst, so wäre zu bestimmen, dass in den Fällen, in denen gegen den Entscheid oder eine Verfügung der kantonalen Behörde die Berufung oder Kassation ergriffen werden kann, der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung von anderem Bundesrecht oder kantonalem Verfassungsrecht mit der Berufung oder Kassationsbeschwerde zu verbinden und mit dieser zu beurteilen ist, wobei, wenn nötig, über die staatsrechtliche Beschwerde eine besondere Instruktion vorangehen kann. — Die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung soll auf diesen Gebieten — Anwendung eidgenössischen Zivil-, Zivilprozess-, Straf-, Strafprozess-, Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes — ausgeschaltet werden.“

Dementsprechend erweiterte der Entwurf Jaeger den heutigen OG 57 wie folgt: „Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichtes auf einer Verletzung des Bundesrechtes oder des einschlägigen kantonalen Verfassungsrechtes . . . beruhe. — Das Bundesrecht ist verletzt, wenn eine in der Verfassung, in einem Staatsvertrag oder in einem eidgenössischen Gesetz oder einer sonstigen auf ein eidgenössisches Gesetz sich stützenden eidgenössischen Vorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder daraus sich ergebender oder auf Gewohnheit beruhender Rechts-

grundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“ Damit steht im Zusammenhang Art. 230 Abs. 2 des Entwurfes Jaeger: „Soweit für die behauptete Rechtsverletzung ein anderes eidgenössisches Rechtsmittel (Berufung, zivilrechtliche und strafrechtliche [Kassations-]Beschwerde, Beschwerde an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) besteht, ist die staatsrechtliche Beschwerde ausgeschlossen, auch wenn diese Rechtsmittel wegen ungenügenden Streitwertes im einzelnen Falle nicht anwendbar sind.“

Jaeger bemerkte dazu in den Motiven: „Gewiss ist es anormal und auffällig, dass gegen ein und dasselbe kantonale Zivilurteil, je nachdem die Verletzung einer im Zivilgesetz oder zufällig in einer kantonalen oder der eidgenössischen Verfassung niedergelegten Norm behauptet wird, zweierlei verschiedene eidgenössische Rechtsmittel, mit verschiedenen Formen, verschiedenen Fristen und verschiedenen Wirkungen bestehen, die zudem von verschiedenen Abteilungen des nämlichen Bundesgerichts zu beurteilen sind. Mit eigentlicher Staatsrechtspflege hat doch . . . die Frage nichts zu tun, ob ein Zivilurteil von einem unzuständigen Gericht erlassen worden sei, ob es die Parteirechte verletzt habe, ob ein angetragener Beweis zu Unrecht nicht abgenommen und dadurch das rechtliche Gehör verweigert worden sei, ob der Entscheid materiell die Garantie des Eigentums verletze oder mit den Grundsätzen über Pressfreiheit sich nicht vereinbaren lasse usw.“.

Im Bericht von 1910 schlug dann das Bundesgericht vor, Art. 230 des Entwurfes Jaeger wie folgt zu fassen: „Die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung ist ausgeschlossen, wenn für die behauptete Rechtsverletzung ein anderes ordentliches Rechtsmittel besteht, auch dann, wenn dieses Rechtsmittel im einzelnen Falle wegen ungenügenden Streitwertes nicht anwendbar ist. Sie ist ferner ausgeschlossen auf dem Gebiete der Anwendung kantonalen Zivil-, Straf- und Prozessrechtes“.

Zur Begründung wurde ausgeführt: „Es würde zu weit gehen, auch gegen nicht berufungsfähige Entscheide Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung oder wegen Missachtung der verfassungsmässigen Vorschriften über das Zustandekommen von Rechtssätzen und dergl. deshalb abzuschneiden, weil eine solche Beschwerde in berufungsfähigen Streitfällen mit der Berufung verbunden werden kann.“

II. Gegenüber einer solchen Erweiterung des Rechtsmittels der Berufung kann ich grosse Bedenken nicht unterdrücken. Nach der neueren Rechtsprechung scheint mir kein Angriff wegen Verletzung der Pressfreiheit oder der Eigentumsgarantie gegen ein Zivilurteil gerichtet werden zu können (BGE 35 I 311, 43 I 41). Die Verletzung der Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes wird meist durch einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid stattfinden (s. dazu S. 358a hienach). Dann bleibt aber von den angeführten Beispielen wesentlich nur einerseits die Rüge der Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung in ihren verschiedenen Spielarten und von in kantonalen Verfassungen ausgesprochenen Grundsätzen des Zivilprozessrechts, anderseits die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Vorschriften über das Zustandekommen von Rechtssätzen und dergl. übrig. Sobald aber die Rüge der Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung mit der Berufung verbunden werden könnte, so bin ich überzeugt, dass alle derartigen Rügen einen für den weiteren Gang der Bundesrechtspflege höchst verhängnisvollen Umfang annehmen würden, wofür die mit der Aktenwidrigkeitsrüge gemachten Erfahrungen einen Vorschmack geben. Freilich nimmt das Bundesgericht gleichzeitig die Einschränkung der Rüge der Verfassungsverletzung wegen materieller Rechtsverweigerung auf dem Gebiete der Anwendung des kantonalen Prozessrechtes in Aussicht (s. auch S. 372a hienach), dagegen nicht wegen formeller Rechtsverweigerung. Daher könnte nach seinem Vorschlag mit jeder Berufung auch gerügt werden die

Verweigerung des rechtlichen Gehörs wegen der (sehr häufigen) antizipierten Beweiswürdigung oder wegen allzu sparsamer Benützung der verschiedenen angerufenen Beweismittel. Alsdann würde die heute immerhin bestehende Schranke fallen, dass für eine solche Rüge — die mit dem Zweck des Rechtsmittels der Berufung, der Sorge für die einheitliche Anwendung der eidgenössischen Gesetze, gar nichts zu tun hat — eine besondere Rechtsvorkehr getroffen werden muss. Es würde dann gewiss kaum mehr Berufungen ohne derartige Rügen geben, ebenso wie die Rüge der Aktenwidrigkeit infolge der Erleichterung derselben einen ungeahnten und fatalen Aufschwung genommen hat. Noch schlimmer würde es werden, wenn es nicht gelingen sollte, die Verfassungsrüge wegen materieller Rechtsverweigerung im Gebiete der Anwendung des kantonalen Zivil- und Prozessrechtes auszuschliessen; nichts mehr würde dann noch hindern, überhaupt jede die Beweiswürdigung betreffende Rüge in die Berufung aufzunehmen, wie es schon heute allzuhäufig geschieht, nur mit dem Unterschied, dass das Bundesgericht als Berufungsgericht in Zukunft nicht mehr ablehnen könnte, alle diese Rügen ebenfalls in die Beurteilung zu ziehen.

Diese Bemerkungen sollen darauf aufmerksam machen, dass die vom Bundesgericht seinerzeit vorgeschlagene Erweiterung der Berufung auf Verfassungsrügen es in die Gefahr versetzt, in noch höherem Mass als bisher für die (beschränkte) Nachprüfung von Tatfragen in Anspruch genommen zu werden, wodurch es nicht nur von seiner eigentlichen Aufgabe abgelenkt, sondern für die Rechtsuchenden auch kein Nutzen erzielt wird, der in einem irgendwie vernünftigen Verhältnis zur Grösse und Kostspieligkeit des Apparates steht, welcher dafür zur Verfügung gestellt werden muss. Wie es immer mit der Einschränkung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung durch Zivilurteile kommen mag, so bedeutet es für die Rechtsuchen-

den eine genügende Erleichterung, wenn sie allfällig in der gleichen Frist und am gleichen Orte geführt werden kann wie die Berufung (s. S. 275a hievor), und für das Bundesgericht bedeutet es eine genügende Prozessökonomie, wenn es nach dem im Geschäftsbericht pro 1934 mitgeteilten Beschlusse verfährt: „Wurde neben einer Berufung oder zivilrechtlichen Beschwerde, auf die eingetreten werden kann, eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verstössen im Beweisverfahren hinsichtlich Tatsachen, die mit dem Zivilverfahren im Zusammenhang stehen, ergriffen, so wird auch die staatsrechtliche Beschwerde durch die Zivilabteilung beurteilt“. Und wenn zur seltenen Ausnahme einmal in einer Berufungsschrift eine ernst zu nehmende Verfassungsrüge erhoben werden sollte, die nicht bloss auf die Nachprüfung von Tatfragen abzielt, so wäre diese Rüge wohl am besten ohne weitere Förmlichkeit zur Vorabentscheidung an die regelmässig zur Beurteilung derartiger Fragen berufene staatsrechtliche Abteilung zu überweisen.

b) Die Aktenwidrigkeitsrüge. OG 67 II, 81.

Das OG von 1874 bestimmte schlechtweg: „Das Bundesgericht hat seinem Urteil den von den kantonalen Gerichten festgestellten Tatbestand zu Grunde zu legen.“ Darüber führte Hafner in seinem Aufsatz von 1884 aus: „Die Anfechtung der tatsächlichen Feststellungen mit der Behauptung, dass . . . das kantonale Gericht im Widerspruch mit den Akten eine (rechtzeitig) bestrittene Tatsache als unbestritten oder eine anerkannte Tatsache als geleugnet erklärt, eine nicht vorgebrachte Tatsache als behauptet oder eine rechtzeitig vorgebrachte Tatsache als nicht rechtzeitig behauptet angenommen habe, ist unzulässig ohne Unterschied, ob der Irrtum des kantonalen Gerichtes oder die Verletzung einer (wesentlichen oder unwesentlichen) prozessualischen Vorschrift deutlich erkennbar sei oder nicht; denn das Gesetz bindet das Bundesgericht unbedingt, ohne Gestattung von Ausnahmen, an

die tatsächlichen Annahmen der kantonalen Instanz. Ob bei der Revision des Gesetzes eine Ausnahme dahin zu machen sei, dass dem Bundesgericht die Befugnis eingeräumt wird, bei offenbarem Irrtum des kantonalen Gerichtes von dessen Feststellung abzugehen, mag zu erwägen sein. In den meisten Fällen wird der Entscheid, ob ein Irrtum vorliege, sehr schwierig und ohne Einvernehmung des kantonalen Gerichtes kaum mit Sicherheit möglich sein. Zudem sind die Fälle offenbaren Irrtums äusserst selten.“

Den Motiven Hafners ist zu entnehmen: „Diese Ausnahme betrifft einen sehr selten vorkommenden Fall. Dieser Fall liegt dann vor, wenn eine tatsächliche Feststellung dem klaren Wortlaut der Akten widerspricht und sich sonach aus dem Urteil erkennbar ergibt, dass das kantonale Gericht bei seiner Feststellung nicht den ganzen Prozesstoff benützt hat . . . Trotz der Seltenheit dieses Mangels erscheint es aber doch angemessen, denselben im Gesetze zu berücksichtigen, indem einem Gericht nicht wohl zugemutet werden kann, seinem Urteil offenbar aktenwidrige Annahmen zu Grunde zu legen. Man denke z. B. an den Fall, wo das kantonale Urteil behauptet, es sei eine relevante Tatsache nicht vorgebracht oder für dieselbe kein Beweis anboten worden, während sich das Gegenteil aus den Akten (Rechtsschriften oder Protokollen) ergibt.“

Dass das Bundesgericht vorher je einmal durch das Fehlen einer solchen Ausnahmebestimmung in Verlegenheit geraten wäre, m. a. W. dass sich ein praktisches Bedürfnis nach der Einführung jener Ausnahme geltend gemacht hätte, ist von Hafner nicht angeführt worden. In den BGE der letzten 40 Jahre sind etwa ein Dutzend relevanter und daher berichteter Aktenwidrigkeiten zu entdecken. Während meiner 15jährigen Tätigkeit beim Bundesgericht ist mir keine einzige aktenwidrige Feststellung unter die Augen gekommen, von der das kantonale Urteil getragen worden wäre.

Einmal in das OG aufgenommen, wurde die Aktenwidrigkeitsrüge sofort, und seither in Tausenden und Aber-tausenden von Fällen ganz bestimmungswidrig dazu missbraucht, jede irgendwie diskutable (oder auch undiskutable) unbequeme Tatbestandsfeststellung anzugreifen. Dadurch wird das Bundesgericht in weitem Umfang zur Nachprüfung der Tatbestandsfeststellung gezwungen, mit dem (sozusagen) immer negativen, in keinem vernünftigen Verhältnis zum damit verbundenen Arbeitsaufwand stehenden Ergebnis, dass Tausende von geprüften Aktenwidrigkeitsrügen als unbegründet, ja meistens als ganz haltlos erklärt werden, bis dann wieder einmal nach Jahr und Tag eine solche Rüge sich als begründet erweist. Bei der Beratung der Revision des OG von 1921 in der Bundesversammlung wurde vom Bundesrattisch aus gesagt, die (damals zulässigerweise erst in der mündlichen Verhandlung erhobenen) Aktenwidrigkeitsrügen seien meist nur Bluff; man wolle damit Mischmasch machen, um die Aufmerksamkeit von der Hauptsache abzulenken.

Schon im Gutachten von 1909 hatte das Bundesgericht bemerkt, dass es durch die Notwendigkeit, die kantonalen Feststellungen auf ihre Aktenkonformität nachzuprüfen, mehr als zu viel von seiner eigentlichen Aufgabe der Überprüfung der Rechtsfragen abgelenkt werde, und zu möglicher Erleichterung dieser Aufgabe vorgeschlagen, dass die Aktenwidrigkeiten immer in der Berufungsschrift ausdrücklich gerügt und begründet werden müssen, mit der Androhung, dass andernfalls das Gericht eine solche Prüfung nicht vornehmen werde. Bei der Revision des OG von 1921 wurde dann eine derartige Vorschrift mindestens in der abgeschwächten Form aufgestellt, dass, soweit die Berufung das Vorliegen aktenwidriger Feststellungen geltend macht, diese und die damit in Widerspruch stehenden Akten bezeichnet werden „sollen“. Indessen wurde bei der Gesetzesberatung unverkennbar zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesgericht dadurch nicht etwa der Nachprüfung der Akten-

mässigkeit aller übrigen tatsächlichen Feststellungen enthoben werde. Hätte sich das Bundesgericht im Gegensatz zu seiner ständigen und wohlbegründeten Rechtsprechung (BGE 25 II 594) hieran halten wollen, so würde es heute sicher noch tief in der Beurteilung der im Jahre 1932 eingegangenen Berufungen stecken und würden die im Laufe dieses Jahres eingegangenen noch jahrelang der Beurteilung harren müssen.

Es ist aber auch mit dieser neuen Vorschrift nicht gelungen, die Aktenwidrigkeitsrügen einzudämmen, im Gegenteil. Nach wie vor werden mit der Mehrzahl der Berufungen Aktenwidrigkeiten gerügt, nicht selten eine ganze Anzahl, in mehrseitigen Eingaben, deren Prüfung vielstündige, ja tagelange Arbeit erheischt, jedoch nicht weniger ausnahmslos als früher mit (sozusagen) immer negativem Erfolg. Bezüglich der „guten Dienste“, welche die Aktenwidrigkeitsrüge leistet, gilt noch in viel höherem Masse, was später (S. 376a) über die Rekurse wegen materieller Rechtsverweigerung auszuführen sein wird. Die dem Bundesgericht durch die Aktenwidrigkeitsrügen aufgezwungene, (sozusagen) ganz unfruchtbare Nachprüfung der Tatbestandsfeststellung trägt mit anderem zu seiner starken Belastung durch die Zivilrechtspflege trotz der zweckwidrig hohen Berufungssumme bei.

Wirkliche Abhilfe gegen diese Entartung der Berufung kann m. E. nur die vollständige Unterdrückung des Vorbehaltes der Aktenwidrigkeitsrüge bringen, und hiezu darf ohne allzugrosse Bedenken geschritten werden, zumal da er gar nie von einem praktischen Bedürfnis gefordert worden ist und auch die Rechtsprechung des französischen Kassationshofes und der ihm nachgebildeten Institutionen zur Sicherung der einheitlichen Rechtsanwendung ihn ohne ersichtlichen Schaden für die Rechtsprechung entbehren können. Einzelne Kantone haben ein besonderes Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde) für die Korrektur aktenwidriger Feststellungen ihres Obergerichtes ausgebildet. Warum ihnen das Bundesgericht

diesen Teil der Rechtsprechung, der doch wahrhaftig nichts mit der einheitlichen Anwendung der Bundesgesetze zu tun hat, abnimmt, vermag ich nicht einzusehen. M. E. ist es nicht zu billigen, dass die bestehenden kantonalen Kassationsgerichte die Prüfung der Rüge der Aktenwidrigkeit von Tatsachen, auf welche Bundesrecht anwendbar ist, in der Berufung an das Bundesgericht unterliegenden Prozessen ablehnen mit der Begründung, hiefür sei (nur) das Bundesgericht zuständig.*) Die Aktenwidrigkeitsrüge gemäss OG 81 war von vorneherein nur als Notbehelf, als Sicherheitsventil gedacht, damit das Bundesgericht nicht in die Lage gedrängt werde, einen aktenwidrigen, d. h. imaginären Tatbestand beurteilen zu müssen. Wozu darüber hinaus die Aktenwidrigkeitsrüge herhalten muss, dies alles wird von dieser Zweckbestimmung nicht gedeckt. — Aber auch wo kein kantonales Rechtsmittel, bzw. kein Kassationsgericht besteht, mit bzw. bei dem eine Aktenwidrigkeitsrüge erhoben werden könnte, scheint es mir zu genügen, dass die Vorinstanz selbst (eventuell Präsident und Schreiber nichtständiger Gerichte) verpflichtet wird, bei der Einsendung der Berufungsakten an das Bundesgericht sich darüber auszusprechen, ob sie infolge der allfällig erhobenen Aktenwidrigkeitsrügen eine Tatbestandsberichtigung vorzunehmen habe, die gegebenenfalls genau zu formulieren ist, oder nicht. Jeder Richter, dem eine wirkliche Aktenwidrigkeit in dem eingangs angegebenen Sinn unterlaufen ist, wird es nur begrüssen, wenn ihm auf diese Weise Gelegenheit geboten wird, die Nachteile seines Versehens oder Missverständnisses von der davon betroffenen Partei abzuwenden. Und kein Richter dürfte es wagen, an einer wirklichen Aktenwidrigkeit festzuhalten, weil er damit die Gefahr eines eigentlichen Justizskandals heraufbeschwören würde. Ich zweifle nicht daran, dass auf diese Weise der gegenwärtig mit der Aktenwidrigkeitsrüge erzielte Erfolg, dass alle paar Jahre einmal eine aktenwidrige Feststellung richtiggestellt wird, ebenso-

*) s. auch S. 232a hievor ad e.

gut erzielt würde ohne die zeitraubende Leerlaufsarbeit, die das Bundesgericht heute auf Hunderte und Tausende unbegründeter Aktenwidrigkeitsrügen aufwenden muss, und durch die es in nicht zu unterschätzendem Umfang von seiner eigentlichen Aufgabe, der Sorge für einheitliche Anwendung der Bundesgesetze, abgelenkt wird. Und dabei käme man wieder zurück zu der ursprünglichen, nachher ohne ersichtlichen Grund fallen gelassenen, aber wohlbegründeten Idee Hafners, dass vor allem dem Vorderichter selbst das Wort darüber gelassen werde müsse, ob ihm ein derartiges Versehen unterlaufen sei. Hauptsächlich aber verspreche ich mir von der Neuerung, dass die heute hundertfach erhobenen ganz haltlosen Aktenwidrigkeitsrügen überhaupt verschwinden, weil niemand mehr wagen wird, Rügen solcher Art auf die Gefahr hin zu erheben, dass die Vorinstanz, anstatt ein weitab liegendes Versehen zuzugeben, im Gegenteil noch unterstreichen wird, warum sie bewusst die angefochtene tatsächliche Feststellung getroffen hat. Und wenn schliesslich die Neuerung zur Folge haben sollte, dass das Bundesgericht doch alle paar Jahre einmal in den Fall käme, einen wirklich aktenwidrigen Tatbestand beurteilen zu müssen, so vermöchte ein derartiges vereinzelt, deswegen freilich nicht weniger bedauerliches Vorkommnis doch die gegenwärtig auf die Nachprüfung der Aktenwidrigkeitsrügen vergeudete Arbeitskraft nicht zu rechtfertigen.

Statt des Vorbehaltes der Aktenwidrigkeit schlug die Mehrheit des Bundesgerichtes im Bericht von 1910 die Bestimmung vor: „Für ihre (der geltend gemachten Rekursgründe) Beurteilung ist der im angefochtenen Entscheid enthaltene Tatbestand massgebend, soweit dieser nicht selbst angefochten wird, weil darin Tatsachen in rechtswidriger Weise berücksichtigt oder acht gelassen worden sind, oder weil die darin enthaltenen Feststellungen auf einer Rechtsverletzung im Sinne des Art. II beruhen“. Auch für diese Formel kann ich mich nicht erwärmen, weil sie, ebensowenig wie irgendeine andere, die Rechts-

suchenden, bzw. deren Anwälte davon abhalten wird, die Tatbestandsfeststellung in allen möglichen und unmöglichen Variationen vor Bundesgericht in Frage zu ziehen. Hiegegen vermag nur der gänzliche Ausschluss jeder derartigen Nachprüfung abzuhelpen.

c) Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. OG 57, 81.

Der Entwurf Hafner sah vor: „Für die Entscheidung des Bundesgerichtes sind die vom kantonalen Gericht festgestellten Tatsachen insoweit massgebend, als . . . es sich nicht um die Auslegung von Willenserklärungen handelt.“ Der Bundesrat lehnte diesen Vorschlag ausdrücklich ab mit dem Bemerkten, er habe den Ausnahmen von der Verbindlichkeit der Tatbestandsfeststellung in OG 81 insoweit Rechnung getragen, als er sie prinzipiell begründet und mit dem System der revisio in jure, der Überprüfung der kantonalen Urteile in Beziehung auf die Rechtsfrage, vereinbar finde (Näheres s. die Botschaft im Bundesblatt 1892 II 323 ff.). Nichtsdestoweniger ist das Bundesgericht einige Jahre nach dem Inkrafttreten des OG von 1893 zur freien Nachprüfung der Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gelangt. Die „Entwicklung und Wandlung“ der bezüglichen Rechtsprechung hat Weiss, Berufung S. 210/22, sehr anschaulich dargestellt. Das Bundesgericht empfand das Bedürfnis, die neue Rechtsprechung in seinem Geschäftsbericht pro 1900, abgedruckt bei Weiss, Berufung S. 220/1, zu rechtfertigen, wobei es auf neuere wissenschaftliche Arbeiten verwies, was Weiss, S. 222, zu der Bemerkung veranlasste: „So hat das Bundesgericht, gestützt auf die Wissenschaft, durch Gesetzesauslegung das Resultat erreicht, zu dem ihm Hafner mittelst einer ausdrücklichen Bestimmung verhelfen wollte“ — von dem jedoch die gesetzgebenden Behörden nichts hatten wissen wollen, möchte ich beifügen.

Ich will hier die Aufmerksamkeit nur auf eine m. E. unerfreuliche, ja unglückliche Begleiterscheinung dieser neuen, ständig gewordenen Rechtsprechung ziehen, näm-

lich darauf, dass sich das Bundesgericht infolgedessen mit der Auslegung zahlloser Innominatkontrakte und Testamentsklauseln zu befassen hat, die mit der Bundesgesetzgebung, zu deren einheitlicher Anwendung es berufen ist, in keinem andern Zusammenhang stehen, als dass sie stillschweigend die Rechtsfolgen sanktioniert, auf deren Begründung die Willenserklärungen gerichtet sind. Um diese Rechtsfolgen durch Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln, ist es ein vergebliches Bemühen, in irgendeinem privatrechtlichen Gesetze des Bundes nachzuschlagen, ob eine einschlägige Vorschrift direkt zu finden oder indirekt herauszuschälen sei. Vielmehr ist anstatt eines Gesetzes meist die von den Parteien geführte Korrespondenz mit Akribie durchzunehmen, was schon die Vorinstanz hat tun müssen und wahrscheinlich nicht weniger gut verstanden hat als das Bundesgericht.

Mir scheint jedoch, das Bundesgericht werde durch OG 57 weder verpflichtet, noch auch nur berechtigt, seine Arbeitskraft diesem Ausschnitt aus der Rechtsprechung zuzuwenden. Dort ist bestimmt: „Die Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichtes auf einer Verletzung des Bundesrechtes beruhe; das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einem eidgenössischen Gesetz ausdrücklich ausgesprochener oder aus demselben sich ergebender Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.“ Durch diese Vorschrift wird ausgeschlossen, dass man sich zur Begründung einer Berufung, anstatt auf einen (geschriebenen oder ungeschriebenen) Gesetzesartikel, einfach z. B. auf den Brief des Beklagten vom 29. Februar 1932 — und nichts weiteres stützen könne. Freilich fügt OG 57 III bei: „Jede unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache ist als Rechtsverletzung anzusehen.“ Diese von Schurter-Fritzsche, Bundeszivilprozessrecht S. 306, als selbstverständlicher Zusatz bezeichnete Bestimmung darf aber nur im Rahmen der vorausgehenden Absätze gelesen werden; mit a. W. sie dient einfach zur Klarstellung, dass mit

der Berufung nicht nur die unrichtige Auslegung der gesetzlichen Vorschriften, sondern jede unrichtige Subsumtion oder Nichtsubsumtion unter eine (geschriebene oder ungeschriebene) Gesetzesvorschrift angefochten werden könne.

Für die Befugnis zur Nachprüfung der Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen stützt sich das Bundesgericht (BGE 23, 1696 f.) einzig auf OG 81 II, wo im Gegensatz zu der im Abs. 1 ausgedrückten Bindung des Bundesgerichtes an die „Feststellungen des kantonalen Gerichtes, soweit sie tatsächliche Verhältnisse betreffen“, bestimmt ist: „In Bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen ist das Bundesgericht frei.“ Mit diesem ebenfalls aus dem bundesrätlichen Entwurf übernommenen Satze kann und soll jedoch nichts an dem in erster Linie massgebenden Art. 57 geändert werden, wonach die Berufung nur darauf gestützt werden kann, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichtes auf einer Verletzung des Bundesrechtes, d. h. auf der Nichtanwendung oder nicht richtigen Anwendung eines in einem eidgenössischen Gesetz ausdrücklich ausgesprochenen oder aus demselben sich ergebenden Rechtsgrundsatzes beruhe. Nur dafür wird die Berufung eingeräumt, um zu rügen, dass eine — bestimmt anzugebende — Vorschrift der Bundesgesetzgebung (oder ein sich aus ihr ergebender Rechtssatz) von der Vorinstanz nicht oder nicht richtig angewendet worden sei. Bei der Prüfung dieser Rüge hat dann das Bundesgericht gemäss OG 81 zwar die Feststellungen der Vorinstanz über tatsächliche Verhältnisse als richtig hinzunehmen. Dagegen ist es in Bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei, und hiezumöggegebenenfalls auch die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gerechnet werden. Voraussetzung der Nachprüfung muss aber immer sein, dass die Auslegung der Vorinstanz deswegen angefochten wird, weil sie zur Anwendung einer unpassenden oder zur Nichtanwendung der passenden in der Bundesgesetzgebung ausgesprochenen oder aus ihr sich ergebenden

den Rechtsvorschrift geführt hat. Nirgends im OG findet sich ein Anhaltspunkt dafür, dass die kantonalgerichtliche Auslegung jedes beliebigen (nicht geradezu dem kantonalen Recht zur Ordnung überlassenen) Rechtsgeschäftes mit der Berufung angegriffen werden könne, auch wenn sich in der Bundesgesetzgebung keine Rechtssätze finden, die sich direkt oder indirekt auf das Rechtsgeschäft anwenden liessen. Die gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichtes scheint mir auf eine unrichtige Fragestellung zurückzuführen zu sein. Das Bundesgericht hat sich einfach die Frage vorgelegt, ob die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen Tatfrage oder Rechtsfrage sei, und sobald es (auf Grund wissenschaftlicher Arbeiten) zur Erkenntnis gelangte, dass es sich um eine Rechtsfrage handle, liess es zu, dass es zum Zwecke der Nachprüfung irgendwelcher rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen gegangen wurde, ohne sich darum zu bekümmern, ob infolge der kantonalgerichtlichen (als unrichtig behaupteten) Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung ein Rechtsgrundsatz des Bundesrechtes nicht oder nicht richtig (unpassenderweise) angewendet worden sei. Allein OG 57 räumt dem Bundesgericht gar keine Gerichtsbarkeit zur „Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen ohne Rechtsanwendung“ ein, die ihm gestatten würden, kantonalgerichtliche Auslegungen rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen zu überprüfen, auch wenn diese Auslegung gar nicht die Nichtanwendung oder unrichtige, weil unpassende Anwendung dieses oder jenes Rechtsgrundsatzes des Bundesrechtes nach sich gezogen hatte. Wieso die Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, auf die weder bei der vom kantonalen Gericht angenommenen noch bei der vom Berufungskläger verfochtenen gegenteiligen Auslegung irgend welche Sätze der Bundesgesetzgebung (auch allfällig ungeschriebene) angewendet werden können, der von Art. 114 der Bundesverfassung als Rechtfertigungsgrund für die Berufung genannten „einheitlichen Anwendung eidgenössischer Ge-

setze“ zu gute käme, ist mir nicht erfindlich. Im Gegenteil war diese Tätigkeit des Bundesgerichtes der einheitlichen Anwendung der Bundesgesetze insofern abträglich, als sie, und zwar nicht unwesentlich, zu der ständigen starken Belastung des Bundesgerichtes beigetragen hat, welche die Vermehrung der Zahl der Bundesrichter im Jahre 1904 und die Verdoppelung der Berufungssumme im Jahre 1921 nötig machte und Bedenken gegen weitere, im Interesse der einheitlichen Anwendung der Bundesgesetze unbedingt gebotene Ausdehnungen der Bundesgerichtsbarkeit nach anderer Richtung erweckte. Mein Vorschlag kommt also dem bei der Revision von 1921 in der Bundesversammlung geäußerten Wunsch entgegen, dass das Bundesgericht „immer mehr und mehr sich auf die Auslegung des Gesetzes konzentrieren möge“. M. E. ist es auch gar nicht zu bedauern, wenn für die Auslegung von Innominatkontrakten und Testamentsklauseln die Instanzen vermindert werden, sei es allfällig auf eine einzige.

Um von vorneherein zu vermeiden, dass doch jede Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen wegen Verletzung von OR 18 vor das Bundesgericht gebracht werde, wird wohl ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen, dass die Berufung nicht auf die Verletzung dieser Vorschrift gestützt werden könne („Bei der Beurteilung eines Vertrages . . . ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen“). Dabei handelt es sich ja bloss um eine (übrigens sehr ungeschickt gefasste) Anleitung für den Richter, aus der sich im einzelnen Fall für die Auslegung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nichts Direktes ergibt wie etwa aus einer Auslegungsregel. Auch Auslegungsregeln werden übrigens nicht ausnahmslos zur Begründung einer Berufung angerufen werden können, da lange nicht alle dem Recht angehören und noch

weniger als sich aus dem Gesetz ergebend angesehen werden können.

Umgekehrt wird eine Ausnahme zu machen sein zugunsten der Auslegung von Verträgen, die in der ganzen Schweiz formularmässig abgeschlossen werden, wie insbesondere von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Statuten von Vereinen, die, zwar in kantonale oder örtliche Sektionen aufgeteilt, als eidgenössische Zentralvereine bestehen. Hier wird die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes ausnahmsweise gerechtfertigt durch das Bedürfnis nach einheitlicher Rechtsprechung (wenn auch nicht einheitlicher Rechtsanwendung).

2. Der anfechtbare Entscheid (Haupturteil?). OG 58.

I. Nach OG 56 findet die Berufung statt in Zivilrechtsstreitigkeiten, welche von den kantonalen Gerichten . . . entschieden worden sind. Hierüber hat das Bundesgericht kürzlich seine Rechtsprechung wie folgt geändert: „Der Wortlaut des Gesetzes ist zu eng. Es besteht kein Grund zur Annahme, der Gesetzgeber habe nur einen Teil der Entscheidungen, die unter Anwendung eidgenössischer Gesetze über Zivilrechtsstreitigkeiten ergehen, der Überprüfung durch das Bundesgericht unterstellen wollen, andere, nämlich diejenigen, welche nicht durch Gerichte ausgefällt werden, dagegen nicht. Diese Auffassung hätte zur Folge, dass überall da, wo nicht von Bundesrechts wegen der Entscheid über einen Zivilstreit dem Richter vorbehalten wurde, den Kantonen die Möglichkeit bliebe, ihn den Verwaltungsbehörden zuzuweisen und damit der Kontrolle durch das Bundesgericht zu entziehen. Dieses Ergebnis kann jedoch nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, der im Gegenteil die einheitliche Anwendung des gesamten eidgenössischen Zivilrechtes gewährleisten wollte“ (BGE 58 II 442). Damit ist ein seit dem Erlass des ZGB brennender Revisionspunkt schliesslich doch noch durch die Rechtsprechung vorweg genommen und sind die früheren bezüglichlichen Revisions-

vorschläge (s. S. 352a hienach) gegenstandslos geworden. Künftig können also, was man bei den damaligen Revisionsbestrebungen nicht für angängig erachtete, Entscheidungen folgender Art, auch wenn sie nach der kantonalen Behördenorganisation von Verwaltungsbehörden gefällt worden sind, durch Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden: über Verwandtenunterstützungspflicht (für die das Präjudiz gefällt wurde und auch von grösster praktischer Bedeutung ist); über den Beitrag der gütergetrennten Ehefrau zur Tragung der ehelichen Lasten gemäss ZGB 246 (was jedoch selten zur Beurteilung von Rechtsfragen Anlass geben wird); über (nachbarrechtliche) Durchleitungen (und Verlegung solcher), Notweg, Notbrunnen, Verlegung von Dienstbarkeiten gemäss ZGB 691/3/4, 710, 742 (was jedoch nicht von grosser praktischer Bedeutung ist, solange ausnahmslos an der gegenwärtig geltenden hohen Berufungssumme festgehalten wird); über Ablösung von Dienstbarkeiten „durch den Richter“ gemäss ZGB 736: gewisse Kantone haben nämlich auch hiefür Verwaltungsbehörden eingesetzt und nur die Entschädigungsfrage dem Richter vorbehalten, was zwar nicht zweifellos bundesrechtmässig, aber bisher meines Wissens noch nie als bundesrechtswidrig angefochten worden ist.

Infolgedessen gilt für alle zu derartigen Entscheidungen berufenen Verwaltungsbehörden OG 63, wird es ihnen gegenüber jedoch gelegentlich zur Anwendung von OG 64 kommen müssen, bis sich die neue Ordnung eingelebt hat, die immerhin irgendwie gesetzlich zu verankern ist.

II. Die Berufung ist zulässig gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Haupturteile. Graubünden und Waadt übertragen die Beurteilung der Matrimonialsachen und „Extramatrimonialsachen“ ihren Bezirksgerichten, schliessen jedoch jedes kantonale Rechtsmittel gegen deren Urteile in solchen Streitigkeiten aus, so dass letzte kantonale Instanz diese Bezirksgerichte sind, deren direkt an das Bundesgericht weiterziehbare Urteile

diesem nicht wenig zu schaffen geben. Würde sich ein Kanton der Einsetzung eines Obergerichtes und der Schaffung eines kantonalen Rechtsmittelsystems überhaupt enthalten, so glaube ich freilich, dass die Bundesrechtspflege diesen Zustand gemäss Art. 64 Schlusssatz der Bundesverfassung ohne weiteres hinnehmen müsste. Dagegen halte ich es für verfassungsmässig zulässig und zum Schutze der Bundesrechtspflege gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme für geboten, dass den Kantonen durch eine Bestimmung des OG ausdrücklich untersagt werde, ihr gegen Urteile der unteren Gerichte regelmässig gewährtes ordentliches Rechtsmittel im Hinblick darauf zu unterdrücken, dass ja die Nachprüfung durch das Bundesgericht gewährleistet sei. Sowohl Graubünden als Waadt sehen im allgemeinen ein solches Rechtsmittel (Appellation bzw. recours en réforme) gegen die Urteile ihrer Bezirksgerichte an das Kantonsgericht vor. S. auch S. 231a hievor ad c.

Nach dem OG von 1874 konnten im Einverständnisse beider Parteien auch erstinstanzliche kantonale Haupturteile, mit Umgehung einer zweiten Instanz in den Kantonen, sofort an das Bundesgericht gezogen werden. Dazu bemerkte Hafner in seinen Motiven von 1888: „Es ist zwar bisher von dieser Bestimmung sehr selten Gebrauch gemacht worden, da natürlich das Einverständnis beider Parteien zur Umgehung der zweiten kantonalen Instanz nur dann erzielt werden kann, wenn ausschliesslich Rechtsfragen streitig sind. Allein für solche Fälle wollten wir im Interesse der Kostenersparnis und Beschleunigung des Prozesses die Bestimmung beibehalten.“ Dagegen nahm der Bundesrat diese Bestimmung nicht in seinen Entwurf auf, „einem, unter Zustimmung des Redaktors Dr. Hafner, von der Expertenkommission unseres Departements gefassten Beschlusse folgend“. Im laufenden Jahrgang der Juristenzeitung S. 323 wird von Pfenninger über neue zürcherische gerichtsorganisatorische und zivilprozessuale Vorschriften (angeblich eine Nachbildung der sog. Sprungrevision, wie sie in Deutschland in Anlehnung an

englische Vorbilder geschaffen wurde, in Wahrheit aber nur die Rückkehr zu altem einheimischem Recht) berichtet, wonach die Parteien bei Prozessen mit hohen Streitwerten, die auf dem Berufungsweg ans Bundesgericht weitergezogen werden könnten, die Möglichkeit haben, entweder durch Vereinbarung vor Friedensrichter das Bezirksgericht oder durch Vereinbarung vor Einzelrichter oder Bezirksgericht das Obergericht auszuschalten, wodurch natürlich Bezirks- und Obergericht eine wesentliche Entlastung erfahren können. Ich kann beim Fehlen einer von Bundesrechts wegen eingeräumten Fakultät und dem Grunde dieses Fehlens, nämlich der absichtlichen Streichung einer bezüglichen Bestimmung aus dem Entwurf des OG von 1893, den zweiten Teil der neuen zürcherischen Vorschrift, die Ausschaltung des Obergerichtes, also die sog. Nachbildung der Sprungrevision, nicht als zulässig erachten und möchte den Zürcher Anwälten sehr empfehlen, eine mit der Berufung an das Bundesgericht parallel gehende Berufung an das Obergericht nicht zu versäumen, bis die Frage abgeklärt ist. De lege ferenda ergibt sich aus dem vorher Ausgeführten, dass ich diese Entlastung der kantonalen Rechtspflege auf dem Rücken der Bundesrechtspflege nicht billige. Dagegen ist gegen den ersten Teil der neuen Vorschrift, der freilich mit der Sprungrevision nichts zu tun hat und anderorts, z. B. in St. Gallen, schon seit Jahrzehnten im Gebrauch steht, natürlich nichts einzuwenden.

III. Schon nach dem OG von 1874 war die jetzt sog. Berufung nur gegen Haupturteile zulässig. OG 58 (von 1893) erläutert dies dahin, dass der Beurteilung des Bundesgerichtes auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Haupturteil vorausgegangen sind; die Berufung ist also auch dann statthaft, wenn behauptet wird, es beruhe nur ein dem Endurteil vorausgegangener Vor- oder Zwischenentscheid auf einer Bundesrechtsverletzung, das Haupturteil somit nur indirekt. Nirgends im OG ist zum Ausdruck gebracht, dass dies z. B. nicht

mehr gelte, wenn ein positiver Gerichtsstandsentscheid hätte für sich (appelliert und) gemäss OG 87 Ziff. 3 durch zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

Speiser hatte aber bereits im Referat für den Schweizerischen Juristentag von 1882 die Zulässigkeit des Rekurses „gegen Zwischenurteile, sofern nach kantonalem Prozessgesetz Appellation gegen Zwischenurteile gestattet ist“, postuliert, mit folgender Argumentation: „Die Einheitlichkeit der Anwendung des materiellen Privatrechtes kann schon durch ein Zwischenurteil, einen Vorbescheid, verletzt sein, sofern nämlich eine kantonale Prozessordnung gestattet, die Behandlung der materiellen Streitfragen zu trennen und gewisse Fragen zum voraus zu entscheiden, weil ihre Entscheidung in dem einen oder dem andern Sinne die weitere Prozessführung, namentlich ein weitläufiges oder kostspieliges Beweisverfahren überflüssig machen würde . . . Erweist sich dieses Verfahren als zweckmässig, so darf seine Durchführung nicht dadurch verhindert werden, dass der Rekurs an das Bundesgericht auf Haupturteile beschränkt wird.“ Diesem Gedanken wollte der Entwurf Hafner von 1888 durch die Bestimmung Rechnung tragen: „Ausnahmsweise können im Einverständnis beider Parteien auch Vor- oder Zwischenurteile (sowie erstinstanzliche Haupturteile) selbständig an das Bundesgericht gezogen werden“, aus den Motiven: „Durch diese Bestimmung soll ermöglicht werden, dass einzelne nach eidgenössischem Rechte zu entscheidende Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche einen Klagegrund oder eine Einrede in sich schliessen, oder Rechtsverhältnisse, welche den Anspruch bedingen (Präjudizialfragen), von den kantonalen Gerichten zum Gegenstand eines besonderen Entscheides gemacht werden können; insbesondere wenn dieselben für das Eintreten auf die andern entscheidend sind und auf diesem Wege, je nach dem Entscheid jener Fragen, bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart werden kann. Einer mutwilligen Weiterziehung solcher Urteile

dürfte dadurch vorgebeugt sein, dass die Zulässigkeit des Rechtsmittels von der Zustimmung beider Parteien abhängig gemacht ist.“ Doch der Bundesrat wollte mit der Expertenkommission hievon nichts wissen: „Statt Aufwand an Zeit und Kosten zu ersparen, würde ganz gewiss in der Regel ein solcher vergrößert werden“. Dem entspricht der gegenwärtige Art. 58 OG.

Im Gutachten von 1909 postulierte das Bundesgericht, und dementsprechend sah der Entwurf Jaeger vor: „Mit der Kassationsbeschwerde können angefochten werden letztinstanzliche, der Berufung nicht unterliegende kantonale Entscheide in Zivilsachen:

1. wegen Verletzung von eidgenössischen Vorschriften über den Gerichtsstand (a), sowie wegen Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung des Verfahrens beschlagender eidgenössischer (oder in den kantonalen Verfassungen enthaltener) Vorschriften, sofern die Entscheidung auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Einfluss ist (b). „Dadurch würden die grossen Unzukömmlichkeiten vermieden, die daraus entstehen, dass solche Rechtsverletzungen jetzt vor Bundesgericht erst gerügt werden können, nachdem das ganze Verfahren bis zum Urteil durchgeführt worden ist.“

2. wegen Verletzung der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, soweit es sich dabei nicht um Anstände staatsrechtlicher Natur zwischen verschiedenen Kantonen handelt,

3. wegen Anwendung kantonalen oder ausländischen anstatt eidgenössischen Rechtes bei der Entscheidung der Sache selbst.

Hievon sind die Ziffern 2 und 3 schon 1911 zu Fällen der zivilrechtlichen Beschwerde gemacht worden und 1928 dann auch Ziffer 1a (Gerichtsstandsfragen eidgenössischen Rechtes). Infolgedessen braucht in der Berufung unterliegenden Streitigkeiten nicht mehr unter allen Umständen das Haupturteil abgewartet zu werden, bis das Bundes-

gericht angerufen werden kann, sondern es ist die Anrufung des Bundesgerichtes durch das andere Rechtsmittel der Zivilrechtspflege, die zivilrechtliche Beschwerde, schon gegen vereinzelte Zwischenentscheide, teils prozessuale (Gerichtsstandsentscheide), teils materielle möglich, sobald geltend gemacht wird, durch den Zwischenentscheid würden Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen Rechtes oder das Gesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter oder der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes verletzt, bzw. missachtet.

Allein damit ist der Prozessökonomie nicht in genügender Weise gedient, und auch der weitergehende Vorschlag des Bundesgerichtes und des Entwurfes Jaeger laut Ziffer 1b wird diesem Bedürfnis nur für einen ziemlich seltenen Fall gerecht; denn Voraussetzung solcher Weiterziehung an das Bundesgericht wäre immer Weiterziehbarkeit des Zwischenentscheides an das kantonale Obergericht; indessen wird das kantonale Zivilprozessrecht in dieser Beziehung kaum einen Unterschied machen wollen, je nachdem es sich um die Nicht-, bzw. unrichtige Anwendung eidgenössischer oder aber kantonaler Vorschriften über das Verfahren handelt, und sich wohl hüten müssen, die Weiterziehbarkeit als Regel vorzusehen, selbst wenn die Entscheidung auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Einfluss ist, was schliesslich von jedem Beweisbeschluss gesagt werden könnte.

Praktisch viel wichtiger ist, was seinerzeit schon Speiser und Hafner ins Auge gefasst hatten. Man denke nur daran, dass unter Umständen ein weitläufiges Beweisverfahren vermieden werden kann, wenn vorab endgültig die Verjährungseinrede gutgeheissen oder der Grund (im Gegensatz zum Betrag) eines Anspruches verneint oder zugunsten der Anwendbarkeit eines von verschiedenen in Frage kommenden kantonalen oder ausländischen Rechten entschieden wird, das den geltend gemachten Anspruch gar nicht gewährt. Wird ein Prozess deswegen zunächst auf einen der-

artigen Zwischenstreit beschränkt, gelangt jedoch das kantonale Obergericht in seinem Zwischenurteil zur Abweisung der Verjährungseinrede, Gutheissung des Klagegrundes oder Anwendung des den geltend gemachten Anspruch vorsehenden Rechtes, so gibt es bei der gegenwärtigen Ordnung keinen Ausweg mehr gegen die Durchführung des ganzen Beweisverfahrens, weil erst auf Grund des Beweisverfahrens ein Haupturteil gefällt und erst gegen dieses Haupturteil das Rechtsmittel der Berufung ergriffen werden kann. Gelangt dann aber das Bundesgericht schliesslich doch zur Gutheissung der Verjährungseinrede oder zur Verneinung des Klagegrundes, oder entscheidet es zugunsten der Anwendung eines den geltend gemachten Anspruch gar nicht vorsehenden Rechtes, so erweist sich nachträglich der vom Beweisverfahren beanspruchte Aufwand an Zeit und Kosten sowie Arbeitskraft der kantonalen Richter als nutzlos. Nur dadurch würde sich für die Parteien das Risiko grosser nutzloser Kosten und für das kantonale Gericht das Risiko der Inanspruchnahme durch ein weitläufiges nutzloses Beweisverfahren vermeiden lassen, dass das kantonale Gericht entgegen seiner Überzeugung (vielleicht mit wenig einleuchtender Begründung!) die Klage von vorneherein wegen Verjährung oder Nichtbestehen des Klagegrundes oder Anwendbarkeit des den geltendgemachten Anspruch gar nicht vorsehenden Rechtes abwiese, um sofort die Berufung (mit umgekehrten Parteirollen) zu ermöglichen. Niemand wird einem Richter eine derartige Entscheidung zumuten wollen; aber für die Parteien und das nirgends mit überschüssigen Arbeitskräften dotierte kantonale Gericht wäre sie kaum weniger unerfreulich. — Um unter allen Umständen eine Vorabentscheidung des Bundesgerichtes über den Grund des Anspruches zu erhalten, besteht für die Parteien der gelegentlich eingeschlagene Ausweg, für den allfällig nötig werdenden Austrag des Streites über den Betrag des Anspruches einen Schiedsvertrag abzuschliessen (vielleicht nur zu simulieren und

nach erzieltm Erfolg wieder in aller Form durch *actus contrarius* aufzuheben).

Allein es sollte vermieden werden, dass die Parteien und vielleicht sogar die kantonalen Gerichte aus an und für sich nur lobenswerten Gründen der Prozessökonomie auf solche Schleichwege gedrängt werden. Daher, und um einer gesunden Prozessökonomie endlich Rechnung zu tragen, ist unerlässlich, dass in berufungsfähigen Zivilstreitigkeiten die Weiterziehung auch schon von Zwischenurteilen der angeführten Art zugelassen werde. Freilich ist die Abgrenzung schwierig, wenn der Prozesströlerie und gleichzeitig ungerechtfertigter Inanspruchnahme des Bundesgerichts vorgebeugt werden soll. Ein brauchbares Kriterium für die Weiterziehbarkeit des Zwischenurteils hoffe ich darin gefunden zu haben, dass die gegenständige Entscheidung ein (natürlich abweisendes) Haupturteil abgegeben hätte, das seinerseits mit Berufung hätte angefochten werden können, weshalb nun auch das umgekehrt ausgefallene Zwischenurteil soll weitergezogen werden können. Indessen genügt dieses Kriterium nicht, wie das oben in dritter Linie genannte Beispiel zeigt. Doch könnte ich keinesfalls mit Hafner auf das Einverständnis der Parteien abstellen, weil dadurch die Gefahr schikanöser Verweigerung der Einwilligung oder konvenierter Schlangenprozesse heraufbeschworen würde. Besser schiene mir auf die Weiterziehungsbewilligung des kantonalen Obergerichtes abgestellt werden zu können. Von den kantonalen Obergerichten darf füglich erwartet (und es könnte durch eine Sollvorschrift zum Ausdruck gebracht) werden, dass sie sich dann, aber auch nur dann für die Zulassung der Weiterziehung aussprechen, wenn das richtig verstandene Interesse der Parteien und des kantonalen Gerichtes an der sofortigen endgültigen Austragung der durch das Zwischenurteil vorweggenommenen Streitpunkte bedeutender ist als die Nachteile, die sich für die Parteien aus dem Verlust der von der Weiterziehung beanspruchten Zeit und sowohl für die Parteien als auch das Bundesgericht

daraus ergeben, dass es gegebenenfalls später noch ein zweites Mal in der gleichen Sache angerufen werden kann (dies kommt übrigens auch heute schon vor, z. B. bei Abweisung der vom kantonalen Gericht zugesprochenen Verjährungseinrede oder Gutheissung des im angefochtenen Urteil verneinten Grundes des geltend gemachten Anspruches und überhaupt bei jeder durch OG 82 gebotenen Rückweisung). Wird von der gebotenen Möglichkeit der Weiterziehung kein Gebrauch gemacht, so würde der betreffende Zwischenentscheid bei späterer Berufung gegen das Haupturteil dann natürlich nicht mehr der Beurteilung des Bundesgerichtes unterliegen. Dies sieht der Entwurf Jaeger für alle dem Haupturteil vorausgegangenen Entscheidungen vor, welche mittelst Kassationsbeschwerde anfechtbar waren (s. Ziff. 1—3 hievor). Mir ginge dies freilich zu weit, da es noch an der den Anlass zur Weiterziehung bildenden Beschwerde fehlt, solange nur ein Entscheid über die Rechtsanwendung (Ziff. 2 und 3, sowie das drittgenannte Beispiel) oder über eine Beweismassnahme (Ziff. 1b) vorliegt und nicht zugleich die Präklusion der Weiterziehung durch eine ausdrückliche Verfügung des Gerichtes angedroht wird, wie ich sie vorsehe.

Nicht leicht zu lösen wäre die Frage, ob die Weiterziehung solcher Zwischenentscheide durch Berufung oder zivilrechtliche Beschwerde stattzufinden habe. Ich gehe dieser Schwierigkeit durch Verschmelzung der beiden Rechtsmittel und Ermessensentscheidung des Bundesgerichtes über die Anordnung der mündlichen Verhandlung aus dem Wege (s. S. 340a und S. 359/60a hienach). Selbstverständlich könnte ich der Neuerung das Wort nicht reden, wenn sie zahlreiche weitere mündliche Verhandlungen mit sich brächte; ich fasse dafür hauptsächlich nur die Vorentscheidung über den Grund ins Auge, damit die Mehrbelastung des Bundesgerichtes umsoeher erträglich bleibt.

3. Die Berufungssumme (Streitwert). OG 59, 60, 62, 53.

I. Im OG von 1874 wurde die Berufungssumme auf Fr. 3000.— festgesetzt aus der Erwägung: „Einerseits ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass nicht wegen allzu hohem Minimum nur in sehr wenigen Fällen die Berufung stattfinden könne, weil eben alsdann eine gleichförmige Praxis in der Anwendung der Bundesgesetze nicht in allen Beziehungen oder doch nur sehr langsam sich bilden könnte; andererseits aber darf mit Rücksicht auf die grösseren Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht, sowie zur Verhütung allzu grosser Geschäftslast, welche mit der Zeit für unseren obersten Gerichtshof eintreten könnte, das Minimum auch nicht allzu niedrig angesetzt werden.“ Hier setzte Hafner in seinen Motiven von 1888 temperamentvoll ein: „Solange die Anrufung des Bundesgerichtes durch einen Wert des Streitgegenstandes von mindestens Fr. 3000.— bedingt ist, erreicht das Rechtsmittel das ihm vorgesteckte Ziel (Art. 114 der Bundesverfassung), die einheitliche Anwendung des eidgenössischen Privatrechtes zu sichern, nicht oder doch nur sehr ungenügend. Sofern es dem Gesetzgeber mit der Herbeiführung einer einheitlichen Rechtsanwendung wirklich ernst ist, muss daher in dieser Richtung eine Änderung im Sinne der Herabsetzung des Streitwertes stattfinden . . . Die Praxis des Bundesgerichtes ist eine viel zu seltene und spärliche, als dass sie Abhilfe gegen die ungleiche Auslegung und Anwendung des eidgenössischen Rechtes durch die kantonalen Gerichte schaffen und die einheitliche Anwendung des Bundesrechtes sichern könnte. Bei der ungleichen Anwendung des eidgenössischen Gesetzes verkümmert aber nicht nur die erstrebte Gemeinsamkeit des Rechtes, sondern leidet auch die Rechtssicherheit in bedenklichem Grade. Der Entwurf hat deshalb den Streitwert auf Fr. 1000.— (in Verbindung mit regelmässigem schriftlichem Berufungsverfahren) herabgesetzt.“ — Das Bundesgericht wollte jedoch nur auf Fr. 1500.— heruntergehen, „dies schon deshalb, weil wenigstens in einem Kanton

(Graubünden) die Anrufung des kantonalen Obergerichts an letztere Streitsumme gebunden ist. Sollte entgegen unserem Vorschlage die mündliche Verhandlung als Regel beibehalten werden, so erachten wir eine so weitgehende, überhaupt eine erhebliche Herabsetzung des Streitwertes, mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Bewältigung der Geschäfte, als ausgeschlossen“.

Das OG von 1893 bestimmte dann die Berufungssumme auf Fr. 2000.— in Verbindung mit der Einführung des schriftlichen Verfahrens für Vermögensstreitigkeiten von Fr. 2000.— bis Fr. 4000.—

Im Gutachten von 1909 führte das Bundesgericht aus: „Es ist nicht zu verkennen, dass durch eine Herabsetzung des Streitwertes auf etwa Fr. 1000.— die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewinnen könnte und namentlich auch die Möglichkeit gegeben wäre, eine Reihe von Streitfragen aus dem Arbeitsvertrag, die jetzt verhältnismässig selten zu bundesgerichtlichen Entscheiden führen, durch das Bundesgericht lösen zu lassen.“ Trotzdem hielt es das Bundesgericht nicht für angezeigt, den Betrag der Berufungssumme herabzusetzen, weil es nicht ohne weitergehende als die damals wegen des ZGB ohnehin nötige Vergrösserung des Gerichtes möglich gewesen wäre.

„Um der für die Rechtspflege schädlichen Überlastung des Bundesgerichtes Einhalt zu gebieten“, musste die Berufungssumme im Jahre 1921 dem um 50% gesunkenen Geldwert angepasst, also verdoppelt werden; in gleicher Weise wurde auch die Grenze zwischen schriftlichem und mündlichem Berufungsverfahren verschoben.

Seit 1921 ist die Geldentwertung wieder so weit zurückgeführt worden, dass es sich heute eigentlich nicht mehr rechtfertigen lässt, die damals erfolgte Verdoppelung der Berufungssumme noch aufrechtzuerhalten, oder doch höchstens, wenn die gegenwärtige Kaufkraft des Geldes mit derjenigen von 1893 verglichen wird, die schon vor dem Weltkrieg beträchtlich gesunken war, ohne dass jedoch deswegen jemand an eine Erhöhung der Berufungssumme

zu denken gewagt hätte. Indessen ist das Bundesgericht ohnehin an der Grenze seiner Leistungsfähigkeit angelangt, so dass ihm die rund 40 Berufungen, mit denen nach einer im Jahre 1921 gemachten Statistik bei der Herabsetzung der Berufungssumme um Fr. 1000.— etwa zu rechnen wäre, nicht ohne weiteres aufgebürdet werden können. Übrigens würde diese Herabsetzung nicht genügen, um zu dem erstrebten, im vorstehenden angedeuteten Ziel zu gelangen. Fasst man den Kauf, das hauptsächliche Geschäft des Güteraustausches, ins Auge, so ist zuzugeben, dass kein dringendes Bedürfnis nach irgendwelcher Herabsetzung der Berufungssumme besteht, weil genügend Streitigkeiten im Wert von Fr. 4000.— oder mehr aus Kaufgeschäften entstehen und an das Bundesgericht gezogen werden, um diesem Gelegenheit zu einer alle möglichen Streitfragen des Kaufrechtes umfassenden Judikatur zu geben (abgesehen freilich von der Gewährleistung im Viehhandel). Diese Judikatur lassen sich die kantonalen Gerichte im allgemeinen auch bei der Beurteilung der Kaufsprozesse zur Richtschnur dienen, die nicht an das Bundesgericht gezogen werden können, so dass also die einheitliche Anwendung des Kaufrechtes trotz der hohen Berufungssumme im wesentlichen gesichert ist. Wenn wir dagegen z. B. die auf Überlassung des Gebrauches von Sachen oder der menschlichen Arbeitskraft gerichteten Rechtsgeschäfte ins Auge fassen, so finden wir nur eine dünngesäte Judikatur des Bundesgerichtes über Mietvertrag und Dienstvertrag, weil, entsprechend dem zeitlich beschränkten Vertragsgegenstande, der Wert der Streitigkeiten aus solchen Geschäften ganz natürlicherweise regelmässig viel niedriger ist als der Wert eines Streites über Güteraustausch. Im allgemeinen entstehen nur aus Miete oder Dienstvertrag „der oberen Zehntausend“ Streitigkeiten im Werte von Fr. 4000.— (oder auch Fr. 3000.—). Verträge, zumal Dienstverträge solcher Art, können aber nicht mehr als der Typus des Dienstvertrages überhaupt angesehen werden, weil sie

mit allen möglichen Klauseln versehen und zudem verhältnismässig langfristig geschlossen werden. Auch wohnen derartigen „gehobenen“ Dienstverträgen besondere Eigenschaften inne, die sich beim „gewöhnlichen“ Dienstverhältnis meist nicht vorfinden. Daher kommt es, dass die ohnehin eher spärliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes über den Dienstvertrag (aber auch über den Mietvertrag) recht wenig für die einheitliche Anwendung des Dienstvertragsrechtes (und Mietvertragsrechtes) beizutragen vermag. Ausserdem hat sich die Berufung mit der hohen Streitwertgrenze als unzulänglich erwiesen, um z. B. eine ganze Anzahl von im ZGB geordneten Rechtsinstituten durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Entfaltung zu bringen. Für Eigentumsübertragung und Pfandrecht kann freilich im allgemeinen Ähnliches gesagt werden wie für den Kauf. Im Gebiete des Erbrechtes und des ehelichen Güterrechtes (im Verhältnis unter den Ehegatten selbst, bzw. deren Erben) sodann wird es niemand bedauern dürfen, wenn die Gerichte nicht häufig in Anspruch genommen werden, zumal das Bundesgericht, und wenn dieses daher nur selten zur Beurteilung der bezüglichen Rechtsinstitute gelangt. Dagegen ist es wohl einzig der hohen Berufungssumme zuzuschreiben, wenn das Bundesgericht kaum je einmal, oder doch nur selten, in die Lage kommt, sich mit Streitigkeiten über Abgrenzungen (ZGB 670, 679), Leitungen (676, 691/3), Fahrnisbauten (677), aus dem Pflanzenrecht (678, 687), privaten Wasserrecht (690), Quellenrecht, über Dienstbarkeitsrecht (auch die von unserem Recht so ausgiebig verwendete Nutzniessung) und Grundlasten, endlich auch über die Sicherungsbefugnisse des Grundpfandgläubigers (808 ff.) zu befassen, so dass auf diesen Gebieten die einheitliche Rechtsanwendung und damit die Rechtseinheit in praxi einfach auf dem Papier der Bundesverfassung stehen geblieben ist, während sie für das Bundesstrafrecht (im weiteren Sinne) in vollem Umfange gewährleistet ist, wiewohl die Bundesverfassung hierüber gar nichts vorgesehen hat.

Abhilfe vermöchte nur eine den verschiedenen Rechtsinstituten angepasste Differenzierung der Berufungssumme zu schaffen, und es schiene mir die vornehmste Aufgabe der Revision des OG zu sein, die durch die ins Auge gefassten Rationalisierungsmassnahmen frei werdenden Kräfte, zumal wenn sie nicht für einen besonderen Strasskassationshof in Anspruch genommen werden, auf diese Weise in den Dienst der einheitlichen Rechtsanwendung zu stellen, wie sie von der Bundesverfassung vorgesehen ist. Dies wäre für das schweizerische Rechtsleben ungleich viel wichtiger, als dass sich das Bundesgericht weiterhin mit der Auslegung jedes möglichen hochwertigen Rechtsgeschäftes *sui generis* abmüht, auch wenn keine Vorschrift irgendeines Bundesgesetzes an die Auslegung anknüpft. Wenn es auch Gründe besonderer Art waren, aus denen die Bundesrechtspflege seit 1928 ohne Streitwertbeschränkung für die Beurteilung der Ansprüche aus dem Bundesbeamtenverhältnis zur Verfügung gestellt worden ist, so lässt es sich damit doch nur schlecht vereinbaren, dass nichts für die grosse Masse der aus privatem Dienstvertrag „Dienstpflichtigen“ getan wird. Und was die erwähnten Streitigkeiten aus dem Liegenschaftsrecht anbelangt, so ist zu bedenken, dass es, auch wenn der Streitwert nicht auf Fr. 4000.— geschätzt wird, doch dabei um eigentliche Verkümmern der Tauglichkeit zu rationellem Gebrauch auf ewige Zeiten hinaus gehen kann, was einem solchen Streit eine ganz andere Bedeutung gibt, als sie einem Streit über Fr. 4000.— bares Geld zukommt, das vielleicht schon ein Jahr später infolge ungeschickter Investition oder Anlage verloren geht oder verputzt wird. Durch das bei kleineren Streitwerten anwendbare schriftliche Berufungsverfahren werden die Prozesskosten auch nicht so stark vergrössert, dass sich der Gedanke an eine kräftige Herabsetzung der Berufungssumme für gewisse Streitigkeiten hieran brechen müsste.

Nur sorgfältige Einzeluntersuchungen unter Mit-
hilfe der kantonalen Magistratur, die sich dazu zweifel-
los positiv einstellen wird, werden zureichende Anhalts-
punkte dafür abgeben können, für welche Kategorien von
Streitigkeiten das Bedürfnis nach Herabsetzung der Be-
rufungssumme unabweisbar ist. Andererseits muss natürlich
dem Bundesgericht eine Belastung erspart werden, die ihm
nicht mehr genügend Zeit zur sorgfältigen Behandlung
der einzelnen Geschäfte liesse. Der aus Abbau und Ratio-
nalisierung zu erzielende Zeitgewinn lässt sich aber nicht
zum voraus einigermaßen zuverlässig abschätzen, und zudem
werden sich in der ersten Zeit ihrer Anwendung unvermeid-
licherweise Schwierigkeiten einstellen, die sich erst nach
und nach ebnen lassen. Ich würde es aber durchaus nicht
als unangänglich ansehen, dass all dies nicht schon in einem
neuen OG im einzelnen geordnet werde. Sobald die Be-
rufung richtigerweise als Rechtsmittel aufgefasst wird,
das nicht so sehr im Interesse der Rechtsuchenden eine
dritte Instanz gewähren, als vielmehr die einheitliche
Rechtsanwendung sichern soll, so kann es nicht als stossend
empfunden werden, wenn durch einen andern Erlass als
ein Gesetz, und vorläufig einmal nur auf eine Anzahl
von Jahren, Berufungen an das Bundesgericht in ge-
wissen Kategorien von Streitigkeiten bei kleinerer Be-
rufungssumme zugelassen werden. Dies läge nur in der
gleichen Linie wie Art. 265 und 270 des neuen Bundes-
straßprozesses (bzw. schon früher die nun aufgehobenen
Art. 155 und 161 OG), wonach der Bundesrat durch Be-
schluss für bestimmte Zeit anordnen kann, dass ihm Ur-
teile und dergl. in Bundesstrafsachen, die nach Bundes-
gesetz von kantonalen Behörden zu beurteilen sind,
unentgeltlich mitgeteilt werden müssen, und dass ihm
dann die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht
zusteht. Auf diese Weise soll der Bundesanwaltschaft
ausnahmsweise und zeitweilig ermöglicht werden, zur
Herbeiführung einheitlicher Anwendung der Strafrechts-
sätze eines bestimmten Bundesgesetzes tätig zu werden,

sobald sich herausstellt, dass auf andere Weise dieses Ziel nicht erreicht werden kann. Ganz ähnlich soll nach meinem Vorschlag den Parteien ermöglicht werden, ohne Rücksicht auf die gesetzlich regelmässig vorgeschriebene Berufungssumme Streitigkeiten bestimmter Kategorien vor das Bundesgericht zu bringen, wenn sich sonst nicht eine einigermaßen umfassende einheitliche Anwendung bestimmter Zivilrechtssätze erzielen lässt, weil die Streitigkeiten darüber eben meist nur einen die gesetzliche Berufungssumme nicht erreichenden Streitwert haben.

Im Sinne des bereits auf S. 307/8a hievor Gesagten darf die partielle Herabsetzung der Berufungssumme natürlich nicht dazu führen, dass nicht appellable Urteile der kantonalen Untergerichte direkt sollen an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Um das stossende Ergebnis zu vermeiden, dass Streitigkeiten aus Kantonen mit hoher Appellationssumme der einheitlichen Rechtsanwendung durch das Bundesgericht in weniger weitgehendem Masse teilhaftig werden, dürfte wohl schon eine bundesrechtliche Vorschrift aufgestellt werden, dass die kantonale Appellationssumme in solchen Fällen nicht höher sein könne als der Mindeststreitwert für die Berufung an das Bundesgericht. Auch könnte da und dort die Anpassung des Gewerbegerichtsverfahrens an die Berufung kaum umgangen werden; aber die soziale Wichtigkeit des Dienstvertragsrechtes vermag all dies sicher zu rechtfertigen.

II. Nach dem OG von 1874 war für die Bestimmung der Berufungssumme der Betrag massgebend, welcher bei dem letzten Entscheide der kantonalen Gerichte noch streitig war. Am Juristentag von 1882 bezeichnete Speiser es als grundsätzlich richtig, bei der Bestimmung der Appellabilität auf die *summa gravaminis* abzustellen, d. h. auf den Betrag, um welchen sich der Rekurrent durch den Entscheid gegenüber seinen Rechtsbegehren benachteiligt findet. Hiegegen wendete Roguin ein, dieses System würde dem kantonalen Gericht erlauben, dem Rekurs die Türe

zu verschliessen. — Ebenso wollen die Vorschläge der Mehrheit des Bundesgerichtes von 1910 die Weiterziehung nur zulassen, „wenn der Nachteil, den der Rekurrent durch das angefochtene Urteil erleidet, den Betrag von Fr. . . . erreicht“.

Trotz meiner Einstellung gegen die hohe Berufungssumme scheint mir, der Beschwerdegegenstand, die Differenz zwischen dem letztinstanzlich zugesprochenen und dem (prozessual zulässigerweise) ausserdem verlangten, bzw. dem nicht anerkannten Betrag sollte die Berufungssumme erreichen müssen. Warum soll denn vor Bundesgericht überhaupt über eine kleinere Summe als die Berufungssumme gestritten werden können? Allfällig könnte man es noch genügen lassen, wenn beide Parteien selbständig die Berufung erklären und die Differenz zwischen ihren Anträgen die Berufungssumme ausmacht. Dass ein kantonales Gericht geflissentlich sein Urteil darauf zuschneide, um einer oder beiden Parteien die Berufung zu verunmöglichen, daran kann ich einfach nicht glauben. Auch anderswo kommt man mit der *summa gravaminis* aus. Wie inkonsequent die bisherige Berechnungsweise ist, zeigt sich am besten darin, dass das kostspielige und zeitraubende mündliche Verfahren auch dann durchgeführt werden muss, wenn der Berufungskläger nur wenige Hundert Franken mehr verlangt oder weniger anerkennt als die Summe des kantonalen Urteils.

III. OG 59 II schreibt vor: „Sind die Parteien über den Wert des Streitgegenstandes uneinig, so wird derselbe vom Bundesgericht in Gemässheit der Art. 53 III und 54 bestimmt.“ Dies kommt darauf hinaus, dass, wenn die Parteien darüber einig sind, der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes erreiche den Betrag von Fr. 4000.—, das Bundesgericht sich der materiellen Beurteilung nicht entziehen kann, mag auch der wirkliche Wert weit unter diesem Betrag bleiben. (Gleiches gilt übrigens nach OG 53 III für die direkten Prozesse.) Hafner rechtfertigt dies damit: „Es scheint immer

etwas misslich, wenn das Bundesgericht diese Frage von Amtes wegen aufwirft, trotzdem die Parteien über dieselbe einig gehen.“ Der Entwurf Jaeger wollte dies zwar für die direkten Prozesse, nicht aber für die Berufungen beseitigen, aus den Motiven: „Die veränderte Fassung soll dem Übelstand steuern . . ., dass durch eine übereinstimmende, die wirkliche übersteigende Schätzung des Streitwertes durch beide Parteien das Bundesgericht auch zur Anhandnahme von direkten Prozessen gezwungen werden könnte, die nach dem Gesetz eigentlich nicht in seine Zuständigkeit fielen. Das Bundesgericht hat in seinen Geschäftsberichten schon wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass ihm die Möglichkeit gegeben werden sollte, solche offenbar auf Umwegen und im Widerspruch zum Sinn und Geist des Gesetzes ihm unterbreitete direkte Prozesse zurückzuweisen. Der Entwurf will diesem Wunsch nun dadurch Rechnung tragen, dass die Bestimmung des Streitwertes immer dann, wenn die Klage nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme geht, dem Parteiwillen entzogen und in die Hände des Gerichtes gelegt wird . . . — Man hätte, was die Stellung des Bundesgerichtes hinsichtlich der Schätzung des Streitwertes anbelangt, unter Umständen auch hier, (scil.: bei der Berufung), wie bei den direkten Prozessen vorgeschlagen wurde, eine übereinstimmende Schätzung durch die Parteien als für das Gericht nicht verbindlich erklären können . . . Der Entwurf hat davon Umgang genommen und es beim bisherigen Zustande belassen, weil ein dringendes Bedürfnis für diese Änderung hier nicht vorliegt. Der Regel nach wird eine übermässige, der Wahrheit nicht entsprechende Schätzung einer Partei immer von derjenigen Partei gerügt werden, welche kein Interesse an der Weiterziehung ans Bundesgericht hat, und es ist daher nicht zu befürchten, dass durch Konnivenz der Parteien hier die Vorschriften über die Kompetenz des Gerichtes umgangen werden.“ Allein die seitherige Rechtsprechung erachtet als massgebend auch eine Einigung

über den Streitwert, die zustande gekommen ist, schon in einem früheren Stadium des kantonalen Verfahrens, also zu einer Zeit, da noch niemand weiss, welche Partei durch das letztinstanzliche Urteil beschwert sein wird. Daher wird die vom Entwurf Jaeger für die direkten Prozesse in Aussicht genommene Änderung heute auch die Umschreibung der Berufungsvoraussetzungen umfassen müssen.

IV. Der Entwurf Hafner hatte die Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachten Ansprüche nur unter der Voraussetzung zulassen wollen, dass sie auf dem gleichen Grunde beruhen, weil die Klagenhäufung die rechtliche Beurteilung der einzelnen Klagen nicht verändert, sondern bei derselben nur eine äusserliche Verbindung mehrerer verschiedener Prozesse vorliegt, welche jedenfalls materiell für sich zu betrachten sind, und daher durch die Vereinigung mehrerer Ansprüche in einer Klage die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht begründet werden solle. Warum diese Bestimmung aufgegeben wurde, ist nicht ersichtlich; in der Botschaft des Bundesrates heisst es darüber bloss: „In einem der Expertenkommission*) unterbreiteten eventuellen Vorschläge beantragte er (Hafner) die Fassung, welche nun in unserem Art. 63 II (wesentlich = OG 60 I) sich findet, wobei er erklärte, dass sie dem wirklichen Bedürfnis erfahrungsgemäss vollkommen genüge.“ Sachlich ist die Änderung insofern bedenklich, als sie ermöglicht, dass gegen Urteile unterer Gerichte über mehrere in einer Klage verbundene Ansprüche zwar nicht die Appellation an das kantonale Obergericht, wohl aber die Berufung an das Bundesgericht erklärt werden kann, was die Motive Jaegers (in einem andern Zusammenhang) gewiss mit Recht als Absonderlichkeit bezeichnen. Ferner ermöglicht die gegenwärtige Ordnung, die minimsten ehgüterrechtlichen Streitigkeiten in Verbindung mit der Ehescheidung vor Bundesgericht weiter zu verfolgen, während doch gewiss gelten sollte:

*) Deren Protokoll wird auf dem Bundesarchiv vermisst.

„Steht der nicht vermögensrechtliche Anspruch mit dem vermögensrechtlichen Anspruch nicht in rechtlichem Zusammenhang, so muss für den vermögensrechtlichen Anspruch die Berufungssumme gegeben sein.“

V. OG 62 hat „ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes“ die Berufung in Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten zugelassen, „weil einerseits die Bestimmung des Streitwertes in der Regel gar nicht genau möglich ist und derselbe in den wenigsten Fällen nicht Fr. 2000.— betragen wird, es sich andererseits hier um sehr wichtige, hisher in den meisten Kantonen nicht gesetzlich geregelte Materien handelt, was zur Folge hat, dass die Entscheidung bezüglichlicher Streitigkeiten einzelnen kantonalen Gerichten ganz besondere Schwierigkeiten bereitet“. Im Gutachten von 1909 postulierte das Bundesgericht, diese Vorschrift auszumerzen, wesentlich aus dem Grunde, dass es sich in sehr vielen Fällen um rein vermögensrechtliche, sehr wohl zu taxierende Interessen handelt, und dass nicht abzusehen sei, weshalb diese anders behandelt werden sollten als die übrigen obligationenrechtlichen Streitigkeiten. Der Entwurf Jaeger wollte jedoch an der bisherigen Bestimmung festhalten, damit nicht um so öfter der Weg der Strafklage mit Adhäsion der Zivilklage betreten würde, „wodurch nicht nur der Zweck, den man mit der vorgeschlagenen Abschaffung der unbeschränkten Berufungsmöglichkeit erreichen wollte, wieder vereitelt, sondern auch noch eine vom sozialen Standpunkt aus gewiss nicht zu begrüßende Vermehrung der Strafklagen erzielt würde“. Hievon abgesehen wird man vielleicht auch noch berücksichtigen dürfen, dass es dem Kläger nirgends so leicht wie auf diesem Gebiete wäre, zu überklagen und so nach seinem Belieben über die Weiterziehbarkeit zu verfügen, ohne dass ihm geradezu böser Glaube vorgeworfen werden könnte (was ihm übrigens nichts schaden würde).

Besonders begrüßenswert scheint mir, dass der Entwurf Jaeger hier die soeben in anderem Zusammenhang

erwähnte Inkonsequenz der bisherigen Regelung beseitigen wollte, dass das mündliche Verfahren stattfindet, auch wenn nur vermögensrechtliche Anträge im Streite liegen und diese den für das mündliche Verfahren erforderlichen Streitwert nicht erreichen.

4. Schriftliche Begründung, mündliche Verhandlung.

I. Das OG von 1874 mit der Berufungssumme von Fr. 3000.— schrieb keine schriftliche Begründung, sondern eine mündliche Verhandlung vor, jedoch ohne Versäumnisfolgen. Gestützt auf die damit gemachten Erfahrungen schlug Hafner vor: „Die Einreichung des Rechtsmittels erfolgt durch Einreichung einer Rechtsschrift . . ., auch soll dieselbe in gedrängter Kürze die Anfechtungsgründe angeben. Die blossе Bezugnahme auf die vor den kantonalen Gerichten gestellten Anträge und deren Begründung ist zulässig . . . Der Gegenpartei steht das Recht zu, . . . eine schriftliche Antwort auf die Berufungsschrift einzureichen . . . Ausnahmsweise kann in Streitigkeiten, welche sich auf einen Hauptwert von mindestens Fr. 5000.— beziehen, auf Verlangen einer Partei und wenn besondere Gründe dafür vorliegen, eine mündliche Schlussverhandlung angeordnet werden.“

Darüber führte Hafner aus: „Im Gegenteil kann es bei verwickelten Prozessen nur im Interesse einer guten Rechtsprechung liegen, wenn dem Bundesgerichte schon beim Studium der Akten genau bekannt ist, in welcher Richtung und aus welchen Gründen das kantonale Urteil angefochten wird, zumal eine Verschiebung der Urteilsfällung nach Anhörung der mündlichen Parteivorträge . . . beim Bundesgericht, namentlich mit Rücksicht auf die auch im Interesse der (oft sehr entfernt wohnenden) Parteien vorgeschriebene Öffentlichkeit der Beratung und Abstimmung, nicht wohl angeht. Umgekehrt ist bei einfachen Fällen aus der mündlichen Verhandlung oft gar nichts zu schöpfen, was nicht bereits in den Akten enthalten wäre, so dass die den Parteien aus der mündlichen

Verhandlung erwachsenden Kosten in keinem Verhältnis stehen mit ihrem Nutzen und die mündliche Verhandlung fast als eine Strafarbeit für das Gericht erscheint. Wesentlich bestimmend für die Einführung des schriftlichen Verfahrens war indes für uns, dass ohne dasselbe an eine Herabsetzung des Streitwertes, von welchem die Zulässigkeit des Rechtsmittels abhängt, nicht gedacht werden könnte, teils wegen der unverhältnismässig grossen Kosten des mündlichen Verfahrens für diejenigen Parteien, welche entfernt vom Bundesgerichtssitze wohnen, teils weil das Bundesgericht beim mündlichen Verfahren die durch die Herabsetzung des Streitwertes erheblich vergrösserte Geschäftslast nicht zu bewältigen vermöchte . . . Ist auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass von einzelnen Anwälten ungebührlich lange Rechtsschriften eingereicht werden — es wird nicht selten ausser acht gelassen, dass nach dem Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege die Entschädigung für die Rechtsschriften nicht, wie es in einzelnen Kantonen der Fall sein soll, nach der auf die Rechtsschrift verwendeten körperlichen Arbeit (d. h. nach der Seitenzahl), sondern nach der darauf verwendeten geistigen Arbeit festzusetzen ist —, so kann doch keinem Zweifel unterliegen, dass das Bundesgericht beim schriftlichen Verfahren weit mehr Prozesse zu erledigen vermag als beim mündlichen . . . Sollte es indes gelingen, die hohe Bundesversammlung von der Notwendigkeit des mündlichen Verfahrens zu überzeugen, so wäre es immerhin wünschbar, dass der mündlichen Verhandlung ein Schriftenwechsel der Parteien voranginge. . .“

Das Bundesgericht bemerkte dazu, und der Bundesrat schloss sich ihm „aus voller Überzeugung“ an: „Gerade für die bundesgerichtliche Instanz sind die Vorteile des mündlichen Verfahrens vor dem schriftlichen so gross nicht, wie man wohl anzunehmen geneigt ist. Häufig, ja wohl in der Regel, sind die rechtlichen Standpunkte der Parteien schon aus den Akten der Vorinstanzen und den Urteilen derselben vollständig ersichtlich und bringen die

mündlichen Vorträge der Parteien vor Bundesgericht nichts anderes als eine ermüdende und zeitraubende Wiederholung dessen, was dem Richter schon aus den Akten bekannt ist. Gerade weil dem regelmässig so ist, bildet sich der Richter sein Urteil beim Studium der Akten. Gedenkt eine Partei vor Bundesgericht wirklich neue rechtliche Gesichtspunkte geltend zu machen, so ist es für sie ein Vorteil, wenn dieselben dem Richter bereits beim Aktenstudium in einer Rechtsschrift vorliegen und er nicht erst im mündlichen Vortrage, nach bereits vorläufig gebildeter Ansicht, damit überrascht wird. Von ganz wesentlicher Bedeutung dann aber sind der Zeit- und der Kostenpunkt... In aller Regel werden die Prozesse vor Bundesgericht von den gleichen Anwälten vorgetragen, welche sie vor den Kantonalgerichten geführt haben. Wenn dieser Umstand einerseits erklärt, dass vor Bundesgericht selten neue Gesichtspunkte geltend gemacht werden, so ist er andererseits geeignet, die Kosten eines mündlichen Verfahrens für entfernter wohnende Parteien in einer Weise zu steigern, dass dieselben, bei geringem Streitwerte, in gar keinem Verhältnisse zum Streitwerte mehr stehen. Manche Parteien werden sich durch diese Aussicht geradezu abhalten lassen, das Bundesgericht überhaupt anzurufen. Dass die Parteien ja auf die mündliche Verhandlung ohne wesentlichen Nachteil verzichten können, ist zwar richtig, allein erfahrungsgemäss geschieht dies selten... Die Plaidoyers sind ferner für das Gericht äusserst zeitraubend, und es würde daher eine Beibehaltung der Vorträge für alle, auch die kleinen Sachen einer, jedenfalls einer wesentlichen Herabsetzung des Streitwertes im Wege stehen, während gerade diese sehr zu wünschen ist. In grösseren Fällen dagegen, welche seltener vorkommen und wo der Streitwert die Kosten auszuhalten vermag, soll den Parteien allerdings das Recht der mündlichen Verhandlung gestattet... werden.“

Dementsprechend schlug der Bundesrat noch vor:
„In Streitigkeiten, welche sich auf einen Hauptwert von

Fr. 5000.— beziehen, findet ausser dem Schriftenwechsel auf Verlangen einer Partei eine mündliche Schlussverhandlung vor Bundesgericht statt.“

Die Lösung des OG von 1893 war dann bekanntlich: Berufungssumme Fr. 2000.— (seit 1921: Fr. 4000.—), schriftliches Verfahren mit Begründungszwang bis Fr. 4000.— (seit 1921: Fr. 8000.—), mündliches Verfahren ohne schriftliche Begründung bei höherem Streitwert und in nicht vermögensrechtlichen Prozessen.

Im Gutachten von 1909 kam das Bundesgericht auf die Frage zurück: „Als eine wesentliche Erleichterung der Aufgabe des Richters würden wir eine weitere Neuerung des Verfahrens betrachten . . . Es dient eine solche gedrängte Angabe der Anfechtungsgründe gerade in grösseren Prozessen dem Richter noch viel mehr als in Bagetellstreitigkeiten. Es würde dann wohl auch weniger auf sich haben, wenn ein Anwalt zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, und das Gericht könnte auch häufiger aus Landesgegenden angerufen werden, die weit von Lausanne entfernt sind und sich der durch das persönliche Erscheinen verursachten grossen Kosten wegen oft scheuen, die Berufung zu erklären. — Selbstverständlich hätte diese Begründung nicht die Bedeutung der Geltendmachung von Kassationsgründen, sondern bliebe dem Bundesgericht die freie rechtliche Würdigung der Tatsachen trotzdem gewahrt, wie dies ja auch jetzt der Fall ist bei den im schriftlichen Verfahren zu behandelnden Streitigkeiten. — Wird dieser Vorschlag angenommen, so könnte dann füglich auch die mündliche Verhandlung mehr eingeschränkt werden als bis jetzt. Das erscheint notwendig, um Zeit zur Erledigung der vielen neuen Zivilgeschäfte zu gewinnen; wenn ja gewiss oft die mündliche Verhandlung nicht entbehrt werden möchte, so darf doch gesagt werden, dass sie in einer grossen Zahl von Fällen überflüssig ist . . . Wir würden daher bestimmen, dass eine mündliche Parteiverhandlung nur stattfinde, wenn der Streitwert mindestens Fr. 10,000.— beträgt, bzw. nicht

vermögensrechtlich schätzbar ist und eine der Parteien es ausdrücklich verlangt.“

So im wesentlichen der Entwurf Jaeger: „Die Berufungserklärung muss enthalten: . . . die Gründe, auf welche die Berufung gestützt werden will, in gedrängtester Kürze; dabei kann auf Ausführungen vor den kantonalen Instanzen, soweit sie in den Akten oder im Urteil protokolliert sind, Bezug genommen werden.“ „Die kantonale Gerichtsstelle hat . . . die Gegenpartei aufzufordern, bei ihr innerhalb einer Frist von 10 Tagen eine Antwort auf die Berufungserklärung . . . einzureichen, welche enthalten soll: . . . eine in gedrängter Kürze gehaltene Antwort auf die Begründung der Berufung, wobei . . . Bezug genommen werden kann“ (wie oben).

Den Motiven Jaegers ist zu entnehmen: „Wenn der Richter weiss, dass er sein Urteil vor den Parteien öffentlich vertreten und begründen muss, so ist er natürlich gezwungen, sich die Akten vorher anzusehen, und kann sich nicht darauf verlassen, dass er sein Urteil sich dann erst auf Grund der mündlichen Verhandlung bilden werde ... Vom Referenten ganz abgesehen, der ja selbstverständlich nur, wenn er schriftlich referiert, die Gewissheit hat, auch nichts zu übersehen, kommen daher alle, auch die andern Mitglieder, sozusagen in allen, jedenfalls in der grossen Mehrzahl der Fälle, mit einer festgebildeten Meinung in die Sitzung . . . Die mündliche Verhandlung hat ihre Hauptbedeutung doch wesentlich für die Darstellung und Entwicklung des Tatsachenmaterials oder, soweit sie Rechtsausführungen bringt, bei einem Verfahren, in welchem sich der Richter gestützt auf diese mündlichen Vorträge erst seine Meinung bildet. Sie verliert aber ihre Bedeutung, wo die Meinungen schon gemacht sind, bevor überhaupt eine der Parteien zum Worte kommt, und es sollte daher jeder Anwalt die Möglichkeit begrüssen, durch eine schriftliche Eingabe zur rechten Zeit auf die Urteilsbildung einwirken zu können.“

Am 30. November 1918 beschloss das Bundesgericht „mit Rücksicht auf die durch den reduzierten Fahrplan bedingte Erschwerung des persönlichen Erscheinens der Parteien und ihrer Vertreter zur mündlichen Verhandlung bei Berufungen:

1. Wenn der Streitwert den Betrag von Fr. 4000.— erreicht oder der Streitgegenstand keiner Schätzung unterliegt, so kann der Berufungskläger innert der Berufungsfrist die Berufung schriftlich begründen, wenn er zugleich auf die mündliche Verhandlung verzichtet.

2. Der Präsident teilt diese Rechtsschrift dem Berufungsbeklagten mit und wartet mit der Vorladung zur mündlichen Verhandlung während 10 Tagen zu. Reicht der Berufungsbeklagte innert dieser Frist eine schriftliche Antwort ein, in welcher er auf die mündliche Verhandlung verzichtet, so unterbleibt diese Verhandlung. Unterlässt er dies, so werden beide Parteien zur mündlichen Verhandlung vorgeladen. Die Rechtsschrift des Berufungsklägers bleibt bei den Akten.“

Als dann im Jahre 1921 wegen des Sinkens des Geldwertes die Berufungssumme und dementsprechend auch die Grenze zwischen mündlichem und schriftlichem Berufungsverfahren erhöht werden mussten, wurde in der Botschaft des Bundesrates festgestellt: „In Anwaltskreisen erfreute sich dieses Verfahren bald grosser Beliebtheit; denn dadurch liess sich in minderwichtigen Fällen die Reise nach Lausanne vermeiden, ohne dass die Partei darunter leiden musste. Für das Bundesgericht war es insofern von Vorteil, als infolge des Wegfalles der Plaidoyers die Sitzungen nicht unwesentlich verkürzt wurden und den Richtern mehr Zeit zum Studium der Akten und zur Vorbereitung der Referate zur Verfügung stand.“ „Um eine rationellere Ausnützung der Arbeitskraft der Richter zu ermöglichen“, wurden bei dieser Gelegenheit folgende Änderungen von OG 67, 70—73 vorgeschlagen: „Die Berufung erfolgt durch Einreichung einer Rechtsschrift . . . , die enthalten muss: . . . 2. eine Begründung der Anträge

des Berufungsklägers, wobei auf im Urteil oder in den Akten protokollierte Ausführungen vor den kantonalen Instanzen Bezug genommen werden kann 3. wenn der Streitwert Fr. 10,000.— übersteigt oder seiner Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliegt, . . : die Angabe, ob eine mündliche Verhandlung verlangt werde. — Der Berufungsbeklagte kann innerhalb der Frist von 20 Tagen . . . eine schriftliche Beantwortung der Rechtsschrift des Berufungsklägers einreichen. Verlangt er innerhalb der erwähnten Frist in den in Art. 67 Ziff. 3 erwähnten Fällen nicht ausdrücklich eine mündliche Verhandlung, so wird angenommen, dass er auf eine solche verzichte. — Stellt sich die Berufung nicht sofort als unzulässig dar und liegt eine Streitsache vor, deren Hauptwert den Betrag von Fr. 10,000.— erreicht oder die ihrer Natur nach keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliegt . . ., so erfolgt eine Ladung der Parteien zur mündlichen Verhandlung nur, wenn eine der Parteien eine solche verlangt und das Gericht nicht auf Antrag des Präsidenten oder des Referenten die Berufung als zum vorneherein unbegründet erklärt hat.“

Diese Vorschläge fanden in beiden Kammern der Bundesversammlung gleich unfreundliche Aufnahme und wurden verworfen. Aus den Parlamentsreden mag folgendes wiedergegeben werden: Die Richter würden sich ihre Meinung nach der Rechtsschrift bilden und den Vortrag nicht abwarten. Aber in seinem Studierzimmer seine Meinung sich bilden oder es erst tun, nachdem man die Parteivorträge gehört hat, das ist zweierlei. In das Gesetz aufzunehmen, der Vortrag finde nur statt, wenn der Anwalt es ausdrücklich verlange, bilde eine gewisse Missachtung und Beeinträchtigung des Anwaltsstandes; man dränge den Anwalt in eine schiefe, missliche Stellung und gebe ihm nicht undeutlich zu erkennen, er werde nicht bien venu sein, wenn er des langen und breiten das schriftliche Anbringen in der Rechtsschrift nochmals vortragen werde, das Gericht gebe auf den mündlichen Vortrag

wenig, der Verzicht gefalle ihm besser. — On soumet le débat à des conditions telles qu'en pratique ce sera la suppression. — Les débats oraux de la part des plaideurs obligent les juges fédéraux à contrôler la valeur de leur méthode de travail et de raisonnement. Il ne faut pas chercher le remède dans une limitation du droit des justiciables. — Wir sind tatsächlich dahin gekommen, dass wir, um die Sache dem Bundesgericht recht bequem zu machen, an allen Orten auf den Grundsatz der Ideale der Rechtseinheit, der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit der Beratung und auf die Beseitigung der schweren Einwände gegen die Referentenwirtschaft verzichten. — A ce système du rapporteur qui présente un certain danger il n'y a un contrepoids, c'est le débat oral. C'est le seul moyen de rétablir un certain contrepoids entre l'opinion que peut avoir le rapporteur et celle qu'il combat. Le Tribunal fédéral n'aime pas beaucoup le débat oral. Vous aurez supprimé la délibération publique et par conséquent le contrôle que le public a le droit d'exercer sur la manière de rendre la justice du Tribunal suprême de la Confédération. — Etwas Neues sei die Ablehnung der Parteiverhandlung wegen Unbegründetheit; der Appellant bekäme dann ungehört unrecht.

II. Nachdem das Bundesgericht zu verschiedenen Zeiten und in ganz verschiedener Besetzung die Frage, inwiefern das mündliche Berufungsverfahren durch das schriftliche zu ersetzen oder wenigstens zu ergänzen sei, trotz allen Widerständen und Misserfolgen immer wieder aufgeworfen hat, wird dieser Frage die kapitale Bedeutung kaum abgesprochen werden können. Die für die Einschränkung der Mündlichkeit und die dadurch bedingte Ausdehnung der Schriftlichkeit geltend gemachten Gründe sind derart gewichtig, dass sie verdienen, ernstlich geprüft anstatt, abgesehen von andern Unsachlichkeiten, mit dem Vorwurf abgetan zu werden, sie entspringen dem persönlichen Unlustgefühl und Bequemlichkeitsbedürfnis der Bundesrichter. Scheint es nicht gerade umgekehrt, die

mündliche Parteiverhandlung sei als Abwechslung mit der alltäglichen anstrengenderen Arbeit im Studierzimmer erwünscht?

Um die heute im Vordergrund des Interesses stehenden Rationalisierungsbestrebungen vorauszunehmen, erachtete das Bundesgericht schon von jeher die Einschränkung der mündlichen Parteiverhandlung als angängig und geboten, weil die von ihr beanspruchte Arbeitszeit der Richter durch den Nutzen nicht aufgewogen werde und im Interesse der Bundesrechtspflege besser angewendet werden könnte. Der Nutzen der mündlichen Parteiverhandlung wird gering eingeschätzt, weil die Öffentlichkeit der anschliessenden Urteilsberatung die Richter zu vorausgehendem Aktenstudium zwingt, das eine sofortige Meinungsbildung unwillkürlich herausfordert. Keineswegs würde also erst die Einführung des Zwanges zu schriftlicher Berufungsbegründung bewirken, dass der Richter die Plädoyers nicht abwarte, bevor er sich seine Meinung bildet, sondern es ist schon jetzt so. Anders könnte es nur sein, wenn die Urteilsberatung verschoben und das Studium des Prozesses durch die Richter den Plädoyer erst nachfolgen würde. Allein die regelmässige Verschiebung der Urteilsberatung und Abstimmung stünde im Widerspruch mit deren Öffentlichkeit. Für uns kommt ein gemischtes System nicht in Frage, wie es bei den deutschen Gerichten, zumal beim Reichsgericht, in Gebrauch steht, wonach nur der Referent und der Präsident der mündlichen Verhandlung vorausarbeiten — übrigens im Anschluss an eine obligatorische Begründungsschrift —, die andern Richter dagegen bei Beginn der mündlichen Verhandlung dem Fall noch ganz fremd gegenüberstehen, und das Urteil doch sofort anschliessend, freilich in geheimer Beratung, gefällt wird, die in ganz anderer Weise als die öffentliche zu gegenseitiger Fragestellung und Belehrung unter den Richtern Gelegenheit bietet. Und zwar aus mehreren Gründen: In der mündlichen Verhandlung vor dem deutschen Reichs-

gericht kommen nur gerade die beim Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälte zum Wort, die Gelegenheit haben, sich eine besondere Fertigkeit für Plädoyers vor unvorbereiteten Rechtsmittel-Richtern anzueignen. Ausserdem wird dort die Zuverlässigkeit der Referenten und die Auffassungsgabe für solche Plädoyers durch langjährige Gewöhnung in der vorausgegangenen Richter-Tätigkeit bei unteren Instanzen besonders geschärft sein. Bei uns wird ein Teil der raschen Auffassungsgabe schon durch die für einen Teil der Richter „fremde“ Sprache des Plädoyers absorbiert; dazu kommt noch, dass viele Plädoyers von Rechtsanwälten aus der deutschen Schweiz wegen des stark mundartlichen Einschlages, zumal in der Vokalisation, für welsche Richter ohnehin schwer verständlich sind. Unsere beim Obersten Gerichtshof des Saargebietes als Richter tätig gewesenen Landsmänner haben übrigens nicht finden können, dass derart zustande gekommene Urteile von einigermaßen gleichmässiger Verantwortlichkeit des ganzen Spruchkollegiums getragen werden; gerade darauf wird aber bei uns grosser Wert gelegt, sowohl von den Rechtssuchenden als von den Richtern selbst.

Wer die Bedeutung der mündlichen Verhandlung danach einschätzt, dass er vielleicht einmal aus dem Votum eines Bundesrichters entnommen hat, dieser habe seine bereits vorgefasste Meinung unter dem Eindruck des Plädoyers geändert, gibt sich einer offenbaren Täuschung hin: Wäre nämlich eine Berufungsbegründungsschrift vorgelegen, so hätte gerade sie die Bildung der schliesslich als richtig erachteten Meinung bewirkt und die Gefahr gar nicht aufkommen lassen, dass die ursprünglich gebildete gegenteilige Meinung vielleicht nicht mehr ins Wanken gebracht werden könne.

Indessen würde durch die zahlenmässige Beschränkung der mündlichen Verhandlungen nicht nur Zeit zu anderweitiger Arbeit der Bundesrichter eingespart, sondern es könnte zudem die auf das Studium des Prozesses aufzuwen-

dende Zeit reduziert werden, wenn die Berufung zunächst in knapper Form schriftlich begründet würde, sei es an Stelle wegfallender, sei es vor bestehenbleibenden Plädoyers. Sämtliche Richter ersähen zum voraus, worauf es dem Rekurrenten ankommt, oder aber nicht ankommt, könnten ihr Studium auf ersteres konzentrieren und brauchten sich mit den übrigen vom Rekurrenten im kantonalen Verfahren ausserdem noch geltend gemachten Gründen nicht mehr näher abzugeben, ausser wenn ausnahmsweise einmal ein Richter fände, ein solcher in der Berufungsschrift nicht wieder aufgenommener Grund rechtfertige die Guttheissung der Berufung, oder wenn er von sich aus auf einen überhaupt nicht geltend gemachten Grund für die Guttheissung der Berufung stösst. Damit ein solcher Entscheidungsgrund von den übrigen Richtern auch noch ruhig und ungestört überdacht werden kann, was sowieso wünschbar ist, sollte er ihnen wenn möglich vor der Verhandlung bekannt gegeben werden, wobei eine kurze schriftliche Andeutung, ohne nähere Entwicklung der Argumente, dem Zweck zu genügen vermöchte, das eingehende Studium auch noch auf diesen Punkt zu lenken. Sollten jedoch neue Rechtsansichten, zu deren näherer Überlegung die Berufungsschrift keinen Anlass gab, erst durch die Plädoyers oder durch Referat oder Voten in die Diskussion geworfen werden, so sollten Abschluss der Beratung und Abstimmung ausnahmslos verschoben werden, damit Gelegenheit zur Erdauerung geboten und jede unliebsame Überraschung ausgeschlossen ist. (Gerade auch um derartige Verschiebungen zu erleichtern, schlage ich S. 255a hievor vor, die Spruchabteilungen nicht stärker zu besetzen, als es für den Abspruch erforderlich ist.) In gleicher Weise wäre zu verfahren, wenn neue Gründe zum Vorschein kommen, die einer sonst ins Auge gefassten Guttheissung der Berufung entgegengehalten werden. (Dabei setze ich, entgegen dem Entwurf Jaeger von 1909, mit dem Entwurf des Bundesgerichtes von 1921 voraus, dass der Berufungsbeklagte nicht zu

schriftlicher Beantwortung der Berufung aufgefordert, sondern dass ihm nur Gelegenheit dazu gegeben werde, die er ohne Rechtsnachteil ungenützt lassen kann.)

Würde auf diese Weise verfahren, so verschwände die in der Bundesversammlung kritisierte Erscheinung ganz von selber, dass sich der bundesgerichtliche Referent eingehend über alle irgendwie möglichen Betrachtungsweisen verbreite, um schliesslich doch alles abzukappen, was der Berufungskläger selbst, bzw. sein Anwalt schon längst abgekappt habe. Solange dem Berufungskläger nicht der Zwang schriftlicher Begründung auferlegt wird, bleibt dem Referenten schlechterdings nichts anderes übrig, als alle irgendwie möglichen rechtlichen Gesichtspunkte zu bearbeiten, um gewappnet zu sein, wenn er endlich in den letzten Minuten vor der Bekanntgabe seines Referates erfährt, was der Berufungskläger an dem angefochtenen Urteil auszusetzen hat, und was nicht.

Ausserdem würde der Begründungszwang dem Rekurrenten zum eigenen Nutzen und demjenigen des Bundesgerichtes verunmöglichen, das Rechtsmittel zu ergreifen, ohne dass er sich auch nur die geringste Vorstellung darüber zu machen brauchte, wie und mit welcher Aussicht auf Erfolg er das kantonale Urteil angreifen kann.

Endlich würde die Rechtsprechung des Bundesgerichtes durch die schriftliche Berufungsbegründung an Zuverlässigkeit gewinnen, woran dem Bundesgericht selbst nicht weniger gelegen sein kann als den Rechtsuchenden. Wer durch ein letztinstanzliches kantonales Urteil beschwert ist, erhielte Gelegenheit, seine vielleicht im wesentlichen erst gerade durch das Ergebnis der vorinstanzlichen Beurteilung bedingten Anfechtungsgründe so rechtzeitig vorzubringen, dass die Richter des Bundesgerichtes sie zum Gegenstand eingehenden Vorstudiums vor jeder eigenen Meinungsbildung machen könnten, anstatt dass sie wie jetzt in der unmittelbar an die Plädoyers anschliessenden Urteilsberatung ihre Meinung aussprechen müssen, ohne Gelegenheit zu ruhigem, von Hast befreitem

Überdenken der vorgebrachten Berufungsgründe im Studierzimmer zu haben, wodurch eine der Sache nicht förderliche Unsicherheit in die Beratung und Urteilsfällung hineingetragen wird (so Haab, Juristenzeitung 18, 172). Auch unter diesem Gesichtspunkte, nicht nur unter dem der Rationalisierung der Arbeit, wäre es von Vorteil, wenn die Richter ihr Studium nicht auf alle möglichen rechtlichen Betrachtungsweisen verzetteln müssten, sondern auf die geltend gemachten Berufungsgründe konzentrieren könnten, ausser wenn ihnen ein neuer Rechtsgedanke einfällt oder in der bereits angedeuteten Weise vermittelt wird. Dann erst würde die Urteilsberatung zur erschöpfenden Auseinandersetzung mit dem noch im Streite Liegenden werden. Gerade deshalb haben denn auch immer wieder bedeutende Anwälte in und ausserhalb der Bundesversammlung der schriftlichen Berufungsbegründung gerufen (in der Juristenzeitung z. B. Arthur Curti und Alfred Wieland 10 S. 10/1, 22 S. 273). Nur durch sie würde das Berufungsverfahren seinem Zweck entsprechend ausgestaltet, der ein ganz anderer ist als der des kantonalen erstinstanzlichen oder auch Appellations-Verfahrens.

Die blosse Zulassung der schriftlichen Berufungsbegründung nach dem Vorbild des Beschlusses des Bundesgerichtes vom 30. November 1918 ist als Notbehelf im Rahmen des grundsätzlich und ausschliesslich mündlichen Verfahrens zu werten, der dem Berufungskläger den Trumpf in die Hand gab, entweder dem Berufungsbeklagten gegen dessen Willen das schriftliche Verfahren anstatt des mündlichen aufzudrängen oder dann selbst zunächst schriftlich und hernach auch noch mündlich zum Wort zu kommen, was der Gegenpartei versagt war. Der Vorschlag des Bundesgerichtes und des Bundesrates von 1921 vermeidet diesen Mangel. Ihm ist in der Bundesversammlung Widerstand erwachsen, weil sich die Anwälte nicht in die Zwangslage drängen lassen wollen, die mündliche Verhandlung verlangen zu müssen. Um zu einem Ergebnis zu

gelangen, bleibt also nichts anderes übrig, als nach einer Lösung zu suchen, welche diesem Einwand begegnet. Ich möchte vorschlagen, es sei in das Ermessen eines Ausschusses von 2, eventuell 3 Mitgliedern der Spruchabteilung zu legen, eine mündliche Verhandlung anzuordnen oder nicht, wobei für letzteres Einstimmigkeit erforderlich sein soll, und überdies hätte es die Spruchabteilung natürlich in der Hand, jederzeit Nachholung der mündlichen Verhandlung zu beschliessen. In diesem Sinne votierte am Juristentag von 1910 auch alt Bundesrichter Winkler, der seine frühere ablehnende Stellungnahme von 1889 aufgab, als er vorübergehend während 10 Jahren Gelegenheit erhielt, den Bundesgerichtsbetrieb aus eigener Anschauung kennen zu lernen: „Die mündliche Verhandlung wünsche ich überhaupt nur noch beizubehalten für den Fall, dass eine solche durch das Gericht angeordnet wird.“ Und in seinem Gutachten schrieb er dazu den drastischen Satz: „Wenn, was anzunehmen ist, das Diskontinuitätsvermögen der Mitglieder des Bundesgerichtes sich stets auf der Höhe befindet, so werden die der Plädoyers würdigen Prozesse auch stets herausgefunden werden.“ In der Tat ist, zumal beim Vorliegen von Berufungsbegründungsschriften, für die Bundesrichter unschwer ersichtlich, ob eine mündliche Parteiverhandlung noch geboten sei oder doch von Nutzen sein könne. Bei der unter Missachtung von OG 81 leider nur allzuoft vorkommenden blossen Anfechtung der Tatbestandsfeststellung und der Beweiswürdigung ist dies ohne weiteres zu verneinen; beim Streit um die Auslegung einer bestimmt gefassten Rechtsvorschrift, wo es einfach abstrakte Rechtssätze zu entwickeln gilt, wird es nicht oft zu bejahen sein, dagegen häufiger bei den vielfachen Streitigkeiten über die Subsumtion unter allgemein gefasste Vorschriften. Gegenüber dem Vorschlag des Bundesgerichtes von 1921 bietet dieser Vorschlag auch noch den Vorteil, dass er zu einer Einschränkung der mündlichen Verhandlung in Nicht-Vermögensstreitigkeiten un-

abhängig von der Disposition der Parteien, bzw. ihrer Anwälte führt.

Dass die mündliche Verhandlung auf diese Weise zur seltenen Ausnahme gemacht werde, daran dürfte im Schosse des Bundesgerichtes kaum jemand ernstlich denken. Sollte eine Garantie dafür gegeben werden, dass dies nicht geschehe, so dürfte doch nicht an den Zusatz gedacht werden, dass mindestens für einen gewissen Bruchteil ($\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{3}$) der nicht wegen niedrigen Streitwertes ohnehin im rein schriftlichen Verfahren zu erledigenden Berufungen die mündliche Verhandlung angeordnet werden müsse. Denn dies hätte den Nachteil, dass bei steigender Zahl der Berufungen die mündlichen Verhandlungen entsprechend mehr Zeit beanspruchen, während es eher umgekehrt sein sollte, damit dem Studium alle Sorgfalt gewidmet werden kann. So bleibt kaum etwas anderes übrig, um jener Befürchtung Rechnung zu tragen, als dass das Bundesgericht jeweilen im Geschäftsbericht über die Zahl der angeordneten mündlichen Verhandlungen Aufschluss gebe, was eine gewisse Kontrolle erlaubt, dass die Einschränkung nicht der Unterdrückung gleichkomme. Auch um diesen Preis würde es sich zweifellos verlohnen, von dem heutigen rein mechanistischen Prinzip abzugehen, dass jedem Berufungskläger (ausser bei Vermögensstreitigkeiten um weniger als Fr. 8000.—) Gelegenheit zum Plädoyer gegeben wird, selbst wenn er unmöglich etwas vorbringen kann, was einem tauglichen Berufungsangriff auch nur entfernt ähnlich sieht. Gerade dieses mechanistische Prinzip führt dazu, dass zum Schaden anderer Prozesse, die eingehenden Studiums würdig sind, dieses zeitlich eingeschränkt werden muss, während umgekehrt das andere Prinzip dem Bundesgericht ermöglichen würde, mit seiner Zeit haushälterischer umzugehen, was die einzige Rettung vor einer weiteren Erhöhung der Berufungssumme in nicht allzuferner Zeit sein dürfte.

In den Fällen, wo keine mündliche Verhandlung angeordnet wird, muss natürlich, gleichwie schon heute im

schriftlichen Verfahren bei kleinerem Streitwert, in den Kauf genommen werden, dass keine Gelegenheit geboten ist, noch weitere, in der Berufungsbegründungsschrift nicht angedeutete Berufungsgründe anzubringen, wie es sonst in der mündlichen Verhandlung geschehen kann. Wenn diese Gefahr zu möglichst sorgfältiger Überlegung bei Abfassung der Berufungsschrift innerhalb der zu diesem Zweck auf 30 Tage verlängerten Berufungsfrist Anlass gibt, so werden davon sowohl die Rechtsuchenden als auch die Arbeitsmethoden des Bundesgerichtes nur gewinnen. An der freien rechtlichen Nachprüfung wird natürlich ebenso wenig etwas geändert wie bei dem schon jetzt für niedrige Streitwerte geltenden rein schriftlichen Verfahren.

Der Zwang zu schriftlicher Berufungsbegründung würde dem Bundesgericht ferner erlauben, den bedeutenderen Fragen mehr Zeit zuwenden zu können dadurch, dass Berufungen, die sich sofort als durchaus aussichtslos erweisen, ohne weitere Verzögerung auf dem Wege des Zirkulationsbeschlusses, d. h. durch schriftliche Abstimmung ausserhalb der öffentlichen Sitzung beurteilt werden, Berufungen also, von denen vorauszusehen ist, dass sie in der öffentlichen Sitzung nach ganz kurzer Erörterung einstimmig abgewiesen würden, wie jedem Rechtsverständigen erkennbar sein muss, ohne dass es nötig wäre, hierfür noch lange Gründe anzuführen. Irgendeine Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs wäre mit diesem Vorgehen nicht verbunden, ebensowenig wie heute im schriftlichen Berufungsverfahren bei kleinen Streitwerten oder im staats- und verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren oder besonderes im Verfahren bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, die ohne Zirkulationsbeschlüsse unmöglich auskäme. Betroffen würden davon nur Berufungen, die von vorneherein gar nicht eingelegt worden wären, wenn dies durch besondere, beim Bundesgericht zugelassene, mit dem Rechtsmittel der Berufung vertraute Rechtsanwälte geschehen müsste.

Um so eher ist es geboten, dem Bundesgericht zu ermöglichen, sie mit möglichst wenig Arbeitsaufwand zu erledigen, also auf Grund von kurzen, nur in Verbindung mit dem Aktenstudium verständlichen Referaten, die in öffentlicher Sitzung als ungenügend empfunden würden, deswegen aber nicht weniger zuverlässig sind. Um ein derart abgekürztes Verfahren ist man auch im deutschen Strafprozess nicht herumgekommen, wo die „Revision“ nicht von besonderen, beim Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälten erklärt werden muss. Voraussetzung solcher Erledigung wäre selbstverständlich Einstimmigkeit, gerade auch in der Frage der Aussichtslosigkeit, also Nichtvorhandensein irgend welchen Zweifels an der Unbegründetheit. Von einer Urteilsbegründung sollte in derartigen Fällen regelmässig überhaupt abgesehen werden dürfen, damit nicht die Zahl der Gerichtsschreiber und Sekretäre entsprechend dem Umfang der vorgeschlagenen Erweiterung der Gerichtsbarkeit des Bundesgerichtes vermehrt werden muss.

Endlich würde der Begründungszwang dem Bundesgericht ermöglichen, im Falle der Verletzung von OG 63 die Rückweisung gemäss OG 64 auszusprechen, ohne dass den Parteien die Kosten zweimaliger mündlicher Verhandlung erwachsen (so Entwurf Jaeger Art. 79).

Die schriftliche Berufungsbegründung, freilich nicht nur der Zwang, sondern schon die blosse Ermöglichung, würde den wenig begüterten, zumal weit von Lausanne weg wohnenden Parteien die Anrufung des Bundesgerichtes wesentlich erleichtern; sie brauchten nicht wie heute einen Anwalt nach Lausanne zu delegieren, um ihre Anfechtungsgründe rite vorbringen zu können, oder, wenn sie vor den daherigen Kosten zurückschrecken, auf die Berufung zu verzichten, wie es, wiewohl irrtümlicherweise, oft geschieht.

III. Die an den Inhalt der Berufungsschrift zu stellende Anforderung würde ich dahin formulieren, dass (neben dem heute Erforderlichen) nicht nur anzugeben sei,

welche Rechtsgrundsätze durch das angefochtene Urteil verletzt, sondern ausserdem darzulegen sei, inwiefern sie nicht oder nicht richtig angewendet wurden, damit der Begründungszwang nicht durch ein paar bloss der Form halber hingeschriebene Zeilen illusorisch gemacht werden kann. Die Begründung muss der beschränkten Kognition angepasst sein; daher würde ich die Bezugnahme auf vor der Vorinstanz gemachte Ausführungen nur gestatten, wenn schon einzelne bestimmt zu bezeichnende Aktenstellen derart zugeschnittene Rechtsausführungen enthalten, was nur ausnahmsweise zutreffen wird. Eine von den Rechts-erörterungen losgelöste Tatbestandsdarstellung wäre ausdrücklich zu untersagen, damit die Rechtsschriften nicht unnütz verlängert werden.

Eine ungenügende Rechtsschrift sollte zur Verbesserung binnen 5 Tagen zurückgewiesen werden können mit der Androhung, dass andernfalls die Berufung von der Hand gewiesen werde. Bei dieser Formulierung wäre es möglich; allfällig von der Zurückweisung zur Verbesserung Umgang zu nehmen, also den Mangel nachzusehen, wenn ohnehin unschwer zu ersehen ist, was der Berufungskläger will, zumal wenn er nicht durch einen Anwalt vertreten ist.

Zur Konzentration der mündlichen Verhandlung vermöchte es auch noch beizutragen, wenn jedem Berufungskläger eine formularmässige Anleitung darüber geschickt würde, was er in seinem Plädoyer vorbringen darf und was nicht, weil der Überprüfung des Bundesgerichtes entzogen. Schon wiederholt habe ich von Anwälten gehört, sie hätten nicht gewusst, dass dieses und jenes nicht ins Berufungsverfahren gehöre, und wären dankbar gewesen, dies vorher zu erfahren. Wird erst der wohlvorbereitete Vortrag in der Verhandlung selbst unterbrochen, so bringt dies den Vortragenden nur um so mehr aus dem Konzept. — Oder es könnte vielleicht daran gedacht werden, in einem weiteren Doppel der Berufungsschrift auszustreichen, was entsprechend der Natur des Rechtsmittels unzulässiges

Vorbringen ist, und dieses Doppel dem Berufungskläger als Richtschnur für sein Plädoyer zurückzuschicken.

5. Weitere Verfahrensfragen

I. Verfahren vor den kantonalen Gerichten OG 63: Der Entwurf Hafner sah vor, dass der wesentliche Inhalt der Zeugenaussagen zu Protokoll zu nehmen sei, mit der Begründung: „Es wird als ein nicht unbedeutender Mangel bei der Feststellung des Tatbestandes bezeichnet, dass im Kanton Waadt die Zeugenaussagen nicht protokolliert werden, während doch die genaue Kenntnis der Zeugenaussagen auch für die richtige Beantwortung der Rechtsfragen notwendig ist oder doch nötig sein kann.“ Der Bundesrat lehnte diesen Vorschlag ab aus dem Grunde: „Mit einer solchen Bestimmung würde doch niemals dem Bundesgerichte die Möglichkeit gegeben, die Aussagen der Zeugen ebenso richtig zu beurteilen, wie dies dem Richter möglich war, vor welchem die Abhörung stattgefunden hat. Und wenn in der Würdigung der Aussagen das Bundesgericht auf Grund eines Protokolls von derjenigen des kantonalen Gerichtes abweichen sollte, so wäre es unseres Erachtens mindestens zweifelhaft, welche Instanz den Zeugen richtig verstanden hat; unseres Erachtens kann man mit gutem Grund der Auffassung desjenigen Richters regelmässig den Vorzug geben, der die aussagende Person mit eigenen Ohren gehört und mit eigenen Augen gesehen hat.“ Indessen nahm der Entwurf Jaeger den Vorschlag Hafners wieder auf.

Wenn es aber der Zivilprozessordnung des Kantons Waadt darauf ankommt, durch Nichtprotokollierung der Zeugenaussagen jedem Rechtsmittelgericht — in appellabeln, bzw. besser rekurrabeln Vermögensstreitigkeiten über weniger als Fr. 4000.— auch dem eigenen Kantonsgericht — zu verunmöglichen, dass es aus dem Einvernahmeprotokoll etwas anderes herauslese, als das erstinstanzliche Gericht aus der Befragung und Aussage des Zeugen herausgehört hat (und überdies jede Wiederholung der Zeu-

genabklärung auszuschliessen), so glaube ich nicht, dass von Bundesrechts wegen diesem System entgegengetreten werden dürfe, das auf den ersten Blick etwas merkwürdig anmuten mag, für das jedoch sehr beachtliche Gründe ins Feld geführt werden können (vgl. Koutaissoff, *l'appréciation des témoignages en procédure civile vaudoise*, dans le *Recueil de travaux* publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'assemblée de la Société des juristes 1934). Natürlich darf aber die sog. *solution testimoniale* nur Tatsachen zum Gegenstand haben.

II. *Berufungsfrist*, OG 65: Sie wird entsprechend den Entwürfen Hafner und Jaeger und in Anpassung an die bezüglichen Vorschriften über die staatsrechtliche und die verwaltungsgerichtliche Beschwerde mit Rücksicht auf den Zwang schriftlicher Begründung auf 30 Tage zu verlängern sein, die Frist für die schriftliche Antwort, die jetzt mit 10 Tagen etwas knapp bemessen ist, wohl auf 2 Wochen oder 15 Tage. — Über die Einlegungsstelle s. S. 272a hievor.

III. *Hemmung der Rechtskraft*, vorläufige Vollstreckung, OG 65: Nach dem Entwurf Jaeger soll das Bundesgericht ausnahmsweise, wenn eine Partei zwingende Gründe dafür anführt, ein Urteil trotz eingelegter Berufung, mit oder ohne vorherige Sicherstellung, ganz oder teilweise als vorläufig vollstreckbar erklären können. Wenn aber nach dem auf S. 342/3a hievor Gesagten die Möglichkeit eingeräumt würde, offenbar unbegründete Berufungen ohne Vorladung der Parteien ausserhalb der öffentlichen Sitzung durch schriftliche Abstimmung zu beurteilen, so dürfte dies wohl die gleiche wohltätige Wirkung haben wie die vorläufige Vollstreckbarkeit, dass nämlich verurteilte Schuldner mit rascher Abweisung trölerischer Berufungen rechnen müssen und daher von deren Einlegung absehen — anderseits dem Berufungskläger gegebenenfalls bessere Garantien gegen bloss summarische Prüfung bieten und dem Bundesgericht eine nicht allzu

gering einzuschätzende Mehrarbeit ersparen. Zudem würde diese Vereinfachung der Prozedur alle trölerischen Berufungen erfassen, auch solche von querulierenden Klägern und überhaupt auch Berufungen in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Hievon abgesehen komme ich nicht über die Bedenken hinweg, was es für Folgen hätte, wenn einmal eine Berufung nach erfolgter Vollstreckbarerklärung doch gutgeheissen würde; denn auch bei der von Jaeger ins Auge gefassten Beschränkung der vorläufigen Vollstreckung auf die zur Wahrung der Gläubigerrechte notwendigen vorsorglichen Schritte (Pfändung, Güterverzeichnis) kann empfindlicher, den Betrag der Urteilssumme oder der Sicherstellung weit übersteigender Schaden aus der blossen Verfügungsbeschränkung entstehen.

Wünschbar und sachlich gerechtfertigt wäre die Klarstellung, dass der Eintritt der Rechtskraft nur im Rahmen der Berufungsanträge gehemmt wird (vgl. Weiss, Berufung S. 111/2).

IV. Angabe des Streitwertes, OG 67: Nach OG ist in der Berufungserklärung (künftig Berufungsschrift) der Streitwert anzugeben, wenn die Zulässigkeit der Berufung vom Werte des Streitgegenstandes abhängt und letzterer nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht. Geschieht es nicht, so wird nicht auf die Berufung eingetreten, sofern sich nicht aus den übrigen Akten ein die Berufungssumme erreichender Streitwert ergibt. Auch hier möchte ich die Ansetzung einer kurzen Nachfrist zur Nachholung der Streitwertangabe vorschlagen, was zudem das Bundesgericht der Mühe enthöbe, die ganzen Akten daraufhin durchzusehen, ob das Fehlen dieser Formalität entschuldigt werden könne.

V. Zustellung an die Gegenpartei: Auch wenn die Einlegung der Berufung beim *judex a quo* beibehalten würde, so schiene mir die vom Entwurf Jaeger vorgesehene Bestimmung nicht gerechtfertigt, dass jener das Doppel sofort der Gegenpartei zur Beantwortung zustelle, weil m. E. die Einholung der Antwort unterbleiben sollte vor

allem einmal in den Fällen, wo sich sofort herausstellt, dass auf die Berufung nicht eingetreten werden kann, damit der Gegenpartei nicht unnütze Kosten erwachsen, sodann aber auch, wenn sich die Berufung sofort als unbegründet darstellt; es ist nicht einzusehen, warum dies für die Berufung nicht ebenso gelten solle, wie es für die zivilrechtliche Beschwerde (und ihre Vorläufer), die staatsrechtliche und die verwaltungsgerichtliche Beschwerde übereinstimmend angeordnet worden ist.

VI. Anschlussberufung, OG 70: Bei Zusammenziehung von Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde in einen einheitlichen Zivilrekurs wäre die Anschlussberufung ausdrücklich nur gegen Haupturteile über den erforderlichen Streitwert und in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zuzulassen. Und wohl auch an die Erlegung der Einschreibgebühr zu knüpfen.

Es würde zu erheblicher Vereinfachung beitragen, wenn die Anschlussberufung erst gleichzeitig, bzw. zusammen mit der Berufungsantwort beim Bundesgericht eingereicht werden könnte; auch für sie wäre der Begründungszwang vorzusehen, wobei 14 oder 15 Tage Frist doch genügen dürften. Könnte von der Zustellung der Berufungsschrift auch in den Fällen abgesehen werden, wo sich die Berufung sofort als unbegründet darstellt, so würde freilich die Frist für die Anschlussberufung gar nicht in Gang gesetzt und die Berufung abgewiesen, ohne dass der Berufungsbeklagte von der Gelegenheit zum Anschluss hätte Gebrauch machen können. Allein ich glaube, kein Berufungsbeklagter werde sich benachteiligt fühlen, sofern eben die Berufung der Gegenpartei so rasch wie möglich und ohne Verursachung weiterer Kosten abgewiesen wird.

VII. Referent, OG 71: Die bisherige Vorschrift, dass bei Zulässigkeit der Berufung der Präsident einen (andern) Richter als Referenten bezeichne, wird in dieser Form nicht aufrecht erhalten werden wollen.

VIII. Kostennote, OG 76: Die durch die Tarifizierung gegenstandslos gewordene Vorschrift ist fallen zu lassen.

IX. Revision des angefochtenen kantonalen Urteiles, OG 77: Im eben erschienenen Rechenschaftsbericht pro 1934 veröffentlicht ein Obergericht die nicht näher begründete Entscheidung: „Ein Urteil, gegen das eine Berufung beim Bundesgericht anhängig ist, ist nicht rechtskräftig und unterliegt somit der Revision nicht.“ Danach scheint also auch heute noch nicht überall als einzig richtig empfunden zu werden, dass es sinnwidrig ist, dem Bundesgericht die Nachprüfung eines kantonalen Urteiles zuzuschieben, dessen Grundlagen durch Revisionsgesuch angefochten sind — auf die Gefahr hin, dass dann das bundesgerichtliche Urteil, anstatt von vorneherein hintangehalten zu werden, nachträglich revidiert werden müsse. Gerade dies will OG 77 vermeiden, wie Weiss, Berufung S. 135/6, gestützt auf Präjudizien näher darlegt. Es scheint also nicht überflüssig zu sein, OG 77 entsprechend zu verdeutlichen.

X. Nova: Der Entwurf Jaeger will dem jetzigen Art. 80 einen zweiten Absatz beifügen: „Wenn es zum Verständnis des Sachverhältnisses absolut notwendig ist, kann das Gericht durch den Berichterstatter oder eine Abordnung einen Augenschein vornehmen lassen.“ Ich sehe hierin weniger ein neues Beweismittel als vielmehr einen Ersatz dafür, dass die Sprache, bzw. Schrift nicht immer tauglich ist, um den Tatbestand genügend anschaulich zu machen. Unter den gleichen Voraussetzungen schiene mir auch eine Wiederholung der Demonstration von Modellen, allfällig durch den von der Vorinstanz beigezogenen Sachverständigen, mit dem (natürlich streng beizubehaltenden) Grundsatz von OG 80 nicht im Widerspruch zu stehen und also nicht nur dann angebracht, wenn die Modelle unschwer nach Lausanne geschickt werden oder, wie kürzlich Mannequins, reisen können, sondern auch wenn die Vorführung an Ort und Stelle gebunden ist. Nur frage ich mich, ob ein aus diesem Grunde nötiger

Augenschein dann nicht von der ganzen Spruchabteilung vorgenommen werden müsse.

Weitergehend schlug die I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes bei der Gesetzesrevision von 1921 vor, dem Art. 82 OG folgenden dritten Absatz beizufügen: „Bei Patentstreitigkeiten kann das Bundesgericht einen Augenschein vornehmen und Sachverständige beiziehen“, mit der Begründung: „Die juristische Seite der Patentstreitigkeiten hängt häufig vom richtigen Verständnis der technischen Seite ab. Da im Gericht keine Fachleute sich befinden, ist es angewiesen auf die Zeichnungen, Modelle und Beschreibungen, die aber häufig nicht imstande sind dem Richter schon zu genügendem Verständnis zu verhelfen. Er sollte noch in der Lage sein, die Funktion der Erfindung selbst zu beobachten und unparteiische Sachverständige beizuziehen, die ihm dann auf gestellte Fragen eine objektive Aufklärung zu geben vermögen.“ Dieser Vorschlag wurde vom Ständerat zum Beschluss erhoben auf Antrag seines Kommissionspräsidenten, der die Kommission nicht mehr hatte konsultieren können, da er „das Aktenstück erst gestern erhielt“. Die Kommission des Nationalrates wollte jedoch nichts davon wissen: „Nous ne contestons pas que dans certains cas il peut être utile pour le Tribunal fédéral de se transporter sur les lieux, de nommer de nouveaux experts, en d'autres termes de procéder à une nouvelle instruction. Mais ceci n'est pas conforme aux principes mêmes de l'art. 81 qui veut que le Tribunal fédéral prenne l'état de fait tel qu'il a été établi par les instances cantonales sans avoir le droit de le modifier . . . Par conséquent à moins d'une refonte du principe de l'art. 81 cet alinéa nous semble devoir être supprimé“, was dann auch geschah.

Nach dem vorhin Gesagten bin ich freilich nicht der Meinung, dass ein blosser Augenschein oder die blosser Vorführung durch den Experten der Vorinstanz mit der Verbindlichkeit der Tatbestandsfeststellung und dem Ausschluss von nova im Widerspruch stehe. Sobald aber

neue Sachverständige beigezogen werden, ist die Gefahr des Abgleitens von jenen Grundsätzen wohl kaum mehr abzuwenden, und dies liefe dann in der Tat auf die Veränderung des Rechtsmittels der Berufung, bzw. auf die Einführung eines neuen, besonderen Rechtsmittels in Patentstreitigkeiten hinaus, das nicht einfach im Anschluss an einen Expressbrief auf die Berufung aufgepfropft werden kann, sondern reiflich erwogen und nach mehreren Seiten hin abgeklärt zu werden verdient.

C. Die zivilrechtliche Beschwerde. OG 86 ff.

Das OG von 1893 führte zwei dem OG von 1874 unbekannt gewesene Rechtsmittel der Zivilrechtspflege ein:

a) eine binnen 10 Tagen beim Bundesgericht einzureichende und ohne mündliche Verhandlung zu beurteilende Beschwerde in Amortisationssachen,

b) eine binnen 20 Tagen beim *judex a quo* zuhanden des Bundesgerichtes einzureichende, mit Gründen zu versehende, ohne mündliche Parteiverhandlung zu beurteilende Kassationsbeschwerde gegen letztinstanzliche nicht durch Berufung angreifbare Urteile, „wenn das kantonale Gericht statt des eidgenössischen kantonalen oder ausländisches Recht zur Anwendung gebracht hat“. Hafner hatte die Beschwerde a) vorgeschlagen, weil das Amortisationsverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre und daher die Berufung auf dasselbe nicht passe, und ausdrücklich auf den Fall der Abweisung eines Amortisationsbegehrens beschränkt. Die Beschwerde b) hatte Hafner nur im Interesse der Rechtseinheit vorgeschlagen, weil noch mancherorts kantonale Gesetzesbestimmungen als fortbestehend betrachtet werden, welche durch das OR ausser Kraft gesetzt seien (während dagegen der umgekehrte Fall viel seltener vorkomme), und es zweifellos in höchstem Grade wünschbar sei, dass die vollständige Grenzbereinigung zwischen kantonalem und eidgenössischem Recht rasch durchgeführt werde. Das Bundesgericht hatte sich für die Ausdehnung der Beschwerde

b) eingesetzt auf die Fälle: „wenn das kantonale Gericht statt der eidgenössischen ausländische Gesetze zur Anwendung gebracht hat oder statt der kantonalen eidgenössische“, weil hier ebenfalls der Herrschaftsbereich des eidgenössischen Rechtes in Frage stehe; doch vermochte es die Expertenkommission und den Bundesrat nicht davon zu überzeugen, dass es Aufgabe eines eidgenössischen Gerichtshofes sei, ein kantonales Urteil aufzuheben, wenn das kantonale Gericht zu Unrecht eidgenössisches statt kantonales Recht angewendet habe.

Im Gutachten von 1909 schlug das Bundesgericht dann vor, diese beiden Rechtsbehelfe zu verschmelzen und noch etwas weiter zur „Kassationsbeschwerde“ auszugestalten, um dadurch die Möglichkeit zu schaffen, diesem neuen Rechtsmittel auch eine Reihe von Streitigkeiten aus dem ZGB zu unterstellen, welche sich für die Berufung nicht eignen, nämlich

zunächst diejenigen (jetzt in OG 86, 1—3 genannten), für welche das ZGB selbst die Weiterziehung an das Bundesgericht vorbehalten hat,

sodann Verfügungen gemäss ZGB 15: Mündigerklärung, 35/8 und 548: Verschollen(heits)erklärung, 96: Ehemündig(keits)erklärung, 170/1: richterliche Verfügungen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, 267: Adoption, 297: Entzug der den Eltern zustehenden Verwaltung des Kindesvermögens, 329: Festsetzung der Verwandten-Unterstützungspflicht, 594: Anordnung der amtlichen Erbschaftsliquidation auf Begehren der Gläubiger, 870: Amortisation von Pfandtiteln, 961: vorläufige Eintragung ins Grundbuch,

ferner eidgenössisch geregelte Gerichtsstandsfragen, inbegriffen die Geltendmachung der Verletzung des Art. 59 der Bundesverfassung,

ausserdem diejenigen Beschwerden wegen Verletzung des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, welche nicht in Verbindung mit einem zivilrechtlichen Haupturteil be-

rufungsweise dem Bundesgericht unterstellt werden können und nicht den Charakter von eigentlichen staatsrechtlichen Beschwerden haben, wie diejenigen über Nichtbeachtung der Verpflichtungen des Art. 378 ZGB,

endlich eidgenössisch-rechtlich geregelte Prozessfragen, die auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Einfluss sind („womit die grossen Unzukömmlichkeiten vermieden würden, die daraus entstehen, dass solche Rechtsverletzungen jetzt vor Bundesgericht erst gerügt werden können, nachdem das ganze Verfahren bis zum Urteil durchgeführt ist“).

Dazu bemerkte das Bundesgericht: „Es genügt vollständig, wenn das Gericht auf die Prüfung der namhaft gemachten Anfechtungsgründe: Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung eines eidgenössischen Rechtssatzes oder eine aktenwidrige tatsächliche Feststellung, sich beschränkt. Die tatsächlichen Verhältnisse werden meist einfacher Natur sein, und eine Scheidung der Rechts- von der Tatfrage wird in den wenigsten Fällen Schwierigkeiten bieten. Um zu vermeiden, dass das Rechtsmittel zu Trölerereien benützt würde, dürfte ihm kein Suspensiveffekt zukommen, bzw. nur auf ausdrückliche Verfügung des Präsidenten des Bundesgerichtes“.

Dem entspricht im wesentlichen der Entwurf Jaeger, der zwar einerseits die Verschollenerklärung, sowie die vorläufige Eintragung ins Grundbuch (aus in den Motiven nicht namhaft gemachten Gründen) strich, anderseits beifügte: „Ablehnung und Anfechtung der Ernennung als Vormund oder Beistand (ZGB 388, 397) und Amtsenthebung (ZGB 445, 450). Den Motiven ist zu entnehmen: „Bei allen diesen Fällen wird es sich zumeist um in tatsächlicher Beziehung einfacher liegende Streitigkeiten handeln, bei denen auch die rechtliche Beurteilung sich meist nur auf die eine Frage zuspitzen wird, ob die vom Gesetze gegebene Entscheidungsnorm, die nicht weiter zu suchen ist, sondern meist auf der Hand liegen wird,

so oder anders auszulegen sei, welchen Inhalt ein bestimmter, im Gesetz enthaltener Begriff habe.“

Die Mehrheit des Bundesgerichts wollte laut ihrem Bericht von 1910 in allen diesen Fällen den von ihr vorgeschlagenen einheitlichen Zivilrekurs zulassen.

Dagegen wollte der Entwurf Burckhardt die Weiterziehung nur gerade da einräumen, wo sie vom ZGB gefordert wurde, ausserdem auch noch gegen die Festsetzung des Beitrages der Ehefrau an den Ehemann zur Tragung der ehelichen Lasten im Falle der Gütertrennung (ZGB 246) und gegen die Entziehung der elterlichen Vermögensrechte (ZGB 298), anderseits aber auch dann, wenn eidgenössisches Zivilrecht statt kantonalem oder ausländischem angewendet wurde.

Für letztere Neuerung liege jedoch kein Bedürfnis vor, erklärte das Bundesgericht (s. Botschaft des Bundesrates im Bundesblatt 1911 III 63).

Umgekehrt schloss sich der Entwurf des Justizdepartements wieder an den vom Bundesgericht vorgeschlagenen, bzw. im Entwurf Jaeger enthaltenen Katalog an.

Der Entwurf des Bundesrates behielt von diesem Katalog nur noch die Fälle nach ZGB 170 I und III, 172, 264/7, 388, 397, 445, 450 und die Amortisation.

Fallen gelassen wurde insbesondere die Vorschrift, dass nur die von den Parteien geltend gemachten Beschwerdegründe der Beurteilung des Bundesgerichtes unterliegen.

Von der Bundesversammlung wurde der Katalog von OG 86 auf das vom ZGB selbst geforderte Mindestmass und auf die Amortisation von Pfandtiteln und anderen Wertpapieren eingeschränkt.

II. OG 86: Soweit das neue Rechtsmittel der zivilrechtlichen Beschwerde die einheitliche Anwendung materieller Vorschriften des ZGB sichern soll, wird kaum ein ihm zugrunde liegender leitender Gedanke zu finden sein. Es mochte damals angängig erscheinen, die vom jüngst erlassenen ZGB aufgestellten Vorbehalte der Weiter-

ziehung an das Bundesgericht zur Richtschnur zu nehmen, während man heute wohl allfällig sogar eine Einschränkung dieser Vorbehalte durch ein späteres Gesetz ins Auge fassen dürfte, wenn nicht umgekehrt einer Ausdehnung nähergetreten werden will. Indem man nämlich die Weiterziehung einerseits auf diese vom ZGB vorbehaltenen Fälle beschränkte, anderseits in Amortisationssachen beibehielt und auf die Kraftloserklärung von Pfandtiteln ausdehnte, schuf man etwas ganz Unausgeglichenes. Wie stimmt es zusammen, dass man zwar die Beschwerde wegen Amortisation von Wertpapieren, die in den 17 Jahren ihrer bisherigen Geltung zweimal benützt worden war, weiterhin ohne Wertgrenze gewährte, dagegen die Beschwerde wegen Amortisation von Personen, d. h. bei Verschollenerklärung vorenthielt? Und wie kann man es rechtfertigen, dass gegen die Entziehung der elterlichen Gewalt beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden kann, wenn sie wegen Unfähigkeit, schweren Missbrauches oder grober Pflichtvernachlässigung gemäss ZGB 285 ausgesprochen worden ist, dagegen nicht, wenn im Falle der Wiederverheiratung von Vater oder Mutter „die Verhältnisse es erfordern“, bzw. nach Ansicht der kantonalen Behörden es erfordert haben? Hievon abgesehen gibt es zahlreiche in Anwendung des ZGB zu treffende Entscheidungen, deren Tragweite viel bedeutender ist als die Verweigerung der Amortisation eines Pfandtitels oder sonstigen Wertpapiers im Werte von ein paar wenigen Hundert oder Tausend Franken, und wo die einheitliche Rechtsanwendung sicher keine geringere Bedeutung hat als gerade hier. Es scheint mir sogar an weitere als die früher katalogisierten Fälle gedacht werden zu können, bzw. zu müssen, z. B. an die Verweigerung der Aufforderung an den bösgläubig abwesenden Ehegatten zur Rückkehr (ZGB 140), die Weigerung, die Entziehung der Schlüsselgewalt zu veröffentlichen (ZGB 164), die Nichtanordnung der gerichtlichen Gütertrennung trotz Begehrens des einen oder andern Ehegatten (ZGB 183/4), die richter-

liche Ehelicherklärung (ZGB 260), die Gestaltung der Rechte der Eltern eines anerkannten oder mit Standesfolge zugesprochenen ausserehelichen Kindes (ZGB 324), die Verweigerung der Fristverlängerung zur Erbschaftsausschlagung oder zur Erklärung über den Erbschaftserwerb nach Durchführung des öffentlichen Inventars (ZGB 576/87), Massregeln bei Wertverminderung des Grundpfandes (ZGB 808 ff.). Damit will ich nicht abschliessend der Meinung Ausdruck geben, dass in allen diesen Fällen ein Rechtsmittel an das Bundesgericht gegeben werden müsse, sondern ich will es nur zur Erwägung anheimstellen zum Nutzen einer ebenmässigeren Ausgestaltung der zivilrechtlichen Beschwerde. Die im Gutachten Winkler ganz vereinzelt vorgeschlagene Verweigerung der Abkürzung der Wartefrist (ZGB 103/4) lasse ich weg, weil ein allfälliger Entscheid des Bundesgerichtes durch die weitere Entwicklung der Verhältnisse bis zu seiner Fällung wohl gegenstandslos würde, ebenso die Entscheide über Ermächtigung der Ehefrau zur Berufsausübung (ZGB 167), weil das Bundesgericht ebenso wenig wie zur Obervormundschaftsbehörde zum obersten Schutzpatron der Ehe berufen werden kann, und endlich auch die (blosse) Wegnahme der Kinder, die zwar oft kaum weniger empfindlich als die Entziehung der elterlichen Gewalt, aber wesentlich polizeilicher Natur und sozusagen ohne rechtsgestaltende Reflexwirkung ist. Dass die Festsetzung der Verwandten-Unterstützungspflicht hier ausscheidet, weil sie nach der neuesten Rechtsprechung mit der Berufung angegriffen werden kann, ergibt sich bereits aus früher Gesagtem (s. S. 306a hievor). Bei Mündigerklärung, Ehemündigerklärung und Kindesannahme (im Gegensatz zu deren Aufhebung), die bereits im ersten Katalog enthalten waren, stelle ich mir vor, es komme nur die Weiterziehung der Verweigerung in Frage, ansonst mir nicht ersichtlich ist, wer Beschwerde führen könnte. — Nur sorgfältige Einzeluntersuchungen können hier zu einer einigermaßen befriedigenden, ausgeglichenen Ordnung führen.

III. OG 87, 1. Dass die Rüge der fälschlichen Anwendung kantonalen anstatt eidgenössischen Rechtes durch Abstraktion vom Haupturteil und Streitwert erleichtert werde, ist auch im dritten Jahrzehnt der Geltung des ZGB noch angebracht, wiewohl sich solche Fälle nur noch in kleiner Zahl ereignen. Den umgekehrten Beschwerdefall hat das Bundesgericht, im Widerspruch zu seiner Stellungnahme *de lege ferenda*, schliesslich doch *de lege lata* zugelassen (BGE 48 I 233), was in einem neuen OG zum Ausdruck zu bringen sein wird, wenn daran festgehalten werden soll. In der Tat: warum sollte das Bundesgericht nicht auch dazu berufen sein, dass den Kantonen gelassen werde, was der Kantone ist? Nichts stünde entgegen, in OG 87, 1 beizufügen: „wegen Anwendung eidgenössischen anstatt kantonalen Rechtes“, während sich die gleiche Umkehrung bezüglich des ausländischen Rechtes freilich merkwürdig ausnähme. Versteht es sich doch schon nicht ganz von selber, dass das OG die Anrufung des Bundesgerichtes vorsieht, um auch in geringwertigen Fällen dem Schweizerrecht vor dem Auslandsrecht Geltung zu verschaffen, ohne sich dann aber irgendwie darum zu kümmern, ob das Schweizerrecht auch zutreffend angewendet werde.

IV. OG 87, 2: Die bezüglich Haupturteil und Streitwert ebenso voraussetzungslose zivilrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des ZivVerhG war durch die gleichzeitige Vereinheitlichung des Zivilrechtes dazu verurteilt, weniger dem interkantonalen als dem internationalen Privatrecht zu dienen. Die Ordnung unseres internationalen Privatrechtes, wie sie das ZivVerhG wesentlich im Anschluss an die Kollisionsnormen für unser damals noch weitgehend zersplittertes Inlandrecht getroffen hat, würde es nun an und für sich wohl kaum verdienen, dass für dessen einheitliche Anwendung ein besonderes bundesrechtliches Rechtsmittel aufgestellt oder beibehalten werde. Indessen ist eine nicht streitwertbegrenzte und daher umfassendere Rechtsprechung des Bundes-

gerichtet auf diesem Gebiete doch zu begrüßen, weil es dem Bundesgericht eher als den kantonalen Gerichten möglich ist, bei der Auslegung des wesentlich auf die interkantonalen Verhältnisse zugeschnittenen ZivVerhG die tempéraments anzubringen, die sich rechtfertigen, sobald dessen Anwendung auf internationale Zivilrechtsverhältnisse in Frage steht.

V. OG 87, 3: Die Beschwerde wegen Verletzung von eidgenössischen Gerichtsstandsvorschriften macht zum Teil double emploi mit der sub IV behandelten. An und für sich dürfte wohl die Frage aufgeworfen werden, ob es sich rechtfertige, dass das Bundesgericht kantonale Entscheide aufhebt, wenn sich ergibt, dass zwar ein anderes Gericht, jedoch des gleichen Kantons zuständig gewesen wäre. Allein eine daherige Beschränkung dieser Beschwerde wäre insofern nicht unbedenklich, als die möglichst umfassende Rechtsprechung in Gerichtsstandsfragen wie nichts anderes der Rechtssicherheit zu dienen geeignet ist.

Nicht als solche Gerichtsstandsvorschrift lässt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung den Art. 59 der Bundesverfassung gelten, wiewohl es selbst im Gutachten von 1909 die Kassationsbeschwerde, jetzt zivilrechtliche Beschwerde hierfür gefordert hatte (BGE 56 I 87, auch schon 47 II 113). Aus den Motiven: „L'art. 59 CF n'institue pas un for fédéral du domicile, mais se borne à fixer des limites au droit de juridiction des cantons . . . en autorisant . . . tout justiciable domicilié en Suisse à refuser d'être jugé par des tribunaux autres que ceux du canton dans lequel il est domicilié . . . Des raisons d'opportunité militent, au surplus, en faveur de cette solution . . . l'on ne saurait raisonnablement exiger d'un défendeur qui invoque l'art. 59 CF pour contester la compétence des tribunaux d'un canton que, avant de s'adresser à la Cour de céans, il fasse trancher cette question par les tribunaux de ce canton“. Noch stichhaltiger scheint mir ein anderer Grund zu sein, welcher der Subsumtion des Art. 59 der Bundesverfassung unter OG 87, 3 absolut entgegen-

steht: dass nämlich die Verfassungsgarantie verkümmert würde, wenn das Bundesgericht, wie es bei der zivilrechtlichen Beschwerde der Fall ist, die der Entscheidung über die Wohnsitzfrage zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheides hinnehmen müsste. Dies scheint mir unbeachtet geblieben zu sein, als jenes Postulat aufgestellt wurde.

Ausdrücklich aufgestellt zu werden verdiente die Bestimmung, dass die Verletzung einer eidgenössischen Gerichtsstandsvorschrift, die hätte mit zivilrechtlicher Beschwerde gerügt werden können (sei es, dass ein letztinstanzlicher Entscheid bereits vorlag oder doch provoziert werden konnte), entgegen OG 58 II nicht mehr in Verbindung mit der Hauptsache durch Berufung der Nachprüfung des Bundesgerichtes unterworfen werden kann.

VI. Über die vom Bundesgericht und vom Entwurf Jaeger postulierte Weiterziehbarkeit von Vorentscheidungen über eidgenössisch-rechtlich geregelte prozessuale Fragen, die auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Einfluss sind, habe ich mich bereits in anderem Zusammenhang (s. S. 309a ff. hievor) ausgesprochen.

VII. Die Gründe, die das Bundesgericht und den Entwurf Jaeger dazu bewogen, in allen besprochenen Fällen nur eine Kassationsbeschwerde zuzulassen, nämlich die Einfachheit der Rechtslage, die nicht befürchten lasse, dass sich der Beschwerdeführer in den Beschwerdegründen vergreifen könnte, lassen sich ebenso gut dafür anführen, dass die freie rechtliche Nachprüfung keine wesentliche Mehrarbeit verursache. Nachdem sie dann übrigens für die zivilrechtliche Beschwerde in Übereinstimmung mit der Berufung eingeführt worden ist, wird es ohnehin dabei das Bewenden haben sollen.

VIII. Ebenfalls in anderem Zusammenhang (s. S. 273a hievor) ist ausgeführt worden, dass keine Notwendigkeit besteht (noch bestand), für die zivilrechtliche Beschwerde eine andere Einlegungsstelle vorzuschreiben als für die Berufung. Sobald in dieser Beziehung die gleiche Ordnung

getroffen wird, so besteht kaum mehr genügende Veranlassung zur Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher Beschwerde und Berufung (im schriftlichen Verfahren), die nicht selten zu Verwechslungen geführt hat. Aus der Begründungsschrift in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid ergibt sich zur Genüge, ob nur beschränkte Nachprüfung im Sinne von OG 87, 1 und 2 platzgreifen kann; andernfalls ist die Nachprüfung in allen Fällen in gleicher Weise frei. Ich glaube sogar, dass davon abgesehen werden darf, die Hemmung der Rechtskraft verschieden zu behandeln. Denn in denjenigen Fällen, wo der Aufschub der Vollziehung wirklich bedenklich wäre (Fälle von OG 86, 1—3), werden ja auch schon während der Dauer des kantonalen Verfahrens einstweilige Verfügungen haben getroffen werden müssen, oder können solche noch nachgeholt werden (OG 78). In den Fällen von OR 87, 1 und 2 kann von der Vollstreckung gewiss ebensogut vorderhand abgesehen werden wie bei der Berufung, ohne dass deswegen Trölereien zu befürchten wären. Und im Falle von OG 87, 3 (Gerichtsstandsbeschwerde) wird der Prozess sowieso nicht beginnen, bis die Akten wieder aus Lausanne zurück sind. Das einheitliche Rechtsmittel soll m. E. zivilrechtliche Beschwerde genannt werden, nicht nur als Pendant zur staatsrechtlichen Beschwerde, sondern auch zur besseren Kennzeichnung des Wesens des Rechtsmittels, das alles andere als eine Appellation ist, wie es von den Rechtsmittelklägern entsprechend dem irreführenden Namen Berufung oft genannt und aufgefasst wird.

D. Die Revision. OG 95 ff.

Die zwei ganz verschiedenen Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage und der Restitutionsklage werden vom Bundeszivilprozess zum einheitlichen Institut der Revision zusammengefasst, und diese Revision findet auch gegen Berufungs- und Beschwerdeurteile des Bundesgerichtes statt. Dies hat oft eine empfindliche Einschränkung der

Restitutionsmöglichkeit zur Folge, weil der Bundeszivilprozess nur das Auffinden entscheidender Beweismittel, nicht auch entscheidender Tatsachen genügen lässt, deren Beibringung im früheren Verfahren unmöglich gewesen war. Dem will der Entwurf Jaeger abhelfen indem er einerseits Nichtigkeitsbeschwerde und Revisionsbeschwerde auseinanderhält, anderseits die Revisionsgründe im angedeuteten Sinn erweitert, „sofern nicht das betreffende kantonale Recht diese Revisionsgründe ausschliesst“. Ich glaube aber, dass es das richtigste wäre, wenn durch die Weiterziehung an das Bundesgericht überhaupt nichts an der Restitutionsmöglichkeit geändert würde, dass also hiefür nach wie vor das kantonale Zivilprozessrecht massgebend sein und vom Bundesgericht angewendet werden sollte (während natürlich für die Nichtigkeitsgründe nur Bundeszivilprozess gelten könnte). Das Problem scheint mir ähnlich zu liegen wie bei der Vollziehung und das dort S. 269a hievor Gesagte mutatis mutandis auch hier Geltung zu beanspruchen.

Wenn der Entwurf Jaeger jedes nachträgliche Rechtsmittel gegen das (gar nicht mehr bestehende) Urteil der Vorinstanz ausschliesst, so ist damit das Problem immerhin nicht restlos gelöst, weil zwar als Revisionsgrund genügen soll, „wenn auf dem Wege des Strafprozesses erwiesen wird, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen auf die Feststellung des Tatbestandes im kantonalen Urteil eingewirkt worden ist“, dagegen nicht auch, wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass die für das Urteil des Bundesgerichts schlechthin massgebende, einen integrierenden Bestandteil desselben bildende Tatbestandsfeststellung durch die Vorinstanz ohne die vorgeschriebene Besetzung oder unter Beizug von abgelehnten oder ausgeschlossenen Richtern stattgefunden hatte. S. auch S. 232a hievor ad d.

V. Schuldbetreibungs- und Konkursachen.

A. Rechtsöffnung u. drgl., Nachlassverfahren.

I. Kaum hatte Hafner im Jahre 1888 seinen Entwurf für ein neues OG fertig gestellt, so wurde ein weiteres der in Art. 64 der Bundesverfassung vorgesehenen Gesetze erlassen, bezüglich derer Art. 114 der Bundesverfassung es der Bundesgesetzgebung „überliess“, die Befugnisse festzustellen, die dem Bundesgericht behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind: das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. Soweit dieses Gesetz von den Betreibungsbeamten und den Konkursbeamten, Konkursverwaltern und Sachwaltern im Nachlassverfahren, bzw. von den kantonalen Aufsichtsbehörden anzuwenden ist, glaubte man, die Sorge für die einheitliche Anwendung gleichwie die Oberaufsicht überhaupt dem Bundesrat auftragen zu können. Dies erwies sich jedoch schon sehr bald als ein Fehlschlag, weshalb das SchKG schon im dritten Jahre seiner Geltung dahin abgeändert werden musste, dass die Oberaufsicht dem Bundesgericht übertragen wurde. Insoweit aber das SchKG von den Gerichten anzuwenden ist, ohne dass es zur Fällung von Haupturteilen im Sinne von OG 58 käme, oder von Arrestbehörden oder Nachlassbehörden oder Exmissionsbehörden, traf das SchKG überhaupt keinerlei Vorsorge für seine einheitliche Anwendung. Dies veranlasste Hafner, anfangs 1890 Zusatzanträge zu seinem OG-Entwurf aufzustellen im (äusserlichen) Anschluss an die Regelung der Beschwerde in Amortisationssachen. Danach sollte beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden können wegen Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften gegen die letztinstanzlichen Entscheide kantonalen Gerichtsbehörden über

Begehren um definitive Rechtsöffnung für mindestens Fr. 500.—,

Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung für mindestens Fr. 500.—,

Gesuche um Aufhebung oder Einstellung der Betreuung, bzw. Abweisung des Konkursbegehrens, wegen Tilgung oder Stundung der Schuld von mindestens Fr. 500.—,

Begehren um Konkurseröffnung nach SchKG 190, Konkurseröffnung über Aktiengesellschaften oder Genossenschaften nach SchKG 192,

sowie gegen letztinstanzliche Entscheide der kantonalen Nachlassbehörden, durch welche ein Nachlassvertrag bestätigt oder verworfen oder das Gesuch eines Gläubigers um Aufhebung des Nachlassvertrages mit Bezug auf seine Forderung oder um Widerruf eines Nachlassvertrages gutgeheissen oder abgewiesen worden ist.

Von alledem wollte schon das Justizdepartement nur Beschwerden gegen Entscheide über Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung und über Begehren um Konkurseröffnung nach SchKG 190, sowie gegen die Konkurseröffnung über Aktiengesellschaften oder Genossenschaften nach SchKG 192 festhalten. Und der Bundesrat machte in seinem ein Vierteljahr nach dem Inkrafttreten des SchKG herausgegebenen Entwurf für das OG überhaupt keine bezüglichen Vorschläge mehr. Ein im Nationalrat vom thurgauischen Obergerichtspräsidenten Fehr gestellter Antrag auf Einführung einer Beschwerde an das Bundesgericht gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide betreffend Konkurseröffnungen, Rechtsöffnungen für mindestens Fr. 500.— und Nachlassverfahren hatte nur den Erfolg der Annahme einer Motion: Einladung an den Bundesrat, „zu geeigneter Zeit Bericht und Antrag über die Frage vorzulegen, ob und wie die Kompetenzen der Bundesbehörden vervollständigt werden sollten“. Einerseits glaubte man, man brauche keine solche oberste Instanz, gleichwie man ja bezüglich der Oberaufsicht über die Betreibungs- und Konkursämter gemeint hatte, dass „ein einzelner Beamter des Justizdepartements, einen Blick auf die Rekurschrift werfend, den Anstand rasch und

ohne Förmlichkeiten aus der Welt zu schaffen imstande sein werde“. Anderseits fürchtete man von der Zweispurigkeit der Rechtsmittel im Betreibungs- und Konkursverfahren — teils an den Bundesrat, teils an das Bundesgericht — Verwirrung.

Indessen kam die Frage nach dem Erlass des SchKG nicht zur Ruhe. Schon im zweiten Jahr nach dem Inkrafttreten musste sich der Schweizerische Juristenverein in seiner Jahresversammlung von 1893 mit der „Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen“ befassen. Der Referent Professor von Salis, Mitglied des dem Bundesrat beigeordneten Eidgenössischen Betreibungsrates, stellte die Thesen auf: „Die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes bleibt eine unvollständige, solange die Handhabung wichtiger Bestimmungen des SchKG ausschliesslich den kantonalen Behörden, unter Ausschluss eines Rechtsmittels an eine Bundesinstanz, überlassen ist. Es ist daher die Erweiterung der Kompetenzen der Bundesbehörden auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes notwendig. Diese Erweiterung kann, solange nicht eine grundsätzlich neue Gestaltung des Beschwerderechtes in Schuldbetreibungs- und Konkursachen in Verbindung mit einer Neuorganisation der Betreibungs- und Konkursbehörden vorgenommen wird, nur in einer Ausdehnung der Kompetenz des Bundesrates liegen.“ Der Korreferent Brüstlein, Vorsteher des Eidgenössischen Amtes für Schuldbetreibung und Konkurs beim Eidgenössischen Justizdepartement, meinte, seine „Erörterungen decken sich in ihren Ergebnissen vollkommen mit den Thesen des Referenten. Sie könnten höchstens nahelegen, jene Thesen um eine weitere zu vermehren, worin gefordert würde, dass die Rechtsprechung in Betreibungs- und Konkursachen dem Bundesrat abgenommen werde. Doch bedarf es dieses Postulates nicht; ich begnüge mich, mit dem Referenten die Vermehrung der Kompetenz der eidgenössischen Aufsichts-

behörde zu verlangen; das weitere wird die Logik der Tatsachen von selbst verrichten“.

Zu einer Abstimmung über die Thesen kam es zwar nicht, sondern vorderhand nur zur Absendung eines Sympathietelegrammes an die in Lausanne tagende Schweizerische Naturforschende Gesellschaft. Aber schon sehr bald, im Jahre 1895, verrichtete die Logik der Tatsachen mindestens so viel, dass die Obergerichts- über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das Bundesgericht, das nach damals gebräuchtem Ausdruck beim Erlass des SchKG ausgeschaltet worden war, übertragen und nun auch eine Unzahl unerledigt gebliebener Beschwerden nach Lausanne zum Aufarbeiten geschickt wurde. Dagegen wurde die Erweiterung des Kompetenzgebietes des Bundesgerichtes abgelehnt mit der Begründung, dass die sich daraus ergebende Arbeitslast „in diesem Augenblicke“ nicht sicher gemessen werden könnte, und dem Bundesgericht die Möglichkeit gewährt werden solle, bei der Lösung dieser Frage die eigenen Erfahrungen über seine neue Stellung und Tätigkeit zu Rate zu ziehen und zu benützen. Hiebei ist es, trotz wiederholten Anregungen, seit 40 Jahren geblieben.

In der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1901 nahm Bundesrichter Bachmann, Mitglied der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, in einem Referat über prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht die Thesen von Salis-Brüstlein von 1893 in der Form wieder auf, die angeregte Ausdehnung der Kompetenzen der Bundesbehörden sei in der Weise durchzuführen, dass die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer einheitliche Oberinstanz für sämtliche Beschwerden und Berufungen aus dem Gebiete des Betreibungs- und Konkursverfahrens werde.

Im Gutachten von 1909 äusserte sich das Bundesgericht dahin, es sollte das schon oft aufgestellte Postulat, dass die Rechtseinheit auch auf allen Gebieten des Be-

treibungsrechtes hergestellt werde, verwirklicht werden, indem die hauptsächlichsten, jetzt noch ganz den Kantonen überlassenen Inzidententscheide im Betreibungs- und Konkursverfahren ebenfalls der Zivilkassationsbeschwerde unterstellt würden, nämlich,

bei Vorhandensein eines Streitwertes von Fr. 2000.—
die Rechtsöffnungsentscheide, die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung, die Arrestaufhebungsklage,

die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung und die Entscheide über Bestätigung oder Verwerfung und Aufhebung und Widerruf des Nachlassvertrages.

Dazu bemerkte das Bundesgericht: „Wenn dieses neue eidgenössische Rechtsmittel für die Entscheide über definitive Rechtsöffnungen und für die Klage auf Aufhebung des Arrestes wegen mangelnden Arrestgrundes geschaffen wird, so würde u. E. dadurch auch der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung der Art. 61 und 59 der Bundesverfassung überflüssig; diese Verfassungsartikel haben ja durch die im SchKG enthaltenen Grundsätze ihre nähere Ausführung erhalten, und die Individualrechte der Art. 59 und 61 sind jetzt gesetzliches Recht geworden, die sich eine Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht ebenso gefallen lassen müssen wie alle andern Zivilrechte; es handelt sich ja hier im Grunde nicht um staatsbürgerliche, sondern um rein zivilrechtliche Streitfragen.“

Die bezüglichlichen Bestimmungen finden sich im Entwurf Jaeger, mit anschliessenden Verfahrensvorschriften (für die Zivilkassationsbeschwerde). Hier ist aber die Weiterziehung in Arrestaufhebungssachen vom Streitwert unabhängig, in Konkurseröffnungssachen auf die Schuldenflucht und dergl. sowie Zahlungseinstellung beschränkt vorgesehen und auf die Ausweisung von Mietern und Pächtern ausgedehnt.

Indessen war der Bundesrat wieder nicht hiefür zu haben, obwohl er die Revision nicht auf das durch den Erlass des ZGB unerlässlich notwendig Gewordene beschränkte, sondern die Gelegenheit benützte, um sich selbst vom letzten bedeutenden Rest der ihm verbliebenen staatsrechtlichen Beschwerden zu befreien.

Allein gegen diesen unbefriedigenden, die Rechtseinheit auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes schwer beeinträchtigenden Zustand muss unbedingt Abhilfe geschaffen werden (so auch Schurter, Bundeszivilprozessrecht S. 324). Es besteht in der kantonalen Rechtsprechung über einzelne der erwähnten Gebiete ein eigentlicher Wirrwarr, dem nicht anders als durch ein neues ordentliches Rechtsmittel an das Bundesgericht ein Ende bereitet werden kann, weil das — sehr häufig in Anspruch genommene — ausserordentliche Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung diese Aufgabe unmöglich zu erfüllen vermag. Damit würde endlich auch für diesen Teil des SchKG geschehen, was der Bundesrat von dem andern, zunächst bei ihm selbst untergebracht gewesenen Teile sagte, als es ihm 1895 daran gelegen war, sich davon zu entlasten: „dass die Bundesgesetzgebung den von der Verfassung zwar nicht in Befehlsform vorgeschriebenen, wohl aber doch ausdrücklich angedeuteten Weg betritt“. Hiefür haben sich denn auch die Referate der Professoren Haab und Carry über die Revision des SchKG für die Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1932 warm ins Zeug gelegt.

II. Über das Anwendungsgebiet des neu zu schaffenden Rechtsmittels gehen der Entwurf Hafner, das Gutachten des Bundesgerichts von 1909 und der Entwurf Jaeger in Einzelheiten auseinander. Muss das Rechtsmittel für die Arrestaufhebungsklage ohne Streitwertgrenze gewährt werden, so dürfte Art. 61 der Bundesverfassung das gleiche auch für die definitive Rechtsöffnung verlangen. — Keinesfalls könnte ich der Ansicht Hafners beistimmen:

„Gegen Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung besteht für die Beschwerde ans Bundesgericht gar kein Interesse. Aber auch bei der Bewilligung scheint mir ein solches Interesse nicht vorhanden zu sein, da ja der Schuldner, wenn er von dem ihm nach SchKG 83 II zustehenden Rechte (auf Aberkennungsklage) Gebrauch macht, trotz der provisorischen Rechtsöffnung nicht zur Zahlung gezwungen werden kann und die in SchKG 83 I erwähnten Nachteile nicht sehr bedeutend sind.“ Hafner dürfte sich kaum zum voraus richtig vorgestellt haben, von welcher Bedeutung es sein kann, mit Hilfe der provisorischen Rechtsöffnung vor oder mit und nicht erst (mehr als 30 Tage) nach anderen Gläubigern zur Pfändung zu gelangen. Ebensowenig darf umgekehrt die doch auch mit bloss provisorischer Pfändung verbundene Verfügungsbeschränkung bagatellisiert werden. Übrigens hat sich ja gerade am Institut der provisorischen Rechtsöffnung wegen des umstrittenen Begriffes der Schuldanerkennung in frappantester Weise gezeigt, dass die Setzung einheitlichen Rechtes ohne einheitliche Rechtsanwendung keineswegs überall tauglich ist, um über die Rechtszersplitterung hinauszuführen. Wenn Hafner weiter sagt: „Der Begriff der Glaubhaftmachung des Art. 82 II wird allerdings nicht überall gleich festgestellt werden, sondern verschiedenen Auffassungen Raum geben; allein das genügt offenbar nicht, um eine Beschwerde ans Bundesgericht zu gestatten“, so wird dem freilich beizustimmen sein. Dagegen wird wieder einheitlich festgestellt werden können, was für Einwendungen zur Entkräftung der Schuldanerkennung tauglich sind. — Andererseits möchte ich im Gegensatz zum Gutachten des Bundesgerichtes von 1909 und zum Entwurf Jaeger das neue Rechtsmittel für die rechtlich nicht selten heiklen Gesuche um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung nicht missen, zumal insofern es das einzige Verteidigungsmittel gegen die Konkursöffnung als Fortsetzung einer Betreibung sein kann. Es mag ja überhaupt als nicht folgerichtig bezeichnet werden, dass gegen diesen

wirtschaftlich und sozial einschneidendsten Betreibungsakt kein eidgenössisches Rechtsmittel gegeben werden soll, während sonst jede beliebige, viel weniger einschneidende Betreibungshandlung dem Rekurs an das Bundesgericht zugänglich ist. Allein zweifellos würde ein solches Rechtsmittel regelmässig einfach zur Trölerei benützt werden, und seine Einführung würde ohne zureichenden Grund die leidigen Fälle stark vermehren, wo die Bekanntmachung des Konkurses seiner Eröffnung erst lange nachhinkt. Um so dringender scheint mir das Bedürfnis danach, das Funktionieren des Sicherheitsventils der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung zu gewährleisten. — Auf die Weiterziehbarkeit der sofortigen Konkurseröffnung nach Widerruf der Nachlassstundung oder Nichtbestätigung des vorgeschlagenen Nachlassvertrages (SchKG 190, 3) hat Hafner selbst kein grosses Gewicht gelegt, ebenso wie auf die Weiterziehbarkeit der Konkurseröffnung über Aktiengesellschaften und Genossenschaften gemäss OR 657 und 704. — Bei der Ausweisung von Mietern und Pächtern wird zu erwägen sein, ob die Weiterziehbarkeit mit der Notwendigkeit schleuniger Behandlung vereinbar sei. — Endlich fehlt in allen bisherigen Katalogen der Streit über das neue Vermögen, wobei es sich freilich regelmässig nur um tatsächliche Verhältnisse handeln wird, aber doch einige Rechtsfragen der Abklärung dringend bedürfen. Schliesslich wird zu erwägen sein, ob die Weiterziehung nicht auch gegen den sehr empfindlichen Widerruf der Nachlassstundung zu gestatten sei, und ob sie nicht ebenfalls an eine Streitwertgrenze zu knüpfen sei, wenn ein Gläubiger Aufhebung (nicht Widerruf) des Nachlassvertrages verlangt.

Wie erwähnt, sind diese Fälle im Entwurf Jaeger im Zusammenhang mit der Zivilkassationsbeschwerde geordnet, aus der dann im geltenden OG die zivilrechtliche Beschwerde geworden ist. Nur soll die Weiterziehungsfrist ausnahmsweise auf 10 Tage verkürzt werden. Schon mit Rücksicht hierauf möchte ich zur Erwägung

stellen, ob diesen Fällen nicht eher ein besonderer Abschnitt zu widmen sei, und zwar im Anschluss an die Aufsichtsbeschwerde gemäss SchKG 19, wobei die Weiterziehung im Notrecht des Pfandnachlassverfahrens ein praktisch bewährtes Präjudiz zu bilden vermöchte. Werden Zivilberufung und zivilrechtliche Beschwerde zusammengezogen (s. S. 359/60a hievor), so müsste für die hier in Rede stehenden Fälle ja auch noch die weitere Ausnahme gemacht werden, dass die Vollziehung nur auf ausdrückliche Präsidialverfügung hin gehemmt wird (allfällig gegen Sicherstellung). Dies würde nicht hindern, auf einzelne besonders aufzuführende Verfahrensvorschriften des Zivilrekurses zu verweisen, oder noch besser wären sie zu wiederholen, mindestens diejenigen, welche sich an die Vorinstanzen und an die Parteien richten, um einerseits die Tatbestandsfeststellung (im weiteren Sinn) anzubefehlen, bzw. die einzuhaltenden Formen vorzuschreiben. Für das Bundesgericht wäre auch hier die freie rechtliche Nachprüfung in Anspruch zu nehmen, in Übereinstimmung mit den Rechtsmitteln der Zivilrechtspflege und der Aufsichtsbeschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. — Die Kostenbestimmungen müssten entsprechend ergänzt werden.

B. Beschwerden gegen Betreibungs- und Konkursämter.

I. Der Aufsichtsrekurs gemäss SchKG 19 belastet das Bundesgericht mit einer Unmenge von Trölereien. Dafür geschieht aber auch das Menschenmögliche in der Vereinfachung der Behandlung dieser Fälle. Wie ihnen sonst beizukommen wäre, ist mir nicht ersichtlich. Jede Streitwertgrenze wäre kompliziert zu handhaben und zudem bedenklich, weil sie die einheitliche Rechtsanwendung bezüglich eines guten Teiles der unpfändbaren Vermögensstücke sowie des Gebührenstarifes verunmöglichen würde. Die Androhung von Kanzleikosten und Busse auf missbräuchliche oder trölerische Beschwerdeführung

hat kaum generalpräventive Wirkung, schon wegen der wenig strengen Handhabung, die sich übrigens gegenüber den betriebenen Schuldner unter dem Gesichtspunkt rechtfertigt, dass die meist fruchtlose Eintreibung der Justizverwaltung nur weitere Umtriebe und Auslagen verursachen würde. Etwelche Besserung, auch zugunsten der oberen kantonalen Aufsichtsbehörden, liesse sich wohl dadurch erzielen, dass die erfolglose Weiterziehung abgewiesener Beschwerden von der Gebührenfreiheit ausgenommen würde. Wenn im Betreibungs- usw. Verfahren kein Fehler unterlaufen ist und mit einer Beschwerde durch alle Instanzen hindurch unbegründete Begehren geltend gemacht werden, so vermag ich nicht einzusehen, wieso die Kostenlosigkeit des Beschwerdeverfahrens auch noch vor den kantonalen und der eidgenössischen Obergerichtsbehörden geboten sein sollte. In solchen Fällen wäre also die bereits besprochene (s. S. 270a hievor) Einschreibgebühr formularmässig einzufordern mit der Androhung, dass die Rekurseingabe sonst als nicht eingegangen erachtet werde. Zweifellos wäre mit vielen Gesuchen betriebener Schuldner um Erlass zu rechnen, die mindestens den Präsidenten der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer doch nötigen würden, den Fall zu studieren. Allein wenn dann das Armenrechtsgesuch wegen Aussichtslosigkeit des Rekurses abgewiesen wird, so würde immerhin noch die Beschlussfassung und die Ausfertigung des Urteils erspart werden können.

II. Der Entwurf Jaeger enthält die Verfahrensvorschriften, die bisher zum Teil fehlten, zum Teil in einer bundesgerichtlichen Verordnung aufgestellt waren, welche vielen Rechtsuchenden zum Fallstrick geworden ist. Selbst wenn in einem neuen OG wieder angeordnet würde, dass der Rekurs an das Bundesgericht bei der kantonalen Aufsichtsbehörde einzureichen sei (d. h. wenn nicht die Einlegung für sämtliche Rechtsmittel beim Bundesgericht selbst konzentriert würde; s. S. 275a hievor),

so sollte doch die direkte Einreichung beim Bundesgericht nicht mehr wie jetzt die Verwirkung nach sich ziehen, zumal jene Vorschrift in einem gewissen, nicht für jedermann verständlichem Widerspruch zu SchKG 19 stünde.

III. „Ist einer der vom Entscheid betroffenen Beteiligten von der Vorinstanz nicht gehört worden, so sind seine neuen tatsächlichen Vorbringen noch zu berücksichtigen“, lautet eine der von Jaeger vorgeschlagenen, der bisherigen Rechtsprechung entsprechenden Verfahrensvorschriften. Mir scheint, es sollte in dieser Beziehung weiter gegangen und der Anlass benützt werden, um den kantonalen Aufsichtsbehörden durch bundesgesetzliche Vorschrift einmal anzubefehlen, dass sie nicht über einen Antrag entscheiden — also ihn wegen der Weiterziehbarkeit auch nicht abweisen — dürfen, ohne diejenigen Dritten anzuhören, welche betroffen werden, wenn antragsgemäss entschieden wird. Konstitutionelle Bedenken stünden einer solchen Vorschrift wohl ebensowenig entgegen wie andern Eingriffen in das kantonale Verfahrensrecht (vgl. z. B. OG 63), auf die bei der Ausgestaltung der Bundesrechtspflege schlechterdings nicht verzichtet werden kann. — Bei der Einarbeitung der übrigen Vorschriften der Beschwerdeführungsverordnung über das Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden wird nicht ausser acht gelassen werden dürfen, dass der Empfangschein kein taugliches Mittel ist, um den Ablauf der Weiterziehungsfrist zu bestimmen.

VI. Die Staatsrechtspflege.

A. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung, insbesondere in Zivil- und Strafsachen.

Als das Bundesgericht anfang, gestützt auf Art. 4 der Bundesverfassung wegen materieller Rechtsverweigerung kantonale Entscheide und Verfügungen aller Art aufzuheben, erweckte dies verständlicherweise Aufsehen,

und zwar nicht nur auf ausgesprochen föderalistisch oder rein theoretisch eingestellter Seite (wie einerseits beim waadtländischen Regierungsrat und spätern Bundesrichter Soldan, anderseits bei G. Jellinek). Insbesondere führte Ständerat Schoch aus Schaffhausen an der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins von 1886 hierüber aus: „Jene Praxis hat allmählich einen Boden betreten, der kaum mehr zu dem den Instanzen des Bundes überwiesenen Gebiete gehört . . . Für das Bundesgericht wird eine materielle Kognition in einer Rechtssphäre vindiziert, die den Kantonen reserviert ist. Um die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz anrufen zu können, muss doch der Gedankengang platzgreifen, bei richtiger Anwendung des kantonalen Rechtes, wie sie den andern Bürgern laut Voraussetzung zu teil werde, müsste der fragliche Fall so und so entschieden werden, dem betreffenden Rekurrenten gegenüber sei aber ein anderer Entscheid getroffen worden, und es liege also eine Rechtsverweigerung vor; immer wieder kommt es demnach auf eine materielle Prüfung heraus . . . Diesem Vorgehen, so gut es im Interesse des materiellen Rechtes gemeint sein mag, steht das schwere Bedenken entgegen, dass damit eben der sichere Boden bestimmter Anhaltspunkte für die Ausscheidung der Kompetenzen verlassen und der unsichere bloss allgemeiner Erwägungen betreten wird. Die Begriffe feststehender Rechtssatz, offenbar klares Recht sind nun einmal relativer Natur und es kann nach Konvenienz dies oder jenes darin eingeschlossen oder davon ausgenommen werden. Für die Sicherheit und Stetigkeit der öffentlichen Institutionen, zumal in einem republikanischen Bundesstaat, ist es aber viel wichtiger, dass die gegebenen Schranken der verschiedenen Kompetenzen genau eingehalten werden, als dass jeder Bürger in jedem irgendwie denkbaren Fall auch noch an die letzte Instanz gelangen könne. Man kann nun eben einmal seine Rechte nicht ad infinitum verfolgen, sonst würden diejenigen, die dann bei der Instanz des Bundes unterlegen sind, sicherlich auch noch

weiter gehen wollen. Sein Recht soll jedem werden, widrigenfalls er sich dann wirklich über (scil.: formelle) Rechtsverweigerung beschweren kann. Aber diese Gewähr der Rechtsprechung ist der Natur der Dinge nach nur innerhalb der gegebenen Verhältnisse möglich; eine absolute Gewähr gibt es ja überhaupt in allen diesen Beziehungen nicht; oder wer sollte etwa der Garant derselben sein?“

Im Anschluss an sein Gutachten von 1909 und den entsprechend ausgestalteten Entwurf Jaeger postulierte das Bundesgericht in seinem Bericht von 1910: „Die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung ist ausgeschlossen, wenn für die behauptete Rechtsverletzung ein anderes ordentliches Rechtsmittel besteht, auch dann, wenn dieses Rechtsmittel im einzelnen Falle wegen ungenügenden Streitwertes nicht anwendbar ist. Sie ist ferner ausgeschlossen auf dem Gebiete der Anwendung kantonalen Zivil-, Straf- und Prozessrechtes.“ Dagegen wollte das Bundesgericht auch damals auf dem Gebiete kantonaler Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege die Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung nicht ausschliessen, da hier das Recht und die Rechtspflege weniger ausgebildet und die Gefahr der Willkür grösser sei, so dass es sich rechtfertige, einer Bundesinstanz die Kontrolle über die Einhaltung gewisser Grenzen zu belassen. — Zur Rechtfertigung jener „Rückbildung“ hatten Jaegers Motive wesentlich ausgeführt: Jedes vermeintlich verletzte Rechtsgefühl bediene sich des staatsrechtlichen Rekurses, häufig aber auch ganz gewöhnliche Trölerei. Der Staatsgerichtshof werde missbräuchlich und in ungewöhnlichem Ausmasse zu Zwecken in Anspruch genommen, für welche er nicht eingesetzt worden sei.

Es steht zu erwarten, dass ein solcher Abbau des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung den Widerspruch der neueren einheimischen Theorie herausfordern wird, die seiner Ausbildung (von Jaeger Hypertrophie genannt) uneingeschränktes Lob spenden zu sollen geglaubt hat. So Burckhardt,

Kommentar, zu BV 4 Ziff. 1 am Schluss: „Das durch Art. 4 BV garantierte subjektive Recht hat sich in der Praxis gut bewährt; die Einteilung des Landes in 25 zum Teil sehr kleine Staaten und die politische Organisation derselben hat zur unvermeidlichen und unverkennbaren Folge eine oft mangelhafte Besetzung der richterlichen und administrativen Amtsstellen. Art. 4 leistet uns alle Tage gute Dienste; er ist das unentbehrliche Korrektiv einer oft mangelhaften Rechtsprechung.“ Ferner Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 287: „Zweifellos wird das Bundesgericht mit einer Menge trölerischer Rekurse, die sich auf Art. 4 BV stützen, behelligt . . . Es fehlt deshalb nicht an Stimmen, die eine gesetzliche Beseitigung solcher Rekurse verlangen. Wir teilen diese Ansicht nicht. Denn schon die blosse Möglichkeit, dass kantonale Verfügungen vor dem Bundesgericht wegen Verletzung von Art. 4 BV können angefochten werden, treibt die kantonalen Behörden zur Beobachtung des Gesetzes an. Aber auch abgesehen hiervon ist nicht zu leugnen, dass insbesondere in kleinen und politisch stark zerklüfteten Kantonen namentlich in bewegten Zeiten die Unabhängigkeit der Gerichte und Verwaltungsbehörden leidet. Hier wird mit seiner Rechtsverweigerungspraxis das über den Parteikampf hinausgehene Bundesgericht zur Ehre des Rechtsstaates seines Amtes walten können.“ Sodann hat Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit (staatsrechtliche Beschwerde) S. 134¹⁹ seinen Widerspruch bereits angekündigt: „Die Tendenz auf Eliminierung der staatsrechtlichen Beschwerde aus der Zivilrechtspflege, d. h. Ausschluss der Weiterziehbarkeit kantonalen Zivilentscheide mit der staatsrechtlichen Beschwerde, weil letztere ein anormales Mittel der Weiterziehung zivilrechtlicher Entscheide sei, beruht auf einer Verkennung der Verfassungsgerichtsbarkeit als einer Kontrolle des Bundes über die Verfassungsmässigkeit der kantonalen Hoheitsakte ohne Rücksicht auf deren juristische Natur. Die staatsrechtliche Beschwerde ist eben Verfassungsbeschwerde, die nicht in eine Linie gestellt werden

kann mit den Rechtsmitteln aus dem Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht, sondern gewissermassen über ihnen steht.“

Auf dies alles ist zu erwidern: Nur alle drei Wochen leistet die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 (also nicht etwa nur wegen materieller Rechtsverweigerung allein) einem Rechtsuchenden den guten Dienst, dass ein kantonaler Entscheid aufgehoben wird. Dagegen leistet sie jeden dazwischen liegenden Tag (oder mindestens Werktag) den schlechten Dienst, dass ein Rechtsuchender glaubt, es stehe ihm noch ein „Rechtsmittel“ zur Verfügung, und die Kosten dafür aufwendet mit dem als sozusagen sicher vorauszu sehenden Misserfolg, der ihn dann auch am Gerechtigkeitssinn des Bundesgerichtes verzweifeln lässt. Und doch ist diesem in den allermeisten Fällen schlechterdings nichts anderes übrig geblieben, als den Rechtsverweigerungsrekurs abzuweisen, mag es den damit angefochtenen Entscheid auch als unrichtig ansehen. Die prophylaktische Wirkung der staatsrechtlichen Rechtsverweigerungsbeschwerde entzieht sich jeder Kontrolle und wird, glaube ich, zu hoch eingeschätzt. Wie jedes andere Rechtsmittel wird auch dieses gegen durchaus gesetzmässige Verfügungen ergriffen, und keine Behörde wird durch noch so strenge Gesetzmässigkeit erreichen, dass keine derartigen Beschwerden gegen sie geführt werden. Nur gegen die Gutheissung solcher Beschwerden mögen die Behörden vielleicht empfindlich sein; aber um der Gutheissung auszuweichen, bedarf es ja keineswegs der Beobachtung des Gesetzes, sondern ist nur nötig, dass man sich nicht allzuweit vom Gesetz entfernt, weshalb dieses Rechtsmittel seinem Wesen nach durchaus nicht geeignet ist, zur Beobachtung der Gesetze zu erziehen. Zudem ist es eine alte Erfahrung, dass die kantonalen Behörden, deren Gesetzesauslegung einmal ohne Erfolg (im Dispositiv, trotz allen in den Motiven geäusserten Bedenken) durch staatsrechtliche Beschwerde angegriffen worden ist, es in Zukunft ablehnen, die gleiche Frage einer

neuen Prüfung zu unterziehen, weil sie einfach nicht wahrhaben wollen, dass sie durch den Entscheid des Bundesgerichtes eines Besseren belehrt worden seien. Dies ist eine sehr unerfreuliche Kehrseite des Rechtsverweigerungsrekurses, die bei der Würdigung der Einrichtung nicht einfach ausser acht gelassen werden darf.

Von den paar Hundert (250 bis 400) jährlichen Rechtsverweigerungsrekursen haben durchschnittlich 15 bis 20 Erfolg, also rund 6%. Der grössere Teil betrifft kantonale Verwaltungsentscheide, ein kleinerer Teil Verweigerung des rechtlichen Gehörs in der Justiz. Alle diese Rekurse werden von dem seinerzeitigen Vorschlag des Bundesgerichtes nicht berührt. Ein anderer kleinerer Teil betrifft materielle Rechtsverweigerung in Zivil-, Schuldbetreibungs- (i. w. S.) und Strafsachen. Nur diese Fälle sollen nach jenem Vorschlag von der staatsrechtlichen Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung in Justizsachen ausgeschlossen werden. (Allfällig liesse sich auch daran denken, die Ausnahme nicht zugunsten der Anklagebehörden, sondern nur der Strafgerichte zu machen.) Freilich wäre die Folge, dass es vielleicht jedes Jahr einmal bei einer materiellen Rechtsverweigerung das Bewenden haben müsste, die das Bundesgericht nicht hätte durchgehen lassen. Allein dabei ist nicht zu vergessen, dass es in den ersten Jahrzehnten der Geltung des Art. 4 der Bundesverfassung überhaupt niemandem eingefallen wäre, etwas Derartiges als Verfassungsverletzung anzusehen, bis dann in der zweiten Hälfte der Siebenzigerjahre ein wenig beschäftigtes Bundesgericht auf den ganz neuen Gedanken kam, die *violence faite à la loi*, die *iniquité évidente* zur Verfassungsverletzung zu stempeln. Und im Zeichen der Rationalisierung muss einfach einmal die Frage aufgeworfen werden, ob es sich lohnt, unbeschränkt die Einrichtung des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung aufrecht zu erhalten, die, ineinandergerechnet, kaum weniger als 4 Bundesrichter voll in Anspruch nimmt, von denen jeder etwa jedes

Vierteljahr einmal dazu kommt, Aufhebung eines kantonalen Entscheides zu beantragen, während die ganze dazwischenliegende Arbeit in der zu nichts führenden Abweisung der Rekurse verloren geht. Unter solchen Umständen wäre es gewiss kaum zu verantworten, die staatsrechtliche Beschwerde wegen Rechtsverweigerung auch für das Gebiet beizubehalten, auf dem sie nach dem Urteil derjenigen Bundesrichter, welche sich mit ihr abmühen, ohne Schaden aufgegeben werden kann, und wird man es nur bedauern müssen, dass die föderative Organisation, der Preis unserer staatlichen Existenz, dies auf anderen Gebieten nicht gestattet. Um so öfter sollte dafür bei den verbleibenden Rechtsverweigerungsbeschwerden von der S. 342a hievor vorgeschlagenen vereinfachten Arbeitsmethode (Kurzreferat, schriftliche Abstimmung ausserhalb der öffentlichen Sitzung, Unterdrückung von Entscheidungsgründen) Gebrauch gemacht werden, um den Arbeitsaufwand einigermassen mit der in der Abweisung liegenden blossen Negation in Einklang zu bringen. Diese Behandlungsweise ist sicherlich einem Rechtsmittel adäquat, das vom Rekurrenten ohne objektiven Masstab einfach ergriffen wird, weil er beeinträchtigt und in seinem Rechtsgefühl verletzt ist, um in Erfahrung zu bringen, ob durch den angefochtenen Entscheid auch das Rechtsgefühl der Bundesrichter genügend verletzt wird. Sobald aber das Bundesgericht nichts Revoltierendes empfindet, so steht jede weitere für den Fall aufgewendete Arbeit in keinem richtigen Verhältnis mehr zum damit zu erzielenden Erfolg; denn wenn der angefochtene Entscheid zwar unrichtig, aber doch nicht geradezu unhaltbar ist, so nützen alle Entscheidungsgründe dem Rekurrenten doch nichts und steht nach dem Gesagten dahin, ob sie in der Zukunft etwas nützen oder nicht im Gegenteil schaden werden; ist aber der angefochtene Entscheid richtig, so besteht kaum Veranlassung, davon schliesslich doch noch denjenigen überzeugen zu wollen, welcher die Stirne hatte, Rechtsverweigerungsbeschwerde zu führen

B. Weitere Einzelfragen.

I. Dass sich die Revision des OG in anderen Fragen der Staatsrechtspflege ähnlich stark aufdrängen würde wie in den von den Schlussthesen bezeichneten Punkten, davon habe ich mich nicht überzeugen können. Dies hängt damit zusammen, dass dieses Kapitel des OG oder mindestens einzelne Teile desselben moderner sind als die anderen Kapitel. Schon das OG von 1874 hatte hier, anders als bei der Zivilrechtspflege, ein rationelles, rein schriftliches Verfahren als Regel eingeführt. Das OG von 1893 beschränkte sich hier weniger als in der Zivilrechtspflege nur auf die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung, sondern wies insbesondere in zahlreicheren Fällen als das frühere OG die Kompetenz zur Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden dem Bundesgericht zu. Und durch die Revision von 1911 ist diese Kompetenzausscheidung zu einem gewissen Abschluss gebracht worden. Was daran immer noch nicht befriedigte, ist seithër zu einem guten Teil durch die Organisation des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes von 1917, durch das Militärstrafgesetzbuch von 1927 und die Einführung der Eidgenössischen Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege im Jahre 1928/9 neu geordnet worden. Nur eine neue Frage hat sich mir in diesem Zusammenhang gestellt: ob nicht gleich den Beschwerden betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen die verwandte Materie der eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen der Beurteilung des Bundesgerichtes zu unterwerfen sei, was den unter mehr als einem Gesichtspunkte, zumal in Jahren, wo der erste Montag im Dezember erst auf den 6. oder 7. fällt, nicht zu unterschätzenden Vorteil hätte, dass der Nationalrat gleich in der konstituierenden Sitzung zu arbeiten beginnen könnte. — Endlich ist erst neulich durch die Schlussbestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes das ohnehin wenig starre Verfahren noch weitergehend modernisiert worden. Die dabei vorgenommene Revision von OG 186 hätte freilich zweckmässigerweise auch zur Ab-

klärung der Frage benützt werden können, ob bei Auslieferung gegenüber dem Ausland wirklich nur gemäss Art. 23 des einschlägigen Gesetzes das Bundesgericht und nicht auch der Instruktionsrichter zur Anordnung einer Vervollständigung der Akten befugt sei.

Wenn aber wegen der in den nachfolgenden Thesen aufgestellten oder anderer Postulate eine Revision des OG unternommen werden sollte, so dürfte man freilich den Anlass nicht vorübergehen lassen, ohne einen grossen Teil des Kapitels über die Staatsrechtspflege, zumal die Vorschriften über die staatsrechtliche Gerichtsbarkeit, ganz neu zu formulieren. Die gegenwärtige Ordnung ist so unübersichtlich, dass zumal die Lehre über die staatsrechtliche Beschwerde geradezu zur Geheimwissenschaft geworden ist (was um so fataler ist, als kein Hilfsmittel für den praktischen Gebrauch zur Verfügung steht). Dem wollte schon das Gutachten des Bundesgerichtes von 1909 und, teils in näherer Ausführung desselben, teils weitergehend, der Revisionsentwurf Jaeger durch eine besonders eingreifende Umarbeitung dieses Kapitels abhelfen, zu der jedoch alt Bundesrichter Winkler und Professor Burckhardt als vom Justizdepartement beigezogene Gutachter einschneidende Abänderungsvorschläge gemacht haben. Ein grosser Teil aller dieser Vorschläge ist indessen seither gegenstandslos geworden durch die oben erwähnten neueren Gesetze und das neue Enteignungsgesetz von 1930.

II. Der Entwurf Jaeger überschrieb das in Rede stehende Kapitel mit „Staats- und Verwaltungsrechtspflege“ und teilte es in zwei Abschnitte ein: „Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof“ und „Das Bundesgericht als Verwaltungsgerichtshof“, welche beide wiederum in die Unterabschnitte: „als einzige Instanz“ und „als Rekursinstanz“ zerlegt wurden, gestützt auf die gutachtliche Äusserung des Bundesgerichtes: „Die staatsrechtlichen Kompetenzen des Bundesgerichtes sind einerseits solche der eigentlichen Rechtspflege und anderseits solche

einer Kontrollinstanz gegenüber den kantonalen Behörden. In ersterer Hinsicht handelt es sich zum Teil um Zuständigkeiten, die dem Bundesgericht den Charakter eines Staatsgerichtshofes im besonderen Sinne verleihen, und zum anderen Teil um Funktionen, die es mehr als Verwaltungsgerichtshof erscheinen lassen.“ Unter letzterem war nicht etwa, oder doch nicht wesentlich, verstanden, was heute im Gesetz über die Eidgenössische Verwaltungsrechtspflege geordnet ist, weil ja die verfassungsrechtliche Grundlage für diesen Rechtsstoff erst seither, im Herbst 1914, geschaffen worden ist. Verwaltungsstreitsachen in diesem Sinne sollten vielmehr beispielsweise die aus dem Katalog von OG 50 und aus OG 51 und 55 hieher zu versetzenden Fälle sein (vgl. S. 277a hievor), nebst anderen Fällen, derer sich seither die bereits erwähnten neueren Gesetze angenommen haben. Heute wird eine solche Systematisierung im Rahmen des OG nicht mehr in Frage gezogen werden können, weil sie wegen des nun nebenhergehenden Verwaltungsrechtspflegegesetzes zweifellos Verwirrung stiften würde. Sie scheint mir aber auch gar nicht nötig zu sein. Das Gutachten des Bundesgerichtes von 1909 bemerkte dazu „dass für die Einreihung der einzelnen Streitigkeit in die Verwaltungsrechtspflege für uns weniger die theoretische Frage nach ihrer zivil- oder öffentlich-(verwaltungs-)rechtlichen Natur, als die mehr praktische Erwägung massgebend ist, dass sie sich nach ihrer Art und Weise mehr für das Verwaltungs- als für das zivilrichterliche Verfahren vor Bundesgericht eignet“. „Das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen ist“ (aber nach dem Entwurf Jaeger kein anderes als) „das in Art. 225 (des Entwurfes) für die staatsrechtlichen Streitigkeiten vorgeschriebene; soweit das Bundesgericht als Rekursinstanz entscheidet, jedoch mit der Abänderung, dass

a) die Geltendmachung neuer Tatsachen im Rekursverfahren nicht ausgeschlossen ist;

b) durch die Ergreifung des Rekurses der Eintritt der Rechtskraft der rekurrierten Verfügung gehemmt wird;

c) das Bundesgericht in allen Fällen, wenn es den Rekurs nicht abweist, selbst in Sachen einen neuen Entscheid erlässt, und

d) gegen den Entscheid des Bundesgerichtes auch das Rechtsmittel der Revisionsbeschwerde möglich ist.“ Nun gilt aber schon heute — und wird kaum geändert werden (vgl. Ziff. VII hienach) —, dass die Geltendmachung neuer Tatsachen mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, woran ohne weiteres die Zulässigkeit der Revisionsbeschwerde geknüpft werden muss. Ebenso gibt es Fälle staatsrechtlicher Beschwerden, in denen das Bundesgericht, wenn es den Rekurs gutheisst, selbst in Sachen einen neuen Entscheid erlässt, und zwar ohne dass dies besonders vorgeschrieben werden musste oder muss, weil es sich aus dieser oder jener Überlegung aufdrängt. Somit bleibt als einziger grundsätzlicher Unterschied zwischen staatsrechtlichem Rekurs und Rekurs in Verwaltungsstreitsachen (letzteres im Sinne des Gutachtens des Bundesgerichtes von 1909 und des Entwurfes Jaeger, nicht des neuen Verwaltungsrechtspflegegesetzes) die gegensätzliche Ordnung des Suspensiveffektes übrig. Und zwischen den Fällen, welche das Bundesgericht als einzige Instanz einerseits als Staatsgerichtshof, anderseits als Verwaltungsgerichtshof beurteilen sollte, wollte von vorneherein überhaupt kein praktischer Unterschied gemacht werden. Infolgedessen kann ich nicht gelten lassen, dass ein zureichender Grund die erwähnte Unterteilung des Kapitels über die Staatsrechtspflege erheische, sondern wird alles unter dem einheitlichen Begriff der Staatsrechtspflege untergebracht werden können — was freilich nicht ausschliesst, dass sich bei der Einzeluntersuchung ergeben könnte, die eine oder andere Materie sei eher in einem Nachtrag zum Verwaltungsrechtspflegegesetz als in einem neuen OG unterzubringen. OG 51 und 55 Ziff. 2 werden übrigens wohl entsprechend neueren Bestimmungen des Gerichtsreglementes im Kapitel über die Zivilrechtspflege verbleiben.

III. Viel wichtiger, dünkt mich, wäre es, in einem neuem OG die staatsrechtliche Beschwerde in auch für den Rechtsuchenden einigermaßen durchsichtiger Weise unter Anlehnung an die Ordnung der übrigen Rechtsmittel zu regeln; denn wenn sie auch kein Rechtsmittel im gewöhnlichen Sinn ist, so wird sie doch eigentlich als solches praktisch gehandhabt. Im geltenden OG sind die einschlägigen Vorschriften zerstreut und zum Teil mit andersartigen vermengt oder durch solche unterbrochen. Die hauptsächlichsten Vorschriften sind OG 175 Ziff. 3, 178, teils 180, 182 ff., 189 Abs. 3 oder Unterabsatz zu Abs. 2, während die dazwischen liegenden Art. 176, 177, teils 180, 181 und der Anfang wie das Ende des Art. 189 von ganz andern Dingen handeln. Vorweggenommen ist die Vorschrift (OG 175 Ziff. 3): „Das Bundesgericht beurteilt als Staatsgerichtshof . . . 3. Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sowie solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen.“ Mit dieser Vorschrift ist aber nicht nur nichts gewonnen, sondern sie ist geradezu darauf angelegt, Verwirrung zu stiften. Ersteres geht daraus hervor, dass nirgends im OG steht, das Bundesgericht beurteile Berufungen gegen Zivilurteile, und es beurteilt sie doch. Zum zweiten: Will ich mir die Vorschrift zunutze machen, wie sie im OG steht und von keiner nachfolgenden eingeschränkt wird, und führe ich demgemäss Beschwerde wegen einer flagranten Verletzung des verfassungsmässigen Rechtes der Gewerbefreiheit durch eine Gewerbepolizeibehörde, so beurteilt das Bundesgericht diese Beschwerde doch nicht, bzw. durch Nichteintreten (nämlich wegen Nichterschöpfung des kantonalen Instanzenzuges). Nicht besser geht es mir, wenn ich gestützt auf jene Vorschrift wegen Verletzung eines Staatsvertrages durch ein Zivilurteil eines kantonalen Obergerichts Beschwerde führen will. Ist es ein der Berufung zugängliches Urteil, so muss ich mir freilich entgegenhalten lassen, ich hätte mit dem Studium des OG trotz des zweimaligen Unterbruches der

Vorschriften über die staatsrechtliche Beschwerde bis zum Art. 182 weiterfahren sollen und dann diesem entnehmen können, dass ich nicht staatsrechtliche Beschwerde führen, sondern die Berufung erklären müsse. (Auf diesen Fehler in der Bezeichnung des Rechtsmittels sollte zwar nichts mehr ankommen, wenn nicht nur die Frist, sondern auch die Einlegungsstelle für die beiden Rechtsmittel einander angeglichen werden, wie ich es vorschlage.) Ist es aber ein wegen geringen Streitwertes der Berufung nicht zugängliches Urteil, so erweist sich meine staatsrechtliche Beschwerde ebenfalls als unbehelflich (gemäss BGE 27 I 194), obwohl es in OG 182 gerade umgekehrt heisst: „Vorbehalten bleibt die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Bestimmungen der Staatsverträge, soweit die kantonale behördlichen Entscheidungen nicht mittelst der in den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zivilrechtspflege und Strafrechtspflege vorgesehenen Rechtsmittel anfechtbar sind.“ Derartiges und vieles Ähnliche könnte den Rechtssuchenden erspart werden — und dem Bundesgericht könnte viele mit Forumsverschlüssen zusammenhängende sterile (und daher widrige) Arbeit erspart werden —, wenn die staatsrechtliche Beschwerde ungefähr nach Anleitung der Berufung oder der zivilrechtlichen Beschwerde für sich abgeschlossen geordnet würde. Dies hätte zunächst den einen Vorteil, dass in einem Abschnitt (vielleicht mehreren Abschnitten) in ununterbrochener Folge zusammengestellt würde, was die staatsrechtliche Beschwerde (bzw. die verschiedenen Spielarten derselben) betrifft. Würde etwa mit der Vorschrift begonnen, es könne (staatsrechtliche) Beschwerde wegen . . . nach Massgabe folgender Vorschriften geführt werden, so würde es sich gewiss aufdrängen, sobald wie möglich (ähnlich wie schon in OG 58, 86, 87) die einschränkende Vorschrift über die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges anzubringen, an der es bis jetzt überhaupt fehlt, obwohl sie sich keineswegs von selbst versteht, wie am besten

dadurch bewiesen wird, dass die Erschöpfung gar nicht in allen Fällen gefordert wird, ferner ebenso bald, nicht erst wie heute im siebtfolgenden Artikel, die Vorschrift der Subsidiarität gegenüber andern bundesrechtlichen Rechtsmitteln (ähnlich wie schon in OG 87). Hiebei würde sich dann vielleicht ergeben, dass zwischen der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger und der Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen Unterschiede bestehen, die es zu rechtfertigen vermöchten, sie trotz dem vielen Gemeinsamen nicht wie bisher gemeinsam, sondern in verschiedenen Artikeln oder gar Unterabschnitten zu ordnen. Eine besondere Vorschrift oder ein weiterer Unterabschnitt wäre der Beschwerde über Gerichtsstandsfragen zu widmen, die heute ein ihrer (auch nach der Amputation des in OG 87 Ziff. 3 hinübergenommenen wichtigen Teiles immer noch) grossen Bedeutung wenig entsprechendes Schattendasein als blosser Vorbehalt führt in Gestalt eines Unterabsatzes zu Abs. 2 von OG 189, aus dem jedoch bei den mehrfachen Änderungen dieses Artikels die Typographie schliesslich einen eigentlichen Absatz 3 gemacht hat.

IV. a) Was speziell die absolute und relative Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde anbelangt, so hat das Gutachten des Bundesgerichtes von 1909 im allerletzten Absatz des einschlägigen Kapitels angeregt, „es wäre das Verfahren bei der staatsrechtlichen Beschwerde eingehender und in verschiedener Beziehung zweckmässiger zu ordnen als bisher . . . Hinsichtlich des Verhältnisses zu den kantonalen Rechtsmitteln wäre grundsätzlich die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges zu verlangen, in der Meinung jedoch, dass, wo die Möglichkeit der Weiterziehung an eine kantonale Instanz zweifelhaft ist, durch Ergreifung des kantonalen Rechtsmittels das Recht zum staatsrechtlichen Rekurs auch dann gewahrt wird, wenn sich das kantonale Rechtsmittel als unzulässig erweist“. Allein bei den in Rede stehenden Fragen handelt es sich gar nicht um eine Frage des eigentlichen Verfahrens,

sondern um eine der allerwichtigsten Prozessvoraussetzungen. Dementsprechend hat denn auch der Entwurf Jaeger eine Bestimmung mit dem Marginal: „Ausschluss wegen Anwendbarkeit anderer Rechtsmittel“ dem Abschnitt über das Verfahren vorangestellt, welcher freilich eine Anzahl anderer Bestimmungen vorausgehen, zumal auch diejenigen über die Abgrenzung der Zuständigkeit gegenüber dem Bundesrat für Zwischenfragen und den Meinungsaustausch mit dem Bundesrat, die aber nicht aktuell werden, wenn wegen Anwendbarkeit eines anderen bundesrechtlichen Rechtsmittels oder Nichterschöpfung der kantonalen Instanzen auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

b) Auch seit (und entgegen) dem Gutachten von 1909 hat die staatsrechtliche Abteilung in ihrer Rechtsprechung daran festgehalten, dass die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung einzelner bestimmter individueller Rechte (z. B. Doppelbesteuerungsverbot, Gerichtsstand für persönliche Ansprachen) ohne Erschöpfung der kantonalen Instanzen zulässig sei (vgl. z. B. den S. 358a hievor mitgeteilten Urteilsauszug). Das letzte Wort scheint also in dieser Frage noch nicht gesprochen zu sein. Wenn die bisherige differenzierende Rechtsprechung der im Gutachten vorgeschlagenen einheitlichen Ordnung endgültig vorgezogen werden sollte, so müsste an ein neues OG die Anforderung gestellt werden, dass es die in der Rechtsprechung feststehenden Ausnahmen mindestens beispielsweise einzeln und präzise aufzähle, wo die Erschöpfung nicht notwendig ist. Der Rechtsuchende muss unbedingt vor eine klare Situation gestellt werden, soweit dies überhaupt möglich ist. Denn wenn er sich einmal zu Unrecht darauf verlassen zu dürfen glaubt, dass er die kantonalen Instanzen nicht vorerst durchlaufen müsse, so geht ihm in der Zwischenzeit auch das kantonale Rechtsmittel verloren.

V. Einem ändern der oben angedeuteten Mängel der gegenwärtigen Ordnung hat der Entwurf Jaeger da-

durch Rechnung getragen, dass er den zweiten Teil von Ziffer 3 des Art. 113 der Bundesverfassung überhaupt nur mit der Einschränkung wiedergab: „Das Bundesgericht beurteilt als Rekursinstanz nach Massgabe der folgenden Bestimmungen . . . Beschwerden wegen Verletzung von Konkordaten oder Staatsverträgen, soweit sie nicht zivil- oder strafrechtlichen Inhalt haben.“ Hiezu möchte ich die Frage aufwerfen, ob die gleiche Ausnahme nicht auch für Staatsverträge schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Inhalts zu machen sei (unter der Voraussetzung, von welcher auch der Entwurf Jaeger ausgegangen ist, dass der in Abschnitt V A S. 362a hievor begründeten These II C Rechnung getragen werde). Grundsätzliche Bedenken erweckt sodann der Ausschluss der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von zivil- oder strafrechtlichen Konkordaten. Denn die Rechtfertigung des Ausschlusses kann doch nur darin liegen, dass für die Rüge der Verletzung derartiger Vorschriften (deren gegenwärtiger oder künftiger Bestand vorausgesetzt wird) andere bundesrechtliche Rechtsmittel bestehen, nämlich die Berufung, die zivilrechtliche Beschwerde oder die Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, mit denen jedoch gegen Konkordatsverletzungen nichts auszurichten ist.

VI. Gemäss OG 178 Ziff. 3 soll die staatsrechtliche Beschwerde die Begründung der Anträge enthalten. Ausführlicher verlangt der Entwurf Jaeger „die Bezeichnung der als verletzt behaupteten Vorschriften“ und „die Anträge und ihre Begründung“. Dem häufig vorkommenden Mangel genügender Substantiierung könnte vielleicht einigermassen abgeholfen werden durch die S. 343/4a hievor in anderem Zusammenhang vorgeschlagene Formulierung, es sei in der Begründungsschrift auch darzulegen, inwiefern die Vorschriften, deren Verletzung gerügt wird, nicht oder nicht richtig angewendet wurden.

VII. Der Entwurf Jaeger sah vor: „Die Entscheidung erfolgt in der Regel auf Grund des der Vorinstanz vorgelegenen Tatbestandes. Soweit er nicht in aktenwidriger

oder sonst in einer mit Bundesrecht oder kantonalem Verfassungsrecht in Widerspruch stehenden Weise von ihr festgestellt worden ist, ist er auch für das Bundesgericht verbindlich.“ Im Bericht von 1910 postulierte das Bundesgericht Streichung dieser Bestimmung, da sie für das staatsrechtliche Verfahren nicht passe. Indessen gibt es doch zahlreiche Fälle, bei denen die Verletzung verfassungsmässiger Rechte lediglich im Rechtsirrtum gesehen wird. Mir scheint, es sollte auch hierüber soweit möglich einerseits eine Regel und anderseits ein Katalog von Ausnahmen aufgestellt werden, um die Rekurrenten anzuleiten, ihre Rekursbegründungen von den Streitpunkten zu entlasten, die doch nicht nachgeprüft werden — oder allfällig überhaupt vom Rekurs abzusehen —, und um dem Bundesgericht nach Möglichkeit die Zeit zu besserer Verwendung zu ersparen, welche sonst auf das Lesen von mit unbehelflichen Gründen aufgebauchten Rechtsschriften vertan werden muss. Auch hängt natürlich die sachgemässe Ausgestaltung des Rechtsmittels der Revision gegen die Entscheidungen über staatsrechtliche Beschwerden unmittelbar von der Art und Weise der Lösung dieser Frage ab.

Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 224, rügt, dass das gedruckte Formular, dessen sich der Instruktionsrichter für die Zustellung des Doppels der Beschwerdeschrift zum Zwecke der Vernehmlassung bedient, die Bemerkung enthält, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist vom Bundesgericht angenommen würde, die tatsächlichen Anbringen der Rekurschrift werden als richtig anerkannt. In der Besprechung dieses Buches in der Juristenzeitung 30, 238a bemerkt Bundesrichter Kirchhofer, die Nichteinreichung einer Vernehmlassung werde nur als Anerkennung der tatsächlichen Beschwerdebehauptungen gedeutet, soweit die Unrichtigkeit einer Behauptung sich nicht schon aus den Akten ergebe. Dann scheint mir aber, es sollte nicht einmal mehr der vorhandene Vorrat dieses Formulars aufgebraucht werden, das

zum Schaden der zur Vernehmlassung Eingeladenen (mag dies auch eine kantonale Behörde sein) und des Bundesgerichtes selbst geeignet ist, unnützer Anhäufung von tatsächlichem Prozesstoff Vorschub zu leisten. Auch dies wird in einem neuen OG eindeutig klargestellt werden müssen.

VIII. Vorlegung des angefochtenen Entscheides und Beginn der Beschwerdefrist s. S. 276a hievor.

VII. Thesen:

Die im Titel gestellte Frage ist zu bejahen, und zwar wie folgt:

- I. Von der Bundesrechtspflege sind abzubauen:
 - A. in der Berufung und zivilrechtlichen Beschwerde die Aktenwidrigkeitsrüge (s. S. 295a hievor),
 - B. in der Berufung die Auslegung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, sofern davon keine verschiedene Gesetzesanwendung abhängt (siehe S. 301a hievor),
 - C. die staatsrechtliche Beschwerde wegen materieller Rechtsverweigerung in Zivil-, Schuldbetreibungs- (i. w. S.) und Strafsachen (s. S. 372a hievor).
- II. Die Bundesrechtspflege ist auszubauen:
 - A. in der Berufung
 - 1. durch Ausnahmen vom Erfordernis des Haupturteils (s. S. 309a hievor),
 - 2. durch Herabsetzung des erforderlichen Streitwertes für gewisse Kategorien von Streitigkeiten (s. S. 316a hievor),
 - B. durch vermehrte Enumeration von Fällen, in denen zivilrechtliche Beschwerde geführt werden kann (s. S. 351a hievor),
 - C. durch Einführung eines ordentlichen Rechtsmittels in gewissen Schuldbetreibungsinzident- und Konkurseröffnungs-Streitigkeiten, in Arrestaufhebungsprozessen und Nachlassvertragssachen (s. S. 362a hienach).

- III. Die Bundesrechtspflege ist zu rationalisieren:
- A. durch Besetzung der Abteilungen mit (meist nur) 5 Richtern (s. S. 247a hievor),
 - B. durch schriftliche Begründung der Berufungen (s. S. 327a hievor),
 - C. durch Unterdrückung der mündlichen Berufungsverhandlung, wenn sie ohne Nachteil entbehrt werden kann (s. S. 339a hievor),
 - D. durch Abweisung von einstimmig als offenbar unbegründet erachteten Rechtsmitteln in einfachem Verfahren ausserhalb der öffentlichen Sitzung (s. S. 261a und 342a hievor).
- IV. Die Stellung des Rechtssuchenden ist zu vereinfachen durch möglichste Vereinheitlichung der Formalien (s. S. 275a, 334a u. 346a hievor), insbesondere Verschmelzung von Berufung und zivilrechtlicher Beschwerde (ohne Änderung des Charakters der ersteren) (s. S. 359/60a hievor).

31. Mai 1935.